

## Mercado de trabajo y acción positiva

# La prohibición de discriminaciones indirectas

Carmen Sáez Lara

Profesora Titular del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid

**Discriminación, sexo y empleo son conceptos que se entrelazan desde distintas perspectivas.**

**La discriminación sexual en el empleo (al igual que la derivada de la raza o el origen nacional) se exterioriza fundamentalmente en formas de segregación sexual.**

La segregación en el trabajo tanto horizontal (trabajos “propios” de mujeres), como vertical (escaso número de mujeres en posiciones de mando, o cargos de responsabilidad) asegura las diferencias salariales, perpetuando la diferencia económica entre los hombres y las mujeres, que estaría en la base de la posición subordinada de estas últimas en las sociedades contemporáneas.

### **ASIMILACIONISMO**

Como es sabido, la tutela por los derechos de la mujer en el mundo del trabajo, durante la década de los setenta adoptó una visión igualitarista o “asimilacionista”, que negaba relevancia a las diferencias sexuales. La legislación y la práctica judicial norteamericana, pioneras en la lucha por la igualdad, constituyen un buen ejemplo al efecto. A partir de la década de los ochenta, la promoción de las condiciones de igualdad para la mujer en el terreno laboral en aquel país, abandona este primer modelo de igualdad seguido (“Equality Model” o “assimilationist view”). De esta forma, se afirma, que una sociedad justa necesita reconocer y acomodar las diferencias existentes por razón del sexo, en orden a neutralizarlas como barreras a la igualdad de oportunidades, para la consecución de los logros personales(1).

Es, en este contexto, en el de la conquista de un modelo de igualdad “de las diferencias”, donde puede situarse la legitimidad de medidas de acción positiva en favor de las mujeres, también en el mundo del trabajo.

Si damos una ojeada a la situación normativa en la Unión Europea, la Directiva sobre la igualdad de Trato, 76/207, admite medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres (2).

También entre nosotros, en la doctrina del Tribunal Constitucional a partir de 1.987 encontramos afirmaciones que creo pueden amparar la legitimidad de medidas de acción positiva o afirmativa para las mujeres (3).

Sin embargo, por el momento, y al margen de tales apoyos teóricos, la realidad de las medidas positivas de tutela de las mujeres en el trabajo no conoce de diferencias directas de trato en favor de las mujeres para paliar una situación aún desventajosa de éstas. Aquella realidad de medidas positivas se concreta, hoy, en mi opinión, en la prohibición de discriminaciones indirectas, y en la obligación de retribuir con igual salario trabajos de igual valor, sin discriminación alguna por razón de sexo (4). Creo que es importante, por su trascendencia, identificar qué son las llamadas discriminaciones indirectas.

## **DISCRIMINACIONES INDIRECTAS**

En la actualidad, el principio de no discriminación por sexo en el trabajo, prohíbe en todos los países de la Unión Europea, por influencia directa de la práctica judicial norteamericana, las discriminaciones directas e indirectas.

La discriminación directa es una diferencia de trato por razón o a causa del sexo del trabajador. La discriminación indirecta se realiza a través de una práctica o medida, que siendo formal o aparentemente neutra, posee, sin embargo, un efecto adverso sobre las mujeres y no está justificada. El concepto de discriminación indirecta descubre la forma que adopta el fenómeno discriminatorio en su exteriorización, muchas veces consecuencia de la aplicación de medidas neutras, por las propias diferencias existentes en la sociedad.

Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia 145/1991, ha señalado la obligación de los órganos judiciales de entrar a analizar si las reglas o prácticas de la empresa pueden encubrir una discriminación indirecta.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que pueden constituir discriminaciones indirectas, por ejemplo, normas sobre protección social que establecen diferencias entre trabajadores a tiempo completo y parcial; o que dan relevancia a los ingresos del cónyuge y de personas a cargo del beneficiario; un sistema de clasificación profesional basado en los criterios del esfuerzo muscular y el carácter pesado del trabajo; o el uso de criterios retributivos como la flexibilidad, formación profesional y la antigüedad; por su efecto desfavorable sobre las trabajadoras.

## **A IDENTIFICARLAS**

Como puede comprobarse la virtualidad aplicativa de la prohibición de discriminación indirecta es grande. La igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo no sólo impide tratos diferenciadores directos, sino medidas, usos, prácticas que, sin propósito discriminatorio alguno, desfavorezcan en mayor medida a las mujeres y que carezcan de justificación. Piénsese en criterios o exigencias de selección que excluyan a un mayor número de mujeres, o en los propios criterios del esfuerzo físico, o de la pesadez de la función, de los Manuales de Valoración de puestos de trabajo de las empresas. Téngase en cuenta además que las mujeres asalariadas lo son predominantemente, dentro de trabajos segregados, con contratos temporales y a tiempo parcial en mayor medida que los hombres (5).

En definitiva, se nos impone a todos una tarea de identificación de las eventuales discriminaciones indirectas de las mujeres en el trabajo, a los efectos de su impugnación ante las instancias competentes. Como sabemos, la litigiosidad y la intensidad del problema

de la discriminación sexual en el trabajo parecen, muchas veces, encontrarse en relación proporcionalmente inversa.

Sólo así, a través de la denuncia y corrección de cualquier vulneración de la igualdad, podrá hacerse real la garantía de igualdad y no discriminación por... sexo... del art. 14 de nuestra Constitución.

---

(1) Véase H.H. Kay, "Models of Equality", University of Illinois Law Review, 1/1985.

(2) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmó (sentencia de 25-10-1988) que la Directiva autoriza medidas, que aún siendo discriminatorias en su apariencia, se dirijan realmente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho, que puedan existir en la realidad de la vida social.

(3) Véanse las sentencias 128/1987; 109/1993 y 187/1993; donde sobre la base de compensar la desigualdad existente entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo, se considerarían admisibles constitucionalmente un plus de guardería, y el permiso de lactancia, sólo para las mujeres.

(4) Ya que no existe la igualdad de retribución entre los hombres que realicen trabajos de igual valor.

(5) Véase el Informe 3/1994 del Consejo Económico y Social, sobre "La situación de la mujer en la realidad socio laboral española".