

A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Procuradora-Geral do Trabalho
SANDRA LIA SIMÓN

Conselheiro do MPT no Conselho Administrativo da Escola Superior do
Ministério Público da União
RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA

Coordenador de Ensino da Escola Superior do Ministério Público da União/MPT
JOÃO BATISTA BERTHIER LEITE SOARES

Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da 18ª Região/GO
LUIZ EDUARDO GUIMARÃES BOJART

A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho

Coordenadora

Laís de Oliveira Penido

Colaboradores

Jorge Leite/María Emilia Casas Baamonde

Alice Monteiro de Barros/Arion Sayão Romita

Rafael Sastre Ibarreche/Oscar Ermida Uriarte

Jorge Rosenbaum Rimolo/Martha Márquez Garmendia

Sergio Gamonal Contreras/Vera Lúcia Raposo

Ángela Figueruelo Burrieza/Flávia Piovesan

Jacqueline Richter/Consuelo Iranzo

José Luis Goñi Sein/Elisa Sierra Hernáiz/Laís de Oliveira Penido

Mercedes Sánchez Castillo/Thereza Cristina Gosdal

Wilfredo Sanguineti Raymond

Brasília

2006



ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23
70200-901 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5114 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.esmpu.gov.br>
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright 2006*. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa
Volker Egon Bohne

Divisão de Publicações e Projetos
Adriana Ribeiro Tosta

Núcleo de Editoração
Cecília S. Fujita

Núcleo de Programação Visual
Ana Manfrinato Cavalcante

Projeto Gráfico:
Carolina Woortmann Lima

Editoração eletrônica, revisão, fotolitos e impressão:

Artes Gráficas e Editora Pontual Ltda – SIG/Sul, Quadra 08 n. 2315 – CEP 70610-400 –
Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-1210 – Fax: (61) 3344-3041 – E-mail:
<graficapontual@ibestvip.com.br>

Tiragem: 1.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

I24 A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho / Coordenadora : Laís de Oliveira
Penido ; colaboradores : Jorge Leite ... [et al.] – Brasília : Escola Superior do
Ministério Público da União, 2006.

328 p.

ISBN 85-88652-07-2

1. Direito do trabalho. 2. Relação trabalhista – igualdade de gêneros. 3. Igualdade
salarial – Portugal. 4. Trabalho da Mulher. 5. Mulher – discriminação. 6. Direitos
humanos – mulher. 7. Trabalho da mulher – Venezuela. 8. Direitos e garantias da
mulher – Espanha. I. Penido, Laís de Oliveira (coord.) II. Leite, Jorge.

CDD 342.6

SUMÁRIO

Prefácio	7
Garantir os direitos em matéria de igualdade salarial: o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português – <i>Jorge Leite</i>	11
Igualdad y diferencia en la regulación jurídica del trabajo de la mujer – <i>María Emilia Casas Baamonde</i>	23
O trabalho da mulher: revisão de conceitos – <i>Alice Monteiro de Barros</i>	51
O princípio de não-discriminação da mulher no direito do trabalho brasileiro – <i>Arion Sayão Romita</i>	83
La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario – <i>Rafael Sastre Ibarreche</i>	91
La mujer en el derecho del trabajo: de la protección a la promoción de la igualdad – <i>Oscar Ermida Uriarte</i>	115
Los temas de género en la negociación colectiva – <i>Jorge Rosenbaum Rimolo</i>	127
Derecho laboral: ¿igualdad y no discriminación? – <i>Martha Márquez Garmendia</i>	139
El principio de no discriminación por razones de sexo en materia laboral – <i>Sergio Gamonal Contreras</i>	145
Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a utilização da discriminação positiva de género no direito do trabalho) – <i>Vera Lúcia Raposo</i>	165
El discurso jurídico. La mujer en la Constitución Española – <i>Ángela Figueruelo Burrieza</i>	191
Direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas – <i>Flávia Piovesan</i>	205
El trabajo femenino en la legislación venezolana – <i>Jacqueline Richter y Consuelo Iranzo</i>	213

Mujer y trabajo a tiempo parcial en la U.E. y en España – <i>José Luis Goñi Sein y Elisa Sierra Hernáiz</i>	243
Legislação, eqüidade de gênero e cultura patriarcal brasileira: uma relação difícil – <i>Láís de Oliveira Penido</i>	263
Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida – <i>Mercedes Sánchez Castillo</i>	277
Diferenças de gênero e discriminação no trabalho – <i>Thereza Cristina Gosdal</i>	305
Mecanismos legales de lucha contra la discriminación de la mujer en el trabajo: una revisión crítica – <i>Wilfredo Sanguineti Raymond</i>	319

PREFÁCIO

Ao longo de toda a história da humanidade um halo de beleza e ternura cercou a mulher. Seu vulto sempre foi captado pela inspiração do pintor, materializado pela genialidade do escultor ou descrito pela sensibilidade do poeta, como expressão de fragilidade e meiguice, repositório de amor e espiritualidade.

Nunca foi esta, entretanto, a imagem cunhada pela brutal realidade da vida, sobretudo da vida social dominada pelo macho, para representar a mulher – imagem da delicadeza, a que se devem entregar todas as reservas de veneração e cuidados da inteligência e do sentimento humano. Bem ao contrário, e aí deixamos de falar com as metáforas da fantasia para nos exprimir com os duros símbolos da verdade existencial, séculos e milênios da sofrida marcha da civilização foram palmilhados pela mulher como objeto de prazer carnal, matriz servil de reprodução da espécie e subinstrumento de trabalho – “meia-força”, como depreciativamente a chamavam os primeiros senhores da Revolução Industrial, com todo o impacto do desprezo devido às fontes desqualificadas e desvalidas da energia humana.

Só o despertar do século XX parece ter despertado também, de modo consistente, na consciência feminina a primeira noção de seu direito à igualdade social com o homem pelo exercício do voto, para compor as assembléias políticas e nelas ter representação, num movimento cujas lideranças foram estigmatizadas pela alcunha de “sufragistas”, cujo sentido profundamente pejorativo insinuava a maldosa dúvida sobre sua própria feminilidade.

Todavia, o século XX da Era Cristã, que foi, definitivamente, um século de transformação universal da vida, não poderia deixar de ser igualmente um século de transformação da mulher, a começar por sua luta íntima de auto-afirmação da crença na própria valia, completada com a luta exterior pela conquista de todos os espaços sociais antes abertos somente ao homem.

As grandes mutações que a aliança entre a economia e a tecnologia proporcionou, na mesma medida em que abriram novos e vastos horizontes ao uso da energia de trabalho, tanto no campo da execução material como no da criação intelectual, abriram do mesmo modo as portas para o ingresso da mulher nos múltiplos campos de atividade criados em vertiginosa sucessão. Nada, entretanto, contribuiu mais para sinalizar a curva ascendente da emancipação feminil aos olhos da sociedade, valendo-lhe o galardão do reconhecimento como ser humano de primeira categoria, do que o sangrento conflito que dividiu o século e, com ele, de certa maneira, a história da civilização, emersa da tragédia sem rumo e sem certezas, esmagada pela perda dos valores tradicionais que equilibravam sua rotina, sobretudo da família e da ética da sobrevivência, para tentar a reorganização social sobre as ruínas de princípios trucidados pela violência de uma competição selvagem.

Talvez fosse possível sonhar, nesse novo mundo virtual (na figuração e na materialidade), mostrado por trás do reposteiro aberto pelo pós-guerra de 1945, que todas as aflições infligidas à mulher por uma opressão imemorial das estruturas sociais

teriam terminado. E decerto, em conseqüência, seria possível sonhar também que o avanço resolutivo, irresistível, não apenas na direção dos centros de participação produtiva, mas também na direção daqueles de comando e decisão, nos estaria abrindo a visão límpida e segura da mulher finalmente entronizada no píncaro do ideal da paridade de gêneros no complexo mercado dos valores sociais.

Na verdade, porém, a visão desse sonho tem a limpidez e a verossimilhança das miragens com que a desolação dos desertos ilude o beduíno.

Paradoxalmente, foi com essa, digamos assim, ilusão de ótica da libertação feminina dos grilhões atávicos que acorrentam sua dignidade que nos capacitamos do notável valor jurídico da coletânea *A igualdade dos gêneros nas relações de trabalho*, cujos originais acabamos de ler e nos honramos em prefaciá-la.

Reunindo dezoito ensaios da nata da intelectualidade ibero-americana, que abordam ramos científicos tão distintos quanto interligados, como o direito constitucional e o do trabalho, a sociologia do trabalho e a seguridade social, a obra, no seu todo, se propõe demonstrar, e efetivamente o faz, que, no campo do labor economicamente produtivo – do mesmo modo que se verificará em qualquer dos outros que completam a dinâmica social, se forem prospectados –, ainda estamos tão longe do ideal de igualdade entre os gêneros quanto já conseguimos distanciar-nos da ignominiosa servidão intelectual e moral a que era reduzida a mulher, ironicamente em nome do amor, da beleza e da fragilidade, dos quais foi eleita para ser o símbolo perfeito.

Pode-se muito bem iniciar a meditação de seu conteúdo pela releitura do trabalho feminino feita por Alice Monteiro de Barros, da Universidade Federal de Minas Gerais, em “O trabalho da mulher: revisão de conceitos”, tendo por lastro um criterioso levantamento dos cuidados legais dispensados à mulher trabalhadora pela legislação brasileira.

Trilhando essa vereda, o leitor vivenciará a saga da penosa escalada do Direito e da legislação do Trabalho para encontrar-se com o reconhecimento da igualdade entre os gêneros na relação de trabalho, e a escamoteação que lhe foi imposta por uma série de barreiras erguidas em nome da proteção física e moral da mulher. No próprio ordenamento legal brasileiro, elas conseguiram dissimular-se na entrelinha do sugestivo título “Proteção do trabalho da mulher”, da Consolidação das Leis do Trabalho, que serviu de égide, por exemplo, para proibir-lhe, pelo lado do resguardo físico, o trabalho noturno e na construção civil, e, pelo lado do resguardo moral e social, para não reconhecer mais do que a presunção do consentimento marital na contratação do trabalho. Presunção, mesmo assim, tão extremamente relativa que foi sublinhada pela ressalva da faculdade do cônjuge varão de postular a extinção do contrato, ao fundamento de constituir “ameaça aos vínculos familiares” ou às “condições peculiares do seu sexo”, como acentua Thereza Cristina Gosdal, da Universidade Federal do Paraná, em “Diferenças de gênero e discriminação do trabalho”.

Logo em seguida poderá capacitar-se de como, à medida que se firmou a consciência de ser a eliminação da desigualdade entre os gêneros um precioso penhor de redenção da mulher no mundo do trabalho, cresceu paralelamente a inquietante percepção de que nas dobras do paulatino avanço da igualdade se escondia a peço-

nhenta neutralização de seus resultados pelo que terminou identificando-se com o nome de discriminação, modo perversamente sutil de desigualar pelo tratamento os valores tornados iguais pela definição.

Desde aí se entenderão as múltiplas referências e reflexões para a construção e o robustecimento do que é muito apropriado apelidar de “direito antidiscriminatório”, culminadas, na dissertação de Wilfredo Sanguineti Raymond, da Universidade de Salamanca, com a crítica revisora do sistema de mecanismos legais concebidos com o fim de prestigiar a igualdade real entre os sexos na atividade produtiva.

Estará ao alcance também o domínio da idéia de como é possível articular os conceitos opostos da discriminação e do princípio da não-discriminação da mulher, pelas firmes definições de Arion Sayão Romita, da Academia Nacional do Direito do Trabalho, situada no Rio de Janeiro, mister que tem natural continuidade na referência de Rafael Sastre Ibarreche, da Universidade de Salamanca, ao êxito de tal propósito como um “marco normativo de ações positivas” da União Européia.

A esta altura, é bem possível que o leitor se considere na posse das chaves para decifrar o “enigma dos limites da igualdade”, apontado por Vera Lúcia Raposo, da Universidade de Coimbra, ao discorrer sobre “os limites da igualdade”. Por extensão, é bastante provável que imagine estar inteiramente armada em suas mãos a equação que resolverá, de uma vez por todas, o perverso problema de o homem querer tanto bem e fazer tanto mal à mulher na estrutura social construída por ele e para ele.

Entretanto, a límpida visão de um cenário magnífico pode ser subitamente turvada pelo temor de que seja apenas a miragem do oásis na esterilidade do deserto, quando se deparar com a dúvida revivida por Oscar Ermida Uriarte no preâmbulo da análise “A mulher no direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade”. E se Deus for mulher? Temos por absolutamente certo que, com todos os progressos da mentalização e a despeito de todos os impulsos de instrumentação da igualdade dos gêneros na autodeterminação do destino da humanidade, incutidos pela assimilação atenta das teses deste livro, a desconcertante pergunta agita uma possibilidade ainda fortemente rejeitada, por alguns com ceticismo, por outros com ironia, por muitos com incredulidade e pela maioria até com ferocidade, já que, na explicação do douto jurista, “se diante da simples pergunta nos sentimos desconfortáveis, deve-se isso ao subversivo que poderia ter uma representação gráfica feminina da idéia de Deus. E tal possibilidade só pode ser subversiva na medida em que a discriminação pelo gênero constituir parte de nossas estruturas, de nossa sensação de solidez e de estabilidade”.

Eis como um questionamento tão singelo tem força para abalar toda uma convicção de racionalidade da idéia de isonomia dos gêneros, na sociedade em geral e na comunidade de trabalho, em particular, laboriosamente instilada na consciência do leitor pela excelência do conjunto doutrinário lido e refletido. Pior do que isso, como pode metamorfosear a nitidez da imagem de um grande passo da vontade para chegar à igualdade dos sexos na sociedade e no direito, em precária miragem num deserto de sonhos. Sensação que crescerá no contraste entre as lições lidas e a insistência testemunhada da menos valia na prática da remuneração do trabalho feminino; entre as conquistas anunciadas e a nódoa indisfarçável do assédio sexual à mulher no ambiente de

trabalho, ampliado para a mesquinha escala do assédio moral em suas múltiplas facetas de tratamento humilhante e de juízos depreciativos do valor da mulher no ambiente de trabalho.

Não capitule, porém, o leitor ao impacto com que a pergunta sobre o sexo de Deus tenta obscurecer sua lucidez sobre a noção de que o gênero a respeitar é um só – o gênero humano, a que não pode sobrepor-se o sexo como expressão divisionária.

Perceba enfim que, se ainda não chegamos, já avançamos muito e continuamos avançando para compreender essa verdade e agir de acordo com o que ela nos ensina. Esteja certo de que essa compreensão nos levará a ver também como natural o fato, e não a simples conjectura, de que Deus possa ser mulher.

Bastará lembrar que, ao fim e ao cabo, se trata de um fato absolutamente irrelevante, pois o gênero de quem criou jamais nos revelará o insondável segredo da criação.

Salvador, BA, 1^a de abril de 2005.

José Augusto Rodrigues Pinto

Da Academia Nacional de Direito do Trabalho

GARANTIR OS DIREITOS EM MATÉRIA DE IGUALDADE SALARIAL: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE SALARIAL ENTRE HOMENS E MULHERES NO DIREITO PORTUGUÊS

Jorge Leite

Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Coimbra – Portugal

I. Os pilares constitucionais da igualdade

A igualdade é objecto de múltiplas referências constitucionais, umas de carácter universal, como sucede com os arts. 13^o e 9^o, *d*, e outros de carácter particular ou categorial, como é o caso dos arts. 9^o, *h*, 58^o, 2, *b* e 59^o, 1. Também o grau de generalidade das normas constitucionais sobre a igualdade é muito variável, desde as que sujeitam as mais diversas matérias ao vínculo do igual tratamento, até as que restringem tal sujeição a matérias específicas, como sucede, precisamente, com as normas sobre igualdade salarial.

A igualdade que aqui nos interpela – a igualdade salarial entre mulheres e homens – é, pois, apenas uma parte reduzida, embora muito importante, do problema que é a igualdade. Não se trata, com efeito, do problema das iguais oportunidades de todos no acesso aos “bens e dignidades deste mundo” e, menos ainda, da igual distribuição desses bens e dignidades. Não se trata sequer do problema das iguais oportunidades de acesso dos homens e das mulheres ao bem do emprego e às vantagens e *ónus* que lhe andam associados. Do que verdadeiramente se trata é do problema da vinculação de todos ao princípio do igual tratamento salarial entre homens e mulheres. O perímetro do tema vem, assim, duplamente delimitado: delimitado em função dos sujeitos e delimitado em função do objecto.

Apesar da multiplicidade e da diversidade de referências constitucionais, pode dizer-se que os arts. 13^o e 9^o são os dois grandes pilares em que assenta o nosso edifício jurídico da igualdade, de que os demais artigos são, em geral, meras explicitações ou desenvolvimentos.

No art. 9^o assenta o pilar da *igualdade substancial*, em particular nas suas alíneas *d* e *h*, mas com várias outras projecções, designadamente a da parte final do art. 26^o – reconhecimento do direito de todos ... à protecção contra quaisquer formas de discriminação – e as das alíneas *a*, *b*, e *c* do art. 81^o nos termos das quais incumbe prioritariamente ao Estado, no âmbito económico e social *a*) promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, *em especial das mais desfavorecidas*, *b*) promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções na distribuição da riqueza e do rendimento, por meio, nomeadamente, da política social, *c*) orientar o desenvolvimento económico e social no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e, por fim, *d*) eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo.

A tarefa fundamental do Estado de promover a igualdade real entre os portugueses inscrita na alínea *d* do art. 9^o é concretizada em várias tarefas específicas nele

previstas (aumento do bem-estar e da qualidade de vida do povo, efectivação dos direitos fundamentais, transformação e modernização das estruturas económicas e sociais) e desenvolve-se por meio de outras tarefas e meios próprios contemplados em outras normas da Lei Fundamental, designadamente, para nos limitarmos ao âmbito laboral, a do art. 58^a que atribui ao Estado, como meio de assegurar o direito ao trabalho, a incumbência de promover a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e a de promover as condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais.

No art. 13^a assenta, por sua vez, o pilar da igualdade jurídica a realizar, basicamente, no plano do Direito e, conseqüentemente, no plano dos direitos e dos deveres jurídicos. “Todos os cidadãos [...] são iguais perante a lei”, como expressamente se diz no n.º 1 do referido artigo, naquela que é considerada como “a versão historicamente adquirida da fórmula clássica do princípio da igualdade: a igualdade no plano do direito [...] proibindo a diferenciação das pessoas em classes jurídicas distintas, com diferentes direitos e deveres, de acordo com o nascimento, a posição social, a raça, o sexo, etc”.¹

Tem-se, entretanto, entendido, mais ou menos pacificamente, que o art. 13^a inclui os dois planos da igualdade formal – o da *igualdade perante a lei* e o da *igualdade na lei* – e que é um princípio operante, quer no *momento da feitura da lei*, vedando ao legislador tratamentos diferenciados para situações substancialmente idênticas ou tratamentos iguais para situações substancialmente diferentes, quer no *momento da aplicação da lei*, na medida em que dele resulta a obrigação de aplicação de modo igual a todos os que se encontrem na mesma situação, tanto por parte da Administração como por parte dos tribunais (obra e autores citados na nota de 1, p. 130).

O princípio da igualdade não veda, pois, todas as diferenciações de tratamento, mas apenas as que careçam de motivo suficiente na proporção da respectiva diferença. Verdadeiramente, o princípio da igualdade apenas proíbe o arbítrio, ou seja, as diferenciações ou as indiferenciações não justificadas ou insuficientemente justificadas.

2. O princípio da igualdade e o princípio da não-discriminação

Além do princípio geral da igualdade, o art. 13^a consagra também o princípio da não-discriminação, um princípio que com ele se não confunde, mas que com ele interfere. Com efeito, enquanto a norma antidiscriminatória se limita a vedar diferenças de tratamento assentes em determinados motivos subjectivos – em regra tipificados, como o da raça, da nacionalidade, do sexo, da preferência sindical, das convicções políticas ou religiosas –, a norma da igualdade veda quaisquer diferenciações ou indiferenciações não justificadas. A norma da igualdade é, assim, mais ampla, sendo operante não apenas em relação às situações discriminatórias como também em relação a várias outras a que a norma antidiscriminatória seria indiferente ou, em todo o caso, inoperante. O teste da igualdade é, pois, nesse sentido, um teste de rede mais estreita do que o teste da não-discriminação, havendo, por isso mesmo, quem entenda que a

¹ Texto escrito na sequência da comunicação apresentada no seminário promovido pela Cite (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego) em Sintra, a 7 de novembro de 2002. CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*: anotada. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 126.

norma antidiscriminatória ou é inútil ou pressupõe a inexistência de uma regra geral de igualdade de tratamento, já que esta seria suficientemente idónea para abranger também, até por maioria de razão, as diferenças discriminatórias.²

Ora, importará salientar que a regra geral da igualdade não torna inúteis as regras específicas antidiscriminatórias, basicamente por duas razões, conexas entre si, que têm a ver com a natureza dos bens tutelados e com a consequente necessidade de um regime especial de prevenção contra as condutas que os violem.

Com as normas antidiscriminatórias tutelam-se, em particular, como se de um “património comum” se tratasse, as próprias diferenças, quer as que se analisam em características físicas ou quase físicas alheias à vontade (a raça, a etnia, o sexo, a origem...), quer as que correspondem a opções básicas de cada um (convicções ideológicas, religiosas, políticas, sindicais...). A regra antidiscriminatória postula a parificação das várias categorias subjectivas (mulheres e homens, nacionais e estrangeiros...), no sentido da total irrelevância das diferenças, vedando, conseqüentemente, qualquer diferenciação assente em algum dos motivos enunciados e colocando as demais sob suspeição. A distinção torna-se, pois, necessária, não por inoperância da regra da igualdade, mas, tendo em conta a natureza dos bens tutelados, por uma maior exigência da regra antidiscriminatória.

São, aliás, vários os efeitos da distinção em causa, podendo os mais relevantes resumir-se nos termos seguintes:

- a) A exigência de fundamentação do mandato antidiscriminatório é maior do que a da regra genérica da igualdade. Na verdade, se esta se basta com a alegação e a prova da razoabilidade da diferença, da sua não-arbitrariedade, aquele é mais exigente na fundamentação de qualquer diferença de tratamento. Estando em causa uma questão de género, ou de etnia, ou de opção política, ideológica ou religiosa, ou outra de idêntica ou análoga natureza, para que a diferença de tratamento se não mantenha sob suspeita, deverá a sua fundamentação ser mais densa, mais consistente. Aquilo que basta para justificar uma diferença de tratamento entre dois trabalhadores do mesmo sexo pode ser insuficiente para justificar idêntica diferença entre trabalhadores de sexo diferente.
- b) O interesse pelo resultado é maior no mandato antidiscriminatório do que no mandato genérico de igualdade, assumindo naquele uma importância que este desconhece. A figura da discriminação indirecta é, aliás, disso mesmo uma eloquente expressão. Não sendo, naturalmente, indiferente, a intenção discriminatória deixa, por isso, de ser um elemento constitutivo da discriminação. Para se poder qualificar uma conduta como discriminatória, não é necessária a intenção discriminatória, bastando que o seja o seu resultado, como sucederá, normalmente, nos casos em que uma medida, um critério ou uma prática afectem diferentemente, de modo significativo, alguma das referidas categorias subjectivas.
- c) Sendo os motivos considerados discriminatórios de *natureza* diferente dos demais motivos inidóneos para justificar um tratamento diferente, é natural que as normas, os critérios, as condutas discriminatórias estejam sujeitas a um diferente

² Sobre esta questão e sobre os efeitos da respectiva distinção, ver TREMOLADA, M. II rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento. In: CARINCI, F. (Dir.). *Diritto del lavoro*. Torino: Utet, 1998. v. 2, p. 560 e ss.

juízo. Todos merecerão, por certo, um juízo negativo, um juízo de reprovação, um juízo de censura, porque todos produzem desigualdades, isto é, *diferenças injustas*; a discriminação suscita, porém, um juízo mais grave, mais severo. Afinal, ela é mais do que uma mera desigualdade; é uma desigualdade odienta, chocante.

d) Sendo assim, é natural que as diferenças dos dois grupos de motivos se projectem de forma diferente em outros aspectos do seu regime jurídico, designadamente, como mais à frente se verá, no que respeita ao regime probatório e ao regime sancionatório.

3. A norma especial do art. 59º, 1, a

Se é pacífico, como atrás se referiu, o entendimento de que o princípio da igualdade vincula todas as funções estaduais, sendo operante tanto no momento da feitura das leis, como no da sua aplicação,³ o mesmo se não pode dizer da sua eficácia entre privados. Haverá, entre nós, um princípio geral de tutela do trabalhador contra tratamentos desiguais, mesmo nas relações privadas?

Embora muito importante, este não é, porém, um problema de resposta decisiva no domínio de que agora nos ocupamos,⁴ dado que a Constituição consagra, como direito fundamental, o direito de igualdade salarial: “todos os trabalhadores, sem distinção de [...] sexo [...], têm direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna” (art. 59º, 1, a).⁵

Esta é, pode dizer-se com segurança, uma norma chave, uma norma quadro, do problema da igualdade salarial, dela importando salientar, desde já, o seguinte:

a) É uma norma de concretização da regra geral da igualdade de tratamento consagrada no nº 1 do art. 13º, sendo também, ao mesmo tempo, uma norma de concretização dos específicos mandatos antidiscriminatórios constantes do nº 2 daquele artigo. O art. 59º, 1, a é, assim, uma *norma especial* relativamente à norma geral do art. 13º.

³ São dois momentos distintos mas igualmente importantes do cumprimento deste princípio. O primeiro tem como destinatário o criador da norma e tem a ver com o seu abstracto conteúdo; o segundo dirige-se ao aplicador e tem a ver com o seu concreto conteúdo. Não são, pois, dois princípios distintos, mas duas fases sucessivas do mesmo princípio (veja MIGUEL, Alfredo Ruiz. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Doxa*, Alicante, n. 19, p. 69 e ss., 1996). À igualdade de aplicação da lei (lei aqui no sentido de ordem jurídica) não corresponde, porém, “um direito à unidade da jurisprudência ou à não mudança da jurisprudência”, embora possa fundamentar “um princípio de *autovinculação* dos tribunais às suas próprias decisões, sempre que não haja razões materiais para, em casos análogos, decidir de forma diversa ou até contraditória” (CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição...*, cit., p. 130).

⁴ Há quem negue a existência de uma regra geral de tutela do trabalhador contra a desigualdade de tratamento, doutrina que conhece uma variante segundo a qual, apesar da inexistência de um tal princípio, resulta do princípio da correcção e boa fé uma limitada garantia relativamente a diferenças de tratamento injustificadas. Há, por outro lado, quem defenda a existência de um princípio geral de tutela que torna ilegítimas quaisquer distinções arbitrárias. A questão da existência ou inexistência de um tal princípio foi muito discutida em Itália, nos anos cinquenta e sessenta. Veja, entre outros, TREMOLADA, Il rapporto..., cit., p. 558 e ss.

⁵ A moderna formulação do princípio da igualdade salarial já há muito havia passado de um registo formal (trabalho igual) para um registo material (trabalho de valor igual), como sucedera com a Convenção n. 100 da OIT (1951), a Carta Social Europeia (1961) e, mais tarde, com a Directiva n. 75/117 da então CEE. Veja-se também, no mesmo sentido, o Acórdão do TJCE de 30 de Janeiro de 1985, Processo n. 143/85 (Comissão versus Reino da Dinamarca).

- b) A igualdade salarial é agora objecto de um direito e não apenas de um mero princípio.
- c) O direito à igualdade remuneratória tem sede constitucional.
- d) O direito de igual tratamento salarial é um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, sendo, conseqüentemente, eficaz nas relações entre particulares.

O art. 59^o, 1, *a*, pode, assim, desdobrar-se em quatro distintos segmentos de norma que reciprocamente se influenciam, embora se não impliquem necessariamente: a regra da retribuição suficiente, a regra da retribuição proporcional, a regra do igual tratamento salarial para trabalho igual ou de valor igual e a regra da não-discriminação salarial.

A regra da retribuição suficiente pretende assegurar que a todos é devido um salário que lhes garanta um nível de vida digno. Neste sentido, o direito à retribuição suficiente exprime uma exigência social, subtraindo-se, nessa medida, à lógica da equivalência.⁶ Diferentemente, a regra da proporcionalidade transporta, mais estritamente, a ideia de troca, de preço, de contraprestação ou de corresponsabilidade, e concretiza-se pelo recurso às determinantes internas da quantidade, da natureza e da qualidade.⁷ A regra da igualdade salarial exige, por sua vez, que a um trabalho igual ou de valor igual corresponda igual montante salarial, enquanto a regra antidiscriminatória veda diferenças salariais assentes em algum dos critérios descritos no prómio do n. 1, de que o sexo é um exemplo, ou outros de idêntica natureza (cf. o que atrás se disse sobre as diferenças entre a regra da igualdade e a regra da não-discriminação).

