

## CAPÍTULO PRIMERO

### ASPECTOS GENERALES

#### I. LA COMUNIDAD EN SUS ORÍGENES

El carácter evolutivo de la integración europea ha sido continuo en los diferentes pasos de su desarrollo y conformación, pues constituye un proceso de institucionalización en constante transformación. Uno de los rasgos que determinaron el inicio de dicho proceso fue la existencia de Estados con características político-jurídicas y socioculturales afines, aunado a la situación de crisis generalizada, persistente en aquellos momentos, una vez terminada la Primera Guerra Mundial.

La firma del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero constituyó la primera etapa de cooperación europea, que posteriormente se caracterizaría por el desarrollo y crecimiento económico. El principal objetivo de este Tratado fue la creación de un mercado común,<sup>1</sup> basado esencialmente en la libertad aduanera y en la supresión de aranceles a las importaciones y exportaciones de los Estados miembros, derivadas de la producción de carbón y de acero.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Levi, Lucio, *II progetti di riforma delle istituzioni comunitarie*, Pavia, Libera Associazione Il Federalista, 1982, p. 7.

<sup>2</sup> Véase Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel, “El proceso de integración europea”, en Linde Paniagua, Enrique *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, 2a. ed., Madrid, Colex, 2005, pp. 44-48; Dedman, M. J., *The origins and development of the European Union 1945- 1995. A history of European integration*, Londres-Nueva York, Routledge, 1996; Martín de la Guardia, R. y Pérez Sánchez, G. (coords.), *Historia de la integración europea*, Barcelona, Ariel, 2001; Truyol y Serra, A., *La integración europea. Análisis histórico-*

Una de las novedades que incluía este Tratado era la creación de un sistema de instituciones comunitarias e independientes, y de carácter supranacional, representado fundamentalmente por la Alta Autoridad (institución a cargo de Jean Monnet, personaje de relevancia en la integración europea), la Asamblea Parlamentaria (preursora del Parlamento Europeo), el Tribunal de Justicia, y finalmente, el Consejo de Ministros, representante de los seis Estados firmantes; dicho acuerdo comunitario en la actualidad carece de vigencia, al haber expirado el 23 de julio de 2002.

Ahora bien, el Tratado CECA ha sido trascendental por dos aspectos: primero, por la formación de la plataforma de seis Estados que podría convertirse en la sede de un rápido progreso con miras a una unión más estrecha, y segundo, por la creación de un modelo institucional y de unidad, logrando así tener mayor presencia a nivel internacional.

Después de un intento frustrado de crear una Comunidad Europea de Defensa (CED),<sup>3</sup> surge la intención de seis Estados (Francia, Italia, Alemania y los países del Benelux: Holanda, Bélgica y Luxemburgo) de concebir nuevamente otra Comunidad Europea, basada específicamente en un mercado y en una unión aduanera con una tarifa exterior común. Los objetivos primordiales de este Tratado fueron una expansión continua y equilibrada y unas relaciones más estrechas entre los Estados que la integran, renunciando a parte de su soberanía nacional en beneficio de la Comunidad.

A los seis países fundadores de la Comunidad Económica Europea se incorporarían Reino Unido, Dinamarca e Irlanda (1972), Grecia (1973), España y Portugal (1986), Austria, Finlandia y Suecia (1995), Malta y Chipre (2004), Polonia, República Checa,

*institucional con textos y documentos*, vol. I: *Génesis y desarrollo de la Unión (1951- 1979)*, Madrid, Tecnos, 1999.

<sup>3</sup> Pérez Bustamante, Rogelio, *Historia de la Unión Europea*, Madrid, Dylkinson, 1997, pp. 98-102. Tamames, Ramón y López, Mónica, *La Unión Europea*, 5a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 85 y 86, que incorpora una cronología después del fracaso de la CED hasta lo que sería la Conferencia de Mesina, creando así el Comité Spaak.

Hungría, República Eslovaca, Lituania, Letonia, Eslovenia, Estonia (2005),<sup>4</sup> y finalmente Bulgaria y Rumania (2007).

Observando el proceso de integración europea, el Acta Única Europea (1986) como instrumento comunitario incluía tímidamente, entre otras cuestiones, la política social comunitaria enfocada fundamentalmente a la óptica laboral en materia de seguridad y salud de las y los trabajadores.

Ahora bien, por lo que respecta a la materia social, el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea (1992), aun cuando expresaba cuestiones sociales, determinaría en gran parte el desarrollo de las posteriores actividades comunitarias.

El Tratado de Ámsterdam (1997) representó el instrumento *estrella* en materia de igualdad, al incorporar un nuevo artículo sobre el principio de no discriminación por razón de sexo, raza, origen étnico, religión, edad u orientación sexual.

Por lo que se refiere al Tratado de Niza (2001),<sup>5</sup> éste introduciría importantes novedades.<sup>6</sup> Una de las más importantes fue la firma de la Carta de Derechos Fundamentales<sup>7</sup> de la Unión Europea,<sup>8</sup> sin integrarla formalmente a dicho instrumento co-

<sup>4</sup> Yarnoz, Carlos, “La Unión Europea cerrará las puertas a Croacia mientras no colabore plenamente con la Haya”, *El País*, 27 de abril de 2005.

<sup>5</sup> Véase Escobar Hernández, Concepción, “El Tratado de Niza y la reforma futura de la Unión”, en Díez de Velasco, Manuel (ed.), *La Unión Europea tras la reforma de Maastricht*, Santander, Universidad de Cantabria-Parlamento de Cantabria, 1998, pp. 241- 257.

<sup>6</sup> Sáenz de Santamaría, Andrés, “La reforma institucional en el Tratado de Niza”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 211, enero-febrero de 2001, pp. 11 y ss.

<sup>7</sup> Véase Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, p. 174. Manzini, Giusseppe Federico, “The making of a Constitution for Europe”, *Common Market Law Review*, núm. 26, 2000, pp. 595-614.

<sup>8</sup> Véase las *Conclusiones del Consejo Europeo de Colonia*, de 3 y 4 de junio de 1999, Anexo IV sobre La Decisión del Consejo Europeo, relativa a la elaboración de una carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Con anterioridad, el 10 de febrero de 1994, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre la Constitución de la Unión Europea.

munitario<sup>9</sup> y, por ende, sin otorgarle carácter vinculante ni valor normativo,<sup>10</sup> carencia que subestimó la calidad democrática de las instituciones y órganos comunitarios.<sup>11</sup>

Ahora bien, en lo que se refiere a derechos fundamentales, el derecho comunitario se ha consolidado principalmente por la actividad pretoriana desarrollada por el Tribunal de Justicia, cimentado en tres sentencias fundamentales: *Stauder*,<sup>12</sup> *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>13</sup> y *Nold*,<sup>14</sup> en las que reafirma que el respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, principios inspirados en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en la normativa internacional,<sup>15</sup> fundamentalmente en la

<sup>9</sup> Aunque con ciertas apreciaciones, algunos autores han asemejado este órgano a una Asamblea Constituyente. Véase, por ejemplo, Figueruelo Burrieza, “La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2001, p. 335.

<sup>10</sup> Véanse las *Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere*, de 15 y 16 de octubre de 1999, el Anexo relativo a la *Composición, método de trabajo y disposiciones prácticas del órgano competente para la elaboración de un proyecto de carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, con arreglo a lo dispuesto en las conclusiones de Colonia*. También Bernard y Álvarez de Eulate, Maximiliano y Salinas Alcega, Sergio, “Algunas reflexiones sobre la Convención para la elaboración de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la nueva Convención”, en Herrero de la Fuente, Alberto A., *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, Fundación Rei Alfonso Henriques, 2003, pp. 11-31. Freixes San Juan, Teresa y Remotti, José Carlos, *El futuro de Europa. Constitución y derechos fundamentales*, Valencia, Minim Ediciones, 2001, pp. 47-53, col. Ideas y políticas constitucionales.

<sup>11</sup> Véase Rubio Llorente, Francisco, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 64, enero-abril de 2002, p. 14.

<sup>12</sup> TJCE, sentencia del 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69.

<sup>13</sup> TJCE, sentencia del 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70.

<sup>14</sup> TJCE, sentencia del 14 de mayo de 1974, *Nold*, 4/73.

<sup>15</sup> TJCE, sentencia del 18 de octubre de 1989, *Orkem*, 37/47; TJCE, sentencia del 15 de junio de 1978, *Defrenne*, 149/77; TJCE, sentencia del 7 de junio de 1972, *Bertoni et Banahuin*, 20/71.

## Convención Europea de Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950.

La Carta de Derechos Fundamentales representaría para la Europa comunitaria un significativo avance en lo político, dado que el proceso de integración ya no sólo se basaría en objetivos estrictamente económicos, sino también en bases políticas y valores comunes a los Estados miembros y a sus ciudadanos.<sup>16</sup>

Es interesante observar que, de forma inicial, en el derecho comunitario<sup>17</sup> y, de manera concreta, en el Tratado de la Comunidad Europea, conocido también como Tratado de Roma (1957), se postulaba el principio de igualdad entre mujeres y hombres, pero sólo referido al ámbito salarial de las y los trabajadores de la Comunidad Económica Europea.

