

DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO EN LA INTERDICCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

María Luisa Balaguer Callejón*

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *Elementos que intervienen en la modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo.*
3. *El contenido de la Directiva 2002/73/CE.*
4. *El desarrollo legislativo de la norma comunitaria en el estado español.*
5. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La legislación europea en materia de género es a menudo más avanzada que la legislación interna de algunos Estados, desde luego que la del nuestro, y precisamente en el derecho laboral más que en otras materias de género¹.

Las condiciones de homogeneidad a que obliga el estándar europeo de mínimos, en relación con los estados miembros de la Unión, supone en

* Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga.

¹ De forma convencional utilizamos el concepto de ordenamiento de los Estados y del ordenamiento europeo, cuando el ordenamiento europeo forma parte del de los Estados. Sin embargo, la contraposición es útil para evidenciar que el ámbito europeo condiciona nuestra legislación interna y obliga a crear normas de desarrollo que de otra forma no existirían y contribuyen, en este caso, a la consecución de un mayor grado de igualdad.

ocasiones un importante avance en la legislación interna, compelida a regular algunos aspectos que, aun reivindicados por importantes sectores sociales, no habían merecido la atención del legislador.

La directiva 76/207/CEE, del Consejo de Europa, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, es modificada por el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa mediante esta Directiva 2002/73/CE, que desarrolla las previsiones del apartado 3 del artículo 141 del TCE.

Esta Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 ha motivado el desarrollo de la legislación interna en el ámbito laboral, con urgentes modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Procedimiento Laboral, para adaptar la legislación interna a la normativa comunitaria.

2. ELEMENTOS QUE INTERVIENEN EN LA MODIFICACIÓN DE LA DIRECTIVA 76/207/CEE DEL CONSEJO

Las circunstancias sociales y laborales que se dan en estos momentos en la Unión Europea no tienen mucho que ver con las que concurrían hace casi cuatro decenios. Y si estas circunstancias han variado sensiblemente en el contexto europeo, más trascendente ha sido el cambio en España pues, como es sabido, estos años han supuesto la innovación y consolidación de un sistema democrático de reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales, ausente hasta la promulgación de la Constitución Española de 1978. Estos decenios han sido decisivos para las mujeres en nuestro Estado que ha pasado de una desigualdad institucional, jurídica y social, a una plena igualdad jurídica en el reconocimiento formal de los derechos, (art. 14 de la Constitución) y a una profundización en la igualdad real en las instituciones y el conjunto de la sociedad.

También en el ámbito europeo se han producido importantes avances desde 1976 en la incorporación de la mujer al mundo del trabajo, que han tenido su trascendencia en un importante incremento de la legislación en materia laboral por parte de la Unión Europea.

Como se ha comentado ya respecto de esta Directiva, la propia jurisprudencia del TJCE había venido creando unos criterios acerca de la igualdad compensatoria y otros aspectos relacionados con la igualdad de género².

² J.A. MONTILLA MARTOS, "Comentario a la Directiva 2002/73/CE", en la Revista *Artículo 14*, editado por el Instituto Andaluz de la Mujer.

3. EL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2002/73/CE

Esta Directiva contiene importantes figuras jurídicas que habían sido objeto de reivindicación por asociaciones y colectivos de los estados miembros, desde hace algunos decenios, y que se regulan por primera vez en materia laboral, como son el acoso, y el acoso sexual, y la discriminación indirecta.

En primer lugar, es muy importante la afirmación que se contiene en el art. 1 de la Directiva, por la que se crea un apartado *bis*, que se refiere a la transversalidad de las disposiciones legislativas en las políticas y actividades públicas, que han de tener en cuenta “de manera activa” el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres³.

Esta transversalidad, objeto prioritario en la Cumbre de Pekín de 1995, donde se intentó definir el *mainstreaming* o transversalidad de género, como una medida paliativa de la desigualdad más llamativa de las mujeres en el ámbito público, sobre todo en el campo de la participación política, se reafirma ahora como la finalidad propia de esta norma en un intento, teleológico, de conseguir erradicar esa desigualdad.

En segundo lugar, se reconoce la distinción, que había venido siendo ya claramente establecida por la jurisprudencia, entre la discriminación directa e indirecta. Efectivamente, las discriminaciones que se producen en las condiciones laborales de las mujeres no suelen hacerse de forma explícita y directa, sino de forma solapada e indirecta, por la vía de burlar la ley y los convenios colectivos.

En tercer lugar, también se recoge la definición de acoso sexual en el trabajo⁴. Hasta este momento no existía en nuestro ordenamiento jurídico un precepto que recogiera esta figura. Se debía estar a la creación jurisprudencial, que lo consideraba dentro del art. 14 de la Constitución y del 175 ss. de la LPL, e incurso en un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito social.