A Constituição resolve, pois, no plano normativo, alguns dos principais problemas da igualdade salarial entre trabalhadoras e trabalhadores, mas reclama a concretização ou o desenvolvimento legal de algumas das suas normas para responder a vários outros.⁸ É o que sucede, designadamente, com *a*) o conteúdo do termo remuneração (ou salário ou retribuição, para referir os termos usados pela Lei Fundamental), com *b*)

⁶ O direito à retribuição suficiente, dada a sua função, é qualificado, ainda que com forte controvérsia, como um direito da personalidade e inderrogável, sendo de natureza preceptiva, e não meramente programática, a norma que o consagra. É, naturalmente, ao Estado que cabe fixar e actualizar os mínimos socialmente suficientes. Porém, a meu ver, se este o não fizer e se for nula a cláusula contratual correspondente, deverá a retribuição suficiente ser determinada pelo tribunal segundo as regras da equidade.

⁷ O salário assim estabelecido é de valor variável, ao contrário do salário suficiente, fixado por referência a determinantes externas, que é um valor absoluto.

⁸ São os seguintes os diplomas que desenvolvem as normas constitucionais sobre o princípio da igualdade e da não-discriminação entre trabalhadoras e trabalhadores: Decreto-Lei n. 392/79, de 20-9, alterado pelo Decreto-Lei n. 426/88, de 18-11, e pela Lei n. 116/99, de 11-8, várias vezes referenciado no texto; Decreto-Lei n. 426/88, de 20-9, que, além de alterar o Decreto-Lei n. 392/79, regula o problema da igualdade na admissão e exercício de emprego público; Lei n. 105/97, de 13-9, sobre efectivação do direito à igualdade de tratamento no trabalho e no emprego, alterada pela Lei n. 118/99, de 11-8; Decreto-Lei n. 307/97, de 11-11, que transpõe para a ordem jurídica interna a directiva comunitária sobre o princípio de igual de tratamento entre homens e mulheres nos regimes profissionais de segurança social; Lei n. 9/2000, de 21-5, relativa ao reforço dos mecanismos de fiscalização e punição das práticas laborais discriminatórias em função do sexo; Lei n. 10/2000, de 21-5, respeitante ao relatório anual sobre igualdade de oportunidades entre homens e mulheres. Veja-se também a Lei n. 134/99, de 28-8, relativa à prevenção e proibição das discriminações no exercício de direitos por motivos baseados na raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, regulamentada pelo Decreto-Lei n. 111/2000, de 4-7, e pela Portaria n. 1212/2000, de 26-12, que institui um regime de majorações dos apoios nas medidas de política de emprego para as *profissões significativamente marcadas por discriminação do género*.

os critérios ou medidas de avaliação das situações a comparar, com *c*) a delimitação do universo de trabalhadores e trabalhadoras a considerar ou, mais especificamente, com a delimitação no espaço e no tempo das situações a comparar ou com *d*) a distribuição do ónus da prova.

4. A remuneração

Não se pode, entretanto, dizer que a Constituição resolve o problema de saber o que deverá entender-se por retribuição ou por salário – os dois termos usados no art. 59^o, 1, *a* – ou por remuneração. Na verdade, ao contrário do que sucede com o Tratado de Roma,⁹ a Lei Fundamental portuguesa não inclui qualquer norma de desenvolvimento que forneça indicadores que melhor permitam delimitar o segundo dos termos da equação em causa.¹⁰

É certo, dir-se-á, que a lei ordinária faz o que a Constituição não teria de fazer. Ainda assim, o intérprete não pode dispensar-se de interpelar a norma constitucional, até para apurar da adequação das normas que a concretizam. Não pode, designadamente, deixar de interrogar-se pelo sentido ou finalidade do seu específico mandato antidiscriminatório. Que pretende, na verdade, o segmento de norma do art. 59^o, 1, *a* de que agora nos ocupamos? Pretende, por certo, vedar um diferente *tratamento económico* entre homens e mulheres quando uns e outros realizem um trabalho igual ou de valor igual, não importando, pois, a natureza, a fonte, ou a modalidade da prestação. Seja ou não uma contrapartida do trabalho prestado, directa ou indirecta, em dinheiro ou em espécie, actual ou futura, exigível ou não exigível, para este efeito qualquer prestação deve ser tida em conta e qualificada como remuneração desde que se verifique um duplo requisito: *a*) ser atribuída, directa ou indirectamente, pelo empregador e *b*) ser atribuída em função, exclusiva ou predominantemente, do emprego do seu beneficiário.¹¹

⁹ Para efeitos do presente artigo, entende-se por remuneração o salário ou vencimento ordinário, de base ou mínimo, e quaisquer outras regalias pagas, directa ou indirectamente, em dinheiro ou em espécie, pela entidade patronal ao trabalhador em razão do emprego deste último (n. 2 do art. 141^o, na remuneração do Tratado de Amesterdão).

¹⁰ Acrescente-se, além disso, que a CRP não usa, ou nem sempre usa, o termo retribuição ou o termo salário em sentido técnico-jurídico rigoroso, ou seja, nem sempre usa aqueles termos com o sentido de contrapartida da prestação de trabalho. Veja-se, por exemplo, o n. 3 do art. 68^o quando se refere, como medida de especial protecção das mulheres durante a gravidez e após o parto, à dispensa do trabalho [...] sem perda da *retribuição* ou de quaisquer outras regalias. Considerando a retribuição como um dos elementos da troca em que se analisa o contrato de trabalho – como as prestações devidas pelo empregador como contrapartida das realizadas pelo trabalhador – compreende-se que o art. 68^o, 3 deva ser entendido no sentido de garantir à trabalhadora a continuidade dos rendimentos do trabalho e, portanto, como um sucedâneo da retribuição, da responsabilidade de um terceiro, em regra de uma instituição da segurança social, e não como uma retribuição propriamente dita.

¹¹ O princípio da não-discriminação entre trabalhadores de ambos os sexos conhece, sem dúvida, como diz Maria do Rosário da Palma Ramalho (*Estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 258), um maior desenvolvimento normativo do que os demais específicos mandatos antidiscriminatórios do art. 59^o, 1, *a*. Mas será razoável atribuir à correspondente regra constitucional um âmbito variável com as diferentes categorias subjectivas?

O empregador não poderá, por exemplo, atribuir um prémio, ainda que ocasional, apenas a trabalhadores ou apenas a trabalhadoras com o pretexto de que, não tendo natureza retributiva, não viola, nem o mandato genérico de igualdade, nem o mandato específico antidiscriminatório. Desde que o prémio seja atribuído em razão do emprego, desde que exista uma conexão entre este e a prestação em causa, a distinção deverá considerar-se atentatória da dignidade dos excluídos.

O sentido com que deve valer a norma constitucional é, assim, suficientemente amplo para abranger no seu perímetro todas as prestações atribuídas em razão do emprego e suficientemente preciso para excluir quaisquer outras, o mesmo se podendo dizer da norma do art. 2º, c, do Decreto-Lei n. 392/79, de 20-9, que a concretiza e desenvolve. Entende-se por remuneração, dispõe a citada norma, “toda e qualquer prestação patrimonial a que o trabalhador tiver direito por força do contrato individual de trabalho, com ou sem natureza retributiva, feita em dinheiro ou em espécie, designadamente a remuneração de base, diuturnidades, prémios de antiguidade, subsídios de férias e de Natal, prémios de produtividade, comissões de vendas, abono para falhas, retribuições por trabalho nocturno, trabalho extraordinário, trabalho em dia de descanso semanal e trabalho em dia feriado, subsídios de turno, subsídios de alimentação, fornecimento de alojamento, habitação ou gêneros”.¹²

Apesar de ampla, essa norma não é isenta de fundadas observações, sendo mesmo susceptível de censura constitucional por parecer mais restrita do que o permite a Lei Fundamental. Na verdade, o art. 2º, c:

- a) só toma em consideração as prestações, com ou sem natureza retributiva, a que o trabalhador tiver direito, ou seja, aquelas que, fundadamente, puder reclamar judicialmente, por lhe serem devidas, parecendo, assim, excluir as prestações, normalmente ocasionais, que o empregador decida atribuir; violaria, por certo, o mandato antidiscriminatório o empregador que atribuísse apenas aos homens (ou apenas aos nacionais) um prémio de centenário da empresa; desde que o emprego seja sua causa ou principal condição, a prestação deverá qualificar-se, para esse efeito, como remuneração, passando a ser devida a todos por força do mandato antidiscriminatório – a diferença de tratamento não deixa de ser atentatória dos valores defendidos por este mandato pelo facto de os trabalhadores não terem direito àquela prestação;¹³
- b) não faz qualquer referência expressa às prestações devidas em consequência da violação ou da cessação do contrato. É certo que as mesmas se poderão entender

¹² O Decreto-Lei n. 392/79, que concretiza e desenvolve o mandato constitucional antidiscriminatório em razão do sexo, não deixa de manter, à semelhança de outros textos estrangeiros e internacionais, alguns vestígios da sua própria história; mais do que garantir um igual salário para os trabalhadores de ambos os sexos, a sua verdadeira preocupação parece ser a de parificar a remuneração das mulheres com a dos homens que prestam um trabalho igual ou de valor igual. Talvez não seja por lapso que, por exemplo, o n. 4 do seu art. 9º dispõe que “cabe à trabalhadora que alegue a discriminação fundamentar tal alegação por referência ao trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminada[...]”. Mais inequívoco deste registo é, aliás, o artigo que fixa o objecto do diploma: “O presente diploma visa garantir às mulheres a igualdade com os homens em oportunidades e tratamento no trabalho e no emprego[...]” (n. 1), registo que o disposto no n. 2 a meu ver não anula. Veja, no mesmo sentido, vários outros artigos do mesmo diploma.

¹³ Também a noção de discriminação da alínea a do mesmo artigo suscita observações de sentido idêntico por parecer reduzi-la às medidas que tenham como finalidade ou consequência comprometer ou recusar o reconhecimento, o gozo ou o exercício dos direitos assegurados pela legislação do trabalho.

como “prestações a que o trabalhador tem direito por força do contrato”. A falta de expressa referência pode, ainda assim, suscitar algumas dificuldades de aplicação;

c) é omissivo no que respeita às projecções económicas externas da relação de trabalho com esta conexas, assim parecendo desinteressar-se, por exemplo, das prestações de reforma, ou outras, criadas por acordo de empresa ou por decisão do empregador;

d) nada diz quanto às despesas de representação ou outras da mesma natureza. A classe em que viaja, o hotel em que se aloja, a viatura distribuída e outras prestações de idêntica natureza podem ser práticas discriminatórias, por vezes com significado de inequívoca humilhação;

e) limita o universo das situações a comparar ao âmbito da empresa, como resulta, indirectamente, do disposto nas suas alíneas *d* e *e* e o reforça o art. 9º, 1; ora, a determinação do universo elegível e, portanto, dos trabalhadores ou das situações a comparar depende, a meu ver, da fonte da discriminação, pelo que, podendo esta ser a lei, ou a convenção colectiva, ou o empregador, aquele universo não tem de limitar-se ao âmbito da empresa.

Para ser qualificada como remuneração não tem de tratar-se de uma prestação a que o trabalhador tenha direito, diferentemente do que parece sugerir aquela norma. Uma prestação, como a do exemplo atrás referido, não deve deixar de ser qualificada como remuneratória, para efeito do mandato antidiscriminatório do art. 59º, 1, *a*, pelo facto de o seu destinatário a ela não ter direito e, conseqüentemente, a não poder reclamar judicialmente.¹⁴ “O que conta, o critério essencial para a sua delimitação é (parece ser) – escreve Maria do Rosário da Palma Ramalho – o da sua decorrência do contrato de trabalho ou da ligação de emprego público e *não a sua natureza retributiva*, isto é, o facto de ser contrapartida do trabalho prestado” (itálico meu).¹⁵

O sentido do mandato constitucional antidiscriminatório enunciado no art. 59º, 1, *a* deverá ser – só poderá ser, como já se disse – o que corresponda à sua finalidade e mais adequado se mostre com os objectivos prosseguidos. Ora, o referido mandato antidiscriminatório tem, a meu ver, uma finalidade clara: a de impedir as injustiças, ou mesmo humilhações, em que se traduzem os tratamentos diferenciados assentes em algum dos motivos nele enunciados – características físicas ou quase físicas ou opções fundamentais de cada um – bem como a de afastar situações de fundada suspeição, considerando como discriminatórias quaisquer disposições, medidas, critérios ou práticas, ainda que aparentemente neutras, que afectem de modo significativo os indivíduos que pertencem a uma das categorias subjectivas consideradas. Este é, aliás, um dos mais

¹⁴ Refira-se, aliás, que a atribuição de uma tal liberalidade remuneratória a alguns trabalhadores faz surgir na esfera jurídica dos excluídos o direito à idêntica prestação com fundamento no direito ao igual tratamento remuneratório.

¹⁵ *Estudos...*, p. 257. Só este entendimento amplo do que deva entender-se por “salário igual” se mostra conforme com a finalidade do específico mandato antidiscriminatório da norma constitucional *seja qual for a categoria subjectiva a ter em conta*, não podendo, a meu ver, considerar-se que um tratamento diferenciado entre trabalhadores de sexo diferente seja mais ou menos grave do que um tratamento diferenciado entre trabalhadores de raça ou de etnia diferente. Ambos atentam contra a dignidade da pessoa, que é a base do princípio da igualdade e da não-discriminação, e ambos deverão, por isso, considerar-se contrários à norma da Constituição.

relevantes efeitos da distinção entre o mandato genérico da igualdade e os mandatos antidiscriminatórios. Estes postulam, voltamos a salientar, a parificação entre as diferentes categorias, no sentido da total irrelevância das diferenças, pelo que a fundamentação deverá ser mais consistente do que a exigida para situações sobre as quais não recaia idêntica suspeição. Com o princípio da igualdade pretende-se que seja tratado de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é desigual na proporção da respectiva diferença. Já, porém, com o princípio da não-discriminação o que se pretende é que se trate de modo igual o que é diferente, por se entender que a diferença é totalmente irrelevante para os efeitos tidos em conta. Se dois indivíduos realizam o mesmo trabalho devem ser igualmente remunerados, independentemente do seu sexo, orientação sexual, cor, etnia, nacionalidade, opções políticas, religiosas, ideológicas ou sindicais...

5. Trabalho igual e trabalho de valor igual

É nesse termo da equivalência que residem as principais dificuldades de aplicação do princípio da igualdade e da não-discriminação. Com efeito, se, apesar dos obstáculos, é relativamente simples apurar o que deva entender-se por igual remuneração, outro tanto se não pode dizer do que deva entender-se por trabalho igual e, sobretudo, por trabalho de valor igual. Implicando a regra do igual tratamento que as diferenças de remuneração respeitem, segundo critérios de razoabilidade, a trabalhos de diferente valor, como se apura o valor dos diferentes trabalhos? Como se projectam as diferentes tarefas no respectivo resultado? Como é que, afinal, se determina o valor de um concreto trabalho?

A resposta mais corrente é, sem dúvida, a que faz apelo a sistemas de avaliação rigorosos assentes em características comuns a mulheres e homens e, portanto, em critérios sexualmente neutros. Trata-se, porém, de uma parte muito exigente do mandato antidiscriminatório, quer porque nem sempre é fácil e pacífico apurar a neutralidade de alguns critérios, quer porque o sistema não pode deixar de fazer apelo a um certo equilíbrio na consideração dos vários critérios adequados. Os critérios da força física ou da altura, por exemplo, de valores médios mais elevados nos homens, não serão sexualmente neutros apenas quando forem sobreavaliados, mas também quando se omitirem ou forem subavaliadas características de nível médio superior nas mulheres.¹⁶ Este é, aliás, um tipo de discriminação muito difundido – *discriminação secundária ou reflexa*, como alguns autores a designam para a distinguir da que tem em conta, directamente, o sujeito discriminado e por isso designada por *discriminação primária ou directa* – revelador das particulares dificuldades de aplicação de uma metodologia e de um instrumentário adequados à observância do mandato da igualdade.

¹⁶Veja, sobre esta questão, o acórdão do TJCE de 1^a de julho de 1986, Proc. n. 237/85, caso *Rummler*. Veja também CARVALHO, Catarina Oliveira de. Considerações sobre o Estatuto Jurídico-Laboral da Mulher. In: CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO, 4. Coimbra: Almedina, 2002. p. 136. Sobre o tema da igualdade poderá consultar, nessa mesma obra, o texto de Isabel Ribeiro Pereira (O assédio sexual no trabalho, p. 159 e ss), e o texto de Júlia Campos (Igualdade e não-discriminação no Direito do Trabalho, p. 267 e ss.).

A resposta a estas questões não pode ser confiada, sem mais, ao expediente da categoria profissional, tantas vezes origem, ele mesmo, de discriminações.¹⁷ É na natureza e nas condições em que o trabalho é executado – na sua natureza, na sua quantidade e na sua qualidade, como diz a alínea *a* do n. 1 do art. 59^o da Constituição – que deverá basear-se a sua avaliação, critérios, todos eles, abertos à mobilização de elementos ou circunstâncias como a responsabilidade, a autonomia, a complexidade, a penosidade, a destreza e outros *factores objectivos* que permitem estabelecer uma relação de valor equilibrada entre trabalhos diferentes. A discriminação, ou, pelo menos, a suspeição, persistirá enquanto os empregos pior remunerados continuarem a apresentar altas taxas de feminização (*discriminação horizontal*) e o acesso a lugares de direcção tender a privilegiar os homens (*discriminação vertical*).

O cumprimento do mandato antidiscriminatório não se basta, pois, com o recurso a critérios comuns aos trabalhadores de ambos os sexos; exige uma inteligência mais completa do sistema de avaliação que evite sobre ou subavaliações de certas características. É, por certo, isso mesmo que sugere a norma da alínea *e* do art. 2^o do Decreto-Lei n. 392/79, de 20-9, quando dispõe que se entende por trabalho de valor igual o “trabalho prestado à mesma entidade patronal quando as tarefas desempenhadas, embora de diversa natureza, são consideradas equivalentes em resultado da aplicação de *critérios objectivos* de avaliação de funções”. A concretização do mandato antidiscriminatório exige, porém, mais do que uma razoável noção legal. Exige, na verdade, uma inteligência contextual e relacional amiga da ideia da igualdade e, conseqüentemente, sensível ao apelo a critérios objectivos sem omissões e sem sobre ou subavaliações.

É sobretudo nestes casos que a figura da discriminação indirecta e o correspondente modo de distribuição da matéria da prova desempenham um papel decisivo na realização do mandato antidiscriminatório. “Existe discriminação – como estabelece o art. 2^o da Lei n. 105/97, de 13-9 – sempre que uma medida, um critério ou uma prática aparentemente neutra prejudiquem de modo desproporcionado os indivíduos de um dos sexos, nomeadamente por referência ao estado civil ou familiar, não sendo justificados objectivamente por qualquer razão ou condição necessária não relacionada com o sexo”. Trata-se, como se disse, de uma noção legal que empresta um maior grau de eficácia ao princípio da igualdade e da não-discriminação, contanto que se não esqueça, acrescente-se, que não é apenas, nem sobretudo, no número de trabalhadores concretamente afectados que reside a dificuldade ou o problema.

¹⁷ Veja P. Furtado Martins e A. Nunes de Carvalho (Para trabalho igual salário igual. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1992, p. 357 e ss.), que elegem as funções concretamente executadas, e não a categoria, como critério de aferição da igualdade de tratamento. “O princípio constitucionalmente consagrado, escreve, por sua vez, Júlio Gomes, é o de que a funções idênticas deve corresponder idêntica remuneração, a não ser que haja uma justificação razoável para a diferença” (Algumas reflexões sobre o ónus da prova em matéria de paridade de tratamento retributivo (“a trabalho igual salário igual”). In: MOREIRA, António (Org.). CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO DO TRABALHO, 1, *Memórias...* Coimbra: Almedina, 1998. p. 317-318. Sobre o tema da igualdade veja também Maria Manuela Maia da Silva (A discriminação sexual no mercado de trabalho. *Questões Laborais*, ano 7, n. 15, p. 84 e ss., 2000) e Maria Regina Redinha (Igualdade de tratamento no trabalho e no emprego: nótula. In: *Estudos em comemoração dos cinco anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 931 e ss.).

Em alguns casos, o que importa ter em conta é sobretudo a diferente incidência sobre os indivíduos de cada um dos sexos de uma medida, de um critério ou de uma prática. Sirva-nos de exemplo o caso dos prémios de assiduidade de que a Cite (Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego) tantas vezes se tem ocupado. Suponha-se que um empregador institui um prémio trimestral de 100 euros a que passam a ter direito os trabalhadores, *sem qualquer distinção*, que, no período considerado, não faltem mais do que quatro dias. Ora, uma tal medida aparentemente inocente é, por certo, uma medida susceptível de afectar de forma significativamente diferente certas categorias de trabalhadores em razão de características físicas ou de opções básicas fundamentais. Não importa que, no caso da empresa considerada, a medida afecte mais homens do que mulheres; o que importa é que as afecte, a uma ou a centenas, por razões de género. O critério do número de ausências é, provavelmente, neutro do ponto de vista da nacionalidade, da etnia, das opções políticas..., mas dificilmente se poderá considerar inocente do ponto de vista do género. Assim, a trabalhadora que falte 5 dias por motivos de gravidez – consultas pré-natais, por exemplo – não pode ter um tratamento económico idêntico ao de qualquer outro trabalhador ou trabalhadora que, por outro tipo de motivos, dê o mesmo número de faltas no trimestre respectivo. Se o prémio é devido a quem trabalhar 65 dias num dado trimestre, não deverá a trabalhadora do nosso exemplo, sob pena de ser discriminada, perder o prémio correspondente, pelo menos, aos 60 dias trabalhados. Aliás, sem neutralização de certas ausências, designadamente as que têm a ver com o sexo (não será preciso recordar que há motivos de ausência *exclusivos* das mulheres), os prémios de assiduidade são um caso de muito obscura observância do princípio da igualdade (desigualdade por indiferenciação de tratamento) ou mesmo de muito obscura observância do mandato antidiscriminatório. Os prémios de assiduidade, tal como se encontram instituídos, só escapam à suspeição de tratamento injusto na medida em que visem combater o absentismo fraudulento, atingindo apenas as ausências injustificadas e, em particular, as ausências fraudulentamente justificadas.

Para que se cumpra o mandato da igualdade e da não-discriminação não basta, como se vê, que a lei, ou mesmo a Constituição, indique as particularidades jurídico-materialmente relevantes para efeitos remuneratórios. Além das dificuldades já referidas, o problema da determinação do universo de situações de trabalho igual ou de valor igual a que deverá corresponder uma remuneração igual enfrenta dificuldades adicionais, como sejam, por exemplo, as do seu arco temporal e espacial.

A lei nacional não se refere à primeira das enunciadas dificuldades, nem sobre ela se conhece qualquer decisão da nossa jurisprudência. Sobre ela se pronunciou, porém, o TJCE, no seu Acórdão de 29 de março de 1980, Proc. n. 129/79, caso *Macarthy*, em que considerou aplicável a regra comunitária da igualdade entre homens e mulheres a uma situação em que o mesmo posto de trabalho foi sucessivamente ocupado por um homem e por uma mulher.

Outro tanto se não pode dizer do problema do arco espacial que a lei portuguesa parece querer encerrar dentro de cada empresa e a que já atrás se fez referência.

6. O problema da distribuição da prova

Para que se cumpram os desígnios prosseguidos com o mandato constitucional da igualdade e da não-discriminação entre trabalhadoras e trabalhadores, exige-se, por certo, o reconhecimento da possibilidade de os interessados reclamarem o controle judicial das medidas ou práticas suspeitas de o violarem, de apresentarem as suas pretensões e de esperarem as decisões adequadas. Exige-se, porém, mais do que isso, parecendo igualmente indispensável, a previsão de medidas complementares que compensem a particular fragilidade a que então se encontra exposto o titular do direito em crise, especialmente pela dificuldade de prova que enfrenta.¹⁸

Nessa fase decisiva em que, como diz Castanheira Neves, “o direito se frustra ou se logra”, a questão da prova é essencial, tendo-se mostrado indispensável, para não votar ao fracasso a maior parte das respectivas acções, estabelecer regras mais equilibradas e mais consentâneas com a metódica procedimental adequada. Verdadeiramente, era indispensável fazer recair sobre cada um dos respectivos sujeitos processuais o ónus da prova da parte do problema de que tiver o domínio. A importância das regras respeitantes à repartição da prova resulta, como se sabe, das consequências que a lei liga à sua falta ou insuficiência, de acordo com as quais, atingida a fase da decisão, o tribunal resolverá a questão de acordo com a prova que for feita, sendo que decidirá no sentido desfavorável à parte sobre a qual recaia o respectivo ónus.¹⁹ “Cabe à trabalhadora que alegue a discriminação, diz o n. 4 do art. 9º do Decreto-Lei n. 392/79, de 20-9, fundamentar tal alegação por referência ao trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminada, incumbindo à entidade patronal provar que as diferenças de remuneração efectiva assentam em factor diverso do sexo” ou, na versão mais moderna do art. 5º da Lei n. 105/97, de 13-9, nas acções tendentes a provar qualquer prática discriminatória (as acções previstas no artigo anterior), “cabe ao empregador o ónus de provar a inexistência de qualquer prática, critério ou medida discriminatória em função do sexo”.²⁰ Verdadeiramente, nessas acções, a autora deverá invocar e, se necessário, provar, os indícios da discriminação, cabendo ao empregador invocar e provar que o diferente tratamento foi determinado por razões outras que nada têm a ver com o sexo. Ora, como é o empregador que melhor domina o processo em que ocorre a diferença de tratamento, sobre ele deverá recair o encargo de apresentar o motivo que a determinou. É por isso que há quem entenda não se verificar nestes casos qualquer inversão do ónus. Afinal, o autor, no caso a trabalhadora, não terá de produzir a difícil prova da discriminação, mas sempre terá de alegar as razões da suspeita da discriminação, cabendo ao empregador a prova de que o critério, a medida ou a prática em causa não é contrária ao mandato antidiscriminatório, assim afastando a suspeição.

¹⁸ Veja LOPES, Dulce; SILVA, Lucinda Dias da. Xadrez policromo: a directiva 2000/43/CE do Conselho e o princípio da não-discriminação em razão da raça e origem étnica. In: *Estudos dedicados ao professor doutor Mário Júlio de Almeida Costa*. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 393 e ss.

¹⁹ “O interesse de saber sobre qual das partes pesa o ónus da prova, escreve José Alberto dos Reis, está exactamente na consequência que daí deriva para o sentido da decisão a proferir[...]”, (*Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1982. v. 3, p. 279).

²⁰ Veja, sobre esta questão, Júlio Gomes, que se refere “à obrigação do empregador que deve observar o princípio ‘a trabalho igual salário igual’ e deve, por isso, justificar as diferenças que introduziu” (*Algumas reflexões...*, cit., p. 322 e ss.), e Catarina Oliveira de Carvalho (*Considerações sobre o Estatuto Jurídico-Laboral da mulher*, cit., p. 138).

IGUALDAD Y DIFERENCIA EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJO DE LA MUJER

María Emilia Casas Baamonde

Magistrada del Tribunal Constitucional de España
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid – Espanha

I. Igualdad de retribución por razón de sexo

La reciente Ley 33/2002, de 5 de julio, modifica el art. 28 del ET en su versión de 1995. Ese precepto, bajo la rúbrica “Igualdad de remuneración por razón de sexo”, establecía la obligación del empresario de pagar por la prestación de un trabajo de igual valor “el mismo salario, tanto por salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo.” El vocablo empleado en su rúbrica – “remuneración”, el mismo que utiliza el art. 35.1 de la Constitución al prohibir la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral – se identificaba en su contenido únicamente con el concepto técnico-jurídico de salario. Los términos claves en aquel precepto eran “salario”, “salario base”, y “complementos salariales”.

Al enunciar en los términos señalados el principio de “igualdad de remuneración por razón de sexo”, la norma interna española no cumplía las exigencias del *principio de igualdad de retribución* entre trabajadores y trabajadoras establecido en el Derecho comunitario, en el art. 119 TCE, en la Directiva 75/117 y en la interpretación del Tribunal de Justicia que, con sus aciertos y limitaciones, ha contribuido a prestar la base doctrinal para la nueva configuración del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres “en asuntos de empleo y ocupación” o “en la vida laboral” en el art. 141 del Tratado tras las reformas de Amsterdam. De ahí que, según dice su Exposición de Motivos, la Ley 33/2002 se dirija a “transponer adecuadamente el Derecho comunitario [...] de modo que, sustituyendo el principio de igualdad salarial hasta la fecha vigente, se incorpore expresamente el ‘principio de igualdad retributiva’”. Realmente el *principio de igualdad salarial* no ha estado vigente en nuestro ordenamiento “hasta la fecha”, pues el efecto directo y prevalente del Derecho comunitario sobre el interno, que vincula igualmente a los Jueces y Tribunales en los asuntos de su jurisdicción (art. 10 TCE), lo ha impedido, imponiendo el principio sensiblemente mas amplio de igualdad de retribución, que podía ser alegado ante aquéllos directamente desde el Tratado y la Directiva. Pero esa operación de transposición o cumplimiento adecuado del Derecho comunitario era no sólo pertinente, sino obligada.