A lo largo del proceso de integración europea, dicho principio se impondría como uno de los objetivos fundamentales y como condición de existencia misma del mercado común basada en la nacionalidad entre los ciudadanos comunitarios (artículos 7o., 36 y 37), y en la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, implícitamente contemplada en el artículo 119.

<sup>16</sup> Véase Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Martínes Hijhoff, 1986, p. 390. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 5, núm. 9, enero-junio de 2001, pp. 7 y ss. Fernández Tomás, Antonio, “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino hacia la protección”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la competencia*, núm. 214, 2000, pp. 15-30; Pozo Ruiz, F. del, “Diez notas a propósito de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núms. 7 y 8; Rodríguez Bereijo, A., “La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 192, pp. 9-20; Alonso García, Ricardo, “La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, núm. 209, septiembre-octubre de 2000, pp. 10 y ss.

<sup>17</sup> Martínez Lage, Santiago, “Las fuentes del derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la C.E.E.*, núm. 1, junio de 1985.

## II. BREVE RESEÑA HISTÓRICO-JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: IGUALDAD SALARIAL

El principio de igualdad salarial ha tenido una evolución muy peculiar. En sus orígenes se formuló con rasgos económicos,<sup>18</sup> gradualmente se aplicó al ámbito social, y en la actualidad se consagra como un derecho fundamental en la normativa comunitaria, con la mediación de la legislación comunitaria y la actuación primordial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La inclusión del artículo 119 (TCE) como disposición comunitaria obligatoria surge por dos aspectos: primero, a instancias de Francia que consideraba que su legislación en este tema era más avanzada que la de los otros cinco países miembros y temía que ello repercutiera negativamente en la competitividad de sus empresas,<sup>19</sup> evitando con ello el denominado *dumping* social, y segundo, incorporando la normativa internacional de índole laboral, en específico el Convenio núm. 100 de la Organización Internacional del Trabajo, respecto a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (Ginebra 1951).

Así, el anterior artículo 119 del Tratado CE —ahora artículo 141— expresaba que:

Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

<sup>18</sup> Chueca Sancho, Ángel G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2a. ed., Barcelona, Bosch, 1999, p. 169.

<sup>19</sup> Colina Robledo, Miguel y Ramírez Martínez, Juan M., *Derecho social comunitario*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 350.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida, esto es, que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.<sup>20</sup>

Debemos destacar que al Tratado de Maastricht se incorporó un Acuerdo sobre política social en un Protocolo anexo al Tratado CE, y cuyo artículo 60., apartado 3, señala la justificación de las denominadas discriminaciones positivas, así como la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres. No obstante lo anterior, fue el Tratado de Ámsterdam de 1997 el que establece el principio de igualdad hombre-mujer por razón de sexo.

En todo esto debemos resaltar la influencia de este Tratado Comunitario en lo que se refiere a la política social de la normativa comunitaria<sup>21</sup> y en especial, en el principio de igualdad

<sup>20</sup> El Convenio de la OIT núm. 100 señala, en su artículo 1o., dos cuestiones: primero, establece que el término *remuneración* comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de éste último, y en la segunda señala que la expresión *igualdad de remuneración* entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

<sup>21</sup> Al respecto, consultese Freixes Sanjuán, Teresa, “Fundamentos de la democracia paritaria: el Tratado de Ámsterdam y los acuerdos internacionales”, *Parlamento Europeo, impacto diferencial de los sistemas electorales en la representación política femenina*, Estrasburgo, Dirección General de Estudios, 1997, pp. 87-96, serie Derechos de la mujer, en particular, pp. 88 y 90. En este mismo sentido, véanse Sáez Lara, Carmen, “Igualdad ante la ley y no discriminación: las políticas de género”, en Álvarez Conde, Enrique y Garrido Mayol, Vicente (dirs.) y García Couso, Susana (coord.), *Comentarios a la Constitución europea*, vol. 2: *Los derechos y libertades*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 711-769, particularmente, pp. 714-716, quien da cuenta del enorme impulso que supuso el Tratado de Ámsterdam en materia de igualdad de género, a través del reconocimiento del principio de no discriminación en el ámbito de la Unión Europea, mediante numerosas directivas, resoluciones, recomendaciones, programas de

entre hombres y mujeres, expresándose en redacción del preámbulo del Tratado, al confirmar su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea (1961) y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989), ampliando toda una gran dimensión de actuación en las políticas sociales de la Comunidad Europea respecto a la igualdad entre hombres y mujeres.

A este respecto, sin embargo, el protagonista del desarrollo de la igualdad entre mujeres y hombres ha sido el Tratado de Ámsterdam (artículo 141), instrumento que ha determinado la estructura y desarrollo de la política social comunitaria.<sup>22</sup>

Así, se incluye en el artículo 20., del TCE, la igualdad entre el hombre y la mujer, uno de los objetivos primordiales de la Comunidad, adoptando a su vez el llamado principio de *mainstreaming* o transversalidad, formulado en el artículo 30., apartado 2, con lo que corresponde a las instituciones comunitarias decidir la trascendencia y relevancia del principio de igualdad entre hombres y mujeres, como lo señala expresamente el artículo 13 del TCE y que textualmente se manifiesta como sigue:

Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

De esta manera, el artículo 141 cuenta con dos nuevos párrafos. En el párrafo tercero se establece la hipótesis en la que el

acción social, y principalmente por la jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia Comunitario; no obstante este significativo desarrollo, aún prevalece como objetivo primordial llevarlo a la práctica con absoluta efectividad.

<sup>22</sup> Freixes Sanjuán, Teresa, “La igualdad entre mujeres y hombres: el Tratado de Ámsterdam y los acuerdos internacionales”, disponible en [http://www.celem.org/prog\\_europeos/demo\\_paritaria2000/pdfs/capitulo04.pdf](http://www.celem.org/prog_europeos/demo_paritaria2000/pdfs/capitulo04.pdf).

Consejo puede adoptar medidas, a través del procedimiento de codecisión y previa consulta al Comité Económico Social, y así garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, es decir, ya no sólo la igualdad retributiva, sino en general, respecto a las condiciones de trabajo; el párrafo 4 establece las bases constitucionales bajo las cuales se consienten las medidas de discriminación positiva, instrumentos destinados a facilitar al sexo menos representado, el ejercicio de actividades profesionales o bien, a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.<sup>23</sup> Asimismo, contiene una disposición que garantiza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras (suprimiendo el término *trabajadores masculinos y femeninos*, como lo expresaba el antiguo artículo 119 TCE) para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor (artículo 141), norma que ha originado una vasta jurisprudencia, sobre todo a partir de los tres asuntos *Defrenne*.

### III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO DERIVADO

Al hablar del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo, hemos de hacer referencia ya no sólo a los tratados comunitarios, sino también a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así como a las directivas, normativa que ha provocado su desarrollo.

Como ya señalábamos, el antiguo artículo 119 se limitaba a expresar el principio de igualdad referido a las retribuciones y no a otros rubros de índole laboral, tales como el acceso al empleo, seguridad social, y en general, a las condiciones de trabajo.

A raíz de la resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, se reconoce la importancia y prioridad de la aplicación del principio

<sup>23</sup> Barberá, M., “Eguaglianza di oportunidad e azioni positive nel diritto comunitario e nelle legislazioni dei paesi membri della CEE”, *Revista italiana di Diritto del Lavoro*, num. 1, 1986, p. 863.

de igualdad de trato por razón de sexo en un Programa de Acción Social Comunitario, presentado por la Comisión Europea. En dicho Programa se indicaban diversas acciones que asegurarían la igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres, en lo relativo al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, así como a las condiciones de trabajo.<sup>24</sup> Es en este momento cuando la política social comunitaria en este ámbito se desarrolla bajo los siguientes aspectos: a) la implementación de directivas, como instrumentos vinculantes para los Estados miembros; b) el desarrollo de una significativa jurisprudencia del Tribunal de Justicia Comunitario, y c) otros instrumentos comunitarios sobre el ámbito laboral.

En lo que respecta a las directivas, diremos que han sentado importantes lineamientos y pautas en la aplicación de tal principio, fundamentalmente en el ámbito laboral, superando el derecho derivado (sentencias, directivas, entre otros) al artículo 119 (ahora 141) del Tratado CE.

A este respecto, podemos citar algunas directivas en esta materia:

- a) La Directiva 75/117, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.
- b) La Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, así como a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CEE.

<sup>24</sup> Es a partir de este Programa de Acción Social que la Comisión desarrolla la creación de dos organismos especializados en temas de la mujer: la Oficina para el empleo y la igualdad de las mujeres, que depende de la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales, llevando a cabo la coordinación de propuestas y actividades para la promoción de la igualdad de oportunidades; y el servicio llamado Innovación Mujer, dentro de la Unidad de Información de la Prensa y las Organizaciones Femeninas, que tiene como objeto fundamental proporcionar a las asociaciones femeninas la información de las acciones comunitarias.

