

**SAEZ LARA, Carmen: Mujeres y mercado de trabajo:
las discriminaciones directas e indirectas**

(Edit. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, 157 páginas)

Por MARÍA DOLORES CARRASCOSA BERMEJO*

El libro de Carmen Sáez Lara objeto del presente comentario constituye el primer volumen de la Colección de Estudios del Consejo Económico y Social, dirigida a dar publicidad a debates, reflexiones o estudios científicos que surgen en torno a cuestiones económicas y sociales.

«Mujeres y mercados de trabajo» estudia un fenómeno fuertemente arraigado en la sociedad, la discriminación por razón de sexo, que se configura como la más importante causa discriminatoria en las relaciones laborales de los países europeos occidentales.

Esta discriminación provoca una desigualdad real de oportunidades desde el momento crucial del acceso al empleo, aspecto que ha sido poco estudiado y que la autora en su libro analiza en profundidad. Dicha discriminación continúa en el propio puesto de trabajo, a través de lo que se denomina *discriminación horizontal* y *vertical* que relegan respectivamente a la mujer a los llamados empleos propios de su sexo o a puestos de escasa responsabilidad.

Mediante un riguroso estudio de Derecho Comparado (principalmente de la jurisprudencia de Estados Unidos como país precursor, junto a Gran Bretaña, de la legislación antidiscriminatoria, e incluyendo también la situación normativa en el marco europeo junto con las pautas interpretativas del Tribunal de Justicia comunitario y de nuestro Tribunal Constitucional), Carmen Sáez Lara identifica y define los conceptos de discriminación directa e indirecta, delimitándolos también negativamente.

En el mismo sentido, la autora muestra las distintas soluciones dadas en cada ámbito al binomio diferencias entre hombres y mujeres e igualdad. En su opinión, no se puede privar de relevancia jurídica a tales diferencias, si lo que se pretende es neutralizarlas como obstáculos a la igualdad de oportunidades.

Esta visión conjunta del grado de protección internacional del que goza la mujer frente a las discriminaciones en el trabajo, parece tener como objetivo básico (al margen de su incontestable valor práctico) mostrar la ineludible necesidad que existe en nuestro país de una intervención legal de carácter específico, y las consecuencias que puede acarrear el dejar en manos de construcciones jurisprudenciales o principios generales la protección de un derecho tan importante como el que nos ocupa.

El libro comienza con una introducción precedida de un prólogo del profesor

* Colaboradora del Área de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid.

don Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer, y se estructura en cinco capítulos, que Carmen Sáez complementa con unas conclusiones finales.

El primer capítulo se dirige a establecer el significado de la prohibición de discriminación en relación con la tutela jurídica de la igualdad, tanto formal como material.

La autora analiza la evolución interpretativa del Tribunal Constitucional, que desde un primer momento, en el que la prohibición de discriminación no se consideraba sino el perfil negativo de la igualdad, llega a través de la sentencia 128/87, de 16 de julio, a una interpretación más acorde con la ya mantenida en el ámbito del Derecho Internacional Público, consistente en otorgar cierto significado autónomo al segundo inciso del artículo 14 de nuestra Constitución, referido específicamente a la discriminación.

Esta segunda postura permite avanzar hacia el logro de la igualdad real de oportunidades para la mujer y da lugar a la interdicción tanto de discriminaciones directas como indirectas.

El segundo capítulo comienza con un exhaustivo examen normativo y jurisprudencial a nivel internacional, encaminado a fijar una diferencia de partida que identifique si una determinada práctica o comportamiento empresarial se sitúa bajo la categoría de discriminación indirecta, dentro de la *teoría del impacto adverso*, o en la categoría de discriminación directa, conectada con nociones como la igualdad de trato o la neutralidad.

La conveniencia de encontrar un criterio objetivo previo hace que desde un punto de vista práctico, Carmen Sáez se decante por la solución jurisprudencial norteamericana que establece la distinción atendiendo al destinatario de la medida empresarial. De esta manera, si dicha medida se dirige a un solo sexo podría dar lugar a una discriminación directa, mientras que si sus destinatarios son ambos sexos constituiría una discriminación indirecta.