³ El artículo 1 *bis* dice que “los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1”.

⁴ Define el acoso como “la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno humillante u ofensivo”. Y el acoso sexual “como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Otro importante aspecto que se regula en la Directiva, y estaba ausente en nuestra legislación laboral, es el de la interdicción de la discriminación en el acceso al empleo. El art. 3 señala como objeto de protección laboral, la obligación de respetar la igualdad en el acceso al mercado laboral. Bien es verdad que existía la posibilidad de sancionar administrativamente a las empresas que discriminaran a una mujer en el acceso al mercado, pero ahora queda clarificada esta imposibilidad con una regulación expresa.

Finalmente, interesa destacar el mandato que contiene la Directiva en orden a desarrollar estas disposiciones por parte de los Estados miembros, y realizar las oportunas modificaciones para que se produzca la necesaria adaptación legislativa. En este sentido el art. 2 obliga a los Estados miembros a poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a las exigencias de esta Directiva⁵.

4. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA NORMA COMUNITARIA EN EL ESTADO ESPAÑOL

Consecuencia de todo ello es el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical en materia de igualdad de trato, y el Anteproyecto de Ley de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato que el Ministerio de Trabajo ha elaborado en agosto de 2003, y que, seguramente, después de las elecciones legislativas de 12 de marzo de 2004, será sustancialmente alterado.

La modificación que se pretende de la LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical se constriñe al establecimiento de la interdicción de la discriminación por razón de sexo en el ejercicio de la libertad sindical, y en la adquisición y pérdida de la condición de afiliado a una central sindical.

Respecto al Anteproyecto de Ley de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, se pretende desarrollar la norma comunitaria

⁵ El art. 2 dice: "Los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 5 de octubre de 2005, o garantizarán que, a más tardar en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido las disposiciones requeridas mediante acuerdos. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados que exige la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión".

con el establecimiento de medidas de “aplicación real y efectiva del principio de igualdad”⁶.

Se pretenden modificar la Ley del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; la Ley 13/82, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos; la Ley 16/83, de 24 de octubre, de creación del organismo autónomo Instituto de la Mujer; la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, y la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000.

El contenido del Anteproyecto de la Ley abarca tanto aspectos sustantivos como procesales.

En cuanto a la legitimación activa, el anteproyecto amplía con buen criterio la legitimación procesal. Permite que además de las personas directamente perjudicadas, puedan actuar en su nombre las personas jurídicas, legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos⁷.

La prueba se regula en el art. 6 que exige la inversión de la carga de la prueba en estos supuestos de lesión de la igualdad. Pero tampoco se avanza respecto a lo ya construido en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en general, respecto de los derechos fundamentales, y, en particular, respecto de la discriminación. Alegada por la parte actora la discriminación, corresponderá al demandado la justificación de las medidas adoptadas, una vez determinados los indicios. Como es sabido, la verdadera dificultad está en concretar qué se consideran “suficientes indicios”, y que cabe exigir de lo que se ha denominado, no sin cierta razón, la prueba diabólica, por lo que no puede considerarse un avance la reiteración de este Anteproyecto, que debería haber intentado avanzar algo en materia de la prueba en los procesos de invocación de derechos fundamentales.

El Consejo para la Promoción de la Igualdad de trato recogido en los arts. 6 y 7 puede ser importante, si se desarrolla con suficiente cobertura.

⁶ Art. 1 de Anteproyecto de Ley de Medidas de aplicación del principio de igualdad de trato.

⁷ La redacción técnica del precepto, de no corregirse en la tramitación del Proyecto de Ley en su día, deja un importante margen de indeterminación en cuanto a la legitimación al no explicitar quienes están realmente legitimados. La expresión “colectivos legalmente habilitados” del art. 5 puede referirse a organizaciones sindicales, a asociaciones o a ambas instituciones, pero sería técnicamente más riguroso delimitar de forma expresa los que tienen la capacidad procesal para ser parte o coadyuvantes de ese hipotético proceso.

No se puede decir lo mismo de la defectuosa redacción del art. 11, que atribuye al Instituto de la Mujer la competencia de “promoción, análisis, seguimiento y apoyo a la igualdad de trato entre las personas, sin discriminación por razón de sexo”. Este artículo queda claramente descontextualizado del resto y no se comprende bien a que finalidad responde la imputación de esas funciones ni como se articula en el proceso a que nos estamos refiriendo.