- c) La Directiva 86/613, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.
- d) La Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud laboral de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (décima directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16, de la Directiva 89/391/CEE).
- e) La Directiva 96/34, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICEF, el CEEP y la CES.
- f) Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.
- g) La Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de seguridad social.
- h) La Directiva 86/378, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en los regímenes profesionales de seguridad social.
- i) La Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre mujeres y hombres en los regímenes profesionales de seguridad social.
- j) La Directiva 2004/113, de 13 de diciembre de 2004, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, y a su suministro.
- k) La Directiva 2006/54/CEE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

No menos importante es la labor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, fundamentalmente en los asuntos *Defrenne*,<sup>25</sup> *Defrenne II*<sup>26</sup> y *Defrenne III*,<sup>27</sup> así como también las sentencias *Kalanke*,<sup>28</sup> *Marschall*,<sup>29</sup> *Abrahamsson*<sup>30</sup> y *Badeck*,<sup>31</sup> entre las más recientes, referidas a las acciones afirmativas o positivas.

En el desarrollo de la normativa comunitaria, el principio de no discriminación por razón de sexo constituye un oasis de sociabilidad,<sup>32</sup> es decir, representa a una Europa interesada en el desarrollo de derechos sociales caracterizada por el equilibrio y la cohesión social.

La primera muestra de ello es la redacción del artículo 119 del Tratado de Roma, con marcada influencia del derecho internacional, en concreto del Convenio núm. 100 de la OIT de 1951 en lo que respecta a tres aspectos: 1) la construcción de un concepto de remuneración muy amplio;<sup>33</sup> 2) la aceptación de la expresión

<sup>25</sup> TJCE, sentencia del 25 de mayo de 1971, *Defrenne I*, 80/70. En esta resolución, el Tribunal estipula que los regímenes o prestaciones de seguridad social quedan excluidos del concepto de remuneración.

<sup>26</sup> TJCE, sentencia del 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75, asunto en el que el órgano jurisdiccional establece que el antiguo artículo 119 —hoy artículo 141— es susceptible de ser invocado ante las jurisdicciones nacionales.

<sup>27</sup> TJCE, sentencia del 15 de junio de 1978, *Defrenne III*, 149/77, fallo en el que se prohíben las discriminaciones por razón de sexo en las condiciones de empleo y trabajo, constituyendo un derecho fundamental que garantiza el derecho comunitario.

<sup>28</sup> TJCE, sentencia del 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, 450/93.

<sup>29</sup> TJCE, sentencia del 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, 409/95.

<sup>30</sup> TJCE, sentencia del 28 de marzo de 2000, *Abrahamsson*, 158/97.

<sup>31</sup> TJCE, sentencia del 6 de julio de 2000, *Badeck*, 407/98.

<sup>32</sup> Véase la aplicación de este término en Cruz Villalón, J., “Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario”, en Cruz Villalón, J. (comp.), *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 33-57.

<sup>33</sup> Especialmente del Convenio núm. 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo en 1951 y entró en vigor el 23 de marzo de 1953, siendo ratificado por España el 26 de octubre de 1967, publicado en el BOE el 4 de noviembre de 1968. En este Convenio se

*igualdad de remuneración* referida a tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo, y 3) la utilización del concepto de trabajo de igual valor.

Partiendo de estas premisas, este principio de no discriminación por razón de sexo significa mucho más que una simple igualdad de salario entre hombres y mujeres por un trabajo idéntico.<sup>34</sup>

Su evolución progresiva en el derecho comunitario ha superado el criterio formal relacionado con el concepto de sexo para abordar la dimensión de género, esto es, afrontar el tema de la distribución de las funciones y los roles sociales construida e impuesta a partir del criterio sexual, más cercano al concepto de igualdad de oportunidades que al de prohibición formal de discriminación por razón de sexo.<sup>35</sup> No es casualidad que haya experimentado su desarrollo en la materia laboral, de ahí su relación con lo económico (mercado común).<sup>36</sup>

Por consiguiente, este principio constituye uno de los apartados que el Tratado de Maastricht (1992) introduce en las disposiciones sociales del Tratado de Roma (TCE).<sup>37</sup>

establecen dos conceptos de indiscutible importancia: en su artículo 1o. señala que: a) el término *remuneración* comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagado por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último, y b) la expresión *igualdad de remuneración* entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

<sup>34</sup> Chueca Sancho, Ángel, *op. cit.*, p. 169.

<sup>35</sup> Pérez del Río, Teresa, “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, en Ruiz Pérez, Esther (coord.), *Mujer y trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2003, p. 286.

<sup>36</sup> Véase Ordóñez Solís, David, *La igualdad entre hombres y mujeres en el derecho europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Instituto de la Mujer-Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 30. Figueruelo Burriéza, Ángela, *op. cit.*, p. 330.

<sup>37</sup> Véase sobre este tema en particular, así como sobre la importancia de la política social comunitaria, Pérez de los Cobos Orihuel, F., *El derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 101-106.

Por su parte, el Tratado de Ámsterdam (1997) establece bases jurídicas más sólidas y extensas en cuanto a medidas que pueden adoptarse en la materia de igualdad entre hombres y mujeres, con una redacción nueva y más rica, ampliando el principio de igualdad a toda área de empleo y ocupación, y principalmente, la adopción de medidas para favorecer al sexo menos representado en aras de una igualdad sustancial.

En general, podemos resumir las aportaciones del Tratado de Ámsterdam a la dimensión social, relativa al principio de igualdad hombre/mujer, de la siguiente manera: a) la inclusión, como objetivo de la Comunidad, de la eliminación de las desigualdades entre hombre y mujer, así como la promoción de su igualdad; b) la postulación del principio de igualdad de retribuciones en un sentido más amplio, ya no sólo referido a un mismo trabajo, sino también a un trabajo de igual valor, y c) por último, la inclusión del principio de discriminación positiva.

#### IV. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

Al hablar de discriminación, ineludiblemente debemos hacer referencia al concepto de igualdad, pues sin lugar a dudas se encuentran relacionados.

Como es bien sabido, el concepto de igualdad abarca dos dimensiones: por un lado, la prohibición de discriminación como aspecto negativo o peyorativo de la igualdad que sanciona la diferencia sobre la base de causas irrelevantes, arbitrarias y no razonables; y en segundo término, el principio de protección de los grupos minoritarios sobre la base del desarrollo de medidas dirigidas a adquirir una igualdad real y efectiva.<sup>38</sup>

Doctrinalmente se establece la diferencia entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, atendiendo a su ámbito y a su conceptualización. Sin duda, debemos señalar el

<sup>38</sup> Sevilla Merino, Julia, “Igualdad y discriminación”, *Igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Ámsterdam*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2000, p. 25.

aspecto personal, dirigido a los poderes públicos que integran la administración del Estado, y de igual forma a los sujetos individual y colectivamente considerados, es decir, a personas físicas y jurídicas, ya que la prohibición de discriminación se enfoca siempre a individuos como sujetos pasivos, sea de manera singular o grupal.

Ahora bien, por lo que corresponde a su conceptualización, el principio de igualdad se refiere a la noción de proporcionalidad, esto es, a tratamientos *proporcionalmente* diferentes; en cambio, la prohibición de discriminación alude al término de paridad, postulando un trato paritario y, consiguientemente, prohibiendo una diferencia de trato basada en determinadas causas o motivos.<sup>39</sup>

El principio de igualdad constituye uno de los valores superiores en diversos ordenamientos jurídico-normativos;<sup>40</sup> tal principio implica dos situaciones jurídicamente iguales —mismas que serán comparadas—, por tanto se requiere como condicionante inicial, que exista igualdad de situaciones entre quien se considera víctima de un acto discriminatorio y otra u otras que se aprecien como elementos de comparación.<sup>41</sup>

El principio de igualdad no es absoluto, requiere de elementos de comparación para determinar si un acto puede considerarse

<sup>39</sup> Véase sobre el particular, Suárez Pertierra, Gustavo y Amérigo, Fernando, “Artículo 14. Igualdad ante la ley”, en Alzaga Villamil, Oscar (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Unidas, 1996, t. II, p. 262.

<sup>40</sup> Véase Jiménez Campos, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71-114, especialmente p. 79, quien afirma que la igualdad, junto con otros valores superiores han sido la base de toda la Constitución. También Rubio Llorente, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 10 y ss.

<sup>41</sup> Rodríguez-Piñero, Miguel, “Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1993, t. I, p. 22. También véase Fernández Domínguez, Juan José, *La mujer ante el derecho de la seguridad social: antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, Madrid, La Ley, 1999.

discriminatorio o no. Es un concepto relacional,<sup>42</sup> esto es, que entre el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación se incluye una relación de género a especie, correspondiendo el trato discriminatorio una causa expresamente prohibida y enunciada, denominado criterio de desigualdad sospechoso.<sup>43</sup>

Es en definitiva una concepción valorativa de la igualdad en función de la razonabilidad,<sup>44</sup> esto es, evitar cualquier desigualdad que esté desprovista de una justificación objetiva y razonable,<sup>45</sup> surgiendo así el problema de determinar qué elementos hacen no razonable una desigualdad existente, es decir, los llamados criterios de diferenciación o *tertium comparationis*.<sup>46</sup>

Lo propio del derecho es establecer diferencias, considerando como iguales a aquellas personas que son extremadamente diferentes en todo, salvo en aquel rasgo que la norma toma en consideración, y a su vez, la prohibición de discriminación representa una desigualdad de tratamiento injustificada por no ser razonable y objetiva.