Este criterio posibilita desde el principio el análisis bajo una u otra teoría. Sin embargo, tal opción no supone en absoluto prescindir de otros criterios como el intencional o causal, cuyo combinado tiene una mayor eficacia en el plano técnico-teórico.

Planteada ya la diferenciación inicial entre ambos tipos de discriminación, continúa el capítulo segundo con un pormenorizado estudio de las discriminaciones directas, a las que define como *el tratamiento diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo*.

De esta definición irá extrayendo sus características principales, entre las que destacarían por su carácter práctico e interés las siguientes:

En primer lugar, elemento comparativo, por el que una mujer, en principio, sólo resultaría discriminada por razón de su sexo si sufre una desventaja en relación a un hombre, sea éste real o hipotético. Hay que resaltar que este elemento comparativo resulta inaplicable en relación a la *discriminación por razón de embarazo*, al constituir una diferencia sexual inmutable que conllevaría una serie de derechos intrínsecos, y que no deben responder a comparaciones forzadas que conducen al absurdo.

En relación con la posición que ocupa el citado elemento comparativo en los

llamados *trabajos propios de mujeres*, señalar la imposibilidad de prescindir del mismo: por ello, la comparación debe realizarse con el tratamiento que reciben los hombres que desempeñan trabajos calificables como similares.

Respecto del elemento causal, la autora recoge la consideración de discriminación directa que poseen las diferencias de trato por una causa que sea consecuencia directa del sexo (embarazo, maternidad).

Dentro de ese mismo capítulo se plantea la posibilidad de justificar o establecer derogaciones a la igualdad de trato; postura que debe ser rechazada más allá de aquéllas que se fijen de forma taxativa y que deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

Estas derogaciones darán relevancia a las diferencias biológicas entre los sexos, y pueden determinar la exclusión de la mujer de ciertas actividades profesionales, su protección únicamente en situaciones de embarazo y maternidad, y por último, lo que la ya citada sentencia 128/87 del Tribunal Constitucional denominó la *teoría del impacto compensador*, es decir, la promoción de la igualdad de oportunidades de la mujer, a través de acciones positivas.

Respecto de la apariencia física, de acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, sólo se considerará discriminatoria la diferencia de trato que contenga estereotipos sexuales ofensivos o dañinos en las condiciones de empleo.

Dado el carácter taxativo de las posibles derogaciones a la igualdad de trato, la autora señala la necesidad de su fijación normativa, evitándose así, por ejemplo, que quede en manos judiciales la valoración de si una medida fomenta o no la igualdad de oportunidades.

La autora, por último, dentro de este extenso capítulo, recoge la repercusión probatoria que posee la calificación de una discriminación directa como abierta o encubierta.

Una discriminación directa encubierta supondría la inversión de la carga de la prueba; no se trata, sin embargo, de una traslación total, ya que el empresario sólo tendría que probar que su comportamiento no es discriminatorio, pero no que su medida sea ajustada a derecho ni siquiera necesaria o idónea.

El capítulo tercero trata específicamente el tema de la posible exclusión de determinadas actividades profesionales del principio de no discriminación por razón de sexo. Exclusión que vendría justificada por la tutela de la actividad empresarial, ya que el sexo, en este caso, determinaría la ineptitud del trabajador para el cumplimiento del trabajo.

A través de un estudio de Derecho Comparado, principalmente de la directiva comunitaria sobre igualdad de trato, la autora establece los criterios que garantizan el carácter excepcional de la exclusión, que debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Será necesario, en primer lugar, que exista una conexión objetiva, es decir, no dependiente de la voluntad empresarial, entre el sexo y el cumplimiento del trabajo.

Son rechazados, por no superar el juicio de necesidad, el incremento de costes o la protección de la mujer ni tan siquiera en el supuesto de embarazo, tema polémico en el que en opinión de la autora debe prevalecer la decisión de la mujer, a la que se debe permitir compatibilizar la maternidad y su empleo.

En segundo lugar, será preciso que esa diferencia sexual, considerada relevante en un momento concreto, esté sujeta a los cambios sociales.

La citada Directiva comunitaria ha optado en su artículo 2.2 por un criterio de control que exige la puesta de manifiesto de las profesiones concretamente excepcionadas, de manera que pueda existir un seguimiento de su adaptación a la evolución social. España no posee ni una normativa específica ni un listado de profesiones excluidas, situación que podría atentar contra la seguridad jurídica.