El modificado art. 28, procedente del primer Estatuto de los Trabajadores de 1980, ya había sido reformado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, con el fin de acomodar su dicción a la Directiva 75/117. Esa reforma, sin embargo, operó sólo sobre la expresión “trabajo igual”, que se sustituyó por la de “trabajo de igual valor”, sin aprovechar la ocasión y atender al problema planteado por el empleo del término

salario y la limitación del alcance del principio de igualdad de retribución por razón de sexo a los conceptos de salario base y complementos salariales. En su versión vigente, que sigue utilizando la rúbrica “igualdad de remuneración por razón de sexo”, el empresario está obligado a pagar por un trabajo de igual valor “la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla”.

Es cierto que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, “en los diversos sistemas nacionales se ha venido aplicando una noción amplia de salario que incluye todas las percepciones y ventajas a cargo del empresario y por razón de empleo, que tienen un valor económico para la persona que trabaja, aún cuando no sean estrictamente salario en el sentido más técnico y estricto del término; desde luego, se incluyen todo tipo de premios, pluses y primas, los planes familiares, el derecho a préstamos, los planes de pensiones, las percepciones en especie, las indemnizaciones por despido o suspensión; también se han incluido, como percepción indirecta, los derechos a permisos con sueldo, comprendidas las vacaciones”.¹ También lo es, sin embargo, que en nuestro sistema interno el anterior artículo 28 ET partía de una noción restringida de salario, que incluía sólo el salario base y los complementos salariales, y no alcanzaba a comprender el concepto comunitario amplio de retribución. La dicción literal del art. 28 ET podía ser integrada, en el interior de nuestro ordenamiento, con el concepto de salario – salario base y complementos salariales –, al que expresamente se remitía y que proporciona el art. 26 del propio ET, que, como es sabido, excluye del mismo “las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de *indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos*”.² De otra parte, es conocida la interpretación rigurosa y estricta de la jurisprudencia unificadora de doctrina del concepto de salario a efectos, por ejemplo, de la relación entre el art. 26.1 y 2 ET y el art. 42.2 del mismo cuerpo legal a propósito de las “obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas ...”. O la negación de carácter salarial a las indemnizaciones – es paradigmático el caso de los salarios de tramitación – y prestaciones sociales producto de las viejas mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, contratos de seguros o planes de pensiones.

La igualdad de trato entre hombres y mujeres forma parte característica del sistema jurídico comunitario desde sus inicios. Elemento integrante de la política social de la Comunidad, inicialmente vinculado a una limitada finalidad de evitación del *dumping* social en el empleo de la mano de obra femenina y de la distorsión de la libre competencia y de ahí al factor retributivo, se ha considerado progresivamente crucial tanto para su éxito económico como para su cohesión social. Tras las reformas del Tratado de Amsterdam, la igualdad entre hombres y mujeres figura expresamente entre

¹ RODRIGUEZ-PIÑERO.

² Art. 26.2.

los objetivos de la Comunidad,³ extendiéndose a todas sus actividades⁴ y dispone de una base jurídica renovada en el ámbito laboral.⁵ A lo largo del tiempo la labor decisiva en la interpretación del principio de igualdad de trato y el derecho a no la no discriminación por sexo del Tribunal de Justicia, a punto de cumplir cincuenta años de existencia, lo ha convertido en un derecho humano fundamental, ligado al respeto de la dignidad de las personas, y en uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario – desde la Sentencia de 15 de junio de 1978, *Defrenne III*, cuya observancia y garantía compete a los órganos judiciales nacionales y al propio Tribunal. Según su jurisprudencia, la finalidad económica primaria perseguida por el principio de igualdad de retribución, consistente en la eliminación de las distorsiones entre las empresas establecidas en los Estados miembros – a partir de la legislación francesa – se ha visto desplazada y “reviste un carácter secundario respecto al objetivo social” de dicho principio, “que constituye la expresión de un derecho humano fundamental”.⁶

En la versión originaria del Tratado de Roma –1957– el principio de igualdad de retribución fue recogido en las disposiciones sobre política social. Su artículo 119, empleaba el vocablo *retribución* y lo definía en términos amplios, incluyendo, además del salario o sueldo normal de base o mínimo, cualesquiera otras gratificaciones entregadas por el empresario al trabajador en razón de su contrato de trabajo, ya fuera directa o indirectamente, en dinero o en especie. En este texto, interpretado por la jurisprudencia comunitaria, el concepto de retribución excedía el técnico de salario, comprendiendo cualesquiera gratificaciones con independencia de su naturaleza salarial o extrasalarial.

El entendimiento amplio del concepto de retribución fue también unánime en la doctrina. No ocurrió lo mismo con las interpretaciones del art. 119 del TCE a propósito de sus limitaciones en orden a la virtualidad del principio de igualdad de trato en relación con otras condiciones de trabajo distintas de la retribución⁷ y con las diferencias existentes entre igual trabajo y trabajo de igual valor o de valor comparable, imprescindible para hacer efectivo el principio de igualdad de retribución.⁸ Pero en lo que hacía a la amplitud del ámbito material definido por el concepto de retribución, no ligado exclusivamente al salario, existió una aceptación amplia, firmemente promovida por el Tribunal de Justicia.

Como es bien conocido, según su jurisprudencia son retribución, en el sentido del párrf. 2º del art. 119 TCE, las contribuciones empresariales a los planes de jubilación en beneficio de los trabajadores;⁹ las ventajas especiales para viajar de los trabajadores jubilados concedidas por el empresario tras la finalización del contrato de

³ Art. 2 TCE.

⁴ Art. 3 TCE.

⁵ Art. 141 TCE.

⁶ Sentencias de 10 de febrero de 2000, *Deutsche Telekom y Deutsche Post*.

⁷ Por ejemplo, determinadas condiciones del despido, jornada y horarios de trabajo o las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social, comprendidas después en el principio de igualdad de trato afirmado por las Directivas 76/207 y 79/7.

⁸ Y que tendría un desarrollo normativo posterior en la Directiva 75/117.

⁹ Sentencia de 11 de marzo de 1981, *Wörringham*.

trabajo;¹⁰ las cantidades incluidas en el cálculo del salario bruto determinantes del cálculo de otros beneficios, como indemnizaciones por despido, subsidios de desempleo, subsidios familiares y facilidades de préstamo;¹¹ las prestaciones de planes de pensiones y el derecho a participar en dichos planes;¹² los salarios en caso de baja por enfermedad e incapacidad laboral por estados patológicos relacionados con el embarazo y las prestaciones concedidas por el empresario a las trabajadoras al inicio del permiso por maternidad para compensar sus desventajas profesionales causadas por la interrupción de su trabajo;¹³ los complementos de movilidad, formación y antigüedad;¹⁴ las compensaciones reglamentarias y *ex gratia* por despido satisfechas tras la terminación de la relación de trabajo y las pensiones de jubilación resultantes de planes profesionales privados, aún siendo sustitutorios de los generales reglamentarios, siendo discriminatoria la fijación de un requisito de edad distinto según el sexo para las pensiones de jubilación abonadas por el plan de pensiones empresarial;¹⁵ las indemnizaciones por terminación de la relación de empleo pagadas después del cese de la relación y las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo por voluntad de la trabajadora;¹⁶ las compensaciones, en forma de permisos retribuidos o retribuciones por tiempo extraordinario, para los miembros de comités de personal por asistencia a cursos de formación en temas de su tarea representativa;¹⁷ las indemnizaciones por despido complementarias del subsidio de desempleo para trabajadores de determinada edad a cargo del empresario o prestaciones complementarias de prejubilación;¹⁸ las pensiones de supervivencia previstas en los planes de pensiones de empresa que, por definición no se entregan al trabajador, sino a sus supérstites;¹⁹ las pensiones transitorias de jubilación anticipada por motivos de salud abonadas por los empresarios;²⁰ las pensiones de planes de empresa, aún abonándose con carácter complementario a las pensiones legales;²¹ las pensiones periódicas en los planes de empresa de prestación definida, así como las prestaciones en capital y la movilización de los derechos a pensión, y las contribuciones de los trabajadores, aunque no las aportaciones patronales a dichos planes financiados por capitalización y las prestaciones determinadas en función de las modalidades de financiación;²² las prestaciones de supervivencia de los planes de pensiones de empresa contributivos y no contributivos, pudiendo alegarse el art. 119 TCE frente a los fiduciarios de dicho plan; aunque no son retribución las aportaciones complementarias

¹⁰ Sentencia de 9 de febrero de 1982, *Garland*.

¹¹ Sentencia de 18 de septiembre de 1984, *Liefving*.

¹² Sentencia de 13 de mayo de 1986, *Bilka*.

¹³ Sentencias de 13 de julio de 1989, *Rimmer-Kühn*; 19 de noviembre de 1998, *Pedersen*; y 16 de septiembre de 1999, *Abdoulaye*.

¹⁴ Sentencia de 17 de octubre de 1989, *Hertz*.

¹⁵ Sentencia de 17 de mayo de 1990, *Barber*.

¹⁶ Sentencias de 27 de junio de 1990, *Kowalska*; y 14 de septiembre de 1999, *Gruber*.

¹⁷ Sentencia de 4 de junio de 1992, *Bötel*; 6 de febrero de 1996, *Lewark*; 7 de marzo de 1996, *Freers y Speckmann*.

¹⁸ Sentencias de 17 de febrero de 1993, *Comisión c. Bélgica*; y 13 de julio de 2000, *Defreyjn*.

¹⁹ Sentencia de 6 de octubre de 1993, *Ten Oever*.

²⁰ Sentencia de 9 de noviembre de 1993, *Birds Eye Walls Ltd.*

²¹ Sentencia de 14 de diciembre de 1993, *Moroni*.

²² Sentencia de 22 de diciembre de 1993, *Neath*.

efectuadas por los propios trabajadores para la obtención de prestaciones complementarias o suplementarias o capitales adicionales ni quedan comprendidos en el art. 119 TCE los planes de pensiones con partícipes de un solo sexo;²³ las pensiones abonadas a funcionarios y empleados públicos calculadas en función de sus años de servicios y su último sueldo;²⁴ el derecho de afiliación o participación en los planes de pensiones de empresa y de obtención de las prestaciones correspondientes;²⁵ los complementos por horas extraordinarias;²⁶ las retribuciones del trabajo a destajo;²⁷ las retribuciones o prestaciones abonadas por el empresario durante el permiso de maternidad;²⁸ la reducción en el precio de los transportes concedida por un empresario en favor del cónyuge o de la persona del otro sexo con la que el trabajador mantenga una relación estable sin vínculo matrimonial;²⁹ las escalas retributivas en función del tiempo efectivo de los trabajadores en régimen de trabajo compartido o de jornada completa;³⁰ las indemnizaciones por despido improcedente fijadas por decisión judicial;³¹ las primas especiales de fin de año;³² las gratificaciones de Navidad abonadas como incentivo al trabajo futuro y a la fidelidad a la empresa;³³ las prestaciones familiares y por matrimonio fijadas en convenio colectivo;³⁴ las compensaciones o complementos por horarios incómodos;³⁵ los complementos mensuales del salario.³⁶

En definitiva, son retribución en el sentido del art. 119 TCE cualesquiera compensaciones, en metálico o en especie, inmediatas o futuras, siempre que el trabajador las reciba de su empresario, aunque sea indirectamente, en virtud del contrato de trabajo, convenio colectivo, disposición legislativa, decisión judicial o de forma voluntaria, siendo indiferente el motivo de su concesión. El criterio decisivo, según la jurisprudencia comunitaria, es el de la relación de trabajo, el del contrato entre el trabajador y su empresario, en virtud del cual cualquier cantidad, abono o ventaja que el trabajador perciba, con independencia de su naturaleza jurídica, es retribución a efectos del art. 119 TCE. Según también la jurisprudencia comunitaria, la exigencia de igualdad retributiva, para ser eficaz y permitir su control jurisdiccional, afecta a todos y cada uno de los elementos y condiciones de la retribución concedida a hombres y mujeres, sin

²³ Sentencias de 28 de septiembre de 1994, *Coloroll Pension Trustees Ltd*; y 9 de octubre de 2001, *Pensionskasse ...*

²⁴ Sentencias de 28 de septiembre de 1994, *Beune*; 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*; 13 de diciembre de 2001, *Moufflin*; y 12 de septiembre de 2002, *Niemi*.

²⁵ Sentencias de 28 de septiembre de 1994, *Smith, Van den Akker, Vroege y Fisscher*; 24 de octubre de 1996, *Dietz*; 17 de abril de 1997, *Evrenopoulos*; 11 de diciembre de 1997, *Magorrian y Cunningham*; 10 de febrero de 2000, *Deutsche Telekom, Deutsche Post y Deutsche Telekom*; 16 de mayo de 2000, *Preston*; y 25 de mayo de 2000, *Podesta*.

²⁶ Sentencia de 15 de diciembre de 1994, *Helmig*.

²⁷ Sentencia de 31 de mayo de 1995, *Specialarbejderforbundet i Danmark c. Dansk Industri*.

²⁸ Sentencias de 13 de febrero de 1996, *Gilliespie*; 27 de octubre de 1998, *Boyle*.

²⁹ Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant*.

³⁰ Sentencia de 17 de junio de 1998, *Hill y Stapleton*.

³¹ Sentencia de 9 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez*.

³² Sentencia de 9 de septiembre de 1999, *Kruger*.

³³ Sentencia de 21 de octubre de 1999, *Lewen*.

³⁴ Sentencia de 28 de octubre de 1999, *Comisión c. Grecia*.

³⁵ Sentencia de 30 de marzo de 2000, *JämO*.

³⁶ Sentencia de 26 de junio de 2001, *Brunnhöfer*.

que sea posible aplicar métodos de “evaluación global” de aquellos elementos y condiciones “en su conjunto”.³⁷

Al igual que respecto de la titularidad de los derechos comunitarios de no discriminación por razón de sexo o de libre circulación sin discriminación por razón de nacionalidad el Tribunal ha elaborado una noción propiamente comunitaria de trabajador, distinta o no necesariamente coincidente con el concepto de trabajador de las legislaciones nacionales, también el concepto de retribución abarcado por la prohibición de discriminación por razón de sexo posee autonomía propia en el ordenamiento comunitario. El art. 119 TCE y las Directivas antidiscriminatorias, dice el Tribunal, se aplican a las relaciones de empleo público, ya que tienen un alcance general inherente a la propia naturaleza del principio definido en tales normas.³⁸ Insiste el Tribunal en que a efectos del art. 119 TCE la naturaleza jurídica de los conceptos o sus calificaciones en los Derechos estatales no es relevante dado que no pueden afectar a la interpretación ni a la fuerza obligatoria del Derecho comunitario ni, por tanto, al alcance del principio de igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras.³⁹ El “valor” comunitario de estos conceptos ha estado ligado a la satisfacción de objetivos comunitarios de construcción del mercado común. Es clara esa finalidad en el preámbulo de la Directiva 75/117, que por lo demás también trae causa del viejo art. 100 TCE por su incidencia “directa” en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.⁴⁰ Indirectamente ha servido a la protección de los trabajadores y las trabajadoras beneficiarias del principio de igualdad retributiva.

El Tribunal de Justicia afirmó desde los primeros momentos el efecto pleno y directo del art. 119 TCE – puede defenderse o invocarse en los Tribunales nacionales por los trabajadores o trabajadoras o sus causahabientes sin necesidad de medidas de implantación o aplicación mas detalladas por parte de los Estados miembros, dijo en la Sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II* –, propiciando de este modo, además de la propia efectividad del sistema comunitario, la eficacia horizontal de los derechos subjetivos de los trabajadores, destinatarios de los derechos que “dicha disposición confiere”, frente a los empresarios, públicos y privados – a través, claro es, de los jueces nacionales, “en su calidad de parte constituyente del Derecho comunitario” que han de hacer todo lo posible para alcanzar su aplicación.⁴¹ El Tribunal efectuó una doble operación: afirmó el efecto directo del art. 119 TCE – reiterado en las decisivas Sentencias *Bilka y Barber* y en las posteriores *Ten Oever, Vroege, Fisscher* o *Magorrian y Cunningham*, entre otras – separando su ámbito de aplicación del propio de los arts. 117 y 118, de los que predicó su naturaleza de “programa” de política social o de desarrollo general de bienestar social y la libertad de los Estados miembros para diseñar y ejecutar sus políticas sociales y de protección social con respeto del principio de igualdad de

³⁷ Sentencias *Barber* y *Brunnhöfer*.

³⁸ Sentencias de 21 de mayo de 1985, *Comisión c. Alemania*; 2 de octubre de 1997, *Gester*; 26 de octubre de 1999, *Sindar*; 11 de enero de 2000, *Kreil*; y 19 de marzo de 2002, *Lommers*.

³⁹ Sentencias *Garland, Bötzel*; 16 de marzo de 1994, *Unger, Lewark, Gillispie, Abdoulaye*.

⁴⁰ Actual art. 94 TCE.

⁴¹ Sentencia de 4 de febrero de 1988, *Murphy*.

trato por razón de sexo, o, dicho con sus palabras, sin que al desarrollar sus políticas sociales “desustancien” la aplicación de ese principio fundamental del Derecho comunitario;⁴² esa limitación del precepto y de su efecto directo a la retribución la compensó mediante el entendimiento extensivo, además del concepto de trabajador, del de trabajo igual y de la responsabilidad del empresario, que puede ser indirecta, del concepto mismo de retribución, no afectado por la Directiva 75/117, que no proporciona un concepto diferente, sino que parte del contenido en el párrf. 2º del art. 119 TCE al referirse genéricamente al “conjunto de los elementos y condiciones de retribución”.⁴³ La Directiva, dice el Tribunal, se concibió para facilitar la aplicación práctica del art. 119 TCE – y así se recoge en su preámbulo –, no para alterar su contenido o alcance.⁴⁴ Con naturalidad, por ello, el Tribunal ha “leído” el art. 119 TCE “junto con la Directiva 75/117”.⁴⁵

La consecuencia de su doctrina es que la aplicación del Derecho nacional no puede hacer imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el ordenamiento jurídico comunitario, no sólo frente al Estado – eficacia vertical –, como autoridad pública o como empresario, con derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por los particulares por causa de su incumplimiento en la aplicación de dicho ordenamiento,⁴⁶ sino también frente a los particulares – eficacia horizontal – a través de los cauces procesales previstos por las legislaciones de los Estados con las debidas exigencias de adecuación y operatividad para la satisfacción de los derechos comunitarios.⁴⁷ El art. 119 TCE impone a los empresarios una obligación de resultado en virtud de la cual los trabajadores y trabajadoras han de recibir la misma retribución por un mismo trabajo o por un trabajo al que se atribuye un mismo valor atendiendo a su naturaleza y a las condiciones de formación y laborales.⁴⁸ Corresponde a los órganos judiciales nacionales velar por su cumplimiento haciendo uso con tal fin de todos los medios disponibles en su Derecho interno.⁴⁹ Pero no sólo frente a los empresarios, también frente a los administradores de los planes de pensiones de empresa, pues el efecto útil del art. 119 TCE y la protección jurídica de la igualdad retributiva efectiva resultarían menoscabados si los trabajadores no pudieran invocarlo directamente frente a los encargados de ejecutar las obligaciones de dichos planes, aun teniendo acción frente al empresario.⁵⁰

Los principios de efecto directo y de prevalencia o primacía del Derecho comunitario – y, consiguientemente, de la jurisprudencia comunitaria sobre la interna de los Estados miembros – y de interpretación conforme de los Derechos nacionales a

⁴² Sentencia *Seymour-Smith y Pérez*.

⁴³ Sentencias *Defrenne II y III*; de 27 de marzo de 1980, *Macarthy*; y *Wörthingham*.

⁴⁴ Sentencias de 31 de marzo de 1981, *Jenkins*; *Pedersen, JämO*, y *Brunnhöfer*.

⁴⁵ Sentencia de 3 de diciembre de 1987, *Newstead*.

⁴⁶ Existiendo una relación de causalidad directa entre esa violación “caracterizada” y los daños y perjuicios sufridos: Sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Franovich y Bonifaci*.

⁴⁷ Sentencia de 1 de diciembre de 1998, *Levez*.

⁴⁸ Sentencia de 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhagen*.

⁴⁹ Sentencias *Coloroll Pension Trustees Ltd y Smith*.

⁵⁰ Sentencias *Fischer y Pensionskasse*.

aquél obligaban a nuestros jueces y Tribunales a sostener una interpretación del anterior art. 28 ET acomodada al Derecho y a la jurisprudencia comunitaria. Esa interpretación debía superar la literalidad del precepto legal y considerar que su referencia expresa al salario había de entenderse hecha al concepto comunitario mas amplio de retribución para, dejando inaplicado aquél,⁵¹ garantizar la plena eficacia del art. 119 – nuevo art. 141 – TCE. Sin embargo, nuestra jurisprudencia apenas se ha ocupado de este problema, con lo que no ha tenido incidencia real en la corrección de la insuficiente incorporación a nuestro Derecho del principio de igualdad retributiva.

Resolviendo la cuestión en aquel caso planteada, la STC 145/1991 tuvo ocasión de advertir frente a una interpretación literal del originario art. 28 ET, no acomodada al Derecho comunitario, de la que “podría deducirse una concepción estricta de la prohibición de discriminación en materia salarial sólo en los casos de realización por los trabajadores que se comparan de las mismas tareas”.⁵² La citada Sentencia corrigió esa literalidad del precepto para llevar al juicio de igualdad el valor del trabajo y no sólo su identidad formal con ayuda de la Directiva 75/117 – y de otros textos internacionales. Sólo las STC 183/1998 y 183/2000 contemplan la problemática de indemnizaciones extintivas discriminatorias por razón de sexo por haber sido calculadas sobre la base de un salario igualmente discriminatorio en uno de sus componentes, un complemento personal superior para los hombres que para las mujeres a partir de su diverso encuadramiento profesional. Pero no se adentraron en la interpretación del principio constitucional de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo en su proyección sobre la retribución a la luz del ordenamiento comunitario,⁵³ que se limitaron a despachar negando “la relevancia ... de la diferencia conceptual entre salario e indemnización”, tomada en consideración por la Sentencia de suplicación recurrida, “al calcularse esta última en atención al primero”, y afirmando el carácter discriminatorio de una indemnización calculada sobre un salario discriminatorio, “puesto que, en definitiva, perpetuaria la discriminación salarial sufrida por las trabajadoras”.⁵⁴ Previamente la STC 19/1989 justificó la constitucionalidad de una medida de mejora de la cuantía de la pensión de jubilación de las trabajadoras del sector textil en su finalidad compensadora o correctora de las inferiores condiciones de trabajo de la mujer en dicho sector, en especial de sus salarios “sensiblemente mas bajos” y sus categorías profesionales de “menor calificación”.⁵⁵ Y posteriormente la STC 250/2000 lamentó la “subsistencia actual de situaciones sociales de discriminación de la mujer en sus retribuciones en el trabajo”.⁵⁶

Los conflictos formalmente judicializados en nuestro país han versado, fundamentalmente, sobre el valor de los trabajos, de cuya desigualdad formal, resultante de distintas clasificaciones – o categorías – profesionales, encubridora de una igualdad real

⁵¹ Sentencia de 7 de febrero de 1991, *Nimz*.

⁵² FJ 4.

⁵³ Arts. 14 y 10.2 CE.

⁵⁴ STC 183/2000, FJ 4.

⁵⁵ FJ 5 y 7.

⁵⁶ FJ 2.

derivaba un menor salario para las trabajadoras y una discriminación por sexo. De este modo, la jurisprudencia no ha tenido ocasión de analizar autónoma y específicamente las diferencias de retribución por razón del sexo, en sus diferentes elementos, en función de la naturaleza salarial o no de los diferentes conceptos retributivos, sino solo en relación con la naturaleza o valor del trabajo prestado, sistemas de clasificación profesional y criterios de ascenso en la empresa que, por mandato del art. 24.2 ET, “se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”. Tan es así que el lenguaje judicial ha venido utilizando indistintamente los términos “salario” y “retribución”, “igualdad salarial” e “igualdad retributiva”, “niveles salariales” y “discriminaciones retributivas”, pero refiriéndose generalmente a diferencias salariales.⁵⁷

La divergencia entre el concepto comunitario de retribución, base del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, y el concepto de salario de nuestro ordenamiento laboral, sobre el que se construía expresamente el principio de igualdad de remuneración por razón de sexo del art. 28 ET, era, por tanto, abierta. Nuestro precepto restringía el alcance del principio comunitario, objetiva y subjetivamente, pues también constreñía sus efectos subjetivos únicamente a los empresarios, sin contemplar la responsabilidad del empresario frente a retribuciones indirectas ni extender la oponibilidad del principio de igualdad retributiva frente a terceros, como, en su caso, otros empresarios en relaciones complejas de descentralización productiva o los administradores de los planes de pensiones encargados de ejecutar sus obligaciones. Pero aún existiendo la posibilidad de su interpretación conforme, esa jurisprudencia, de haber existido, no salvaría la obligación del Estado de cumplir adecuadamente el Derecho comunitario, ya que no hubiera podido modificar el texto de la ley. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, la incompatibilidad de una legislación estatal con las disposiciones comunitarias, incluidas las directamente aplicables, sólo resulta definitivamente eliminada mediante disposiciones internas con carácter obligatorio e igual valor jurídico que las que deben de eliminarse.⁵⁸

A ello han de añadirse consideraciones no menores acerca del diferente papel y eficacia de la jurisprudencia y de la ley en la lucha contra las discriminaciones, aunque, como es sabido, en el orden comunitario el Tribunal haya sido la “fuente esencial de construcción de la noción de discriminación”⁵⁹ y él mismo se refiera con frecuencia a sus propias sentencias como fuentes de regulación de determinados aspectos del principio de igualdad retributiva en función del sexo. Así es, en efecto, según lo demuestra, a propósito de la decisiva cuestión de la limitación en el tiempo del efecto directo del art. 119 TCE, el Protocolo n. 2 sobre el art. 119 TCE⁶⁰ o el preámbulo de la Directiva 96/97 de modificación de la Directiva 86/378, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social.⁶¹

⁵⁷ Percepciones, partidas salariales, gratificaciones, complementos de calidad y cantidad, aunque a los pluses y complementos salariales se les califique de retributivos.

⁵⁸ Sentencias de 13 de marzo de 1997 y de 8 de julio de 1999, *Comisión c. Francia*.

⁵⁹ LANQUETIN.

⁶⁰ En relación con la Sentencia *Barber*.

⁶¹ De nuevo en relación con la Sentencia *Barber*.

El propio Tribunal, bien que manifestando inicialmente sus tradicionales reticencias hacia la transposición de las normas comunitarias a través de la negociación colectiva, ha exigido de las disposiciones de los Estados miembros “redacciones inequívocas” destinadas a proporcionar a las personas interesadas “un entendimiento claro y preciso”, a la par que completo, de sus derechos y obligaciones y a permitir a los órganos judiciales garantizar su cumplimiento.⁶² En diversas ocasiones posteriores, y sin relación ya con la negociación colectiva pues el Tribunal reconoce la capacidad de los interlocutores sociales para aplicar el principio de igualdad retributiva siempre que los Estados garanticen sus efectividad general,⁶³ ha insistido el Tribunal en la importancia fundamental de la transparencia de las regulaciones legales, en su necesaria precisión y claridad para cumplir las exigencias generales de seguridad jurídica, así como de las prácticas empresariales y convencionales, y no solo a efectos de la inversión de la carga de la prueba,⁶⁴ sino, afirma con reiteración, a fin de que los jueces y tribunales nacionales garanticen eficazmente los derechos reconocidos a los particulares.

No cabe duda, por tanto, de que correspondía al legislador, de acuerdo con las responsabilidades del Estado en el orden comunitario, eliminar las dificultades, transponiendo correctamente el Derecho comunitario y modificando, a tal efecto, el art. 28 ET de modo que el principio de igualdad de retribución quedara expresamente incorporado a nuestro Derecho. Esta responsabilidad del Estado no excluye, evidentemente, la de los sindicatos y empresarios a través de la negociación colectiva que quedaba y queda vinculada, al igual que los contratos individuales y las decisiones unilaterales empresariales, por el principio de igualdad retributiva dado su carácter imperativo.⁶⁵ Es sabido que en la jurisprudencia comunitaria el hecho de que determinados sistemas retributivos o políticas salariales se establezcan a través de convenios colectivos no justifica objetivamente las diferencias retributivas entre funciones de igual valor con reparto sexista.⁶⁶ El cumplimiento de un principio como el de igualdad retributiva por razón de sexo, que forma parte de los fundamentos de la comunidad, no puede hacerse depender de criterios formales como son las normas o usos de los Estados miembros para fijar las retribuciones. La vinculación de la negociación colectiva por el principio de igualdad retributiva no impide, sin embargo, que los Tribunales nacionales puedan valorar el establecimiento por convenio colectivo del sistema retributivo en la ponderación que han de efectuar para determinar si las diferencias entre las retribuciones medias de los grupos de trabajadores/trabajadoras que se comparan se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.⁶⁷

Con el nuevo art. 28 ET el legislador estatal cumple el principio de igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras, aunque seguimos sin contar con un ordenamiento jurídico con reglas y mandatos precisos y completos sobre la igualdad de

⁶² Sentencia de 30 de enero de 1985, *Comisión contra Dinamarca*.