En este mismo sentido radica la problemática, en el juicio valorativo entre dos situaciones reales, en la apreciación de si un acto constituye discriminación y en analizar si existe o no desigualdad de tratamiento.

<sup>42</sup> Véase Aparisi Miralles, Ángela, “Discriminación y derecho a la igualdad. Las vías para el acceso al reconocimiento de la igualdad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1995, vol. XII, p. 271.

<sup>43</sup> Rey Martínez, Fernando, “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 36 y 37.

<sup>44</sup> STC 19/1982 del 5 de mayo de 1982, 13. F. J. 5. Consultese también Serrano González, A., “El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, Seminario de Profesores de la Universidad de Derecho, 1985, en especial pp. 33 y ss.

<sup>45</sup> Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández, María Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 109.

<sup>46</sup> Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, pp. 16-23.

Ahora bien, la noción de discriminación se empieza a utilizar, fundamentalmente en el ámbito del derecho internacional público,<sup>47</sup> al equipararla con el principio de igualdad de trato, adquiriendo así una connotación negativa o peyorativa, a diferencia de la que le dio origen, es decir, una acepción neutra de distinción, prevaleciendo así su matiz de distinción injusta o arbitraria.

De ahí que la doctrina afirme que en la idea de protección de los derechos de las minorías, el derecho internacional ha ya contribuido significativamente al desarrollo del concepto moderno de discriminación —en su connotación negativa—, atendiendo como presupuesto distintivo la pertenencia a un grupo minoritario.

Con base en el aspecto etimológico y gramatical,<sup>48</sup> la palabra discriminación deriva del latín *discriminatio* que significa distinción, separación, y que procede a su vez de la partícula *dis*, dividir, y *cerno*, distinguir, percibir claramente. Su definición gramatical es acción o efecto de discriminar, seleccionar excluyendo, segregación,<sup>49</sup> lo que a su vez tiene tres acepciones:<sup>50</sup> 1) separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra; 2) dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, políticos, religiosos, etcétera, y 3) finalmente, consiste en apreciar dos cosas como distintas (no las mismas) o como desiguales.

<sup>47</sup> Véase Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994, en especial pp. 33-45, colección Estudios. Coincide con esta misma postura Fernández-Miranda Campoamor, Carmen, “La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante”, *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, p. 119.

<sup>48</sup> Consultese Del Campo, Salustiano *et al.*, *Diccionario de ciencias sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 720.

<sup>49</sup> Jordana de Pozas, Luis y Merlin, Olivier (eds.), *Dictionnaire Juridique Français-Espagnol, Espagnol-Français*, París, Éditions de Navarre, 1968, p. 113.

<sup>50</sup> *Idem.*

En un concepto mucho más preciso, consiste en dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera.<sup>51</sup>

Ahora bien, el uso general y frecuente de esta palabra ha determinado que se le considere como un trato desigual al que se le da a una persona o grupo sin razón o causa justificada. Es así que, por ejemplo, sociológicamente se le enfoca desde un punto de vista perjudicial a determinados grupos minoritarios, ya sea de tipo religioso, racial, social, etcétera, a pesar de que quien sufre la discriminación se encuentra en un plano de desigualdad frente a la ley.

Por lo que respecta a las posturas doctrinales, ha destacado un doble sentido del concepto de discriminación: un sentido neutro y un sentido negativo:

- a) en primer término, con relación al criterio de distinción, relativo a la consideración del individuo como perteneciente a un grupo o categoría particular, en razón de lo cual se le discrimina.
- b) Y en segundo lugar, que tal distinción coloca a ese individuo o grupo en una situación adversa o peyorativa, lo que supone una negación del principio de igualdad y, por ello, una afrenta a la dignidad humana.<sup>52</sup>

Nos interesa el segundo sentido, mismo que diversos instrumentos internacionales estipulan en su contenido normativo.

Por otra parte, desde una visión jurídica, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer<sup>53</sup> señalan que corresponde a la denominada tutela antidiscriminatoria, que supone una igualdad de trato,

<sup>51</sup> Desde un punto de vista gramatical, diversos diccionarios coinciden con el significado del término discriminación. Véase, por ejemplo, *Diccionario Encyclopédico Grijalbo*, Barcelona, Grijalbo, 1986, p. 634. También Moliner, María, *Diccionario del uso del español*, Madrid, Gredos, 1990, t. I, p. 1012; *Diccionario de la Lengua Española Espasa-Calpe*, España, Espasa-Calpe, 2002, t. I, p. 314.

<sup>52</sup> Rodríguez-Piñero, Miguel y Bravo-Ferrer, María Fernanda, *Discriminación*, en Ojeda Avilés, Antonio y Gorelli Hernández, Juan (coords.), *Diccionario Jurídico Laboral*, Granada, Comares, 1999, p. 249.

<sup>53</sup> *Idem*.

el evitar o suprimir ciertas diferencias de trato socialmente existentes. De ahí que se suponga una diferenciación de trato, misma que actúa contra el sujeto discriminado (anulando o menoscabeando el goce de ciertos derechos y ventajas y agravando sus cargas) y que tiene su origen en ciertos rasgos de la persona o de la configuración social (sexo, raza, parentesco, lengua, condición social, minusvalía física, psíquica o sensorial).

En este sentido, Recasens Siches<sup>54</sup> considera la discriminación como toda distinción con resultado perjudicial bajo pretextos de hechos no imputables al individuo, irrelevantes desde un punto de vista socio-jurídico, o bien, bajo el pretexto de pertenecer a categorías colectivas genéricas.

Por su parte, Lochak<sup>55</sup> recoge tres elementos en la noción de discriminación: 1) la identificación de las personas que son objeto del tratamiento diferente; 2) el campo en el que esta diferencia interviene, y 3) la justificación de esta diferencia, y su adecuación o no al fin previsto.

Teresa Pérez del Río señala dos elementos en la discriminación: primero, el resultado perjudicial,<sup>56</sup> y segundo, la unilateralidad de la protección.<sup>57</sup>

La misma autora destaca que el concepto de discriminación presenta dos características: su dinamicidad, es decir, que continuamente se encuentra en proceso, superando lo que en su origen

<sup>54</sup> Recances Fiches, Luis, *Tratado de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1965, p. 591.

<sup>55</sup> Lochak, D., “Réflexions sur la notion de discrimination”, *Droit Social*, núm. 1, 1987, p. 778. También véase Fernández-Miranda Campoamor, Carmen, “La discriminación por razón de sexo. Algunos problemas derivados de una línea jurisprudencial vacilante”, *Revista de Derecho Político*, núm. 26, 1988, p. 119.

<sup>56</sup> Pérez del Río, Teresa, “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario europeo”, en Cruz Villalón, J. y Pérez del Río, Teresa (coords.), *Una aproximación al derecho social comunitario*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 92.

<sup>57</sup> Pérez del Río, Teresa, “Principio de no discriminación y acción positiva: comentario a la parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la Mujer 1988- 1990”, *Documentación laboral*, núm. 24, año 1988-I, pp. 52 y 53.

se vinculaba con el principio de igualdad formal y adquiriendo una relación cada vez más próxima a la igualdad real o sustancial; y por otro lado, su complejidad, ya que no implica sólo una prohibición de trato desigual, sino un tratamiento secundario, es decir, un atentado contra la dignidad de la persona, en el que participan dos sujetos: los discriminadores y los discriminados, éstos desigualitariamente tratados.

La discriminación no es sólo una problemática que denote la ineffectividad real del principio de igualdad formal, tras la evidencia de una desigualdad vigente, sino también un problema de libertad, cuya protección exige que cada persona se considere individualmente, y no como miembro involuntario de un grupo creado por el discriminador.<sup>58</sup>

De la mayoría de las posturas doctrinales, podemos destacar tres acepciones relativas a la noción de discriminación:

- a) Un sentido neutral que consiste en observar una diferencia o distinción.
- b) Un sentido peyorativo, es decir, una realización de diferencias entre el tratamiento legal, social, económico, que directa o indirectamente signifiquen perjuicio para determinadas personas.
- c) Y finalmente, lo que se denomina discriminación positiva (*reverse discrimination*), conjunto de medidas que otorgan tratamiento preferente a un grupo social determinado, que hasta ese momento ha sido objeto de discriminación, ya sea social o legal.<sup>59</sup>

Ahora bien, en el concepto de discriminación se encuentra implícita la referencia contrapuesta al principio de igualdad,<sup>60</sup> coin-

<sup>58</sup> Pérez del Río, Teresa, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, p. 13.

<sup>59</sup> Ramm, T. y Schmidt, T., *Discrimination in Employment*, Estocolmo, Alinquist, 1978, p. 20.