La prohibición por la jurisprudencia norteamericana de las discriminaciones indirectas, a las que Carmen Sáez dedica el capítulo cuarto de su libro, supuso un gran avance en la tutela antidiscriminatoria de la mujer.

El concepto de discriminación indirecta que posee un marcado carácter supraindividual se compone de dos elementos, una presunción amplia de discriminación, integrada por prácticas o medidas formales o aparentemente neutras, es decir, destinadas a ambos sexos, que en el momento de su aplicación poseen, sin embargo, un efecto adverso no necesariamente un perjuicio) sobre los miembros de un determinado sexo. Esta *prima facie* discriminatoria, que debe ser probada por el demandante, puede ser desvirtuada por una justificación empresarial que configura el segundo elemento de la definición, clave a a hora de determinar el alcance real de la prohibición discriminatoria.

Dados los graves problemas interpretativos que plantea la cuestión, Carmen Sáez, como ya ha postulado en otros capítulos, se decanta por una intervención legal que clarifique y determine su contenido, al menos del llamado *test de necesidad empresarial*, como ya hubo de hacerse en Estados Unidos, a través de la *Civil Rights Act* en 1991, que restableció la *Business Necessity* y prohibió la posible aplicación de un juicio de oportunidad.

Esta necesaria intervención legal se hace todavía más acuciante en el marco de la Comunidad Europea, donde la ausencia de definición legal de lo que sean discriminaciones indirectas ha provocado su insatisfactoria aplicación jurisprudencial por los tribunales nacionales, a los que atribuye el Tribunal de Justicia la valoración de la llamada justificación empresarial.

La mencionada justificación empresarial se compone de dos tests fundamentales, fijados por el Tribunal de Justicia europeo en el célebre *caso Bilka*. Un primer test de necesidad, que responde a que la medida adoptada persiga una exigencia objetiva y efectiva para la empresa, y un segundo test de idoneidad de la medida para cumplir su fin, con la consiguiente inexistencia de medidas alternativas con menor efecto negativo sobre las mujeres.

En este segundo test, al contrario que en el de necesidad, existe la posibilidad de realizar un juicio ponderado entre el efecto discriminatorio y el aumento de costes que supondría la aplicación de esas otras medidas.

El último capítulo está dedicado a la prohibición de discriminaciones tanto directas como indirectas en el momento inicial de acceso al empleo.

El contenido de dicha prohibición, con origen en una construcción jurisprudencial, supone un límite a la libertad de contratación empresarial, con una primera obligación: la transparencia en el proceso de selección, incluyendo las ofertas de empleo, que no pueden ser tampoco discriminatorias, de acuerdo

con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y la propia Directiva sobre igualdad de trato.

La prohibición de utilizar el sexo como criterio en el procedimiento de selección, supone otra limitación a dicha libertad de contratación, exceptuándose lógicamente, las actividades profesionales excluidas de la igualdad de trato.

Se exige también que dicho procedimiento sea común para ambos sexos (por ejemplo, en relación a la apariencia física), impidiéndose además, que injustificadamente, es decir, sin superar un juicio de necesidad empresarial y de idoneidad para el cumplimiento correcto del trabajo, se produzca la exclusión de un mayor número de mujeres que de hombres.

Para evitar que a través de la exigencia de unos determinados requisitos objetivos, subjetivos, tests o pruebas físicas, que esconderían una discriminación indirecta, se excluya a la mujer en el acceso al empleo, Carmen Sáez señala la necesidad de valorar en qué medida es realmente necesaria la cualidad o aptitud requerida así como identificar si el trabajo no necesitaría también otras aptitudes que en mayor medida correspondan a las mujeres (aquí se observa claramente el problema de las categorías profesionales previamente definidas por y para los hombres, situación no valorada por las *teorías asimilacionistas*).

Esta monografía concluye con las ya mencionadas conclusiones de su autora, o ideas básicas extraíbles del libro. Por último, señalar que junto a la bibliografía se recoge un índice de sentencias que, como el propio libro, tendrá su aplicación práctica.