⁶³ Sentencias de 30 de enero de 1985, *Comisión c. Dinamarca*, y 28 de octubre de 1999, *Comisión c. Grecia*.

⁶⁴ Sentencia *Bilka*.

⁶⁵ Sentencias *Defrenne II*, *Kowalska*, *Coloroll Pension Trustees Ltd*, *Beune*, *Krüger*, *Lewen*, entre otras.

⁶⁶ Sentencia *Enderby*.

⁶⁷ Sentencia *Dansk Industri*.

trato entre hombres y mujeres, por lo que su garantía efectiva está todavía lejos de quedar razonablemente asegurada.

Nuestro ordenamiento no ha efectuado una transposición modélica, sino fragmentada, dispersa, sucesiva e incompleta del Derecho comunitario sobre trato igual entre trabajadores y trabajadoras y prohibición de discriminaciones por razón de sexo.⁶⁸ A diferencia de otros ordenamientos, como el francés, el británico, el belga, el holandés o el austriaco, y aunque no sea obligado promulgar una legislación general – aunque sí absolutamente conveniente –, carecemos de una ley específica relativa a la igualdad profesional entre hombres y mujeres.

No se trata sólo de un problema de técnica legislativa, sino sustantivo, relativo a la creación del Derecho, al establecimiento de los mandatos legales adecuados, claros, precisos y ordenados, para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminaciones por sexo, sin los que su aplicación práctica y la corrección de las desigualdades se hace casi imposible. Por referirme a una ausencia especialmente significativa, no contamos con una definición legal de la noción de discriminación indirecta que se recoge en el art. 2.2 de la Directiva 97/80, “relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo”, y ahora también en los arts. 2.2.b) de las Directivas 2000/43 y 2000/78, del Consejo, relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y cuya incorporación expresa en los textos normativos constituye una preocupación de las instituciones comunitarias; ese estado de vaguedad e indefinición deja en manos de los jueces su cumplimiento y perjudica el conocimiento del derecho a no sufrir discriminación. Tampoco ha habido entre nosotros una negociación colectiva “sobre la evolución del Derecho del trabajo” en esta materia, una “negociación legiferante”,⁶⁹ pues de tal no pueden calificarse los criterios sobre igualdad de oportunidades y eliminación de discriminaciones en el empleo y la ocupación por razón de género incorporados al ANC-2002, que, por bienintencionados que fueran, se refieren siempre a las “diferencias salariales” y a las “discriminaciones salariales”, “directas o indirectas, motivadas por razones de género” y “carentes de justificación”.

Es llamativo, pese a ello, que la manifestación primera del principio de igualdad de trato en función del sexo en el Derecho comunitario, proyectada únicamente sobre la retribución,⁷⁰ haya tardado tanto tiempo en recibir acogida expresa en nuestro ordenamiento; un ordenamiento presidido por la Constitución, que prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo en sus arts. 14 y 35.1 – prohibición dirigida, según la STC 128/1987, a “terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina”, “singularmente

⁶⁸ En el ET, en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en la LPL, en la LIS, en la LGSS, en la Ley 30/1984 y en otros texto legales funcionariales ..., sin que pueda considerarse expresamente recogido en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones.

⁶⁹ SUPLOT.

⁷⁰ En el texto del art. 119 TCE.

en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo”⁷¹ – además de imponer en su art. 9.2, en relación con la cláusula de Estado social del art. 1.1 y el propio sistema de valores constitucionales, el mandato a los poderes públicos de remover los obstáculos para alcanzar la igualdad real y efectiva, pero que se aplica a una realidad en la que la desigualdad retributiva sigue constituyendo una forma extendida de discriminación de las mujeres. Una condición laboral tan básica como la retribución, a la que se vinculan estrechamente la naturaleza misma de la prestación laboral, los sistemas de clasificación y cualificación profesionales y de asignación de puestos de trabajo y de funciones y de la que se hacen depender otros derechos – los de Seguridad Social en sistemas con carreras de cotización o contributivos –, explica su radical importancia, sin perjuicio de la posterior extensión en el ordenamiento comunitario del principio de paridad de trato entre hombres y mujeres a otras condiciones de trabajo y de protección social y, en la actualidad, a los distintos ámbitos de la vida social.

Las discriminaciones laborales traen origen y producen la perpetuación de las condiciones de desigualdad de las mujeres en la entera organización social. En el mercado de trabajo cobran un marcado relieve las discriminaciones de la mujeres en las relaciones y responsabilidades domésticas y familiares, en la educación y en la vida social y política; a su vez las discriminaciones causadas por la regulación y el funcionamiento del propio mercado de trabajo, comenzando por la primera y esencial relativa a la retribución, ocupan el papel relevante que corresponde al trabajo en los actuales sistemas de organización de la producción y de la economía, propagándose al resto de ámbitos de la vida social y económica y contribuyendo a cristalizar y perpetuar las ya existentes. Por su parte, la discriminación en la retribución es causa y efecto de la discriminación profesional de la mujer, produciendo fenómenos como la segregación o feminización de los trabajos y la imposición de techos – el llamado “techo de cristal” – al ascenso profesional de las mujeres. De ahí que el principio de igualdad de retribución por razón de sexo constituya un instrumento básico para la eliminación de las discriminaciones que pesan sobre las mujeres.

2. De la igualdad de retribución por razón de sexo, a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio

En desarrollo del viejo art. 119 TCE, la Directiva 75/117/CEE amplió el alcance del principio de igualdad de retribución, haciéndolo jugar no sólo entre trabajos iguales, como decía el artículo 119 TCE, sino también entre trabajos de igual valor – o, con mayor razón, de valor superior –, como ahora dice el nuevo artículo 141 TCE. Su aplicación exige sistemáticamente de clasificación profesional no basados en criterios relacionados con el sexo, sino comunes a ambos sexos, de forma que excluyan las discriminaciones; así como medios eficaces para asegurar sus cumplimiento, entre los que se encuentran las garantías judiciales y de “indemnidad” frente al despido producido como reacción frente al ejercicio de reclamaciones o acciones judiciales dirigidas a hacer

⁷¹ STC 19/1989.

respetar la igualdad de retribución. La Directiva obliga a los Estados miembros a suprimir las discriminaciones entre hombres y mujeres derivadas de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, así como a adoptar las medidas necesarias para que las disposiciones de los convenios colectivos contrarias al principio de igualdad de retribución sean declaradas nulas o puedan ser modificadas.

Con apoyo en el fundamento jurídico que prestaba el anterior art. 235 – y el art. 100 – TCE⁷² pues el art. 119 TCE no permitía la adopción de normas comunitarias en el ámbito de la igualdad de oportunidades, las posteriores Directivas del Consejo de interdicción de la discriminación por razón de sexo⁷³ extendieron el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la retribución a las demás condiciones de trabajo y progresivamente a las de Seguridad Social – acceso al empleo, incluidos los criterios de selección, formación y promoción profesional y, en general, a cualesquiera condiciones de trabajo, comprendidas las condiciones de despido, y, progresivamente, a la acción protectora de la Seguridad Social y otros elementos de protección social. Estas Directivas introdujeron el que denominaron “principio de igualdad de trato” y la prohibición de discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, sin definir ni unas ni otras, aunque incluyendo en aquéllas, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las motivadas por el embarazo y maternidad de la trabajadora,⁷⁴ cuya protección – de la condición biológica de la mujer y de sus particulares relaciones con su hijo tras el embarazo y parto – se declaró expresamente por las citadas Directivas compatible con el principio de igualdad de trato.

La Directiva 86/613 amplió el alcance del ámbito subjetivo de dichas Directivas a los trabajadores y trabajadoras autónomas y a sus cónyuges, incluidas las actividades agrícolas y las profesiones liberales, haciendo efectiva la irrelevancia de la dependencia o subordinación jurídica – característica del contrato de trabajo y de las relaciones funcionariales de empleo público – en la definición de los titulares de los derechos a la igualdad de retribución y de trato, paralela a la irrelevancia de la independencia jurídica – afirmada por constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia – de los sujetos obligados a aplicar y respetar dichos derechos, como las entidades gestoras o administradoras de los planes de pensiones y las compañías aseguradoras, en el ámbito de sus respectivas obligaciones y competencias.

Específicamente, la Directiva 86/378, modificada por la Directiva 96/97, incorporó medidas complementarias del principio de igualdad de retribución para, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, aplicarlo a los regímenes profesionales de Seguridad Social, considerando tales los no regulados por la Directiva 79/7 que proporcionen a los trabajadores prestaciones complementarias o sustitutivas de los regímenes legales con independencia de que la adscripción a los mismos sea obligatoria o facultativa. Tras la entrada en vigor del TUE, el Protocolo n. 2 relativo al art. 119 TCE,

⁷² Actuales arts. 308 y 94.

⁷³ 76/207, recientemente modificada por la Directiva 2002/73, y 79/7.

⁷⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*; 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann*; 14 de julio de 1994, *Webb*; 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*; 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar y Tele Danmark*.

anexo al TCE, acotó en su proyección temporal el efecto inmediato del principio de igualdad de retribución en el ámbito de dichos regímenes profesionales, descartando su juego en los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, fecha de la Sentencia *Barber*, salvo para los trabajadores o sus derechohabientes que hubieren presentado una reclamación judicial o equivalente antes de dicha fecha.

Ya con este aparato normativo el Tribunal afirmó que el principio de igualdad de retribución por razón de sexo, el único que recogía el originario art. 119 TCE, era una “expresión concreta”, “particular” o “específica” del principio general de igualdad y no discriminación, que forma parte de los fundamentos de la Comunidad y exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, a menos que ese trato esté objetivamente justificado.⁷⁵ Y aplicó a esa manifestación o expresión concreta los conceptos de discriminación indirecta⁷⁶ y de acción positiva igualadora de desigualdades de hecho – aunque descartando que la norma reconocedora de una bonificación en el cálculo de la pensión de jubilación ligada a la educación de los hijos únicamente a las funcionarias respondiera totalmente a tal finalidad: Sentencia de 29 de noviembre de 2001, *Griesmar*.

El Tribunal de Justicia ha ido conduciendo ese conjunto normativo hacia su consideración de expresiones limitadas del principio de igualdad, en cuanto principio fundamental del Derecho comunitario y derecho fundamental de las personas ligado a su dignidad reconocido con valor universal por los textos internacionales. Con alguna reflexión interesante, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant*, sobre el respeto de los derechos fundamentales, que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, en cuanto requisito de la legalidad de los actos comunitarios, pero advirtiendo que estos derechos no pueden ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado más allá de las competencias de la Comunidad – la reflexión no aplicaba, aunque mencionaba, las reformas introducidas en los Tratados por el de Amsterdam en la supresión de las diferentes formas de discriminación, en concreto en las causadas no por el sexo, sino por la orientación sexual.

A la realización efectiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres contribuyeron también la Directiva 92/85, relativa a la adopción de medidas mínimas para “promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”,⁷⁷ y la Directi-

⁷⁵ Sentencias de 9 de noviembre de 1993, *Birds Eye Walls Ltd*; 13 de febrero de 1996, *Gillispie*; 16 septiembre 1999, *Abdoulaye*; 26 de junio de 2001, *Brunnhofner*, *Griesmar*; de 13 de diciembre de 2001, *Moufflin*; 17 de septiembre de 2002, *Lawrence*.

⁷⁶ Señalando la vulneración del principio por la aplicación de disposiciones de las que resulten diferencias de trato entre trabajadores de diferente sexo en virtud de criterios no fundados en el sexo o neutros, pero que no pueden explicarse en virtud de factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por sexo: Sentencias de 13 de mayo de 1986, *Bilka*; 27 de junio de 1990, *Kowalska*; 4 de junio de 1992, *Bötel*; 15 de diciembre de 1994, *Helmig*; 6 de febrero de 1996, *Lewark*; 7 de marzo de 1996, *Freers y Speckmann*; 9 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez*; 9 de septiembre de 1999, *Krüger*; 10 de febrero de 2000, *Deutsche Telekom*; 30 de marzo de 2000, *Jän O*.

⁷⁷ Décima Directiva específica en el sentido del apdo. 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE, aprobada con fundamento en el viejo art. 118 A TCE y cuyo efecto directo fue afirmado también por el Tribunal de Justicia en su Sentencia *Jiménez Melgar*.

va 96/34, modificada por la Directiva 97/75, por la que el Consejo aplicó el Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.⁷⁸

Sobre la base del citado Acuerdo de Política Social anejo al Tratado de la Unión Europea, se añadió a este corpus normativo material – en concreto, a las situaciones cubiertas por el art. 119 TCE y las Directivas 75/117, 76/207, 92/85 y 96/34 – la garantía procesal regulada en la Directiva 97/80, ampliada al Reino Unido por la Directiva 98/52, “relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo”. Sienta esta Directiva el principio de inversión de la carga de la prueba a la parte demandada en los litigios civiles o administrativos – no penales ni extrajudiciales voluntarios – cuando la demandante aporte indicios de discriminación para hacer efectivo el principio de igualdad de trato, mejorando la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros. La Directiva señala las dificultades que rodean la prueba de la discriminación, mayores cuando es indirecta, y la necesidad de definir ésta,⁷⁹ lo que efectúa con escasa exactitud técnica, considerando tal la afectación “a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo” producida por disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras, salvo que se justifiquen en criterios objetivos no relacionados con el sexo.⁸⁰ Ya el propio Tribunal de Justicia había avanzado esa modificación de la carga de la prueba haciéndola recaer sobre el demandado cuando fuera preciso para garantizar eficazmente el principio de igualdad retributiva sin privar a los presuntamente perjudicados por una discriminación aparente o presunta de ningún medio eficaz;⁸¹ así, en los casos de falta de transparencia de los sistemas empresariales de retribución y en los de discriminación indirecta a partir de la aportación de un principio de prueba por la trabajadora, de una apariencia de discriminación basada en el sexo, “en relación con un número relativamente grande de empleados de que la retribución media de las mujeres es inferior a la de los hombres”.⁸²

Tras las reformas del TCE por el Tratado de Amsterdam, el principio de igualdad por razón de sexo dejó de enunciar un principio de igualdad retributiva para alcanzar el ámbito genérico del empleo y la ocupación. El nuevo artículo 141 TCE comienza, como antes, subrayando su carácter imperativo al imponer a cada Estado miembro la obligación de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras. Además, el precepto, incorporando la regulación del Derecho derivado, extiende el ámbito de comparación para establecer la igualdad retributiva entre los que trabajos que, sin ser iguales, sean “de igual valor”. Reconoce también competencias al Consejo para la adopción – por el procedimiento de mayoría cualificada, en codecisión con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social – de medidas comunitarias para asegurar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución.

⁷⁸ Aprobada conforme al Acuerdo de Política Social anejo al TUE.

⁷⁹ Cdo. 19.

⁸⁰ Art. 2.2.

⁸¹ Sentencia de 27 de octubre de 1993, *Enderby*.

⁸² Sentencias de 17 de octubre de 1989, *HK c. Danfoss; Enderby*; y 31 de mayo de 1995, *Dansk Industri*.

Quizás su novedad más significativa, según apreciaciones doctrinales unánimes, radique en garantizar al máximo nivel comunitario las políticas legislativas de los Estados miembros orientadas hacia la imposición de “acciones positivas” en favor de las mujeres, en cuanto sexo menos representado, para hacer efectiva en la práctica “la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”. Dichas medidas se enuncian en términos neutros en cuanto al sexo, eliminándose en el apdo. 4 del art. 141 del TCE la referencia explícita a las mujeres como destinatarias de las mismas que se contenía en el art. 6, apdo. 3, del Acuerdo de Política Social, del que el nuevo precepto del Tratado procede.

Según esas apreciaciones, el Tratado supera las limitaciones de la Directiva 76/207 en su interpretación por el Tribunal de Justicia, que – no obstante la Recomendación 84/635 del Consejo, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer – venía considerando las acciones positivas como excepción del principio de igualdad de trato dentro de la valoración peyorativa o cuando menos cautelosa de las excepciones o derogaciones previstas en el art. 2, apdos. 2 a 4, de dicha Directiva como posible fuente de discriminaciones. Constituyendo estas acciones o medidas de acción positiva una excepción al derecho individual a la igualdad de trato consagrado por la Directiva 76/207, el Tribunal mantuvo que su interpretación había de ser, primero, restrictiva y, después, acorde con el principio de proporcionalidad, que también forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, y exige que no se sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto.⁸³ No obstante, en relación con la protección de la maternidad biológica y el acceso al empleo y condiciones de trabajo de la trabajadora embarazada, y pese a ciertas oscilaciones de criterio,⁸⁴ el Tribunal no ha dejado de reconocer que la Directiva 76/207 “tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal”.⁸⁵

La nueva formulación del apdo. 4 del art. 141 TCE salva expresamente la compatibilidad con el principio de igualdad de trato de las políticas de “acción positiva” o preferenciales⁸⁶ de los Estados miembros sin necesidad de cláusulas de apertura – sistemas de “cuotas de resultado flexible” o de reglas de prioridad –, superando las dudas que en torno a su legitimidad y alcance o incidencia⁸⁷ manifestaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en sus Sentencias de 17 de octubre de 1995, *Kalanke*; 11 de noviembre de 1997, *Marschall*; y 28 de marzo de 2000, *Badeck*.

Con un enfoque cualitativamente distinto al excepcional de la Directiva 76/207, las medidas de acción positiva forman ahora parte natural del principio de igualdad de trato reconocido en el art. 141 TCE con objeto de hacer real la igualdad, tanto

⁸³ Sentencias de 15 de mayo de 1986, *Johnston*; 26 de octubre de 1999, *Sirdar*; y 11 de enero de 2000, *Kreil*.

⁸⁴ Compárense las diferencias entre la Sentencia *Abdoulaye* y la Sentencia de 30 de abril de 1998, *Thibault*.

⁸⁵ Sentencia de 3 de febrero de 2000, *Mahlburg*.

⁸⁶ “Medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

⁸⁷ Sólo en las oportunidades y no en los resultados y siempre que tales medidas no garanticen una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres y permitan la apreciación objetiva de las situaciones particulares, no incurriendo en arbitrariedad o desproporción.

en el acceso o en las oportunidades, como en la atribución de resultados,⁸⁸ si se entiende que la igualdad en éstos no puede alcanzarse a través de la mera eliminación de obstáculos en los requisitos iniciales o igualdad de oportunidades, que es un concepto ambiguo y, por lo mismo, no puede considerarse “un objetivo último suficiente”.⁸⁹ Las acciones positivas han adquirido plena legitimidad en el art. 141, apdo. 4, del Tratado CE, abandonando el plano opositivo, de excepción, contraposición o derogación al principio de igualdad formal en que se encontraban en la Directiva 76/207. Al mismo entendimiento único y unitario del principio de igualdad, en su vertiente formal y material, responde el art. 23 de la Carta de Niza que, tras proclamar la igualdad entre hombres y mujeres “en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”, extiende el contenido y alcance del principio de igualdad, que “no impide la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

La incidencia de la nueva regulación del art. 141, apdo. 4, del Tratado en el art. 2.4 de la Directiva 76/207 era, por tanto, importante hasta el punto de hacer este último precepto “obsoleto” y “superfluo”, según la Comisión, que en el proyecto de Directiva que elaboró para modificar la Directiva 76/207, propuso su sustitución por un nuevo precepto, movido por razones de efectividad y eficacia a partir de la licitud genérica de este tipo de medidas, que se limitaba a obligar a los Estados miembros a presentar a la Comisión informes cada dos años “sobre las acciones positivas que adopten o mantengan y sobre su aplicación. Sobre la base de dichos informes, la Comisión adoptará y publicará cada dos años un informe de evaluación comparativa de las medidas positivas en vigor en cada Estado miembro, de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado y a la luz de la declaración n. 28 anexa al Tratado”.⁹⁰ Afortunadamente esta propuesta de la Comisión prosperó en el texto aprobado como Directiva 2002/73, aunque rebajada en su eficacia temporal y con independencia de que su incardinación no haya tenido lugar en el reformado art. 2 de la Directiva 76/207, cuyo nuevo apdo. 8 se remite al apdo. 4 del art. 141 del Tratado “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres”, sino más sistemáticamente en el art. 2, apdo. 3, de la Directiva reformadora 2002/73. Los Estados miembros, dice su texto, “notificarán cada cuatro años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, así como la información sobre estas medidas y su aplicación. Basándose en esa información, la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración n. 28 anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam”.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam el juicio de contraste de las medidas afirmativas o de acción positiva ya no debía hacerse con la Directiva 76/

⁸⁸ Cuotas de representación proporcional de los sexos, “cuotas de resultado rígidas”.

⁸⁹ BELORGEY.

⁹⁰ *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 76/207/CEE*, DOCE núm. C 270, de 25/9/2001.

207 para concluir, como en la Sentencia *Kalanke*, que la normativa nacional cuestionada se oponía a los apdos. 1 y 4 del art. 2 de dicha Directiva; ni siquiera para advertir con carácter preliminar, como en la Sentencia *Badeck*, que la interpretación del art. 141, apdo. 4, TCE “tan sólo resulta adecuada para resolver el litigio principal en caso de que el Tribunal de Justicia considere que el artículo 2 [de la Directiva] se opone a la normativa nacional” que ha de examinar, si bien con esta consideración el Tribunal parecía aceptar el mayor alcance del art. 141, apdo. 4, TCE sobre el limitado y exceptivo del art. 2.4 de la Directiva 76/207. El canon de enjuiciamiento se contiene en el apdo. 4 del art. 141 TCE a la luz de la mencionada Declaración n. 28 anexa al Tratado, que impone a los Estados miembros el deber de “aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral”, y en el futuro en el nuevo art. 2.8 de la Directiva 76/207, modificada por la Directiva 2002/73.

Sin embargo, haciendo ya ese contraste con el art. 141, apdo. 4, TCE por entender precisamente que la normativa nacional objeto del litigio principal se oponía al art. 2, apdos. 1 y 4, de la Directiva 76/207, el Tribunal de Justicia siguió interpretando el nuevo precepto del Tratado en conjunción con aquella Directiva y con su doctrina sentada en la Sentencia *Badeck*. En la Sentencia de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson*, el Tribunal afirmó la incompatibilidad con el Tratado de las medidas de discriminación positiva “de carácter absoluto y desproporcionado” con el objetivo perseguido – siendo tal la preferencia, en un proceso de selección para un empleo en la función pública, de los candidatos del sexo infrarrepresentado con capacitación suficiente aunque no igual a la de los candidatos del sexo opuesto, con el único límite de que la diferencia de méritos entre ambos respetase la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos –. Esa preferencia automática, no limitada con suficiente precisión por la norma sueca en cuestión e impeditiva de la valoración de “las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos”, no se consideró conforme con la Directiva ni con el Tratado. Se ha dicho por ello que la Sentencia *Abrahamsson* constituyó “una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial”.⁹¹ Ciertamente, es criticable el escaso desarrollo argumental que la Sentencia dedica al principio de no automaticidad de estas medidas, que desconoce las “relecturas” doctrinales de dicho principio que destacan su utilidad para conjugar las acciones positivas con los demás derechos y preceptos constitucionales que en su caso puedan estar en juego, permitiendo valorar en concreto dentro de esas “situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos” otras causas de discriminación, además del sexo, de forma que pueda realizarse la igualdad sustancial de otros grupos desfavorecidos.

En posteriores decisiones el Tribunal de Justicia ha continuado evitando analizar el cambio del Tratado – en la Sentencia *Griesmar* rechazó pronunciarse sobre la eventual novedad de la norma del art. 6, apdo. 3, del Acuerdo de Política Social tras estimar que la invocación del art. 141 había sido hecha a título incidental a los efectos de indicar el número del precepto sustitutivo del viejo art. 119 del Tratado – y considerando las acciones positivas con su anterior carácter de excepción al derecho funda-

⁹¹ ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA.

mental de igualdad de trato “consagrado por la Directiva”. En la Sentencia de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, destacó una vez más que el art. 2.4 de la Directiva 76/207 tenía una “finalidad precisa y limitada”, que era autorizar medidas que, aunque discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho existentes en la realidad; que a este tipo de medidas pertenecen las que se insertan “en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades” en la medida en que no reservan a las mujeres puestos de trabajo, sino el disfrute de condiciones de trabajo con el fin de facilitar la continuación y el progreso de sus carreras profesionales;⁹² o que la excepción establecida en el art. 2.4 de la Directiva no permitía “menoscabar excesivamente el derecho individual a la igualdad de trato que ésta garantiza”. La indebida contraposición entre la igualdad formal y material o sustancial ha seguido pesando decisivamente en la jurisprudencia comunitaria.

Advierte también el Tribunal de la necesidad de separar las medidas de acción positiva de las que, pretendiendo abolir desigualdades de hecho, contribuyen a “perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer”.⁹³ Así ocurre con disposiciones antiguas, aunque posteriormente reformadas, orientadas a fomentar el retorno de la mujer al hogar para el cuidado de los hijos sin contribuir a limitar los obstáculos a sus carreras profesionales.⁹⁴ El problema radica aquí en identificar correctamente estas medidas cuya conversión en mandatos neutros o abstractos en cuanto al sexo puede generar a su vez discriminaciones indirectas contra las mujeres.

Tras las reformas de Amsterdam el principio de no discriminación se fortalece y extiende a todas las actividades comunitarias, más allá del trabajo y de la política social por tanto,⁹⁵ conformándose un principio de transversalidad o *mainstreaming* según el cual se convierte en objetivo de la Comunidad y rasgo característico de su actuación, en todos sus ámbitos y niveles, la eliminación de “las desigualdades entre el hombre y la mujer” y la promoción de “su igualdad”.⁹⁶ El principio de transversalidad atiende al hecho de que las desigualdades, insertas en la organización social, son previas y desbordan el marco de las relaciones productivas y de mercado aunque su corrección en este ámbito, también en el del trabajo autónomo, y en el de la protección social sigue siendo decisiva por su efecto de proyección sobre la vida social, económica y cultural. Por su carácter colectivo o de género el principio de transversalidad enlaza con la prohibición de discriminaciones indirectas; por su vinculación con la igualdad real y alejamiento del valor de abstracción o neutralidad del principio de igualdad formal se relaciona con las medidas de acción positiva, pues su justificación sigue radicando en la existencia de desigualdades de hecho o en la falta de una real igualdad de oportunidades.

⁹² En el caso, acceso a guarderías subvencionadas siempre que se permita ese acceso a los funcionarios masculinos que asumen solos la guarda de sus hijos.

⁹³ Sentencia *Lommers*.

⁹⁴ Sentencia *Griesmar*.

⁹⁵ Se “horizontaliza”.

⁹⁶ Nuevos arts. 2^o y 3^o, 2, TCE.

El principio de consideración transversal o sistemática de la igualdad entre el hombre y la mujer obligará también a cambiar algunas concepciones, ya antiguas, del propio Tribunal de Justicia que ligaban el principio de igualdad de trato únicamente a los propósitos de política social del Tratado CE sin atender a los problemas relativos a la organización de la familia o alterar el reparto de responsabilidades entre los padres o, en general, las responsabilidades familiares y la sobrecarga de trabajo – reproductivo y productivo – de las mujeres.⁹⁷ El Tribunal aplicaba el art. 119, así como las Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, “no de forma general”, sino “en su calidad de trabajadores”.⁹⁸ Empujada por la “evolución contemporánea de las mentalidades”, la propia jurisprudencia comunitaria ha debido abrirse a realidades de las que antes siempre había huido. La protección de la mujer en la vida familiar simultánea a la protección que le es debida en el desarrollo de su actividad profesional, afirma ya el Tribunal en su Sentencia de 2 de octubre de 1997, *Gester*, es un principio que reconocen los ordenamientos de los Estados miembros y el propio Derecho comunitario como “corolario natural” de la igualdad entre el hombre y la mujer. En la Sentencia de 17 de junio de 1998, *Hill y Stapleton*, el Tribunal predicó de la política social comunitaria una finalidad de incentivación y adaptación en la medida de lo posible de las condiciones de trabajo a las cargas familiares. En la Sentencia *Griesmar*, repitiendo consideraciones ya dichas pero diferentemente aplicadas según los casos, marcó la separación entre la protección de la maternidad biológica y el cuidado de los hijos o protección de la maternidad en sentido amplio o “social”, aunque sin volver la espalda totalmente a esta realidad al subordinar la igualdad de remuneración a la prueba por el funcionario varón de haber asumido la educación de los hijos.