<sup>60</sup> Amorós, C., “Igualdad e identidad”, en Valcárcel, A. (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, 1994, pp. 30 y ss.

cidiendo doctrinalmente en un tratamiento que implica una victimización, marginación, exclusión de determinados colectivos, bajo criterios de diferenciación que tradicionalmente colocan a esos colectivos en desventaja.<sup>61</sup>

Al hablar de igualdad se hace referencia inmediata al análisis de las diferencias normativas de las desigualdades de trato,<sup>62</sup> que atienden su aspecto formal y sustancial, correspondiendo a esta última el soporte básico de interpretación de todo ordenamiento jurídico en su totalidad.<sup>63</sup>

En el ámbito internacional existen diversos acuerdos que han conformado el concepto de discriminación y que, a su vez, muestran el avance y evolución de este concepto. Desde esta misma óptica resulta imprescindible remitirnos a lo que establece el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo de 1958 sobre empleo y ocupación.<sup>64</sup>

Este texto internacional, específicamente en la materia laboral, contiene el primer concepto de discriminación, en su artículo 1o., apartado 1, el cual la define como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

De esta definición podemos desprender tres elementos:

- 1) La desigualdad de trato, ya sea originada en una distinción, una exclusión o bien en una preferencia.
- 2) Las causas mediante las cuales se basa tal desigualdad.

<sup>61</sup> Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández, María Fernanda, *op. cit.*, p. 92, y pp. 97-120. En el mismo sentido, véase, Aparisi Miralles, Ángela, *op. cit.*, p. 288. Lanquetín, M. T., “La discrimination à raison du sexe en droit international et communautaire”, *Droit Social*, núm. 12, diciembre de 1988, p. 807.

<sup>62</sup> Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, p. 42.

<sup>63</sup> Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, p. 17.

<sup>64</sup> Adoptado el 25 de junio de 1958, ratificado por España el 26 de octubre de 1967, registrado en la OIT el 6 de noviembre de 1967 y publicado en el BOE de 4 de diciembre de 1968.

3) El resultado o consecuencia de la misma, es decir, discriminación en el trabajo, consiste en una diferencia de trato basada en las características personales de un individuo, como la raza o el sexo, y no en su perfil profesional, que puede ser el idóneo para el empleo de que se trate.<sup>65</sup>

Otro de los instrumentos internacionales relacionados a este concepto es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Tal normativa, aun sin contemplar una disposición concreta en la que se prohíban las discriminaciones, sí establece como medida de apoyo para llevar a la práctica los derechos y libertades que reconoce, una cláusula antidiscriminatoria en su artículo 14, expresando que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

A pesar que las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos no son formalmente aplicadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, son tomadas en consideración para la identificación de los principios generales, comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Sobre el particular, véase Tomei, Manuela, “Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, núm. 4, vol. 122, 2003, p. 442, en este trabajo la autora estudia estos conceptos con especial referencia al Convenio núm. 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, afirmando que el mérito puede ser considerado como causa de un trato discriminatorio, dado que corresponde a una distinción basada en una característica o rasgo individual de la persona para acceder a un determinado puesto de trabajo valorado socialmente, esto es, la relación entre las aptitudes y capacidades de una persona y las cualidades requeridas para el desempeño de un determinado puesto de trabajo.

<sup>66</sup> Rodríguez Iglesias, Gil Carlos y Valle Gálvez, Alejandro, “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario*, núm. 2, vol. I, julio-diciembre de 1997, pp. 336-340.

Desde una perspectiva más particular, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un texto internacional más concreto en lo que se refiere a la desigualdad de trato de la mujer, y en el que se expresa que ésta viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana. Así consagra el concepto de discriminación contra la mujer en su artículo 1º, que textualmente se lee como sigue:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera.<sup>67</sup>

De aquí podemos desprender que se descarta la palabra preferencia, término que implica la denominada acción afirmativa o positiva al señalar en su artículo 4º, apartado 1, que no se considera discriminación, la adopción de medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer, siempre que no suponga el mantenimiento de normas separadas para una y otra y cesen una vez logrados los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato.

En otras palabras, estas medidas especiales son positivas, pues están destinadas a favorecer a un grupo frente a otro, con el único objetivo de lograr la igualdad del primero, y además tienen una característica especial: temporalidad. Un ejemplo de medida especial son las medidas protectoras de la maternidad.

<sup>67</sup> Adoptada el 18 de diciembre de 1979, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981; ratificada por España el 5 de febrero de 1981 y publicada en el BOE de 21 de marzo de 1981.

## V. CLASES DE DISCRIMINACIÓN

En el derecho comunitario europeo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dio la pauta para considerar una conducta como discriminatoria,<sup>68</sup> así como distinguir los tipos de discriminación, expresando qué se debe entender por cada uno de ellos.

### 1. *Discriminación directa*

Tradicionalmente las conductas discriminatorias se han clasificado en directas e indirectas, sin embargo, en el ámbito doctrinal, las discriminaciones directas son clasificadas en dos tipos: discriminaciones directas abiertas y discriminaciones directas encubiertas.

Pues bien, ¿qué debemos entender por discriminación directa? Ésta consiste en aquellos actos u omisiones que, produciendo un resultado perjudicial, tienen como condicionante último y dominante la atención al factor discriminatorio que se trata de erradicar por la norma.

Por tanto, existe discriminación directa cuando hay normas y prácticas que, de manera expresa, excluyen o dan preferencia a determinadas personas sólo porque pertenecen a tal o cual colectivo,<sup>69</sup> es decir, consiste en un tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo,<sup>70</sup> con independencia de los motivos que hayan movido al causante, y pueden sufrirla tanto los hombres como las mujeres.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> TJCE, sentencia de 14.2.1995, *Schumacker*, 279/93, asunto en el que señala que una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.

<sup>69</sup> Tomei, Manuela, *op. cit.*, p. 442.

<sup>70</sup> Sáez Lara, Cármen, *op. cit.*, p. 56.

<sup>71</sup> Ojeda Avilés, Antonio, *El sistema común europeo de seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 249.

Es decir, aquí el sexo es el que a primera vista se identifica como motivo de discriminación; se trata de un tratamiento formalmente desigual y, que de forma evidente, tiene por causa uno de los motivos prohibidos por el ordenamiento, una diferencia de trato sobre la base del sexo de la persona. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en la sentencia *Habermann-Beltermann*<sup>72</sup> establece que constituye discriminación directa basada en el sexo cuando se comprueba la negativa a contratar a una mujer embarazada.

En el caso de la discriminación directa abierta, ésta consiste en aquellos actos o conductas que atienden a la perceptibilidad de su resultado, a todas luces perjudicial, y por ende, sus consecuencias resultan evidentes e incluso con un análisis o reconocimiento superficial.

Por cuanto se refiere a la discriminación directa encubierta, nos advierte Teresa Pérez del Río, que se constituye en aquellos actos en los que existe un intento de encubrir el factor diferencial real (el sexo), bajo otras instituciones que resten relevancia aparente a dicho factor.<sup>73</sup> Por consiguiente, se observa con claridad el hecho y el motivo discriminatorio que es mucho más fácil de identificar.

Respecto a la definición de discriminación, contamos con la que ofrece la doctrina, la que se incluye en el derecho comparado y la que se establece en las referencias jurisprudenciales del Tribunal de Justicia Comunitario.

A este respecto, es en la sentencia *Defrenne II*, en la que el Tribunal utiliza esta terminología, estableciendo la siguiente clasificación: discriminaciones directas e indirectas. Las primeras, también denominadas abiertas, son susceptibles de ser constatadas mediante los criterios de identidad de trabajo y de igualdad de remuneración predicado por el artículo 119; mientras que las

<sup>72</sup> TJCE, sentencia del 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, C 421/92.

<sup>73</sup> Pérez del Río, Teresa, *op. cit.*, p. 287.

indirectas no pueden ser identificadas más que en función de disposiciones de aplicación más explícitas de carácter comunitario o estatal.<sup>74</sup>

Al revisar la jurisprudencia relativa a la discriminación directa, observamos que en su mayoría se presenta en materia de igualdad salarial<sup>75</sup> (en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, por ejemplo, en el asunto Jenkins<sup>76</sup> y el asunto Bilka);<sup>77</sup> las pensiones (es el caso de la sentencia Worrington y Humphereys,<sup>78</sup> y de la sentencia Garland)<sup>79</sup> y en materia de prestaciones por maternidad

<sup>74</sup> TJCE, sentencia del 8 de abril de 1976, *Drefrenne II*, 43/75.

<sup>75</sup> Un ejemplo de jurisprudencia comunitaria en esta materia TJCE, sentencia del 27 de marzo de 1980, *Macarthy*, 129/79, por discriminación directa en materia salarial; cuestión que se plantea al considerar a una trabajadora que percibía una remuneración inferior con relación a su compañero, también trabajador de la misma empresa en el mismo puesto y realizando las mismas actividades laborales.

<sup>76</sup> TJCE, sentencia del 9 de febrero de 1981, *Jenkins*, 96/80; asunto que se plantea debido a que la remuneración por hora de trabajo a tiempo parcial era menor que para el trabajo a tiempo completo, y la mayoría de los trabajadores en esta modalidad laboral eran mujeres ganando 10% menos que los hombres empleados a tiempo completo. En este asunto, el Tribunal señala que la remuneración inferior para el trabajo a tiempo parcial no era en sí misma discriminatoria, pero que podría llegar a serlo si no había ninguna razón objetiva que la justificase, es decir, resulta discriminatoria si es un medio indirecto para reducir la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial y éstos conformen un grupo exclusivo o preponderantemente integrado por el sexo femenino.