Igualmente en sentido negativo, debe subrayarse la especial opacidad del art. 16 del Anteproyecto, por el que pretende modificar el art. 17 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Esta norma declara “nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los Convenios Colectivos, los pactos individuales, y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad, discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión, o no a los sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”. Más allá de la evidente falta de claridad del precepto, también parece colisionar con las posibilidades que el art. 9.2 de la Constitución permite de favorecimiento a los colectivos marginados. En la forma en que está redactado este artículo puede impedir las políticas de protección de determinados colectivos infrarrepresentados en algunas profesiones o actividades laborales.

Finalmente, en lo que se refiere a la extinción del contrato y al despido, regulación más importante que las contenidas en los demás preceptos, en cuánto supone el final de la relación laboral, son de destacar las siguientes notas:

—En relación con el art. 17, se permite al trabajador resolver el contrato de trabajo con el derecho a una indemnización, en aquellos casos en que el acoso provenga directamente del empresario. Pero en el caso de que el acoso se produzca por parte de persona distinta al empresario, será necesario que el empresario conozca esta situación y no haya adoptado medidas para evitarlo. Esta restricción del supuesto de hecho va a producir en el orden probatorio dificultades importantes para la posibilidad de resolver el contrato de trabajo. A la situación difícil en que se encuentra una persona acosada en una relación laboral, se le añade la exigencia de una prueba procesal, a veces complicada y difícil, sobre todo si la empresa no colabora

en la erradicación del acoso. Lamentablemente, esto es habitual en la práctica dado que, generalmente, el acoso no proviene de compañeros de equivalente situación profesional sino de jefes, que prevaleciendo de la situación de superioridad en la que se encuentran, realizan estos actos. Y finalmente, habrá que demostrar supuestamente, que el empresario no ha realizado ninguna actividad para impedirlo. Pero si recordamos la inversión de la carga de la prueba, en realidad esta prueba debería ser de los demandados en el procedimiento, lo que tampoco se aclara bien en la propuesta legislativa.

—En relación con el art. 18, puede calificarse cuando menos de original la posibilidad de despido por acoso al empresario. El tipo de relación que se produce entre un trabajador y un empresario, fuertemente mediatizado por la especial sujeción de la relación, no favorece un acoso a la inversa. Por eso es llamativa esa regulación, en relación con otro tipo de situaciones mucho más frecuentes, y que están ausentes en este Anteproyecto.

5. CONCLUSIONES

En realidad, la exigencia de regulación del acoso y del acoso sexual en el trabajo no permitía una espera durante mucho tiempo más en el derecho laboral. Esta exigencia se ha visto favorecida por las resoluciones del TJCE y por la jurisprudencia, primero constitucional y luego de la jurisdicción ordinaria, que de alguna manera han ido mostrando la insuficiencia de las construcciones jurisprudenciales y la necesidad de las oportunas modificaciones legislativas. En este sentido, la directiva 2002/73/CE ha tenido la oportunidad de forzar la legislación estatal para la regulación normativa del acoso y de otras formas de erradicación de la discriminación.

Sin embargo, la Directiva no ha entrado directamente en el problema del acoso moral, el llamado *mobbing*, que no está necesariamente relacionado con ningún tipo de discriminación étnica, religiosa, o sexual, sino con las relaciones de producción que se generan y sostienen con motivo de la prestación de los servicios laborales. Esta es una insuficiencia muy importante al mantenerse sin regular. Implica la imposibilidad de encontrar solución a un problema de salud laboral muy importante, causa de un absentismo laboral que se incrementa progresivamente. Se diagnostica como depresión psíquica, cuándo el verdadero problema de esos trabajadores no es el de una enfermedad psíquica, sino el de un acoso moral que sufren por una inadecuada relación en la prestación de sus servicios, un entorno agresivo, y otras circunstancias que no revierten necesariamente en ninguno de los tipos regulados en la Directiva.

Mucho más restrictiva es aun la intención reguladora del legislador estatal, en la que es deseable un cambio de orientación el futuro próximo. Más allá de la extensión de estos derechos considerados mínimos por el derecho europeo, sería aconsejable que los Estados, en particular el nuestro, aprovechen la oportunidad que ofrece el desarrollo normativo de esta Directiva para asentar por fin ciertos conceptos que la jurisprudencia ha ido creando pero precisan un general asentamiento. Destacadamente, desde luego, la prueba en los derechos fundamentales, la ampliación del acoso moral, y la posibilidad de desarrollar la desigualdad compensatoria en los colectivos infrarrepresentados en función del género.

Es de esperar que a partir de ahora, y después de escuchar a las organizaciones sindicales y asociaciones de los colectivos implicados, se puedan acometer estas reformas legales, intentando dar soluciones a problemas pendientes de solución desde hace ya demasiado tiempo.