En fin, el Tratado CE habilita al Consejo para – dentro de las competencias de la Comunidad – adoptar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, “medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo” y demás circunstancias odiosas mencionadas en el nuevo art. 13 TCE: origen racial o étnico, religión o convicción, discapacidad, edad u orientación sexual. El Tratado de Niza añade a este precepto un apdo. 2 para permitir al Consejo decidir según el procedimiento del art. 251 TCE cuando, “con exclusión de toda armonización” de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, “adopte medidas comunitarias de estímulo” para apoyar las acciones emprendidas por éstos para eliminar las discriminaciones.

Con fundamento en el art. 13 TCE, y en el nuevo art. 6 del TUE, se aprobaron las Directivas 2000/43 y 2000/78, del Consejo, relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y luchas contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Su regulación, inspirada en la experiencia de las Directivas de prohibición de la discriminación por sexo, incluida la específica

⁹⁷ Sentencias de 12 de julio de 1984, *Hofmann*; 13 de mayo de 1986, *Bilka*; 25 de julio de 1991, *Stoekel*.

⁹⁸ Sentencia de 27 de junio de 1989, *Achterberg-te Riele*.

sobre inversión de la carga de la prueba, aporta una nueva y más precisa definición de la noción de discriminación indirecta entendida como la producción por disposiciones aparentemente neutras de una “desventaja particular” a personas pertenecientes a grupos sociales con presencia demográfica relevante, definidos por los mencionados motivos de discriminación, salvo justificación objetiva y finalidad legítima a cuyo logro se ordenan los medios adecuados y necesarios.⁹⁹ Incluyen el acoso como discriminación teniendo éste bien por objetivo, bien como consecuencia, “atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.¹⁰⁰ Hacen compatible el principio de igualdad de trato con “la plena igualdad en la práctica” a través del establecimiento por los Estados de acciones positivas para prevenir o compensar las desventajas de las personas afectadas.¹⁰¹ Disponen el establecimiento de mecanismos de protección operativos “incluso tras la conclusión de la relación en que supuestamente se ha producido la discriminación”.¹⁰² Y, entre otras medidas, preconizan el reconocimiento de técnicas que permitan la presencia en los procesos o procedimientos tramitados para hacer cumplir las obligaciones derivadas de estas Directivas de las asociaciones u organizaciones con interés legítimo,¹⁰³ la divulgación para su conocimiento de las disposiciones antidiscriminatorias, la adopción de normas y medidas con igual fin por los convenios colectivos en el marco del diálogo social y el establecimiento de organismos de promoción de la igualdad de trato.

La necesaria adaptación de las Directivas sobre trato igual por sexo a la evolución social y a la nueva regulación del Tratado y de estas nuevas Directivas, además de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puso en marcha la reforma de la Directiva 76/207 para dotar de coherencia el tratamiento de los conceptos y principios básicos del Derecho antidiscriminatorio¹⁰⁴ y las medidas más eficaces para su erradicación.

La Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Consejo, aprobada con fundamento en el art. 141, apdo. 3, TCE, modifica la Directiva 76/207 con el objetivo de lograr un compromiso más activo de los Estados miembros en el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres. La modificación de la Directiva 76/207 es de alcance hasta el punto de que sólo quedan en pie los arts. 1 y 8 de aquélla. El nuevo texto gana en calidad técnica, claridad y entendimiento correcto del principio de igualdad de trato, no incompatible o antitético, sino integrado y complementario de la igualdad real. Define los conceptos de discriminación directa – tratamiento menos favorable de una persona en relación con otra en situación comparable por razón de sexo –, indirecta – situación de desventaja particular de personas de un sexo respecto a personas del otro sexo causada por disposiciones, criterios o prácticas aparentemente

⁹⁹ Arts. 2.2.b.

¹⁰⁰ Arts. 2.3.

¹⁰¹ Arts. 5 y 7.1.

¹⁰² Arts. 71. y 9.1.

¹⁰³ Legitimación colectiva directa, por sustitución, coadyuvancia, litisconsorcio, representación voluntaria ...

¹⁰⁴ Discriminaciones directas e indirectas; naturaleza objetiva y no necesariamente intencional de la discriminación; justificación de las diferencias por razones biológicas, requisitos profesionales esenciales y determinantes u otros criterios objetivos y proporcionados; acciones positivas; protección frente a las discriminaciones y a las represalias por su denuncia.

neutros, salvo justificación objetiva con una finalidad legítima y medios adecuados y necesarios –, acoso – comportamiento no deseado relacionado con el sexo con propósito o efecto atentatorio de la dignidad humana y generador de un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo – y acoso sexual – comportamiento no deseado de índole sexual con igual propósito o efecto –, calificando éstos de discriminación por sexo, al igual que el trato menos favorable dispensado a la mujer por su embarazo o permiso de maternidad. Contempla expresamente el trabajo por cuenta propia y la afiliación y participación en organizaciones de trabajadores y empresarios. Ordena el establecimiento de procedimientos judiciales y/o administrativos o de conciliación para garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato, incluso después de terminada la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación, así como la indemnización o reparación real y efectiva de los perjuicios sufridos por la discriminación “de manera disuasoria y proporcional” a los mismos y la protección frente al despido o cualquier otro trato desfavorable como represalia o reacción a la denuncia de discriminación. Alienta a los interlocutores sociales a promover la igualdad entre hombres y mujeres. Impone a los Estados miembros la instauración de un régimen sancionador efectivo, proporcionado y disuasorio y la designación de organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato.

La nueva regulación del Tratado y la obligación de los Estados miembros de transponer las citadas Directivas – a más tardar el 19 de julio de 2003 respecto de la Directiva 2000/43; el 2 de diciembre de 2003, con un plazo adicional de tres años para poner en aplicación las disposiciones de la Directiva 2000/78 relativas a la discriminación por edad y discapacidad; y el 5 de octubre de 2005 para dar cumplimiento a la Directiva 2002/73 – exige abrir la reflexión y el debate sobre la importancia de esa operación de cumplimiento del Derecho comunitario y de desarrollo de nuestra Constitución en el ámbito de la lucha contra las discriminaciones como consecuencia de que el Derecho se sirve aquí de conceptos de gran complejidad, cuyo desconocimiento o falta de transparencia coadyuva a rebajar su eficacia e incrementar los problemas aplicativos. El plano de la creación del Derecho es decisivo a fin de introducir los cambios necesarios para modificar la realidad. Las conductas discriminatorias se estimulan por la duda – la “incertidumbre objetiva” de que habla el Tribunal de Justicia – sobre la existencia y alcance de las disposiciones legales. Establecidas con precisión y claridad, indispensables para su conocimiento, estas disposiciones han de habilitar también los mecanismos que garanticen su aplicación, además de facilitar su conocimiento a través de las prácticas de divulgación, públicas y privadas, que expresan las Directivas.

La regulación de esta materia está llena de dificultades en la medida que maneja conceptos indeterminados y técnicas jurídicas sofisticadas, que actúan sobre realidades dispares y exigen gran esfuerzo para su conocimiento. Un rápido repaso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cuya influencia en la nueva regulación del Tratado y de las Directivas antidiscriminatorias es evidente obliga a tener en cuenta al menos las consideraciones siguientes: las formas de discriminación, directas y abiertas – causadas por el tratamiento diferente en situación comparable en función del sexo – e

indirectas y encubiertas, aunque también son posibles las discriminaciones directas encubiertas¹⁰⁵ y las indirectas abiertas;¹⁰⁶ la justificación de desigualdades y tratamientos diferentes en función de factores sin conexión con el sexo, imposible en las discriminaciones directas en la medida en que se vinculan al sexo o a un criterio indisolublemente unido a éste,¹⁰⁷ y posible en las indirectas; los requisitos de esa justificación, no idénticos, aunque próximos, cuando dicha justificación corresponde al Estado como autor de la norma (criterios objetivos y fines legítimos de política social dentro del “margen de apreciación razonable” de que disponen los Estados, adecuados y necesarios para alcanzarlos: Sentencias de 13 de julio de 1989 *Rinner-Kühn*; 7 de mayo de 1991, *Comisión c. Bélgica*; y 19 noviembre de 1992, *Molenbroek*; salvo las consideraciones meramente presupuestarias que constituyan un fin en sí mismas, que nunca pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos¹⁰⁸ o a los particulares,¹⁰⁹ en todo caso desvinculados o ajenos a toda discriminación por razón de sexo; la aplicación, “si fuera menester”, del principio de proporcionalidad;¹¹⁰ la necesidad de valorar los conceptos de igual trabajo y trabajo de igual valor e individualmente cada uno de los elementos que componen la retribución y caracterizan las condiciones de trabajo o ejercicio de una actividad profesional para apreciar el carácter diferente o comparable de la situación y la existencia de discriminación, siempre que tales elementos posean especificidad propia y afecten a un número significativo de personas;¹¹¹ la posible obtención de retribuciones diferentes en función de la productividad y de los resultados en calidad y cantidad de la capacidad de trabajo individual, no pudiendo esas diferencias, si la retribución se mide por unidad de tiempo, ser tomadas en consideración en el momento de la contratación, sino durante la ejecución del trabajo;¹¹² el juego del principio de igualdad de trato, si las condiciones de trabajo son fijadas por el empresario, únicamente entre los trabajadores de ese empresario,¹¹³ no en el caso de que esas condiciones, incluida la retribución, no estén fijadas por el empresario, pues nada hay en el art. 141.1 TCE que indique que “solo sea aplicable a situaciones en las cuales los hombres y las mujeres trabajen para el mismo empresario”, si bien el precepto no se aplica a las diferencias de retribución no imputables a un única causa;¹¹⁴ la irrelevancia de la intencionalidad en la producción de la discriminación y, en consecuencia, la innecesariedad de la prueba de culpa o de inexistencia de causas de exención de la responsabilidad;¹¹⁵ la prueba de las discriminaciones encubiertas e indirectas a través de

¹⁰⁵ Supuesto de la STC 145/1991, si bien la discriminación allí censurada se calificó de indirecta.

¹⁰⁶ Supuesto de la STJCE de 7 de febrero de 2000, *Schnorbus*, que afirma que “las disposiciones controvertidas revelan, por sí mismas, una discriminación indirecta” por razón de sexo”.

¹⁰⁷ Aunque en algún caso se admitan, considerando tal justificación la naturaleza objetiva del trabajo.

¹⁰⁸ Sentencias de 24 de febrero de 1994, *Roks*; y 6 de abril de 2000, *Jørgensen*; 23 de mayo de 2000, *Buchner*.

¹⁰⁹ Criterios objetivos para la satisfacción de necesidades empresariales reales, adecuados y necesarios a tal fin: Sentencia *Bilka*.

¹¹⁰ Sentencias *Enderby y Brunnhöfer*.

¹¹¹ Sentencias *Jørgensen y Brunnhöfer*.

¹¹² Sentencias de 31 de mayo de 1995, *Royal Copenhagen*, y *Brunnhöfer*.

¹¹³ Sentencia *Lommers*.

¹¹⁴ A la transmisión de la actividad empresarial en el caso de la Sentencia *Lawrence*.

¹¹⁵ Sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*.

la aportación de una apariencia de discriminación por quien la sufre y la inversión de la carga de la prueba a quien presuntamente la causa y la validez y pertinencia de la prueba estadística, siempre que los datos que aporte sean significativos, esto es, no solo expresivos de “fenómenos meramente fortuitos o coyunturales”;¹¹⁶ la corrección de unas y otras discriminaciones mediante la aplicación a quien resulta en desventaja como consecuencia de la discriminación de las disposiciones dirigidas al grupo en ventaja en defecto de una correcta transposición sin esperar a que la regulación legal cambie o a que la negociación colectiva elimine la discriminación,¹¹⁷ pero sin que el art. 141 TCE se oponga a medidas que reestablezcan la igualdad mediante la reducción de las ventajas de las personas privilegiadas;¹¹⁸ la necesidad de que las sanciones frente a las discriminaciones garanticen una protección real y eficaz en aras de la efectividad del principio de igualdad de trato, además de tener un efecto disuasorio real en el empleador y capacidad de restablecimiento de la igualdad cuando no haya sido respetada; la reparación íntegra del perjuicio sufrido por la discriminación, con la consiguiente adecuación entre la indemnización – si el Derecho nacional opta por un régimen de responsabilidad civil como modalidad de reparación – y el perjuicio sufrido y el cuestionamiento de la imposición de límites máximos a la indemnización en caso de que el Derecho interno no los contemple para otros asuntos de índole e importancia similares¹¹⁹ y el pago de intereses sobre las cantidades adeudadas;¹²⁰ el establecimiento de mecanismos procesales adecuados para salvaguardar el efecto directo de los principios de igualdad de retribución y de trato en favor de los particulares de acuerdo con los principios de efectividad de los derechos comunitarios y de equivalencia – o de no menor favor – con los previstos en el ordenamiento interno para reclamaciones de objeto, causa y elementos esenciales semejantes;¹²¹ el carácter restrictivo y temporal de las excepciones contempladas por las Directivas y la necesaria adaptación de las legislaciones internas al principio fundamental de igualdad de trato,¹²² si bien, por lo que hace a los regímenes profesionales de Seguridad Social, la Directiva 86/378, modificada por la Directiva 96/97, excluye que los Estados miembros puedan aplazar la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a la edad de jubilación y a las pensiones de los supervivientes a partir del 17 de mayo de 1990, fecha de la Sentencia *Barber*;¹²³ o, finalmente, la competencia de los Tribunales nacionales para apreciar los hechos, determinar el valor del trabajo, interpretar las legislaciones internas¹²⁴ y valorar o apreciar la existencia de esos criterios objetivos justi-

¹¹⁶ Sentencias *Enderby y Seymour-Smith y Pérez*.

¹¹⁷ Sentencia *Ruzius Wil-Grink*; Sentencia de 7 de febrero de 1991, *Nimz*.

¹¹⁸ Sentencia de 28 de septiembre de 1994, *Coloroll Pension Trustees Ltd*; también de 28 de septiembre de 1994, *Smith* y otras.

¹¹⁹ Sentencias *von Colson y Kammann*; de 21 de septiembre de 1989, *Comisión c. Grecia*; y de 22 de abril de 1997, *Draehmpael*.

¹²⁰ Sentencia de 22 de abril de 1997, *Sutton*.

¹²¹ Sentencias de 16 de septiembre de 1976, *Reue*; 1 de diciembre de 1998, *Levez*; 16 de mayo de 2000, *Preston*.

¹²² A propósito de edades de jubilación diferentes según el sexo, Sentencias de 23 de mayo de 2000, *Heppele y Buchner*.

¹²³ Sentencia de 25 de mayo de 2000, *Podesta*.

¹²⁴ Encontrando “un justo equilibrio en el Derecho del Trabajo entre los diversos intereses” en presencia: Sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Kachelmann*.

ficativos del tratamiento diferente y ajenos a cualquier discriminación fundada en el sexo, sin perjuicio de la del Tribunal de Justicia, “llamado a facilitar respuestas útiles al Juez Nacional”, para proporcionar indicaciones basadas en los autos del procedimiento principal y alegaciones presentadas a fin de que el Juez nacional dicte resolución.¹²⁵

La complejidad técnica y las insuficiencias legales y conceptuales o dogmáticas incrementan los obstáculos y actúan de freno ante las innovaciones y la eliminación efectiva de las discriminaciones. Así sucede señaladamente con el polémico tema de las acciones afirmativas o positivas que irrumpen en este sensible ámbito con mayor violencia y dificultad de comprensión que lo han hecho en el ámbito genérico de los derechos fundamentales cuando esa intervención pública positiva se ha dirigido al fin de facilitar su ejercicio efectivo. Nadie discute, en efecto, la intervención del poder legislativo para asegurar los derechos de libertad, menos aún de los llamados derechos sociales y económicos en cuanto derechos prestacionales, pero sí para garantizar los de igualdad que, sin embargo, son la base y condicionante principal del ejercicio de cualesquiera otros derechos. La falta de consenso, difícil de obtener ante intereses abiertamente divergentes que cuestionan algunas “certezas ideológicas de la sociedad”,¹²⁶ resiente y hace espinosa la construcción teórica y la regulación legal de medidas cuyo objetivo manifiesto es lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho de la vida social. Se admite que las acciones positivas se destinan a mejorar la capacidad de la mujer de intervenir en el mercado de trabajo y el desarrollo de su carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. Su fuerza correctora, no obstante, resulta menoscabada por la consideración habitual de que su realización rompe el principio de igualdad formal a partir de la anticipación histórica y la supremacía o “prioridad axiológica” atribuida a este concepto¹²⁷ y de su extendido entendimiento como “mera necesidad jurídica de hacer abstracción del sexo”¹²⁸ del que resulta la contraposición entre la igualdad formal y la sustancial. Y, sin embargo, la realización del principio de igualdad formal no es posible de no existir una igualdad real, que, se integra, en consecuencia, en aquél.¹²⁹ La corrección de las desigualdades de hecho es un contenido indispensable de la igualdad formal, además de un elemento imprescindible de cualquier política antidiscriminatoria.

Nuestra Constitución, al igual que la Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹³⁰ y otros textos constitucionales, parece haberlo entendido así y, aunque se trata de preceptos de diferente contenido pues sólo el art. 14 atribuye derechos subjetivos, ordena la promoción de la igualdad real¹³¹ para hacer efectivo el derecho a la igualdad for-

¹²⁵ Sentencia *Freers y Speckmann*.

¹²⁶ GAROFALO.

¹²⁷ BALLESTRERO.

¹²⁸ GAROFALO.

¹²⁹ Su carácter complementario en el plano comunitario ya había sido destacado por el Abogado general SAGGIO en sus conclusiones en el caso *Badeck*.

¹³⁰ Art. 4.1.

¹³¹ Art. 9.2.

mal.¹³² En la Convención, las medidas desiguales para favorecer la igualdad real “cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y de trato”, pues si se prescinde de esas medidas desiguales en nombre del principio de igualdad formal no se hará sino reproducir las discriminaciones heredadas. Nuestra jurisprudencia constitucional también lo ha señalado. En lugar de considerar las acciones positivas como excepción al principio de igualdad, la STC 128/1987, sin llamarlas aún por su nombre, se acercó notablemente a la integración de las acciones positivas – lógicamente con ayuda de los arts. 9.2 y 1.1 CE – en el art. 14 CE: las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de las mujeres, grupo en situación de clara desigualdad social, medidas que, en consecuencia, se orientan a paliar la discriminación sufrida, no vulneran el principio de igualdad, “pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas”,¹³³ tratamiento diferente exigido por el propio principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE.

A ello se añaden las dificultades de determinar los elementos relevantes para decidir cuándo la situación de las mujeres es diferente – ¿sólo por su condición biológica? – o comparable a la de los hombres para dar entrada a la medida desigual y la subsiguiente de delimitar los diferentes tipos de “Derecho diferente”.

No caben dudas sobre la necesidad de claridad y seguridad jurídica del Derecho antidiscriminatorio que, para ser tal, no puede limitarse a enunciar mandatos abstractos, sino actuar en el momento aplicativo. La certeza legal y la reducción del estado de incertidumbre, sobre las que ha venido insistiendo reiteradamente el Tribunal de Justicia, son imprescindibles frente a la constatación del fortalecimiento de las desigualdades entre los sexos como consecuencia, entre otros fenómenos unidos a la llamada globalización económica, de las políticas de flexibilidad en el empleo y la agravación de las desigualdades sociales en el ejercicio de los derechos.¹³⁴ A esa agravación contribuyen con intensidad notoria las causas de discriminación a que atienden las Directivas 2000/43 y 2000/78 que se entrecruzan entre sí y con la discriminación por razón de sexo, agravándose mutuamente. Los textos comunitarios no dejan de llamar la atención sobre la incidencia de los “contratos de trabajo atípicos” y de las nuevas formas de organización del trabajo en la producción de discriminaciones indirectas en contra de las mujeres y acerca de la necesaria “consideración sistemática” en la lucha frente a otras discriminaciones del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, que con frecuencia es víctima de “discriminaciones múltiples”. La complejidad y el casuismo de los supuestos problemáticos sólo podrán solventarse con mandatos legales claros, fuente de derechos y obligaciones, aunque su aplicación deje inmodificada, en más ocasiones de las que debiera, una realidad que tenazmente sigue provocando discriminaciones y no influya resueltamente en su eliminación. Pero la pasividad, la falta de celo o el desacierto del legislador, soporte esencial del principio de igualdad “ante la ley” o “en la ley”, impedirá siquiera encauzar la satisfacción de ese derecho, especial-

¹³² Art. 14.

¹³³ FJ 7.

¹³⁴ SPYROPOULOS.

mente en sus contenidos positivos obligados por la igualdad sustancial cuya consecución no es posible a través de la tarea correctora de la jurisprudencia.

A partir de aquí se abren distintas opciones sobre la operación de transposición: un instrumento legal general que preste un tratamiento razonablemente homogéneo a cualesquiera discriminaciones y aporte la necesaria visión unitaria, o por el contrario, leyes específicas según la causa o grupos de causas de la discriminación. Podría entenderse que la necesidad de coherencia aboga por la primera modalidad; esa coherencia, sin embargo, no se ve impedida por regulaciones separadas que, compartiendo el enunciado de reglas sustantivas y procesales básicas, contemple las especificidades de los diferentes tipos o clases de discriminación y las combata adecuadamente, permitiendo otorgar a cada instrumento normativo la necesaria identificación y “visibilidad” en el ordenamiento jurídico y facilitar su conocimiento. La creación legal debe incorporar los valores de manifestar y ordenar el Derecho creado, proporcionando la contextura, organización y sistematización precisas de los diversos preceptos, extrayendo las regulaciones y principios, si ya existen, del lugar oscuro en que se hallen – caso de las disposiciones sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres – para producir regulaciones integradas y coherentes; sólo así esa función creadora contribuye a una racional organización del ordenamiento y a su efectividad y eficacia.

En cualquier caso, el concurso del legislador es imprescindible para recoger la definición precisa y acabada de los conceptos comunitarios, de la que carecemos, y trazar sus perfiles básicos de forma que se enuncien derechos y obligaciones completos y operativos, judicialmente exigibles de no ser satisfechos voluntariamente. Las dificultades no desaparecerán por ello, como es obvio y se comprueba con el simple manejo de cualquier estadística, interna, europea o internacional, sobre, por ejemplo, el diferente nivel de las retribuciones masculinas y femeninas consecuencia de la persistente infravaloración de los trabajos femeninos o feminizados y de su peor retribución, que se acentúan con la combinación de otras circunstancias personales o sociales como el origen racial o étnico. Pero los señalados son mínimos imprescindibles para construir un ordenamiento antidiscriminatorio dotándolo de la efectividad requerida por nuestra Constitución y por el Derecho comunitario más allá del plano de la proclamación de los principios.

O TRABALHO DA MULHER: REVISÃO DE CONCEITOS

Alice Monteiro de Barros

Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG

Juíza Togado do TRT da 3ª Região

Professora Adjunta IV de Direito do Trabalho da UFMG

I. Introdução

No domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis. O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se à mulher no ciclo gravídico-*puerperal* (Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT) e, de outro, impõe restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, em que se inclui o trabalho noturno nas indústrias (Convenções n. 4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas extras e com pesos. O segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho (Convenções n. 100 e 111 da OIT). Contraditoriamente, esse novo perfil coexiste com as normas de tutela à mulher, embora haja uma tendência a reduzir o seu rigor, como se infere do Protocolo n. 90 da OIT e da Convenção Internacional n. 171, de 1990, do mesmo organismo, que limita a proibição do trabalho noturno das mulheres àquelas que estiverem no ciclo gravídico-*puerperal*.

2. Primeiras leis sobre o trabalho da mulher no Brasil

No Brasil, o Decreto n. 21.417-A, de 1932, regulamentou o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, assegurando-lhe, no art. 7º, um descanso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, independentemente de trabalhar em estabelecimento público ou particular. Esses períodos poderiam ser aumentados de até duas semanas cada um, em casos excepcionais, comprovados por atestados médicos. Durante o afastamento, era assegurado um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, pagos pelas caixas criadas pelo Instituto de Seguridade Social e, na falta destas, pelo empregador (arts. 9º e 14). O retorno ao trabalho nas funções que ocupava estava também garantido à empregada. Comprovado por atestado médico que o trabalho a ser executado lhe era prejudicial, o art. 8º facultava à mulher grávida romper o compromisso resultante de qualquer contrato. A gestante, com a necessária antecedência, *deveria notificar o empregador*, à época do início do afastamento, sob pena de perder o auxílio mencionado e, caso o empregador impugnasse a notificação, deveria a empregada comprovar a gestação mediante atestado médico.

O Decreto n. 21.417-A, de 1932, assegurava, ainda, à empregada, na hipótese de aborto não-criminoso, descanso remunerado de duas semanas, na forma estabeleci-

da anteriormente. Para aleitamento, ficavam reservados dois intervalos diários de meia hora cada um, nos primeiros seis meses da criança, prevendo-se local apropriado para tal fim, nos estabelecimentos em que trabalhassem pelo menos trinta mulheres com mais de dezesseis anos de idade. Finalmente, o art. 13 desse Decreto¹ dispunha não ser permitido aos empregadores despedir mulher grávida pelo simples fato da gravidez e sem outro motivo que justificasse a dispensa.

É notória a influência desse Decreto no texto do Capítulo III da CLT, mormente no que se refere aos arts. 391, 392, §§ 1º e 2º, 393, 394, 395 e 396. Atualmente, a proteção do trabalho da mulher é disciplinada nesse capítulo, o qual não se estende às oficinas em que sirvam, exclusivamente, pessoas da família da mulher e estejam sob a direção do esposo, pai, mãe, tutor ou filho (art. 372, parágrafo único, da CLT). Nossa legislação, influenciada pelas normas internacionais, possuiu, durante mais de meio século, um caráter altamente tutelar em relação às mulheres em geral, estabelecendo restrições que hoje não mais se justificam na sociedade contemporânea, como passaremos a demonstrar.

3. Restrições ao trabalho das mulheres

3.1. Trabalho noturno

Embora os textos constitucionais não contivessem restrições ao trabalho noturno das mulheres, no Brasil, o *Decreto n. 21.417-A, de 1932*, influenciado pelas normas internacionais, hoje menos rigorosas, vedava-lhes o trabalho nos estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, das 22h às 5h, exceção feita a empregadas em estabelecimentos em que só trabalhassem pessoas de sua família (art. 372); a mulheres cujo trabalho fosse indispensável para evitar interrupção do funcionamento normal do estabelecimento; ao trabalho decorrente de força maior que não apresentasse caráter de periodicidade, ou, ainda, aos casos em que o trabalho noturno fosse necessário para evitar perdas de matérias-primas ou substâncias perecíveis. Estavam também excluídas da esfera normativa desse diploma legal: as mulheres que pertencessem ao serviço de hospitais, clínicas, sanatórios, manicômios e estivessem diretamente incumbidas de tratamento de enfermos; as maiores de dezoito anos empregadas em serviços de telefonia e radiofonia, e aquelas que, não participando de trabalho normal e contínuo, ocupassem posto de direção responsável.

A redação inicial do art. 379 da CLT continha, como regra, a proibição do trabalho noturno das mulheres, e as permissões constituíam exceção. O art. 379 da CLT sofreu várias alterações. Com a *Lei n. 7.189, de 4 de junho de 1984*, ao contrário das redações anteriores, a regra passou a ser a permissão do trabalho noturno para a mulher maior de dezoito anos, exceção feita apenas ao emprego em empresas ou atividades industriais. Ainda assim, a restrição não se aplicava à mulher ocupante de posto de direção ou qualificação técnica com acentuada responsabilidade, ou que tra-

¹ BRASIL. *Colleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1932*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933. v. 2, p. 289-290.

balhasse em serviços de higiene e bem-estar nessas atividades, desde que não executasse tarefas manuais, habitualmente (art. 379, § 1º, I e II, da CLT). Outra exceção referia-se às indústrias de bens perecíveis ou materiais suscetíveis de perda, durante o período de safra e quando ocorresse necessidade imperiosa de serviço (§§ 2º e 3º do art. 379 consolidado).

Por fim, em 24 de outubro de 1989, a Lei n. 7.855 revogou, expressamente, os arts. 379 e 380 da CLT, não mais persistindo restrição ao trabalho noturno da mulher, o que representou um avanço considerável na legislação sobre a matéria, pois a proibição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer respaldo científico. A rigor, do ponto de vista fisiológico, o trabalho noturno é prejudicial tanto à mulher como ao homem e, por isso mesmo, recomenda-se o afastamento do empregado, em geral, desse turno.²

3.2. Trabalho em condições insalubres, perigosas e penosas (nas minerações, em subsolo, pedreiras e obras de construção pública ou particular)

Desde a *Constituição de 1934* até o texto constitucional de 1967, inclusive, proibiu-se o trabalho da mulher em indústrias insalubres.

O artigo 387 da CLT, influenciado pelo Decreto n. 21.417-A, de 1932, proibia o trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular, nos serviços perigosos e insalubres constantes do quadro aprovado para esse fim.

Saliente-se que a Constituição de 1988 não estabeleceu restrição ao trabalho insalubre das mulheres, como procederam as Constituições anteriores a partir de 1934. E, ao consagrar a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, no item I do art. 5º, a Constituição vigente vedou, ainda, diferença de salário, de exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX), bem como tornou incompatível com o seu texto a legislação ordinária que restringia o trabalho das mulheres nessa condição e nos setores relacionados no parágrafo anterior, o que levou o legislador a revogar, expressamente, por meio da Lei n. 7.855, de outubro de 1989, o citado art. 387.