<sup>77</sup> TJCE, sentencia del 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84; la cuestión que se plantea en este asunto es que el requisito de haber trabajado quince años de tiempo completo —lo que se exige para acceder al fondo de pensiones de una empresa, en la que la trabajadora había trabajado un poco más de diez años a tiempo completo, y posteriormente a tiempo parcial— resulta discriminatorio, principalmente para las trabajadoras, quienes trabajaban en su gran mayoría a tiempo parcial.

<sup>78</sup> TJCE, sentencia del 11 de marzo de 1982, *Worrington y Humphereys*, 69/80, en la que se plantea la existencia de un doble régimen de pensión de vejez, aplicable a los trabajadores y a las trabajadoras, respectivamente; no es difícil deducir que resulta discriminatorio, directa o indirectamente.

<sup>79</sup> TJCE, sentencia del 9 de febrero de 1982, *Garland*, 12/81, en la que el Tribunal resuelve la discriminación directa que consiste en la concesión de

(sentencia Gillespie),<sup>80</sup> así como en la igualdad de trato en el acceso al empleo (Von Colson y Kamann,<sup>81</sup> Johnston<sup>82</sup> y Stoeckel),<sup>83</sup> la formación y la promoción profesionales y las condiciones de trabajo.<sup>84</sup>

También existen algunas resoluciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia comunitario, específicamente respecto a des-

ventajas de transporte a los antiguos empleados jubilados y a los miembros de sus familias, tras haber alcanzado la edad de jubilación, ventajas que no se extendían a las trabajadoras jubiladas ni a sus cónyuges ni a sus hijos.

<sup>80</sup> TJCE, sentencia del 13 de febrero de 1996, *Gillespie*, 342/93, asunto en el que el órgano jurisdiccional comunitario resuelve que una trabajadora tiene derecho al pago íntegro de su salario, estando ausente de su trabajo por gozar de un permiso de maternidad, así como también el derecho a incremento de su sueldo, si lo hubiere.

<sup>81</sup> TJCE, sentencia del 10 de abril de 1984, *Von Colson*, 14/83, y TJCE, sentencia del 10 de abril de 1984, *Kamann*, 74/83, respectivamente; ambos asuntos se plantean por dos asistentes sociales que intentaban obtener una plaza como funcionarias de prisiones reservadas para sexo masculino; pero se plantea al Tribunal de Justicia la cuestión de la sanción a los Estados, al señalar los tribunales estatales que existía discriminación. El TJCE señala que de acuerdo con el artículo 60., de la Directiva 76/207, sólo se impone a los Estados comunitarios la obligación de adoptar medidas necesarias para que los discriminados puedan hacer valer sus derechos en la vía jurisdiccional, es decir, tienen la libertad de las medidas necesarias para realizar su objetivo, que sean suficientemente eficaces para cumplir el objeto de la Directiva, no obstante, señala que la sanción debe asegurar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz, y no sólo una sanción simbólica.

<sup>82</sup> TJCE, sentencia del 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84; respecto al acceso de una mujer a la policía armada que patrulla el Ulster, con 6 años de haber trabajado a tiempo completo.

<sup>83</sup> TJCE, sentencia del 25 de julio de 1991, *Stoeckel*, 345/89; y TJCE, sentencia del 2 de agosto de 1993, *Levy*, 158/91; ambos relativos a la discriminación por prohibir el trabajo nocturno a mujeres, y relacionados con la Directiva 76/207/CEE, estableciendo la no discriminación en esta materia.

<sup>84</sup> En esta área es importante señalar la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, así como a las condiciones de trabajo, que se analizará más adelante.

pidos por embarazo (Dekker<sup>85</sup> y Hertz),<sup>86</sup> por trabajo nocturno de mujeres (Habermann-Bertelmann,<sup>87</sup> Webb<sup>88</sup> y Mary Brown),<sup>89</sup> por transexualidad (P./S.)<sup>90</sup> o respecto a relaciones entre personas del mismo sexo (Grant).<sup>91</sup>

<sup>85</sup> TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, 177/88, asunto en el que el embarazo es la causa por la que se rechaza un contrato de trabajo de una candidata que había sido considerada capacitada para ejercerlo, argumentando el empresario que existirían consecuencias perjudiciales para la empresa al contratar a una mujer embarazada.

<sup>86</sup> TJCE, sentencia del 8 de noviembre de 1990, *Hertz*, 179/88; el Tribunal se pronuncia al señalar que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo; cuestión distinta si se despide a la trabajadora debido a repetidas bajas por enfermedad, ajenas al embarazo o parto, que no constituye discriminación directa basada en el sexo, pues no tiene relación alguna con el embarazo o parto.

<sup>87</sup> TJCE, sentencia del 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*, 421/92; la cuestión se plantea cuando una trabajadora es despedida, al tener la empresa conocimiento de su estado de embarazo, amparándose en una norma interna que prohíbe el trabajo nocturno de las embarazadas, a pesar de haber firmado un contrato de cuidadora nocturna en una residencia de ancianos.

<sup>88</sup> TJCE, sentencia del 14 de julio de 1994, *Webb*, 32/93; el asunto versa sobre el despido de una trabajadora por razón de sexo, específicamente a causa de su embarazo; tratamiento discriminatorio prohibido por la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que prohíbe el despido de la mujer durante el periodo comprendido entre el inicio del embarazo hasta el término del permiso de maternidad.

<sup>89</sup> TJCE, sentencia del 30 de junio de 1998, *Mary Brown*, 349/96; en la que una trabajadora es despedida a consecuencia de su embarazo, situación que no puede ser causa de despido fundada en la incapacidad derivada de su estado, aun cuando en su contrato exista alguna cláusula que se oponga a una norma inserta en una Directiva, concretamente la 76/207.

<sup>90</sup> TJCE, sentencia del 30 de abril de 1996, *P./S y Cornwall County City*, 13/94, el demandante trabajaba como administrador de un centro docente, y da aviso al director del centro sobre su deseo de cambio de sexo masculino al femenino, afirmando el Tribunal de Justicia que las cuestiones de cambio de sexo no escapan a la posibilidad de constituir discriminaciones por razón de sexo.

<sup>91</sup> TJCE, sentencia del 17 de febrero de 1998, *Grant*, 249/96; asunto que se plantea por cuestiones de orientación sexual, en donde la señora Grant, trabajadora de una empresa ferroviaria, reclamaba gratuidad y reducciones a favor de su com-

## 2. *Discriminación indirecta*

Mientras las discriminaciones directas son de fácil distinción, las discriminaciones indirectas requieren de un acto adicional para así poder identificarlas y considerarlas como tales, es decir, la aplicación de medidas, en apariencia neutras, tiene resultados o efectos perjudiciales, especialmente a las mujeres, consideradas como un colectivo.

Sin embargo, y a pesar de tales resultados, si el criterio de diferenciación es justificado y razonable, no se considera como tratamiento discriminatorio. Por tanto, la discriminación indirecta son aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios, de los que derivan consecuencias desiguales y perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen entre trabajadores de uno u otro sexo.<sup>92</sup> Es así que una de sus características o particularidades es constituir normas, procedimientos y prácticas que son a primera vista neutrales,<sup>93</sup> pero cuya aplicación afecta de manera desproporcionada a los miembros de determinados colectivos.<sup>94</sup>

En esta clase de discriminación se atiende al resultado como rasgo característico de aplicar una medida neutra, idéntica para

pañera sentimental, respecto a lo que el reglamento de la empresa condicionaba para el disfrute de estos descuentos, que los empleados tuvieran una relación significativa, siéndole dichas ayudas negadas, aduciendo la empresa que en el caso de los empleados no casados estas ayudas serían concedidas a favor de un compañero del otro sexo, y que además no vivía en pareja o con su cónyuge, por consiguiente el Tribunal de Justicia no consideró discriminación por razón de orientación sexual, apoyándose en la interpretación del Tribunal de Justicia de Derechos Humanos, del artículo 12, relativo a que sólo considera el matrimonio tradicional entre dos personas del sexo biológico diferente, y en cómo se regulan estos conceptos en la mayoría de los Estados comunitarios y en el propio derecho comunitario.

<sup>92</sup> García-Perrote Escarpín, Ignacio, “Discriminación indirecta”, en Ojeda Avilés, Antonio y Gorelli Hernández, Juan (coords.), *Diccionario Jurídico Laboral*, Granada, Comares, 1999, p. 249.

<sup>93</sup> Pérez del Río, Teresa, “La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: las D/2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE. Modificación de la D/76/207/CEE”, *Revista de Derecho Social*, núm. 19, julio-septiembre de 2002, p. 93.

<sup>94</sup> Tomei, Manuela, *op. cit.*, pp. 443-445.

ambos sexos, pero con tales resultados perjudiciales o desfavorables a un determinado colectivo.

Así lo expresa el Tribunal de Justicia Comunitario en la sentencias *Kording*<sup>95</sup> y *Gerster*.<sup>96</sup>

De igual modo, el artículo 2o., apartado 2, de la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba, dispone que para efectos del principio de igualdad de trato se contempla que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulten adecuados y necesarios, y puedan justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.

De lo anterior, podemos desprender que la discriminación indirecta cuenta con los siguientes elementos: a) un tratamiento que en principio se basa en factores aparentemente neutros, y b) pese a ello, el resultado es adverso frente a un determinado colectivo caracterizado por la concurrencia en él del factor prohibido.