Os riscos reprodutivos ocupacionais devem ser eliminados, reduzidos ou distribuídos dentro de um sistema racional de trabalho, de acordo com as particularidades de cada sexo. Ademais, são poucas as profissões, se realmente existem, nas quais o trabalho insalubre, ou o perigoso, é mais prejudicial às mulheres do que aos homens, se uns e outros agirem com a prudência necessária,³ exceção feita, evidentemente, à mulher no ciclo gravídico-puerperal.

3.3. Trabalho em horas extras e com peso

No que concerne à igualdade de funções, de critério de admissão e de salário, assegurada no art. 7º, inciso XXX, da *Constituição* vigente, cumpre ressaltar que a revoga-

² BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 111-116.

³ SÉGURET, Marie-Claire. ¿Mejorarán algún día las condiciones de trabajo de las mujeres? *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 102, n. 3, p. 416.

ção das leis tutelares que excluía a mulher do trabalho noturno, em condições insalubres, perigosas e penosas (nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras da construção pública ou particular), poderá favorecê-la no mercado de trabalho, ampliando-lhe as oportunidades de emprego e profissão. É que, se não bastassem os preconceitos sociais, a mulher enfrentava também obstáculos legais.

Nem todos os obstáculos, entretanto, foram removidos pela Lei n. 7.855, de outubro de 1989, persistindo a proibição do trabalho extraordinário, salvo força maior (art. 376 da CLT) e em serviços que demandam emprego de força muscular superior a vinte quilos para trabalho contínuo ou 25 quilos para o trabalho ocasional, não se compreendendo, nessa restrição, a remoção de material feita por instrumentos mecânicos (art. 390 e parágrafo único da CLT).

Acontece que o disposto no art. 376 acabou sendo revogado expressamente, mais de dez anos após a *Constituição de 1988* pela Lei n. 10.244, de 27 de junho de 2001, pois estava completamente distante do que ocorre na vida cotidiana e já não atendia à realidade social, considerando que, em geral, no Brasil, “a falsa proteção é posta de lado na prática e as mulheres trabalham costumeiramente em horário prorrogado”.⁴

O principal fundamento utilizado para justificar a limitação da jornada de trabalho da mulher era de ordem familiar.

Afirmava-se que “convém ao Estado que a mulher mãe disponha de tempo suficiente para cuidar de seus filhos, encaminhe os seus primeiros passos na vida, assistindo-lhes com o seu desvelo, com o seu carinho e com o seu exemplo, protegendo-os, amparando-os, orientando a sua educação[...] É inegável, pois, que a organização do trabalho feminino deve ser feita de molde a não roubar à mulher o tempo imprescindível ao cuidado de seus rebentos”.⁵ O autor baseava-se na doutrina espanhola segundo a qual “uma boa mãe durante os anos de fecundidade, que são os centrais de sua vida, não poderá ser nem deverá ser outra coisa, senão mãe”.⁶

Vertente doutrinária bem mais recente (1974) do que a anterior também justificava a limitação à jornada de trabalho da mulher com base em razões de ordem familiar e doméstica.

Vejamos: “Um dos pontos mais importantes, sem a menor dúvida, entre as necessidades de proteção ao trabalho feminino, é o relativo à duração do trabalho, pois a mulher trabalhadora, ao deixar a loja ou oficina, encontra, ainda, no seu lar, *tarefas a realizar e que são próprias do seu sexo*: a arrumação da casa, o conserto do vestuário, o preparo da alimentação, o cuidado dos filhos” (grifou-se).⁷

Esses posicionamentos refletiam uma estrutura cultural arraigada de estereótipos sexistas, que atribuíam à mulher apenas o “papel” secular de mãe e dona de casa, fortalecendo o mito da fragilidade feminina e o preconceito do homem, no tocante às

⁴ LEITE, Júlio César Prado. Proteção ao trabalho da mulher: revisão de conceitos. *Revista LTI*, São Paulo, v. 39, p. 32, jan. 1975.

⁵ RAMOS, Carlos de Oliveira. *Da proteção legal ao trabalho das mulheres e dos menores*: da proteção à maternidade no direito operário. Fortaleza: Imprensa Oficial, 1937. p. 67.

⁶ MARANÓN, G. Tres ensayos sobre la vida sexual, p. 123, apud RAMOS, *Da proteção*. . . cit., p. 67, nota 36.

⁷ VIANNA, J. Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. p. 852.

atividades familiares e domésticas. Frise-se, o sexo não poderá constituir critério para atribuições de encargos à mulher e ao homem na família, no trabalho e na sociedade; do contrário, a igualdade almejada jamais será atingida.

Considerando que é um dever do estudioso do direito contribuir para o desenvolvimento de uma normativa que esteja em harmonia com a realidade social, há muito já sugeríamos⁸ a revogação expressa do art. 376 da CLT, por traduzir um obstáculo legal que impedia o acesso igualitário da mulher no mercado de trabalho.

O dispositivo consolidado em exame, hoje revogado, poderia restringir o campo de trabalho da mulher e a mobilidade de mão-de-obra, acarretando menor possibilidade de ganho àquela. E exatamente considerando que a regra, em princípio voltada para a proteção da mulher, lhe era prejudicial, foi que as mulheres americanas conseguiram abolir, em 1973, em quase todos os estados americanos, as leis de cunho tutelar, sobretudo as que dispunham a respeito de número máximo de horas de trabalho. Essas leis, que de início tinham caráter protetor, passaram a ser restritivas, pois não seguiram o ritmo das modificações registradas nas condições de trabalho, como consequência da evolução tecnológica. Ademais, essas leis especiais nada mais refletiam do que a atitude da sociedade a respeito da divisão do trabalho segundo o sexo, típica da primeira metade do século XX.

Em consequência da revogação expressa do art. 376 da CLT, pela Lei n. 10.244, de junho de 2001, está também revogado, tacitamente, o art. 384 da CLT, que prevê descanso especial para a mulher, na hipótese de prorrogação de jornada. Ambos os dispositivos conflitavam, sem dúvida, com o art. 5º, I, e o art. 7º, XXX, da *Constituição da República*.

No que diz respeito aos serviços que demandam emprego de força muscular, desde 1932 já se vedava, no país, o emprego de mulheres na remoção de peso superior ao estabelecido nos regulamentos elaborados pela autoridade pública (art. 4º do Decreto n. 21.417-A). A partir de 1943, a restrição foi inserida no art. 390 da CLT com a seguinte redação: “Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte quilos), para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco quilos) para o trabalho ocasional”.

“Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos” (parágrafo único do art. 390 da CLT).

O referido art. 390 e seu parágrafo único mantiveram-se, mesmo após a Lei n. 7.855, de 1989, que derogou várias normas proibitivas do trabalho das mulheres, e a Lei n. 10.244, de 2001, que revogou o art. 376 da CLT.

É sabido que, em diversos países, as mulheres trabalham com pesos, como ocorre na Índia, com as “peoas de alvanel”, que carregam pesados materiais de construção, nos países africanos e até no Brasil, sobretudo no campo, transportando água, lenha e cereais.

⁸ BARROS, *A mulher...*, cit.

Entretanto, estudos realizados no campo da fisiologia revelam que o sistema muscular da mulher é menos desenvolvido do que o do homem. Aos vinte anos, a sua força muscular corresponde, em média, a 65% da força masculina e, aos 55 anos, decresce para 54%.⁹

Ademais, abortamentos espontâneos e partos prematuros têm sido associados ao trabalho contínuo com levantamento de cargas pesadas.¹⁰

Nos EUA, embora inexista limite ao trabalho da mulher em serviços que demandam emprego de força muscular, a “Associação Médica Americana publicou orientações para a realização de várias tarefas durante a gestação[...]. De acordo com essas orientações, justifica-se a adoção de limites para uma gestante com relação ao levantamento repetitivo de cargas e abaixamento repetitivo do corpo (na 20ª semana de gestação)”.¹¹

Portanto, o ideal seria abolir a restrição do art. 390 da CLT e submeter a apreciação de cada caso às condições pessoais da empregada, ao tempo consumido na atividade, às condições do serviço, mas sempre atentos para o disposto no art. 483, *a*, da CLT.

As convenções coletivas poderiam, em maior harmonia com a realidade fática, individualizar os trabalhos considerados pesados, dos quais estariam excluídos certos trabalhadores, dadas as suas características particulares, à semelhança do que ocorre com a Lei italiana n. 903, de 1977 (art. 1º, § 4º).

Por outro lado, a desvantagem da fisiologia muscular feminina também não constitui obstáculo que não possa ser removido por uma organização de trabalho eficiente e pela utilização dos modernos recursos da técnica, capazes de alterar a natureza das atividades que exigem força física.

É inegável que, durante grande parte do século passado, a legislação proibitiva, que vedava o acesso da mulher ao trabalho em locais insalubres, perigosos, noturno, em regime de horas extras, em minas de subsolo, na construção civil e em pedreiras, perseguiu objetivos desejáveis, mas, na atualidade, acabou por se tornar discriminatória, pois, além de reforçar a divisão sexista de atividades, reduziu as perspectivas de emprego das mulheres, retirando-lhes a possibilidade de ganharem a mesma remuneração conferida aos homens. A remoção desses obstáculos, ou seja, a revogação da legislação tutelar, acompanhada de uma política administrativa capaz de eliminar ou reduzir riscos reprodutivos ocupacionais ou riscos ocupacionais, poderá contribuir para uma igualdade formal da mulher, tornando mais flexível a utilização da mão-de-obra feminina, mas não cremos que possa obter efeitos imediatos de igualdade substancial.

A experiência tem demonstrado que o tratamento desigual atribuído às mulheres não é apenas uma decorrência de legislação proibitiva ou de preconceito, mas do fato de que sua contratação, em geral, aumenta os custos para o empregador, os

⁹ BIRYUKOVA, A. P. Legislación protectora e igualdad de oportunidades para las trabajadoras en la URSS. *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, v. 99, n. 1, p. 69-70, ene./mar. 1980.

¹⁰ MCDIARMID, Melissa A.; AGNEW, Jaqueline. *Efeitos do trabalho sobre a reprodução*. Tradução Joyce Lenora Douglas. Rio de Janeiro: Ateneu. *passim*.

¹¹ Conditions of work digest: women workers: protection or equality? *International Labour Office*, Geneva, v. 6, n. 2, p. 123, 1987.

quais estão mais relacionados com a maternidade e com o cuidado com os filhos. Entretanto, as tradições culturais que presidem os comportamentos podem reforçar a discriminação. A partir do momento em que os comportamentos alteram-se, tanto na vida familiar como na vida social, modifica-se também a posição da mulher no emprego ou na profissão.

4. Proteção à maternidade

4.1. Influência das normas internacionais da OIT sobre a legislação brasileira

A legislação sobre proteção à maternidade, no Brasil, sofreu influência significativa das Convenções da OIT de n. 03, de 1919, e de n. 103, de 1952, que reviu a anterior.¹² Esta última, por sua vez, foi revista pela de n. 183, de 1999, a qual amplia a esfera normativa estendendo a proteção à maternidade às mulheres que trabalham na economia informal e cuida da proteção à saúde da gestante, fixando em quatorze semanas a duração da licença da empregada, com a possibilidade de sua prorrogação na hipótese de enfermidade ou complicações resultantes do parto. Quanto à garantia de emprego e ao custeio das prestações, manteve as disposições contidas na convenção anterior.

Como é sabido, a duração da licença-maternidade, no Brasil, por força do *art. 7º, inciso XVIII, da Constituição da República de 1988*, passou a ser de 120 dias, superior, portanto, àquela prevista na Convenção n. 183. Caso nosso país a ratifique, esse fato não implicará revogação da legislação brasileira, considerando que a ratificação de uma convenção ou adoção de uma recomendação internacional não poderá afetar dispositivo de lei, sentença, costume ou acordo vigente do Estado-Membro que seja mais favorável ao destinatário da norma.¹³ Inteligência do princípio da proteção, consubstanciado na regra mais favorável e inserido no *art. 19 da Constituição da OIT*.

4.2. Destinatárias da tutela legal

As medidas de tutela à maternidade previstas nos arts. 391 a 401 da CLT estendem-se às *empregadas*, inclusive domésticas, a que aludem os arts. 3º e 6º desse diploma legal.

No que tange à empregada rural, cuja relação jurídica é disciplinada pela Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973, cumpre salientar que o Decreto n. 73.626, de 12 de fevereiro de 1984, que a regulamentou, determinou, em seu art. 4º, fossem aplicadas às relações de trabalho rural, entre outros, os arts. 391 a 401 da CLT, ou seja, os dispositivos legais que se referem à proteção à maternidade.

¹² Cf., a propósito, capítulo próprio de nossa tese de doutorado intitulada *A mulher e o direito do trabalho* (São Paulo: LTr, 1995. *passim*).

¹³ SÜSSEKIND, Arnaldo. As convenções da OIT sobre proteção à maternidade e a legislação brasileira. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, p. 9, jul. 2000.

Ocorre que o TST, em sua composição plena, manifestou-se contrariamente ao argumento de que não havia previsão legal permitindo a concessão do salário-maternidade à empregada rural.¹⁴ Realmente, o instituto jurídico em questão não foi assegurado na Lei n. 5.889, de 1973, mas apenas no decreto que a regulamentou, invadindo-se a reserva legal.

Com a *Constituição da República de 1988*, o art. 7º arrolou, entre os direitos das trabalhadoras *urbanas e rurais*, a licença à gestante, com duração de 120 dias. E, em 24 julho de 1991, a Lei n. 8.213 incluiu o salário-maternidade entre as espécies de prestação previdenciária do rurícola (art. 18, I, f, e art. 71). Portanto, apenas a partir dessa data o TST passou a considerar devido o salário-maternidade à empregada rural.¹⁵

Seguindo sua característica expansionista, de ampliação crescente, o direito do trabalho brasileiro, de forma ainda tímida, contemplou o *empregado doméstico*, definido no art. 7º da Lei n. 5.859, de 1972, com o direito a férias anuais remuneradas de vinte dias úteis, após doze meses de serviços prestados à mesma pessoa ou família, e assinatura da CTPS para fins previdenciários, deixando de aplicar-lhe as demais disposições consolidadas, entre as quais as relativas à proteção à maternidade. E, embora arrolada como segurada obrigatória, sujeita à contribuição mensal compulsória, na mesma proporção dos empregados regidos pelo art. 3º da CLT, a empregada doméstica era excluída, injustamente, do direito ao salário-maternidade (art. 103, § 4º, do Decreto n. 83.080, de 1979 – Regulamento dos Benefícios da Previdência Social).

Com o advento da *Constituição de 1988*, art. 7º, *parágrafo único*, estendeu-se à *empregada doméstica* o salário-maternidade.

Estabelecida a fonte de custeio em julho de 1989, com a Lei n. 7.787, torna-se devida a prestação, como encargo da Previdência Social.

A licença deverá ser concedida 28 dias antes e 92 dias após o parto, e o pagamento será efetuado diretamente pela Previdência Social à empregada doméstica, em valor correspondente ao seu último salário de contribuição (art. 101 do Decreto n. 3.048, de 1999, com a nova redação dada em novembro de 1999).

A Constituição vigente estendeu, ainda, o salário-maternidade à *trabalhadora avulsa* (art. 7º, XXXIV). E, posteriormente, a *segurada especial* foi contemplada com a prestação (Lei n. 8.861, de 25 de março de 1994), no valor de um salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos doze meses imediatamente anteriores ao início do benefício (art. 39 da Lei n. 8.213, com a nova redação dada pela Lei n. 8.861). No final de 1999, a trabalhadora

¹⁴ “O salário-maternidade somente é devido às empregadas urbanas, não alcançando as rurais, porque, com relação a estas, não há previsão em lei ordinária que permita a aplicação do art. 165, XVI, combinado com o art. 43, X, ambos da Constituição Federal” (TST Pleno, Proc. AG.E.RR n. 7.128/84, rel. min. Marco Aurélio, DJ 110/86. TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 5, p. 727).

¹⁵ “Licença gestante de 120 dias. Lei n. 8.213/91. Em sendo o pedido anterior ao advento da Lei n. 8.213/91, que regulamentou a licença gestante de 120 dias, prevista no novo ordenamento constitucional, inviável se mostra o deferimento da parcela. Revista conhecida e provida” (TST, RR n. 28.591/91.7, Ac. 3ª T., n. 5.160/92, rel. min. Roberto Della Manna, julgado em 14 de dezembro de 1992). Obs.: Embora a ementa não faça alusão à empregada rural, consta do relatório e do mérito deste voto tratar-se de rurícola.

autônoma (contribuinte individual e facultativa) foi também contemplada com a referida licença, cuja remuneração consistirá em 1/12 da soma dos doze últimos salários de contribuição, apurados em período não superior a quinze meses (art. 101, III, do Decreto n. 3.048, de maio de 1999, com a nova redação dada em novembro de 1999).

Continua à margem do benefício a estagiária.

4.2.1. Mãe adotiva e a Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002

Negava-se o salário-maternidade à *mãe adotiva* por falta de previsão legal.¹⁶ É que, no Brasil, tanto a Carta de 1988 como a legislação ordinária atribuíam tratamento especial à empregada gestante, assim considerada aquela que desenvolve o embrião em seu útero até o nascimento; logo, pouco importa que a gravidez ocorra pelos métodos modernos de inseminação artificial.

Sempre afirmamos¹⁷ que deveria o legislador superar a concepção meramente biológica da maternidade e estender parte da licença pós-parto aos pais adotivos, concedendo-lhes o afastamento a partir do ingresso da criança no lar adotivo e desde que ela se encontrasse em idade que requeresse cuidados especiais, inclusive alusivos à adaptação. Muitas, aliás, são as legislações estrangeiras que estendem sua esfera normativa aos pais adotivos, entre elas o Código do Trabalho da França (art. 122-26), a Lei n. 3, de 1989, da Espanha, e a Lei n. 903, de 1977, da Itália.

Finalmente, a Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002 (DOU, 16 abr. 2002), acrescentou o art. 392-A à CLT e estendeu a licença-maternidade à empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial de criança. Se esta tiver até um ano de idade, o período da licença será de 120 dias (§ 1º do art. 392-A); se a criança tiver de um ano até quatro anos de idade, o período da licença será de 60 dias; e se a criança tiver de quatro anos até oito anos de idade, o período da licença será de 30 dias.

¹⁶ O Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão proferida no RE n. 197.807-4-RS, 1ª T., cujo relator foi o min. Octavio Gallotti, assim decidiu: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença instituída em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º da CF, ficando sujeito ao legislador ordinário o tratamento da matéria” (DJU, 18 ago. 2000), *Revista Síntese*, p. 113, nov. 2000. A jurisprudência predominante no TST também nega a licença-maternidade à mãe adotante pelas seguintes razões: “Mãe adotante – licença-maternidade. Art. 7º, XVIII da Constituição Federal de 1988. Não extensão. 1. As circunstâncias que envolvem a mãe adotiva não têm similitude com as da mãe biológica. Em razão do *texto constitucional* que confere a licença-maternidade de 120 dias apenas à gestante (inc. XVIII do art. 7º), obrigar o empregador a conceder tal benefício importa em violação ao art. 5º, II, da CF/88. 2. Embargos conhecidos, porém desprovidos” (TST, SBD11-E.RR n. 159.112/95.5, rel. min. Levi Ceregado, DJ, 26 nov. 1999) *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília: Consulex, dez. 1999.

Havia jurisprudência em sentido contrário, como se infere da seguinte ementa:

“Salário-maternidade. Mãe adotiva. Inobstante a legislação trabalhista seja omissa acerca do direito à licença-maternidade da mãe adotante, negar tal direito a esta, contudo, importaria discriminação ao próprio filho adotivo, contrariando-se, assim, a Carta Magna, que, ao instituir a licença-maternidade, visou resguardar o interesse social em que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físico e psicológico. Ao Estado, enquanto comunidade, interessa a formação de um ser humano hígido, saudável. E nisso é insubstituível o papel da mãe, especialmente nos primeiros meses, seja filho natural, ou não. Recurso de Revista a que se dá provimento” (TST, RR n. 233891/95.6, 1ª T., rel. min. Lourenço Prado. DJ de 26 set. 1997, p. 47.777, ADCOAS, PP&T, Jurisprudência n. 43, semana de 15 a 19.12.1997, ano 7).

¹⁷ BARROS, *A mulher...*, cit.

A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

A mesma lei alterou o art. 71 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, passando a vigorar com o seguinte dispositivo: “Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1 (um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade”.

Tendo-se em vista que as empregadas rurais, domésticas, trabalhadoras avulsas e autônomas situam-se como seguradas da Previdência Social, a licença-maternidade instituída em favor da mãe adotiva é extensiva a elas também.

No caso das seguradas da Previdência Social adotantes, a alíquota para custeio das despesas decorrentes da Lei n. 10.421 será a mesma que custeia as seguradas gestantes, disposta no inciso I do art. 22 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991 (art. 4º). As obrigações geradas pela Lei n. 10.421, de 2002, não se aplicam a fatos anteriores à sua publicação.

A Lei n. 10.421, de abril de 2002, equiparou ao parto o ingresso da criança adotada no lar, fixando os limites de idade com referência às exigências físicas e afetivas do adotado. O legislador inspirou-se mais nas relações domésticas (a mãe também se ocupa da criança adotada) e não na preocupação a respeito da repartição dos papéis familiares, pois se fosse essa a sua intenção, teria estendido também ao pai adotivo a licença obrigatória, que corresponde ao período pós-parto, como, acertadamente, já procedem as legislações dos países escandinavos, da França, da Espanha, de Portugal, da Colômbia, da Venezuela e do Chile, para citar alguns exemplos. O legislador brasileiro poderia ter avançado mais, estendendo a licença também ao pai adotivo.

4.3. Duração da licença-maternidade

A *Constituição da República de 1988* ampliou a licença-maternidade para 120 dias, dos quais 28 dias devem ser concedidos antes do parto e 92 dias após o mesmo (art. 71 da Lei n. 8.213, de 1991). Vale observar que o *texto constitucional* não repetiu a expressão “antes e depois do parto”, como o fizeram as Cartas anteriores. A omissão acabou por permitir que a legislação ordinária fosse mais flexível no que tange à distribuição da licença, mormente antes do parto. Sucede que, não obstante a omissão, a Carta Magna menciona “licença à gestante” (art. 7º, XVIII), pressupondo a necessidade da licença antes do parto, pois a empregada só será gestante antes de dar a luz.

Esses períodos de afastamento, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de mais duas semanas cada um, mediante atestado médico fornecido pelo Sistema Único de Saúde e em circunstâncias excepcionais (art. 392, § 2º, da CLT, art. 93, § 3º, e art. 96 do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999).

O início do afastamento da gestante verificar-se-á sempre mediante exibição de atestado médico ao empregador, expedido pelo SUS e, quando o parto ocorrer sem acompanhamento médico, o atestado será fornecido pela Perícia Médica do INSS (art. 95 e parágrafo único do Decreto n. 3.048, de 1999).

À luz da nova redação dada ao art. 392, § 1º, da CLT, a empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e a ocorrência deste (art. 1º da Lei n. 10.421, de 2002).

O conteúdo do art. 392, § 1º, da CLT foi flexibilizado, pois o início do afastamento agora poderá ocorrer dentro dos 28 dias anteriores ao parto e não necessariamente 28 dias antes dele. O preceito contém, atualmente, mais uma faculdade do que uma imposição, pois há inúmeras funções que permitem à mulher desfrutar do descanso em data mais próxima ao parto.¹⁸

4.4. Natureza das normas

As normas de proteção à maternidade são imperativas, insuscetíveis de disponibilidade,¹⁹ logo, não se poderá, nem mesmo com assentimento da empregada gestante, exigir-lhe trabalho durante a licença, sob pena de arcar o empregador com o pagamento do salário relativo à prestação de serviços e sujeitar-se à penalidade administrativa a que alude o art. 401 da CLT, independentemente do salário-maternidade que será devido à empregada, nos termos do art. 393 da CLT.

4.5. Parto antecipado

Mesmo na hipótese de *parto antecipado*, à empregada é assegurada a licença remunerada, nos termos do § 3º do art. 392 da CLT, introduzido pelo Decreto-Lei n. 229, de 23 de fevereiro de 1967, que veio complementar esse dispositivo consolidado e sanar a deficiência do direito positivo, cuja redação era confusa, ensejando entendimento contrário tanto dos doutrinadores como dos tribunais.²⁰

Hoje, a CLT se encontra em consonância com norma internacional que garante à gestante a licença-maternidade, sem distinção entre parto normal ou prematuro, exatamente porque uma criança prematura exige cuidados especiais por maior período. No mesmo sentido é o art. 93, § 4º, do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ “Estabilidade provisória da mulher gestante. Impossibilidade de renúncia ou transação. Não pode o sindicato profissional e o patronal pactuarem cláusula prevendo a possibilidade de renúncia ou transação de direito constitucionalmente assegurado à mulher gestante. Recurso provido” (TST-RO-DC n. 347234/97.1, Ac. SDC n. 1650/97, rel. min. Moacyr Roberto Tesch Auersvald. *Revista Gênesis*, n. 64, p. 569, abr. 1998).

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à legislação complementar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 2, p. 411: “A hipótese inversa é a do parto prematuro. Se ocorrer em meio ao primeiro período de repouso, ou mesmo antes de iniciado o licenciamento (este tem início na data prevista pelo atestado médico), nenhuma responsabilidade poderá ser atribuída ao empregador, que não estará obrigado, por isso mesmo, a conceder à empregada licença superior a seis meses após a ‘delivrance’, nem a pagar-lhe em dobro os salários dos dias em que já poderia estar licenciada”. No mesmo sentido: BARRETO, Amaro. *Tutela especial do trabalho*. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1967. v. 2, p. 529; TST, 1ª T., Proc. RR n. 4.734/66, rel. min. Arnaldo Süssekind, proferido em 5.12.1966; e BOMFIM, B. Calheiros; SANTOS, Silvério dos. *Dicionário de decisões trabalhistas*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1968. p. 179.

4.6. Estado civil da mulher e nascimento sem vida da criança

Cumpra salientar que o direito à licença-maternidade *independe do estado civil da mulher* (art. 2º da Convenção n. 103, ratificada pelo Brasil), tampouco está condicionado *ao nascimento com vida do filho*. Anteriormente à ratificação da referida convenção pelo Brasil, havia os que admitiam o retorno da empregada ao trabalho antes do término da licença, caso o filho nascesse sem vida e desde que a saúde da mulher não o impedisse. Nesse caso, a empregada estaria onerada com a prova da necessidade de repouso após o parto; do contrário, seria facultado ao empregador exigir-lhe o retorno ao trabalho antes do término da licença-maternidade.²¹

Atualmente, o afastamento após o parto é obrigatório. É que a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que, como é sabido, ocasiona à mulher transtornos físicos naturais e até psíquicos. Aliás, o próprio diploma internacional citado, isto é, a Convenção n. 103 da OIT (revista pela de n. 183), ratificada pelo Brasil em 1966, previu no art. 3º, 6, para a hipótese de doença decorrente do parto, uma prorrogação dessa licença, mas nunca substituição da licença-maternidade pela licença por doença, ainda que decorrente do parto.

O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Aliás, inúmeros doutrinadores, igualmente juízes e ex-ministros do TST,²² que abordam o tema especificamente, defendem o descanso, independentemente de a

²¹ BARRETO, *Tutela especial...*, cit., p. 531: “[...] afigura-se-nos que o empregador pode exigir que a empregada mãe de filho nascido morto volte ao serviço logo que sua saúde o permita, antes de findo o prazo de seis semanas, mediante exame médico. O mencionado prazo é fixado tendo-se em vista a necessidade de permanecer a mãe ao lado do recém-nascido, para lhe prestar os cuidados maternos indispensáveis nos primeiros dias de vida. Mas, natimorto, nem sempre a saúde da mulher exigirá esse prazo longo para o retorno ao serviço. Cumpre-lhe apresentar atestado médico ao tempo necessário para repouso depois do parto; não o fazendo, o empregador poderá exigir que a empregada se submeta a exame médico adequado”.

²² MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979, p. 148: “A licença, após o parto, não está condicionada ao nascimento com vida do filho”. Da mesma opinião é ALMEIDA, Isis de. *Curso de legislação do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981, p. 389: “A concessão da ‘licença’ não fica condicionada ao nascimento com vida do filho”. No mesmo sentido: RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 354: “Não se exige que a criança tenha nascido com vida para que a mulher tenha direito ao repouso”. Em consonância com a doutrina há muito manifestou-se o TST, sustentando que “não é a circunstância de nascimento sem vida capaz de acarretar o pagamento pela metade do auxílio devido, posto que a lei não estabelece tal restrição à percepção do auxílio que lhe é devido na sua integridade” (TST, Proc. n. 1.218/57, 2ª T., rel. min. Edgard Sanchez, DJ de 31 jan. 1958). NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1976, p. 588. Nesse sentido nos pronunciamos como redatora do acórdão referente ao RO n. 12.332/93, 2ª T., TRT 3ª Região, 28.9.1993. Mais recentemente, já no ano de 2001, esta mesma Turma decidiu de forma idêntica, como consta deste aresto: “GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA E NATIMORTO. A circunstância de filho da empregada grávida nascer morto, em parto prematuro, não exclui a garantia de emprego de que trata o art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT/CF-1988. Natimorto significa aquele que nasceu morto. Nasceu, há o parto, e deste são contados os cinco meses da garantia de emprego à gestante” (TRT 3ª R., 2ª T., RO n. 19959-00, rel. juiz Antônio Fernando Guimarães, DJMG de 31 jan. 2001, p. 23. *Revista TRT 3ª Região*, n. 63, p. 309, jan./jun. 2001).

criança nascer com vida, salvo a hipótese de aborto, dada a previsão legal específica. Se o legislador pretendesse reduzir a licença, nesta hipótese deveria tê-lo feito expressamente, como ocorre com o Código do Trabalho da Hungria, entre outras legislações.

4.7. Falecimento da gestante. Tendência na legislação estrangeira

Outra será a situação *se é a empregada que falece* no curso da licença-maternidade ou durante o parto. Nesse caso, haverá extinção do contrato de trabalho e cessa a obrigação do pagamento correspondente, pouco importando seja o encargo do órgão previdenciário ou do empregador.²³ O ideal seria que o restante da licença fosse concedido ao pai para cuidar da criança, como já procede a legislação espanhola, a jurisprudência italiana, a legislação da Colômbia e do Chile. Lembre-se que há jurisprudência do TST, da década de cinquenta, estendendo a referida licença ao cônjuge supérstite, em benefício da criança,²⁴ exatamente como procedeu a jurisprudência italiana.

4.8. Aborto

Por aborto, entenda-se “a interrupção da prenhez antes que o feto seja viável, isto é, antes que o feto possa viver fora do útero materno, o que ocorre dos sete meses da gestação em diante [...] A morte do feto é requisito indispensável [...] O aborto pode ser espontâneo ou provocado. O primeiro é conseqüência de estados patológicos da mãe ou do feto, impeditivos de prosseguimento da gestação. O provocado pode ser legal ou criminoso. Legal é o aborto provocado nos casos em que a lei o autoriza. Criminoso é o provocado fora dos casos legais”.²⁵

Se a gravidez for interrompida em virtude de aborto não-criminoso, evidenciado por atestado médico do SUS, à empregada será concedido um repouso remunerado de duas semanas (art. 395 da CLT), ficando a cargo da Previdência Social o pagamento correspondente, desde que mantida a relação de emprego (art. 95 do Decreto n. 3.048, de 1999). A licença se justifica por motivos de ordem fisiológica.

Vale observar que a legislação brasileira só assegura a licença em caso de aborto se este não for criminoso. Entretanto, verifica-se que o art. 131, II, do texto consolidado, em face da nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.921, de 25 de julho de 1994, ao considerar o aborto ausência legal computada para fins de férias, já deixa

²³ SÜSSEKIND, *Comentários...*, cit., p. 417, e BARRETO, *Tutela especial...*, cit., p. 532. No mesmo sentido é a jurisprudência: “Falecendo a empregada no dia do parto, não tem amparo legal a pretensão de seu marido de receber salário-gestante referente às oito semanas posteriores ao referido parto, desde que, com sua morte, operou-se a extinção do contrato de trabalho” (Ac. TRT, 6ª R., RO n. 635.81, rel. juiz Clóvis Valença Alves, proferido em 12.6.1981). BOMFIM; SANTOS, *Dicionário...*, cit., p. 573.

²⁴ “Em caso de falecimento da empregada após o parto, mas ainda no decurso do período durante o qual prevalece a proibição de atividade estabelecida no art. 392 da CLT, deve ser assegurado o pagamento do salário-maternidade até o final desse período, ao cônjuge supérstite em benefício do herdeiro recém-nascido” (TST, 2ª T., Proc. n. 6.210-51, rel. min. Edgard Sanchez, DJ de 24 dez. 1954).

²⁵ GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 5. ed. 1959. v. 2, p. 54.

de mencionar o fato de não ser ele criminoso, preocupando-se apenas e acertadamente com a saúde da empregada. Logo, a par dos problemas éticos que envolvem a questão, inexistente justificativa para se condicionar a licença a que alude o art. 395 ao aborto não-criminoso, mormente se considerarmos que 50% da mortalidade materna na América Latina é proveniente de aborto clandestino, e o Brasil possui aproximadamente a cifra de 5 mil mortes por ano de mulheres no ciclo gravídico puerperal.²⁶ Na hipótese de aborto, deverá a empregada comunicar o fato ao empregador ou ao juízo se já tiver ajuizado a ação, sob pena de incorrer na prática de omissão dolosa, induzindo o julgador a emitir pronunciamento não condizente com a verdade.²⁷

4.9. Amamentação. Tendência

Influenciado pelas normas internacionais e tendo como fundamento razões de eugenia social, o art. 396 da CLT concede à mulher o direito a dois descansos especiais de meia hora cada um para amamentar o próprio filho, até que ele complete seis meses de idade. A tutela tem em mira amparar a maternidade e assegurar o desenvolvimento físico das futuras gerações. A não-concessão do intervalo para aleitamento a que alude o dispositivo em exame, além de constituir infração administrativa, implica pagamento da pausa correspondente como hora extraordinária, adotando-se raciocínio análogo contido no disposto no art. 71 da CLT, que autoriza o pagamento de horas extras quando o intervalo para refeição for desrespeitado (Orientação Jurisprudencial n. 307 da SDI-1 do TST).²⁸ É sabido que o aleitamento materno é importante para a

²⁶ BRASIL. *Manual dos Comitês de Mortalidade Materna*. Brasília: Ministério da Saúde, 1994. p. 3. *Mujer y Trabajo*, numero extraordinário. Madrid, 1988. p. 34.

²⁷ “AÇÃO RESCISÓRIA. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ (DOLO PROCESSUAL EVIDENCIADO). *In casu*, impõe-se o acolhimento da demanda rescisória, no que tange à premissa de dolo por parte da empregada, consistente em omitir o fato da *interrupção da gravidez*, nos autos originários, visando auferir vantagem indevida. O aborto ocorreu antes do julgamento do recurso ordinário, portanto quando o pleito relativo ao reconhecimento da estabilidade provisória, decorrente do seu estado gravídico, ainda se encontrava *sub judice*. Assim, a conduta obreira de não comunicar o fato caracterizou omissão dolosa, perfeitamente enquadrável na hipótese tipificada no inciso III do artigo 485 do CPC, porquanto reduziu a capacidade de defesa da empregadora, na medida em que impediu que ela produzisse prova tendo em vista aquele fato; além disso, influenciou o convencimento do órgão julgador, induzindo-o a emitir pronunciamento não condizente com a verdade, já que confirmou a condenação da empresa ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade na forma em que foi deferida pela sentença, isto é, considerando todo o período após o parto, quando, na verdade, esse evento não se concretizou” (TST-RO-AR n. 357.754/97-5, SBDI2, rel. min. Ronaldo Leal, DJU de 4 ago. 2000. *Revista Síntese*, p. 72, out. 2000).

²⁸ Confira-se TRT 3ª Região, RO n. 5.075/91, 2ª T., rel. juíza Alice Monteiro de Barros, julgado em 28 de abril de 1992. No mesmo sentido: “HORAS EXTRAS – INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO. Configurada a não concessão do intervalo nos moldes do art. 396 da CLT, devida a hora extra diária, vez que, no intervalo destinado à amamentação dos filhos, a empregada fica desobrigada, por lei, de prestar serviços” (TRT 3ª R., 1ª T., RO n. 16590/00, rel. juíza Maria Auxiliadora Machado Lima, DJMG 17 nov. 2000, p. 12). “HORAS EXTRAS. INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO. Conforme preceitua o art. 396/CLT, os intervalos para amamentação devem ser considerados tempo à disposição do empregador, porque concedidos durante a jornada de trabalho. Caso não concedidos, devem ser remunerados como extra, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis” (TRT 3ª R., 2ª T., RO n. 0497/00, rel. juíza Nanci de Melo e Silva, DJMG de 21 jun. 2000, p. 18). Há decisões em sentido contrário, sustentando que a sanção é simplesmente administrativa (multa): “Intervalo para amamentação. Art. 396 e 401 da CLT. O intervalo para amamentação, de que trata o art. 396 da CLT,

saúde da criança e contribui, conseqüentemente, para o fortalecimento e salvaguarda das futuras gerações. Negar à empregada esse intervalo inviabiliza o fim da normativa em questão. Quando a saúde da criança o exigir, o período de seis meses poderá ser dilatado a critério de autoridade competente.

Propomos a extensão do intervalo previsto no art. 396 da CLT a um dos pais, quando se tratar de aleitamento artificial, como já ocorre na legislação espanhola, a fim de que se estreitem os elos afetivos também entre filhos e pai, tornando este último cada vez mais responsável pelos cuidados com aqueles.

Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, seus filhos no período de amamentação. Essa exigência poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário ou a cargo do Sesi, Sesc, ou de entidades sindicais (art. 389, §§ 1º e 2º da CLT). Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária (art. 400 da CLT).

4.10. Filhos gêmeos. Tendência na legislação estrangeira

Por outro lado, o nascimento de *filhos gêmeos* não altera o período da licença nem o valor da prestação correspondente à falta de distinção legal a respeito. O direito do trabalho brasileiro não distingue, como deveria, parto simples do múltiplo para fins de pagamento de salário-maternidade, o que já se verifica na legislação de outros países, como o Código do Trabalho da Hungria, de 1992, o Código do Trabalho da França (art. 122-26, § 2º), a Lei n. 3, de 1989, da Espanha, e o Código do Trabalho do Irã, de 1990, entre outros.

4.11. Mudança de função. Dispensa de horário para submeter-se a consultas médicas

Dispõe o art. 394 da CLT que à mulher grávida é facultado resilir o contrato de trabalho, mediante exibição de atestado médico, quando o serviço executado possa lhe acarretar prejuízos ou afetar a saúde do feto. Nesse caso, a ruptura do contrato é por motivo justo, ficando a empregada isenta de pagar o aviso prévio a que alude o art. 487 ou a indenização prevista no art. 480 e §§ da CLT. Ressalte-se, entretanto, que não lhe será devida nenhuma vantagem atinente ao seu estado de gestação.

Por força do art. 392, § 4º, item II da CLT, acrescentado pela citada Lei n. 9.799, de 1999, fica a empregada gestante dispensada do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares, sem prejuízo do salário e demais direitos.

quando não concedido, não gera direito a horas extras; gera apenas multa administrativa a ser aplicada pelo órgão do Ministério do Trabalho” (TRT 3ª R., 1ª T., RO n. 3186/94, rel. juiz Antônio Miranda de Mendonça, DJMG de 9 jun. 1994).

O art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho sofreu modificação com a Lei n. 10.421, de 2002, passando a vigorar com a seguinte redação:

“A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.

§ 4º (VETADO)

§ 5º (VETADO)”.

Em face da nova redação dada ao art. 392, chegamos a nos manifestar no sentido de que o parágrafo 4º da redação antiga teria sido suprimido pela Lei n. 10.421, de 2002.

Acontece que, examinando mais detidamente as razões do veto ao novo § 4º,²⁹ constatamos que, a rigor, o que se vetou foi a pretendida alteração ao § 4º e não este último, cuja manutenção deduz-se das razões do veto, em que se afirma que o dispositivo em vigor, com a redação dada pela Lei n. 9.799, de 26.5.1999, foi objeto de ampla negociação e contou com o apoio do governo, além de ser mais favorável à empregada gestante.

É certo, pois, que a intenção do legislador foi manter integralmente o § 4º da redação introduzida em 1999. Portanto, alterando ponto de vista exposto anteriormente,³⁰ o § 4º, itens I e II da redação antiga³¹ do art. 392 da CLT, foi mantido mesmo após a nova redação dada ao citado preceito legal em 2002.

Considerando as razões expostas no parágrafo anterior e revendo ponto de vista anterior, ressaltamos que a faculdade concedida à empregada gestante de mudar de função, sem prejuízo do salário, podendo retornar às atividades anteriores após a licença-maternidade (art. 392, § 4º, item I, da CLT), também foi mantida no texto consolidado com a Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002, embora o legislador não tivesse mencionado que o art. 392 passaria a vigorar, aproveitando-se o § 4º da antiga redação, integralmente.

²⁹ A modificação ao § 4º sugerida era a seguinte: “Fica autorizada, mediante atestado médico, a mudança provisória de função à empregada grávida ou em período de aleitamento”.

³⁰ *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 310.

³¹ “Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de quatro (4) semanas antes e oito (8) semanas depois do parto. [...] § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: I – transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; II – dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.”

4.12. Empregos concomitantes

Na hipótese de *empregos concomitantes*, a empregada fará jus à licença-maternidade e tratamento econômico correspondente relativos a cada emprego (art. 98 do Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, que regulamentou a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991).

4.13. Retribuição da licença-maternidade

A retribuição correspondente à licença compulsória da gestante, à sua prorrogação em circunstâncias excepcionais antes e após o parto, como também o afastamento na hipótese de aborto não criminoso, é denominada salário-maternidade nos termos do art. 71 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Ele é devido à segurada da Previdência Social, sendo pago diretamente pelo INSS (art. 93 do Decreto n. 3.048, de maio de 1999, com a nova redação dada em novembro do mesmo ano).

Tal pagamento é equivalente a uma remuneração mensal à segurada empregada e à trabalhadora avulsa (art. 72 da Lei n. 8.213, de 1991; art. 94 e 100 do Decreto n. 3.048, de 1999), no valor igual à sua remuneração integral. Em se tratando de empregada doméstica, o salário-maternidade será pago diretamente pela Previdência Social, no valor correspondente ao seu último salário de contribuição (art. 73 da Lei n. 8.213, de 1991). À segurada especial, o salário-maternidade corresponderá a um salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos dez meses anteriores ao benefício (art. 11 da Lei n. 8.213; Lei n. 8.861, de 25 de março de 1994, e art. 93, § 2º, do Decreto n. 3.048, de maio de 1999).

A concessão do salário-maternidade independe do tempo de serviço da empregada e de período de carência. Seu valor não está sujeito a um limite, como ocorre com outras prestações previdenciárias (art. 94 do Decreto n. 3.048, de 1999).

Durante o período de afastamento garante-se à gestante a remuneração integral (art. 94 do Decreto n. 3.048, de 1999) e, quando variável o salário, tira-se a média dos seis últimos meses de trabalho. E como o art. 393 da CLT ressalva-lhe todos os direitos e vantagens adquiridos na empresa, deve-se considerar para tais fins a remuneração auferida e não apenas o salário.

O fato de vários textos constitucionais garantirem à gestante o afastamento “sem prejuízo do salário” levou doutrinadores³² a considerar desnecessária a média dos últimos meses quando variável o salário, devendo ser sempre assegurado o salário da época do afastamento ou o maior salário auferido, caso a média fosse inferior a este último. Entendemos que a média dos últimos seis meses, prevista no art. 393 da CLT, não induz a tais conclusões, traduzindo apenas um critério de se estabelecer a retribuição deste período, sem qualquer violação ao *texto constitucional*.

³² MARANHÃO, *Direito...*, cit., p. 147: “Parece-nos, assim, que em face desse mandamento constitucional – ‘sem prejuízo do salário’ –, não há mais que falar em média dos últimos meses. A mulher grávida terá direito ao salário que perceber quando de sua entrada em licença, independentemente da remuneração dos dias de repouso compreendidos no respectivo período”.

Já o Decreto n. 75.207, de 1975, que regulamentou a Lei n. 6.136, de 1974, inovou a matéria, acrescentando em seu art. 2º, § 2º, que, “na hipótese de a segurada contar menos de nove meses de trabalho, o valor do salário-maternidade não excederá o do salário inicial das empregadas com atividade equivalente”. A restrição encontra obstáculo no princípio da irredutibilidade salarial previsto no *texto constitucional* (art. 7º, inciso XVIII) e no dispositivo consolidado já mencionado, estabelecendo limites ali não permitidos.³³

Sobre o salário-maternidade decorrente das licenças compulsórias, haverá contribuição previdenciária, nos moldes traçados pelo art. 3º da Lei n. 6.136, de 1974, e o art. 28, § 2º, da Lei n. 8.212, de julho de 1991, como também incidência de encargos sociais, entre eles o recolhimento de depósitos para o FGTS.

Os períodos de afastamento em virtude de parto e aborto não serão deduzidos do período aquisitivo de férias, por força do art. 131 da CLT, que os considera ausência legal.

Nos termos do art. 102 do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048, de 1999), o salário-maternidade não poderá ser acumulado com benefício por incapacidade. Como visto, o art. 7º, XVIII, da *Constituição da República de 1988* assegura à gestante a licença-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário durante 120 dias. A remuneração desta licença deverá ser custeada pela Previdência Social, desde que exista e esteja mantida a relação empregatícia (Lei n. 8.213, de 1991, e art. 97 do Decreto n. 3.048, de 1999).

O valor do salário-maternidade correspondente à licença da gestante consistirá numa renda mensal igual à sua remuneração integral, na forma da Lei n. 8.213, de 1991 (arts. 71 a 73). Posteriormente, o art. 71 foi alterado apenas para incluir na sua esfera normativa a segurada especial.

O salário-maternidade tem a natureza jurídica de um benefício previdenciário, como aliás se infere da legislação previdenciária desde 1974. Em 1998, o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20 estipulou que o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral da Previdência Social de que trata o *art. 201 da Constituição da República* seria fixado em R\$ 1.200,00, devendo ser atualizado para preservar seu valor real. Acontece que o *art. 7º, XVIII, da CF de 1988* assegura à empregada gestante a licença-maternidade sem prejuízo do salário, o qual, frise-se, deverá ser custeado pela Previdência Social. Na impossibilidade desta última custear a licença com o salário integral, em face do limite estabelecido, editou-se a Portaria n. 4.883, de 1998, no sentido de que o excedente do teto de R\$ 1.200,00 seria pago pelo empregador. Essa orientação deu ensejo à ADIn n. 1946-5-DF, na qual se impugnou o teor da Emenda n. 20 e a Portaria n. 4.883. O STF, em sua composição plena e por unanimidade, deferiu a liminar postulada naquela ação, esclarecendo que a Previdência Social deve arcar integralmente com o benefício da licença-maternidade prevista no *art. 7º, XVIII,*

³³ ALMEIDA, *Curso de legislação...*, cit., p. 167: “Essa restrição, contudo, não poderá prevalecer, tendo em vista a irredutibilidade de salários (inclusive, com adicionais, abonos, prêmios, etc., integrativos) prevista no precitado art. 393 da CLT”.

da *Constituição da República*. A decisão deixou clara a natureza previdenciária do salário-maternidade e reconheceu que transferir o encargo para o empregador, ainda que em parte, implica discriminação contra a mulher no mercado de trabalho, em afronta ao art. 5º, I, da *Constituição da República*, pois o empregador, onerado com esse encargo, irá, sem dúvida, restringir a contratação de mulheres na fase de procriação (cf. *Revista LTr* 63-5-582). Em consequência, o referido teto não se aplica ao benefício alusivo ao salário-maternidade.

4.14. Garantia de emprego à gestante. Destinatárias. Exclusão da empregada doméstica. Tendência

Acirrada discussão foi travada outrora acerca da garantia de emprego da gestante, deixando de ser relevante hoje, porque o art. 10, II, b, do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República* disciplinou a matéria, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A *Constituição da República* vigente ampliou os institutos jurídicos assegurados ao empregado doméstico, conferindo-lhe, além de outros, a licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, deferindo ao empregado do sexo masculino a licença-paternidade de cinco dias (art. 7º e parágrafo único da *Constituição* e art. 10, § 1º, do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*).

Discute-se a extensão da garantia de emprego assegurada no art. 10, II, b, do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* à empregada doméstica. Por várias vezes, manifestamo-nos³⁴ contrariamente à extensão. Isso porque o parágrafo único do art. 7º da *Carta*, que arrola os direitos sociais atribuídos à empregada doméstica, não a contemplou com a proteção contra a dispensa arbitrária. São, portanto, destinatárias da garantia em questão apenas as empregadas urbanas, rurais e trabalhadoras avulsas.

Andou bem a norma constitucional ao excluir a doméstica da referida garantia, pois é sabido que seu trabalho, na maioria das vezes, constitui, além de uma simples relação jurídica, uma “complexa relação humana”. Logo, como o serviço é prestado no âmbito residencial, o doméstico desfruta de uma íntima convivência com a família, e o elemento personalidade ressalta na simpatia, confiança, afinidade e afetividade entre o empregado e o empregador. Portanto, obrigar uma família a manter um emprego doméstico, a pretexto de uma estabilidade provisória, quando a confiança deixa de existir, afronta a natureza humana,³⁵ invadindo-lhe a privacidade. Nesse sentido também se tem manifestado a jurisprudência de outros tribunais.³⁶

³⁴ Acórdão TRT 3ª Região, 2ª T., RO n. 15.156/92, rel. juíza Alice Monteiro de Barros, julgado em 14 de setembro de 1993. No mesmo sentido: TRT 3ª Região, RO n. 6.691/90, 3ª T., rel. juiz Álfio Amaury dos Santos, *Revista do TRT da 3ª Região*, v. 22, n. 51, p. 300 e TRT 3ª Região, 1ª T., RO n. 16.890/91, rel. juiz Renato Moreira Figueiredo, *DJMG* de 23 out. 1992.

³⁵ SANTOS, Edilton Meireles de O. Doméstico e a estabilidade sindical provisória. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo: LTr, v. 26, n. 27, 1990. No mesmo sentido: SANTOS, Aloysio. *Manual de contrato de trabalho doméstico*. São Paulo: LTr, 1989, p. 35.

³⁶ “GESTANTE. ESTABILIDADE. EMPREGADA DOMÉSTICA. A estabilidade provisória preconizada no artigo 10, II, b, do ADCT, do Texto Magnó não contempla a empregada doméstica, em razão de não figurar no artigo 7º, parágrafo

E nem se diga que a Carta assegura a estabilidade, quando garante a licença-maternidade “sem prejuízo do emprego”, pois aquela não compreende apenas o período da licença. Ora, se assim o fosse, não haveria necessidade de se garantir o emprego no mencionado *art. 10, II, b, do ADCT*.

Lembre-se, ainda, que o direito estrangeiro, em geral, também não assegura a garantia em exame. E tanto é que, na Itália, não se proíbe à trabalhadora doméstica a dispensa durante o período de gestação até um ano após o nascimento da criança, como instituído pela Lei n. 860, de 1950, e a Lei n. 1.204, de 1971, em favor de outras trabalhadoras.³⁷ No Chile, a doméstica também não é contemplada com a garantia de emprego de um ano, assegurada a outras trabalhadoras. Impor a reintegração de uma empregada doméstica no emprego, como consequência de uma estabilidade provisória, implica violação à vida privada do empregador e atenta contra preceito constitucional.

Note-se que o empregado doméstico vem sendo gradualmente incluído no ordenamento jurídico do empregado definido no art. 3º da CLT, entretanto, as particularidades que revestem sua prestação de serviços reclamam um tratamento especial e não vemos como estender-lhe a garantia de emprego, a não ser que se convertam os seus efeitos na reparação pecuniária correspondente, o que está em desacordo como o objetivo do instituto em questão.

4.15. Dispensa injusta de empregada gestante antes do início da licença-maternidade

Outro aspecto que releva mencionar, dadas as inúmeras ocorrências práticas, diz respeito à dispensa injusta de empregada gestante, verificada antes do início da licença-maternidade.

É sabido que o pagamento do salário-maternidade, pela Previdência Social, só persiste quando em vigor o contrato de trabalho (art. 95 da Lei n. 8.213, de 1991). Logo, dispensada a empregada sem justa causa, deverá o empregador arcar com o pagamento do período correspondente à licença, mesmo que desconheça o estado de gestação da empregada.

A responsabilidade do empregador se funda em dados objetivos, caracterizados pela gravidez da empregada e pela dispensa sem justa causa, cessação total ou parcial da atividade empresarial e por falta cometida pelo empregador, ensejadora da

único – dos direitos estendidos a trabalhadores domésticos – a dita estabilidade. Recurso de revista parcialmente conhecido e não provido” (TST, RR n. 436259/1998, Ac. 1ª T., rel. min. João Oreste Dalazen. *DJ* de 8 fev. 2002). “RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA DOMÉSTICA GESTANTE. VEDAÇÃO DE DISPENSA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA. 1. A vedação de despedida prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT não contempla a empregada doméstica, porquanto a proteção não se inclui entre os direitos assegurados pelo artigo 7º, parágrafo único, da Constituição da República aos trabalhadores domésticos. 2. Embora a lei não resguarde a empregada doméstica gestante da despedida arbitrária ou sem justa causa, deve o empregador pagar, a título de indenização, o equivalente ao salário-maternidade, visto que, com a denúncia do contrato, obsta o gozo da licença a que a trabalhadora teria direito, consoante disposição contida no art. 7º, XVIII, da Constituição da República, combinada com o parágrafo único do mesmo dispositivo. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido” (TST, RR n. 426347/98 Ac. 5ª T., rel. juiz convocado Darcy Carlos Mahle, *DJ* de 11 out. 2002).

³⁷ GHIDINI, Mario. *Diritto del lavoro*. Padova: Cedam, 1981. p. 251.

rescisão indireta. Esse raciocínio tem por escopo afastar as dificuldades evidentes que a empregada enfrenta, na prática, em provar a malícia do empregador, pois não se pode ignorar que é exatamente na fase de cognição que se avulta a desigualdade do trabalhador.

Os adversários dessa corrente³⁸ consideram necessário o conhecimento, real ou presumido, do estado de gestação da empregada pelo empregador, quando da dispensa imotivada, para que se lhe possa atribuir malícia no ato resilitório e conseqüente responsabilidade pelo pagamento do período referente à licença obstada. O raciocínio se estriba no art. 9º da CLT e no art. 129 do novo Código Civil, o qual, por sua vez, considera realizada a condição quando seu implemento for maliciosamente obstado pela parte.

Sempre divergimos dessa orientação e sustentamos que a reparação proveniente da dispensa imotivada de empregada gestante se impõe, independentemente do conhecimento, pelo empregador, do estado de gravidez da trabalhadora. A responsabilidade patronal, no caso, parte de um dado objetivo, constituindo a gravidez um risco empresarial assumido pelo empregador ao firmar o contrato de trabalho com uma mulher. Em conseqüência, a responsabilidade do empregador prescinde de sua culpa, autorizando a reparação não só na dispensa injusta, como no encerramento total ou parcial das atividades empresariais³⁹ e ainda nas rescisões indiretas,⁴⁰ que, evidentemente, pressupõem culpa.

Com a vigência da Constituição de 1988, ressurge a discussão em torno da necessidade da ciência do empregador a respeito do estado da gestante, por ocasião da dispensa.

Dispõe o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Sustenta uma corrente doutrinária⁴¹ que a confirmação é um “ato formal a ser praticado; caberá à interessada a demonstração da gravidez, porém, só depois que o fizer será protegida. Diverge o critério agora adotado da concepção objetivista sufragada pelos Tribunais do Trabalho[...]”.

³⁸ ALMEIDA, *Curso de legislação...*, cit., p. 389.

³⁹ “Garantia de emprego à gestante. Fechamento de empresa. Art. 10, inciso II, letra *b*, do ADCT. A empregada gestante faz jus à estabilidade de emprego conferida pelo art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, ainda que a despedida tenha ocorrido em virtude do fechamento da empresa, por se tratar, no caso, de uma garantia visando a não privar a gestante da conservação de um emprego que é vital para o nascituro, já que o salário percebido será utilizado em favor da subsistência e nutrição deste[...]” (TST, RR n. 402630/97, 2ª T., rel. min. Vantuil Abdala, DJ de 5 out. 2001, p. 638).

⁴⁰ “O salário-maternidade é um direito misto, de ordem trabalhista e previdenciária, que é reconhecido pela lei à mãe, em razão do filho. Em vista disso, é devido mesmo na rescisão indireta, por iniciativa da gestante, mas por culpa do empregador” (TRT 3ª Região, RO n. 3.755/85, rel. juiz Luiz Carlos Avellar, DJMG, 66/86. TEIXEIRA FILHO, *Repertório...*, cit., p. 726).

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do trabalho na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 46. No mesmo sentido: TRT-SP n. 02900228020, Ac. 3ª T. n. 20.201/92, rel. Décio Sebastião Daidone, DOE de 24 nov. 1992. *Synthesis: Direito do Trabalho Material e Processual*, São Paulo, n. 17, p. 228, 1993. TRT 12ª Região, RO-V-1.476/90, Ac. 2ª T. n. 1.384/91, rel. juiz Helmut Anton Schaarschmidt, publicado em 9.5.1991. FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Julgados trabalhistas selecionados*. São Paulo: LTr, 1992. p. 284.