El concepto de discriminación indirecta se ha construido básicamente alrededor de la institución de trabajo a tiempo parcial, principalmente por dos razones:

- a) La marginalidad del colectivo de trabajadores de tiempo parcial propicia la imposición de condiciones menos beneficiosas que las establecidas para los trabajadores de tiempo completo.
- b) Y, por otro lado, porque el colectivo de trabajadores de tiempo parcial está constituido por trabajadoras que compaginan su trabajo con sus responsabilidades familiares.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> TJCE, sentencia del 2 de octubre de 1997, *Kording*, C-100/95.

<sup>96</sup> TJCE, sentencia del 2 de octubre de 1997, *Gerster*, C- 1/95.

<sup>97</sup> TJCE, sentencia del 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84. En este asunto el Tribunal de Justicia determina que una sociedad de grandes almacenes viola el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea cuando excluye a los empleados a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa cuando esta medida comprende un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que la empresa pruebe que dicha medida se explica por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación fundada en el sexo.

Ahora bien, la discriminación directa e indirecta se diferencian en su motivo o razón, la una es discriminatoria y la otra neutra, aunque en ambos casos se produzcan efectos desiguales y desfavorables. En la primera, el trabajador deberá demostrar la intención discriminatoria del empresario, y en la indirecta deberá comprobar el efecto discriminatorio —conducta no intencional, aparentemente neutral que en su aplicación práctica supone un efecto negativo en un colectivo— dando lugar a un *disparate impact*.

Resulta interesante señalar que para determinar la existencia del efecto negativo se suele acudir a dos criterios:

1) El criterio *pass rates* o *flow statics*, basado en una comparación entre los miembros del colectivo femenino y masculino contratados por una empresa, cuando la diferencia porcentual excede de un 20% hay indicios de discriminación. 2) El criterio *stock statics*, en el que se valora exclusivamente el número de mujeres y hombres suficientemente cualificados para el trabajo ofertado en el área cercana, y cuando la diferencia excede de un 20% existe conducta discriminatoria.<sup>98</sup>

Ballester Pastor afirma que su origen fue en Estados Unidos con la doctrina del *disparate impact*<sup>99</sup> en el grupo protegido —en este caso el femenino—, y suponía que aquellas conductas aparentemente neutrales pero que de hecho tenían un efecto negativo en tal colectivo podían ser perseguidas y sancionadas como discriminatorias. En dos directivas se ha incorporado esta doctrina:

En este mismo sentido, véanse TJCE, sentencia del 9 de febrero de 1981, *Jenkins*, 96/80; TJCE, sentencia del 13 de julio de 1989, *Rinner*, 171/88; y TJCE, sentencia del 13 de diciembre de 1989, *Ruzius*, 102/88.

<sup>98</sup> Lousada Arochena, J. F., “La prohibición de la discriminación sexual indirecta y su aplicación al derecho de la seguridad social”, *Actualidad laboral*, 1996-I.

<sup>99</sup> Ballester Pastor, A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 150. Ellis, Evelyn, “The definition of discrimination in European Community Sex Equality Law”, *European Law Review*, vol. 19, núm. 6, diciembre de 1994, especialmente pp. 572-580, quien utiliza el término *adverse impact* con este mismo significado, al realizar un estudio comparativo entre el Reino Unido y la Comunidad Europea respecto al concepto de discriminación y sus elementos.

en la Directiva 76/207/CEE y en la Directiva 97/80/ CEE, relativa a la carga de la prueba en el ámbito de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

El Tribunal de Justicia Comunitario se pronuncia por primera vez respecto al concepto de discriminación indirecta —aunque no de forma literal, sino analizando el trabajo de tiempo parcial— en la sentencia Jenkins,<sup>100</sup> asunto en el cual la trabajadora que se desempeñaba bajo esta modalidad laboral, alegaba percibir un salario-hora inferior al de los trabajadores masculinos, cuya jornada era de tiempo completo. Así lo declara el órgano jurisdiccional:

Una diferencia de retribución entre trabajadores de tiempo completo y trabajadores de tiempo parcial no constituye discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado, salvo cuando consiste en realidad en un medio indirecto para reducir el nivel de retribución de los trabajadores de tiempo parcial debido a la circunstancia de que ese grupo de trabajadores se compone de manera exclusiva o de forma preponderante de personas de sexo femenino.

Esta sentencia es comparable con el asunto Bilka Kaufhaus,<sup>101</sup> en el que se excluye a los empleados de tiempo parcial de un régimen de pensiones de empresa, afectando a un número mucho más importante de trabajadoras que de trabajadores.<sup>102</sup> Dos ejemplos más son las sentencias Gerster<sup>103</sup> y Kording.<sup>104</sup>

<sup>100</sup> TJCE, sentencia del 9 de febrero de 1981, *Jenkins*, 96/1980.

<sup>101</sup> TJCE, sentencia del 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84.

<sup>102</sup> Ferreras Alonso, F., “Igualdad de trato entre hombre y mujer. Comentario a la Sentencia del 13 de mayo de 1986, dictada en el asunto 170/1984”, *Noticias/CEE*, año VI, núm. 25, febrero de 1987.

<sup>103</sup> TJCE, sentencia del 2 de octubre de 1997, *Gerster*, 1/95; asunto que se plantea a razón del sistema de cómputo de la antigüedad en el trabajo que resultaba perjudicial para trabajadoras de tiempo parcial en relación a trabajadores de jornada de tiempo completo, resultando los primeros en su gran mayoría mujeres.

<sup>104</sup> TJCE, sentencia del 2 de octubre de 1997, *Kording*, C-100/95; esta vez a una trabajadora no se le promueve para un trabajo de categoría mayor sin examen alguno, siendo trabajadora a tiempo parcial, ya que se pedía un número de años muy superior al exigido para la promoción de los trabajadores de tiempo parcial, y casualmente el gran número de trabajadores de tiempo parcial resultaba ser mujeres, sin embargo, señala el Tribunal que esta desigualdad de trato

Ahora bien, el Tribunal comunitario establece que la discriminación de los trabajadores de tiempo parcial respecto de los empleados de tiempo completo no es en sí misma una discriminación indirecta fundada en el sexo, sin embargo, corresponderá al empresario la carga de la prueba para justificar la existencia de factores objetivos.

Por lo que respecta a la materia de igualdad salarial, podemos citar la sentencia Lewark,<sup>105</sup> y en materia de promoción laboral, el asunto Hill y Stapleton.<sup>106</sup>

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de las discriminaciones indirectas,<sup>107</sup> podemos señalar dos esencialmente:

- a) El primero respecto a su resultado, es decir, que las medidas, sin ser en sí mismas discriminatorias, tengan como consecuencia una afectación o perjuicio a un número mayor de mujeres que hombres o a la inversa.
- b) Que los factores objetivos que la causan sean ajenos al sexo, por ejemplo, cuestiones de política social, presupuestaria, etcétera.

### 3. *Discriminación positiva*

Lo que hoy se denomina discriminación positiva deriva de la llamada discriminación inversa y que tuvo sus orígenes en NorTEAMÉRICA con la *Equal Protection Clause*, a través de la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos. Su objetivo

sería compatible con el ordenamiento comunitario si ésta estuviera justificada por factores objetivos, y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

<sup>105</sup> TJCE, sentencia del 6 de febrero de 1996, *Lewark*, C- 457/93, cuestión que versa respecto a la negativa del pago de siete horas y media dedicadas a la formación profesional como miembro del comité de una empresa, al afirmar el Tribunal que no hay factores objetivos para justificar tal diferencia, cuando observa que existe un gran número de mujeres que trabajaban a tiempo parcial.

<sup>106</sup> TJCE, sentencia del 17 de junio de 1998, *Hill y Stapleton*, C-243/95, es el caso de una trabajadora inicialmente de tiempo compartido y después de tiempo completo, con lo que retrocede en su escala de ascensos y, por tanto, en su retribución, constituyendo una discriminación indirecta porque la norma es perjudicial a un porcentaje mayor de mujeres que de hombres.

<sup>107</sup> Ordóñez Solís, David, *op. cit.*, p. 141.

principal consistía en combinar la idea de igualdad y las diferencias entre los distintos grupos sociales, fundamentalmente en lo relativo a los derechos civiles, surgiendo así el concepto de *Anti-discrimination Law* y *Affirmative Action*.

A la discriminación positiva se le ha considerado como aquella política que consiste en un tratamiento normativo y formalmente desigual, favorable para las mujeres, y que tiene como finalidad establecer la igualdad de oportunidades. Son estrategias temporales destinadas a remover situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales que impiden a un grupo social discriminado alcanzar la igualdad real y sustancial.

Algunas de las sentencias representativas en este tipo de discriminación son el asunto *Kalanke*,<sup>108</sup> en el que se rechaza el concepto de discriminación positiva, y posteriormente la sentencia *Marschall*,<sup>109</sup> en la que por muy contradictorio que parezca, se admite este concepto, gracias a la modificación del artículo 119 a través del Tratado de Ámsterdam, en el que se consagra la adopción de estos instrumentos por parte de los Estados miembros (párrafo 4o., del artículo 141 del Tratado CE).

En esa misma línea podemos citar otras tres resoluciones más recientes: *Badeck*,<sup>110</sup> *Abrahamsson*<sup>111</sup> y *Schnorbus*.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> TJCE, sentencia del 17 de octubre de 1995, *Kalanke*, 450/93.

<sup>109</sup> TJCE, sentencia del 11 de noviembre de 1997, *Marschall*, 409/95.

<sup>110</sup> TJCE, sentencia del 6 de julio de 2000, *Badeck*, 407/98, asunto en el que se discute la normativa alemana mediante la cual se aplican medidas dirigidas a otorgar preferencia a candidatas para ocupar plazas de formación para acceder a puestos en la función pública, y en la que el Tribunal de Luxemburgo fallaría declarando que tal normativa no es contraria a lo establecido en la Directiva 76/207 del ordenamiento comunitario, señalando que tal disposición no supone el acceso automático de las mujeres a los puestos solicitados.

<sup>111</sup> TJCE, sentencia del 28 de marzo de 2000, *Abrahamsson*, 158/97, en la que el Tribunal de Justicia Comunitario no admite la preferencia hacia algún candidato del sexo menos representado, aun cuando la diferencia de los méritos de los respectivos candidatos no sea tan importante, declarando incompatible la Directiva 76/207, una normativa nacional de Suecia que establece como parámetro un importante grado de diferencia de méritos entre los candidatos.

<sup>112</sup> TJCE, sentencia del 7 de diciembre de 2000, *Schnorbus*, 79/99. En la que el Tribunal de Luxemburgo otorga prioridad a determinados candidatos en

#### *4. Discriminación contraria al sexo masculino*

De las cuestiones planteadas en materia de igualdad entre hombre y mujer, es ésta la que tradicionalmente ha sido discriminada. Sin embargo, también el sexo masculino puede ser sujeto de tratos desfavorables y discriminatorios. Un ejemplo de ello, es la materia de pensiones de las personas de sexo masculino que sobreviven a sus esposas, principalmente en la función pública comunitaria y en las prestaciones por muerte y supervivencia de los planes que se establecen en los Estados miembros.

Un ejemplo es el caso Razzouk<sup>113</sup> y la sentencia Barber,<sup>114</sup> relativa a los planes de pensión, ambos asuntos de discriminaciones directas con la peculiaridad de que el hombre es el discriminado, al exigirle ciertos requisitos como viudo o pensionista, no así a las mujeres.

#### *5. Otras formas de discriminación contrarias al sexo masculino*

Existen diversas formas de convivencia que resultan alternativas a la tradicional y heterosexual, uniones que requieren cada

situación de desventaja, atendiendo a sus condiciones sociales específicas, en este caso, a los candidatos masculinos que hayan realizado el servicio militar.

<sup>113</sup> TJCE, sentencia del 20 de marzo de 1984, *Razoouk*, 117/92, Rec. pp. 1530-1531 y ss., en el que la Comisión Europea rechazaba la solicitud de pensión presentada por el fallecimiento de la esposa del demandante, quien se desempeñaba como funcionaria de la Comunidad, por lo que el Tribunal decide anular la decisión de la Comisión, argumentando estar fundada en disposiciones estatutarias que son contrarias a un derecho fundamental y, por tanto, inaplicables en cuanto tratan a los cónyuges supervivientes de los funcionarios de forma desigual según el sexo de las personas.

<sup>114</sup> TJCE, sentencia del 17 de mayo de 1990, *Barber*, 262/88. Este asunto implica a un trabajador británico que se encuentra afiliado a una caja de pensiones creada por la empresa, y por cuestiones económicas es despedido a los cincuenta y dos años. El Tribunal comunitario resuelve a su favor, argumentando que ese tipo de pensión se encuentra incluida en el artículo 119, misma norma que se opone a que un hombre despedido por causas económicas sólo pueda tener derecho a una pensión con pago diferido a la edad normal de jubilación, mientras que una mujer en las mismas circunstancias tiene derecho a una pensión de jubilación inmediata.

vez más una mayor protección jurídica y reconocimiento social y jurídico. Resulta imprescindible que la sociedad acepte lo que en la realidad acontece. Consideramos que la discriminación por orientación sexual responde a reticencias y prejuicios morales y al hecho de considerar la relación heterosexual como único modelo de relación afectiva, objeto de protección jurídica.

En la doctrina comunitaria ha surgido un gran debate relativo a este tipo de discriminación, respecto a si se debe considerar dentro del concepto de discriminación por razón de sexo o bien, independiente. El Tribunal de Luxemburgo ha dado la pauta en la sentencia *Grant*,<sup>115</sup> aportando con toda claridad la distinción de la discriminación por razón de sexo y otra muy distinta por razón de orientación sexual.

Así pues, el trato desfavorable por orientación sexual<sup>116</sup> constituye otro tipo de discriminación, al ser el motivo discriminatorio la opción sexual y afectiva, y no ya la condición de mujer u hombre.

<sup>115</sup> TJCE, sentencia del 17 de febrero de 1998, *Grant*, C- 249/96.

<sup>116</sup> Entre la abundante bibliografía que existe relativa al tema, podemos citar: Alonso Olea, M., “El despido de un transexual. A propósito de la sentencia comunitaria del 30 de abril de 1996”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 87, 1998; González Vega, Javier A., “Buscando en la caja de pandora: el derecho comunitario ante la discriminación por razones de orientación sexual”, *La Ley (Unión Europea)*, núm. 4522; Chacartegui Jávega, Consuelo, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Valladolid, LexNova, 2001; Nussbaum, M. C., *Sexual orientation and human rights*, New York, Oxford University Press, 1998; López-Galiacho Perona, J., *La problemática jurídica de la transexualidad*, Madrid, McGraw Hill, 1998; Martín Casals, M., “La situación jurídica de las parejas de hecho en algunos países europeos”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2000; Morales Ortiga, J. M., “Nuevos fenómenos discriminatorios: homosexualidad y transexualidad”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1999; Rodríguez-Piñero Royo, M., “Orientación sexual y no discriminación: el debate en Europa”, *Temas laborales*, núm. 52, 1999; Bell, Mark, “Sexual orientation and anti-discrimination policy: The European Community”, en Carver, T. y Mottier, V. (eds.), *The Politics of sexuality*, London, Routledge, 1998; Cambell, A. y Lardy, H., “Discrimination against transsexuals in employment”, *European Law Review*, núm. 21, 1996.

Conforme al derecho originario, el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam<sup>117</sup> (artículo II 81, apartado 1, del Tratado de Lisboa, pendiente aún por ratificar) dispone la orientación sexual como una causa específica de discriminación, esto es, considerándola como una conducta discriminatoria independiente y diversa a la motivada por razón de sexo.

Por otra parte, a pesar que la Directiva 2000/78 dispone un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación —expresando de manera literal la prohibición de discriminación por diversos motivos, entre ellos por razón de orientación sexual— no ofrece definición alguna sobre qué se debe entender por orientación sexual.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el Tribunal de Luxemburgo ha emitido dos sentencias significativas que ilustran su postura, por demás contradictoria.<sup>118</sup>

Una de ellas es la sentencia P./S. y Cornwall County City, en la cual el Tribunal comunitario declaró que las discriminaciones por motivo de transexualidad también se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE, creando confusión entre el concepto de discriminación por razón de sexo y la motivada por orientación sexual.

Un segundo asunto de trascendencia corresponde a la sentencia Grant,<sup>119</sup> resolviendo el órgano jurisdiccional comunitario que el concepto de discriminación por razón de sexo no abarca la discriminación causada por orientación sexual.<sup>120</sup> En este asunto se concluye —con todo prejuicio— que las relaciones estables

<sup>117</sup> El antecedente de este artículo es la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1984 sobre las discriminaciones sexuales en el ámbito laboral, en la que se consideraba las discriminaciones contra los homosexuales, como hechos que atentaban contra la dignidad y libertad del individuo y opuestos a los principios de democracia y justicia social.

<sup>118</sup> TJCE, sentencia del 30 de abril de 1996, *P./S y Cornwall County City*, 13/94.

<sup>119</sup> TJCE, sentencia del 17 de febrero de 1998, *Grant*, C- 249/96.

<sup>120</sup> Elósegui, Itxaso, *La transexualidad. Jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, Comares, 1999, pp. 333-379. También Rivas Vañó, A., “La

entre personas del mismo sexo no se pueden igualar a las relaciones entre personas casadas o las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo.<sup>121</sup>

Resultan evidentes los parámetros que fija el Tribunal de Luxemburgo para resolver este asunto: el matrimonio tradicional y la unión, igualmente entre heterosexuales, sin estimar otros comportamientos afectivos y de índole sexual, tales como la homosexualidad, la bisexualidad o incluso la transexualidad, considerándola esencialmente como orientación sexual.

prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78”, *Temas Laborales*, núm. 59, 2001.

<sup>121</sup> Véase Sánchez Martínez, M. O., “Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58, 2000, pp. 45-69, en particular, pp. 45-51, quien pone de manifiesto que en nuestros días ya no sólo se puede considerar a la familia como única forma de convivencia entre parejas, dado que existen otras clases de convivencia, en las que prevalecen ciertas semejanzas con respecto a la tradicional, de ahí que reclamen un reconocimiento legítimo relativo a ella.