Continuamos nos filiando às correntes doutrinária e jurisprudencial segundo as quais a gravidez da empregada se vincula à teoria do risco objetivo, do risco social, porquanto o direito do trabalho não protege, simplesmente, o conhecimento da gravidez, nem sua divulgação, mas a gestação, na sua grandeza biológica.

O termo “confirmar” não altera o critério objetivista, sufragado pelos tribunais do trabalho, segundo o qual a “garantia de emprego” e a licença-maternidade independem da comunicação da gravidez ao empregador.

Ora, confirmar significa ratificar, tornar uma coisa certa,⁴² dar certeza, mostrar a verdade, demonstrar, comprovar,⁴³ enquanto comunicação pressupõe mensagem, informação que alguém presta a outrem. A primeira não exige a presença de outra pessoa, a segunda sim. Ou seja, pode-se confirmar um fato para si mesmo. Já a comunicação se faz para outrem. Com esse argumento, conclui-se que o termo confirmação, no dispositivo constitucional em exame, não tem sentido de aviso que deva ser feito pela empregada ao empregador. Marca apenas o início, em termos objetivos, da aquisição do direito ao emprego.⁴⁴

No mesmo sentido pronunciaram-se outros doutrinadores: “confirmar a gravidez, em nosso entender, significa a empregada tomar ciência de seu estado gravídico. Poderá alguém observar sibilamente que a ocorrência da despedida arbitrária antes dessa ‘confirmação’ não equivalerá a uma infração à norma protetora da maternidade. Semelhante raciocínio legal leva à frustração dos fins sociais da regra legal e, em razão disso, torna-se inaceitável”.⁴⁵

A jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal é no sentido de que nem mesmo por meio de norma coletiva pode-se alterar os termos da *Constituição* e condicionar o direito à estabilidade provisória à comunicação prévia ao empregador sobre a gravidez da empregada,⁴⁶ como entendeu o TST na Orientação Jurisprudencial n. 88 da SDI-1.⁴⁷

E mais, quando o legislador brasileiro pretendeu que se desse ciência ao empregador do estado da gestante, o fez expressamente, como consta do Decreto n. 21.417-A,

⁴² *Pequeno Dicionário Enciclopédico Koogan-Larousse*, p. 217.

⁴³ *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 451. O verbete em questão exemplifica na nota 4: O cardiologista *confirmou* o diagnóstico do clínico.

⁴⁴ MARTINS, Nei Frederico Cano. Garantias de emprego: questões controvertidas. *Suplemento Trabalhista*, São Paulo: LTr., 1990, v. 26, n. 56, p. 300.

⁴⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. *Constituição e direito do trabalho*. São Paulo: LTr. p. 92.

⁴⁶ Considerando que os acordos e convenções coletivas de trabalho não podem restringir direitos irrenunciáveis dos trabalhadores, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do TST que afastara o direito de empregada gestante à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT (“II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”), em razão da existência, na espécie, de cláusula de acordo coletivo que condicionara o mencionado direito à necessidade de prévia comunicação da gravidez ao empregador” (Acórdão STF 1ª T., RE n. 234.186-SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, 5.6.2001).

⁴⁷ “Gestante. Estabilidade Provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade”. Nota-se, entretanto, que o próprio TST, após decisão do Supremo Tribunal Federal, alterou seu entendimento, como se infere de decisão da SDC proferida no RODC n. 16.745/02, ajustando-se à posição do excelso pretório.

de 17 de maio de 1932, cujo art. 7º, § 1º, estatuiu: “À época das quatro semanas anteriores ao parto *será notificado, com a necessária antecedência, ao empregador, pela empregada, sob pena de perder esta o direito ao auxílio previsto no art. 9º*”, que era exatamente o correspondente ao salário-maternidade. Esse Decreto antecedeu-se aos termos da Recomendação da OIT n. 95, que sugere esta notificação, mas a legislação posterior e a atual Carta atribuíram tratamento diverso à temática, dispondo que a proibição de dispensa da gestante opera em conexão com o estado objetivo de gravidez e puerpério e não com a sua comunicação ao empregador, exceção feita apenas quando já se encontrar à época do afastamento.

4.15.1. Dispensa injusta e não conhecimento da gravidez pela própria empregada

Outra será a situação se à época da dispensa sequer a empregada sabia da sua gestação. Nesse caso, entendemos que não lhe assiste razão à estabilidade provisória, salvo norma coletiva mais favorável.⁴⁸

O art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao prever a garantia de emprego à gestante, fixou como termo inicial da aquisição desse direito a “confirmação da gravidez”. Segundo a norma constitucional, a gestante só fará jus à estabilidade provisória a partir da confirmação (ratificação) da gravidez, a qual deverá ocorrer no curso do contrato de trabalho.

Se à época em que o empregador a dispensou, ainda que sem justa causa, exercendo um direito potestativo, nem mesmo a empregada tinha ciência da gravidez, entendemos que o ato jurídico alusivo à rescisão se tornou perfeito e acabado, não se podendo atribuir responsabilidade ao empregador. É que a garantia de emprego em exame surge com a confirmação da gravidez, isto é, ratificação pela própria empregada, o que ainda não havia ocorrido quando ela foi dispensada.

4.16. Reintegração da empregada gestante. Tendência

A Constituição da República ampliou a garantia de emprego, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada, desde a confirmação da gravidez até

⁴⁸ “GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ APÓS A RUPTURA DO CONTRATO. Ao prever a garantia de emprego à gestante, a Constituição Federal fixou, como termo inicial da aquisição desse direito, a confirmação da gravidez (art. 10, II, *b*, ADCT). Segundo a norma constitucional, a gestante só faz jus à estabilidade provisória a partir da confirmação da gravidez, a qual deve ocorrer no curso do contrato de trabalho. Logo, se a gravidez da empregada somente foi confirmada três meses depois da dispensa, ela não seria detentora de estabilidade, sob o enfoque do texto constitucional. Ocorre que as normas constitucionais, como emerge do *caput* do art. 7º, atuam como um mínimo para os empregados, sendo facultado às partes estipularem melhores condições de trabalho. Dessa forma, se a estabilidade foi requerida com suporte em norma coletiva que protege o emprego da gestante contra a rescisão unilateral pelo empregador durante todo o período de gravidez, ou seja, desde o seu início sem qualquer restrição relativa à sua confirmação, a empregada cuja gravidez é confirmada três meses após a ruptura do contrato é detentora da estabilidade provisória, nos termos da decisão normativa” (TRT 3ª Região, RO n. 8586/02 (n. único 00637-2002-032-03-00-4 RO), Ac. 2ª T., rel. juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG de 28 ago. 2002).

cinco meses após o parto (*art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição*).

Considera-se dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, econômico ou financeiro, por força da aplicação analógica do art. 165 da CLT. Afora as hipóteses de dispensa, fundada nas razões mencionadas, o objetivo da Carta Magna é proteger o emprego contra a rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, impedindo que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução constitua causa de discriminação, com embaraços ao exercício de seu direito ao trabalho.

Portanto, o que se deve impor, caso dispensada a empregada, em princípio, é a reintegração no emprego, diante do fim perseguido pela normativa em questão. Se a decisão for proferida quando já não houver possibilidade de reintegrá-la serão devidos os salários e demais direitos correspondentes ao respectivo período (Orientação Jurisprudencial n. 116 da SDI-1 do TST).

Nessa direção é também o Enunciado n. 244 do TST, revisto em 2003, cujo teor é o seguinte: “A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”.

Para evitar que a reintegração em exame não se efetive, sugerimos seja inserida no art. 659 da CLT, à semelhança do que se verificou com o dirigente sindical, uma liminar de reintegração para esses casos de garantia de emprego, que põem em risco direitos relevantes das partes, como o direito ao emprego e à prestação laboral correspondente. Essa medida já está prevista na legislação da Nova Zelândia, especificamente para a empregada gestante.

Determinada a reintegração ao emprego, porque nula a despedida, eventual recusa da empregada configurará renúncia à estabilidade provisória, salvo se comprovada a incompatibilidade entre as partes ou outro motivo justificável.

4.16.1. Ajuizamento da ação após transcorrido total ou parcialmente o período da estabilidade provisória

Se a empregada deixa transcorrer, injustificadamente, todo o período relativo à estabilidade provisória e ingressa em juízo só posteriormente, inviabilizando a reintegração, não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes.⁴⁹ A

⁴⁹ No mesmo sentido: “ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS ESGOTADO O PERÍODO ESTABILITÁRIO. Ajuizamento da reclamatória trabalhista após quinze meses da extinção do contrato de trabalho, portanto, após o término do período da garantia insculpida no art. 10, II, b, do ADCT. O fato de ter a empregada deixado para postular o direito a que fazia jus apenas depois de findo o período estável, esvaziou o objetivo social da norma constitucional que é o de garantir à gestante de dispensa do emprego, assim como o exercício das prerrogativas inerentes à maternidade. Se a empregada realmente pretendesse retornar ao emprego e necessitasse para sua manutença e de seu filho, não prorrogaria o exercício de seu direito quando este não mais se justificava. Ultrapassado o período de estabilidade provisória, o pedido não pode ser de reintegração, e portanto, a resolução da obrigação em perdas e danos, também, não procede diante da inércia da detentora do direito, que na verdade, demonstrou a intenção de beneficiar-se de salário por período não trabalhado. Recurso de Revista não conhecido” (TST, RR n. 590.292/99, Ac. 3ª T., min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJU de 16 maio 2003, *Revista TST*, p. 404-405, jan./jun. 2003).

rigor, o que a empregada pretende, agindo dessa forma, não é o emprego, mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória. Comportamento dessa natureza vem sendo considerado, com acerto, exercício abusivo do direito de ação, porque desvinculado de sua finalidade.

Se a empregada ajuíza ação após transcorrido apenas parte da garantia provisória, nesse caso a melhor solução nos parece autorizar a reintegração e seus corolários a partir do ajuizamento da ação.⁵⁰

O ideal seria que se introduzisse, na nossa legislação, disposição semelhante à lei chilena (art. 201, § 1º, do Novo Código do Trabalho), a fim de que fosse assegurado à empregada gestante um prazo para reivindicar em juízo a nulidade da dispensa, evitando-se que a trabalhadora deixe escoar todo o período da garantia de emprego, inviabilizando a reintegração e incorrendo no exercício abusivo do direito de ação.

4.16.2. **Justa causa. Demissão**

A garantia de emprego conferida à empregada gestante não exige o ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave, procedimento previsto para o empregado portador de estabilidade decenária, nos termos do art. 494 da CLT. Configurada a justa causa (art. 482 da CLT), a empregada não fará jus à estabilidade no emprego e seus corolários, nem sequer à licença-maternidade, o mesmo se verificando na hipótese de sua saída espontânea.⁵¹

4.17. **Contratos determinados e empregada gestante**

No que tange aos *contratos determinados*, a jurisprudência entende que há incompatibilidade entre esses contratos e a estabilidade provisória e, mesmo na hipótese de resilição contratual pelo empregador, desautoriza-se a concessão do instituto jurídico em exame.⁵² A garantia de emprego não poderia ser levada ao extremo de assegu-

⁵⁰ “GESTANTE – DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA – DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO POR PARTE DO EMPREGADOR – DELONGA INJUSTIFICADA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – DIREITO APENAS AOS SALÁRIOS DO PERÍODO RESTANTE DA ESTABILIDADE. ABUSO DO DIREITO. Configura-se abuso do direito de ação, justificando o deferimento dos salários apenas a partir do seu ajuizamento, quando há delonga injustificada por parte da empregada no ajuizamento da ação, quando o empregador não tinha conhecimento do estado gravídico. Embargos conhecidos e providos para condenar o reclamado ao pagamento apenas dos salários do período restante da estabilidade, contados a partir da data em que o reclamado foi citado da ação” (TST, SBD11, E-RR-280247/96.0, rel. min. Vantuil Abdala, *DJ* de 6 out. 2000, p. 541. *Revista do Direito Trabalhista*, p. 53, nov. 2000).

⁵¹ “GESTANTE. PEDIDO DE DEMISSÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA – RENÚNCIA. O pedido de demissão da empregada gestante, ato de vontade livremente manifestado com o ânimo de pôr fim ao contrato de trabalho, implica naturalmente a renúncia à estabilidade provisória garantida pelo art. 10, II, b, dos ADCT, não podendo o empregador ser responsabilizado por fato a que não deu causa” (TRT 3ª R., RO n. 9256/02 (n. único 02345-2001-075-003-00-3), Ac. 1ª T., rel. juiz Marcus Moura, *DJMG* de 20 set. 2002).

⁵² “Não faz jus ao salário-maternidade e à estabilidade provisória a gestante que, admitida experimentalmente, teve seu contrato rescindido antes do prazo prefixado com o pagamento do respectivo salário” (TST, RR n. 8.702/85.9, rel. min. Mendes Cavaleiro, Ac. 3ª T. 3.617/86. apud CARRION, Valentin. *Nova jurisprudência em direito do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 191). No mesmo sentido, pronunciou-se a 2ª Turma do TST, RR n. 2.841/87, tendo como relator o min. José Ajuricaba (*DJU* de 4 mar. 1988).

rar à empregada considerada ineficiente ou sem habilitação durante a experiência uma prorrogação do contrato a termo, sobrepondo-se ao limite do contrato estabelecido de boa-fé. Ratifica nosso entendimento a Orientação Jurisprudencial n. 196 da SDI-1 do TST.

Rompido o contrato determinado, sem inserção do art. 481 da CLT, a empregada não fará jus ao salário-maternidade.⁵³ É que milita a favor do empregador, em princípio, por força da própria estrutura do aludido contrato, a certeza de seu término, conseqüência lógica do acordo de vontades pactuado entre as partes.

Outra será a situação se o contrato determinado contiver a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada (art. 481 da CLT), e esse direito for exercitado pelo empregador, sem justa causa. Nessa hipótese, o ajuste passará a reger-se pelas normas do contrato indeterminado e a empregada gestante fará jus ao salário-maternidade e à estabilidade provisória.

5. O combate à discriminação

O princípio da igualdade não se dirige somente ao legislador, impedindo que este faça leis arbitrárias, mas também atinge diretamente os particulares.⁵⁴ A isonomia, no direito moderno, além de ser um princípio informador de todo o sistema jurídico, assume ainda a condição de um autêntico direito subjetivo.

A *Constituição* de 1824 dispôs, em seu art. 178, XII, que a lei seria igual para todos, entretanto, preteriu a mulher na sucessão ao Império, caso estivesse no mesmo grau do homem (art. 117). Em seguida, a *Constituição* de 1891 assegurou o princípio da igualdade e aboliu as regalias de nobreza. A Carta de 1934 (art. 121) e a de 1946 proibiram diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. A *Constituição* de 1937 limitou-se ao princípio genérico segundo o qual todos são iguais perante a lei. Não tardou a surgir, em agosto de 1940, um Decreto-Lei permitindo que o empregador pagasse às mulheres salário inferior ao dos homens, autorizando uma redução de 10% em prejuízo daquelas (Decreto-Lei n. 2548). Já a *Constituição* de 1967 proibiu diferença de salário e de critério de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil, enquanto a *Carta de 1988 proibiu diferença de salário, de critério de admissão e de função pelos motivos relatados e também por idade* (art. 7º, XXX).

O combate à discriminação no trabalho humano está, portanto, inserido no princípio constitucional da isonomia.

⁵³ “Salário-maternidade. Contrato de Experiência. O artigo 10, inciso II, alínea b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não trouxe qualquer modificação quanto ao entendimento no sentido de ser indevido o salário-maternidade no contrato de experiência, uma vez que só o contrato por prazo indeterminado dá ensejo à despedida arbitrária ou sem justa causa, a que faz alusão o referido preceito, que incoorre com o contrato de experiência, que tem o seu termo final prefixado. Recurso de Revista não conhecido” (TST, RR n. 207219/95.2 (Ac. 1ª T. 07315/96), 4ª R., rel. min. Lourenço Prado, DJU de 28 fev. 1997, p. 4392. FERRARI; MARTINS, *Julgados...*, cit., p. 121).

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

A *Constituição de 1988*, em seu art. 5º, I, preceitua que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, e no art. 7º, XXX, proíbe “diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

A própria CLT, no art. 461, já assegurava igualdade de salário para trabalho de igual valor, independentemente de sexo, como medida antidiscriminatória. No que tange ao acesso ao emprego, a Lei n. 5.473, de julho de 1968, considera nulas as disposições e providências geradoras de discriminações, entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos à seleção tanto nas empresas privadas, como nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público.

Sucedem declarações enfáticas do princípio da igualdade, inseridas em textos legais, não são suficientes para que esse ideal penetre também na realidade, pois, se a discriminação é banida dos textos legais, ela persiste em vários segmentos sociais e toma novas feições.

5.1. Ações afirmativas

Ações afirmativas, como medidas *temporárias* destinadas a acelerar a igualdade de fato entre os sexos, devem ser promovidas para corrigir os desequilíbrios da contratação das mulheres e o seu acesso aos diferentes cargos, a fim de que se possa assegurar a igualdade de resultados, pois a lei, por si só, não torna a igualdade substancial.

Essas medidas encontram amparo no art. 4º da Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (ratificada pelo Brasil e aprovada em 2002, sem determinadas reservas feitas anteriormente) e *no art. 7º, inciso XX, da Constituição da República de 1988*, pressupondo persuasão e fórmulas de realização dos objetivos colimados. Poderão, inicialmente, convergir para a homogeneização da estrutura ocupacional, facilitando a inserção das mulheres em trabalhos tradicionalmente masculinos, por meio de incentivos aos empregadores que combatam a segregação. No mesmo diapasão é o *inciso XX do art. 7º da Constituição*, como também o parágrafo único do art. 373-A e o art. 390-E, ambos da CLT, acrescentados pela Lei n. 9.799, de 1999.

Essas ações devem, ainda, incentivar a formação científica e técnica da mulher, em caráter permanente, destinando-lhe vagas em cursos ou setores que lhe possibilitam ampliar e atualizar os conhecimentos necessários à ascensão aos cargos de nível superior, esclarecendo as mulheres acerca das possibilidades que essa formação lhes oferece no mercado de trabalho. É que a principal razão da escassez de mão-de-obra da mulher em cargos dessa área deve-se ao seu secular papel secundário no mercado de trabalho, que se expressa na falta de acumulação de “capital humano”.

Ações afirmativas podem ser desenvolvidas para facilitar também o acesso das mulheres aos cargos de chefia de seções, a começar pelos que são atualmente conferidos aos homens, embora o setor seja predominantemente feminino.

As medidas afirmativas são, portanto, uma conseqüência do fato de que condições singulares exigem tratamento diverso, do contrário serão geradas ou intensificadas novas diferenças sociais.

Cumprir frisar que a discriminação não é uma conseqüência apenas dos textos legais, mas principalmente dos condicionamentos culturais advindos de mitos e crenças enraizados na sociedade patriarcal em que vivemos, daí a necessidade de criticar e reformular conceitos, do contrário estaremos nos conformando com uma situação de clamorosa injustiça.

5.2. Discriminação contra a mulher casada ou trabalhadora grávida

Dispõe o art. 391 da CLT que “não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez”. O dispositivo em questão visa, igualmente, a evitar discriminação contra a mulher casada ou em estado de gestação. No mesmo sentido é o parágrafo único do dispositivo citado, quando preceitua que “não serão permitidos em regulamentos, convenções coletivas ou contratos individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez”. A proibição é reforçada nos itens I, II, III, IV e V do art. 373-A da CLT, introduzidos pela Lei n. 9.799, de 1999.

Não obstante os referidos preceitos, é comum o empregador investigar as circunstâncias pessoais, como estado civil ou gravidez da mulher, e levar a cabo discriminação na época de seleção de pessoal ou no curso da relação de emprego.

Ora, admitindo-se que o empregador investigue a gravidez da trabalhadora, por meio de testes ou exames, sobretudo na fase de seleção de pessoal, o princípio da não-discriminação restaria mutilado, pois o empregador, em face dos inconvenientes que a contratação de uma mulher grávida poderia acarretar, deixaria de admiti-la, sem que ela tivesse oportunidade de insurgir-se contra a medida com êxito, o que tornaria inútil o preceito constitucional que veda tratamento diferenciado na admissão, por motivo de sexo. Ademais, estar-se-ia permitindo, ainda, violação ao direito à intimidade, assegurado *no art. 5º, X, da Constituição vigente* ao cidadão brasileiro em geral. Comprovada a infringência ao direito à intimidade da empregada, é cabível indenização por dano moral.

5.3. Proteção à intimidade da trabalhadora

O direito à intimidade há muito vem sendo conceituado como “aquele que visa a resguardar as pessoas dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem”.⁵⁵ Pressupõe ingerência na esfera íntima da pessoa por meio de espionagem e divulgação de fatos íntimos obtidos ilicitamente. Seu fundamento é o direito à liberdade de fazer e não fazer. Classifica-se como direito da personalidade, consagrado em preceito constitucional (art. 5º, X), sendo oponível *erga omnes*.⁵⁶

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 3, p. 124.

⁵⁶ LÓPEZ, Carrascosa Valentín. Derecho a la intimidad e informática. *Informática y Derecho*, n. 84, p. 11, 1983.

Logo, mesmo que o direito do trabalho não faça menção expressa ao direito à intimidade do empregado, ele é oponível contra o empregador. Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado juridicamente ao empregador ou de deter este último o poder diretivo que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do trabalhador.

É sabido que a CLT data de 1943. Apesar das alterações sofridas, durante muitos anos demonstrou uma preocupação em tutelar a integridade física do empregado no local de trabalho, permanecendo em um plano secundário a esfera privada do trabalhador. Sob esse aspecto, não se identifica com a legislação de outros países, principalmente europeus, os quais demonstram essa preocupação, ainda que por meio de uma proposta dogmática, como ocorre com o Estatuto do Trabalhador da Espanha, ou de forma mais incisiva, como é o caso do Estatuto do Trabalhador da Itália – Lei n. 300, de 1970.⁵⁷

Atualmente, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, no seu art. 2º, considera crime as seguintes práticas: exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigação à esterilização genética, bem como promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados por meio de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). São sujeitos ativos desse crime a pessoa física do empregador, seu representante legal ou ainda o dirigente, direto ou por delegação de órgãos públicos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional. Ao infrator será cominada detenção de um a dois anos, além de multa administrativa correspondente a dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% na hipótese de reincidência, e proibição de obter empréstimo ou financiamento em instituições financeiras oficiais. Por outro lado, rompido o contrato de trabalho por esses atos discriminatórios, faculta-se à empregada optar entre a reintegração, com o pagamento das remunerações relativas ao período de afastamento, corrigidas monetariamente, ou a percepção em dobro dessas importâncias, acrescidas de juros e correção monetária. A referida lei não consagra estabilidade no emprego, não obstante respeitáveis pronunciamentos nesse sentido. Ela proíbe a dispensa da empregada apenas quando praticada com o intuito discriminatório, configurador do exercício abusivo do direito de despedir.⁵⁸

Algumas disposições contidas na referida lei foram transplantadas para a CLT, por meio da Lei n. 9.799, de 1999, como aliás se infere do art. 373-A, inciso IV, que proíbe o empregador de exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego. Ainda atenta para a questão da intimidade da trabalhadora, a mesma lei introduziu o item VI

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. *passim*.

⁵⁸ TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*. São Paulo: LTr, 1998. p. 401.

ao art. 373-A consolidado, proibindo o empregador ou seus prepostos de submeter as empregadas a revistas íntimas.⁵⁹ Como o fundamento da proibição reside na dignidade do ser humano em geral, melhor teria sido inserir o preceito na mesma seção que trata da higiene e segurança do trabalho, como procedem algumas legislações estrangeiras. Entretanto, com fulcro *no art. 5º, I, da CF de 1988*, que considera homens e mulheres iguais em direitos e deveres, aqueles poderão invocar, por analogia, o citado item VI do art. 373-A para se insurgirem também contra as revistas íntimas, pois se a razão jurídica da norma é a mesma, ou seja, proteger a dignidade da pessoa humana, igual deverá ser a solução. A consequência para o empregador que realizar revista íntima é o pagamento da compensação por dano moral, sem prejuízo da rescisão indireta (art. 483 da CLT).

6. Revisão sugerida ao Capítulo III do Título III da CLT, intitulado Da Proteção do Trabalho da Mulher

Se outrora o trabalho da mulher e o do menor possuíam conotações semelhantes que os levaram a ser disciplinados, conjuntamente ou no mesmo capítulo, *como regimes especiais*, hoje não mais se justifica essa regulamentação conjunta, pois o regime jurídico da mulher deverá ser o mesmo que o do homem, nos termos do art. 372 da CLT, *reduzindo-se a proteção ao essencial, ou seja, à gravidez e à maternidade*, sob pena de se restringir suas possibilidades de contratação.

Por outro lado, são desnecessários: os §§ 1º e 2º do art. 381 da CLT (trabalho noturno), porque previstos no art. 73, §§ 1º e 2º, e os itens I, II, III e IV do art. 389 da CLT (prover os estabelecimentos de medidas de higienização, instalação de bebedouros, vestiários e fornecimento de equipamentos de proteção individual) ou por já estarem disciplinados nos arts. 166, 175, 176, 177 e 178 do mesmo diploma legal ou porque estariam mais adequados no capítulo das medidas de higiene e segurança do trabalho, instituídas para ambos os sexos. Os descansos a que aludem os arts. 382 (intervalo entre duas jornadas), 383 (intervalo para refeição), 385 (descanso semanal) e 386 (escala de revezamento para trabalho aos domingos) também já constam dos arts. 66, 67, 68, 70 e 71 da CLT.

Saliente-se, ainda, que o art. 397 da CLT dispõe que o Sesi, Sesc e outras entidades públicas destinadas à assistência, à infância, manterão ou subvencionarão, de acordo com as suas possibilidades financeiras, escolas maternas e jardins de infância,

⁵⁹ “Dano moral. Caracterização. Para o deferimento da indenização por danos morais, é necessária a prática de ato ilícito que, por sua vez, atinja bens incorpóreos, tais como a auto-estima, a honra, a privacidade, a imagem, o nome, a dor, a emoção, a vergonha e outros. O conjunto probatório revela que a empregadora, no curso das investigações de furto, submeteu a reclamante a situação extremamente vexatória, obrigando-a a se despir diante de policiais femininas em busca do numerário desaparecido, sendo que nada foi encontrado. Mesmo tendo a empresa motivos para investigar as irregularidades denunciadas, o exercício desse direito pela empregadora não pode colidir com as garantias individuais asseguradas pela Lei Maior, no caso, a da inviolabilidade da intimidade (art. 5º, inc. X). Assim, demonstrada a existência de dano conexo com ato ilícito praticado pela empresa, impõe-se o deferimento do pedido de indenização por dano moral, nos termos do art. 159 do Código Civil” (TRT 12ª R., RO-V- 2100/00, Ac. n. 8312/00, 1ª T., rel. juiz Idemar Antônio Martini, DJSC de 8 set. 2000, *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS, 2000, p. 94).

distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas. A assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas foi atribuída ao empregador, por força do art. 7^º, XXV, da *Constituição vigente*, embora constituísse dever do Estado (art. 208, IV, da *Constituição de 1988*).

O serviço adicional relacionado com creches, como encargo exclusivo do empregador, implica aumento no custo da mão-de-obra feminina, dificultando o emprego de mulheres. Ademais, sua construção ou manutenção pelos órgãos previdenciários, como ocorria no passado, se torna impraticável, dada a dificuldade financeira que o sistema enfrenta.

No Brasil, a maior participação das mulheres na população economicamente ativa coincide com o período de fertilidade,⁶⁰ o que já é suficiente para o fomento de uma política de criação de berçários, creches e pré-escolas. Outrossim, o índice de mortalidade infantil, no Brasil, é muito alto, principalmente em decorrência de desnutrição. Logo, a necessidade de berçários, creches e pré-escolas impõe-se, não só para assegurar às mulheres uma participação mais equitativa no mercado de trabalho, mas também para atender às necessidades vitais básicas da criança, como alimentação, saúde e desenvolvimento intelectual.

7. Penalidades

Pela infração de qualquer dispositivo do capítulo relacionado com a proteção do trabalho da mulher, o empregador estará sujeito a multa, aplicada pela Delegacia Regional do Trabalho, a qual será cominada no grau máximo nos casos de artifício ou simulação para fraudar a aplicação desses dispositivos, e na hipótese de reincidência.

8. Conclusão

Concluindo esse estudo, queremos ressaltar que os problemas relacionados com o trabalho não são os únicos enfrentados pelas mulheres na luta contra a discriminação, pois eles advêm de fatores situados em campos interdisciplinares, como, por exemplo, condicionamentos culturais fundados em mitos e crenças, relações econômicas, condições de participação na vida política e social. E, se não bastasse, a integração da mulher na população econômica ativa tem exigido grande esforço de sua parte, não só na luta contra os preconceitos de uma sociedade patriarcal, mas também contra os seus próprios preconceitos e estereótipos, transmitidos durante toda uma existência.

Desejamos que um dia, superados todos esses preconceitos, homens e mulheres, unidos, possam viver em uma sociedade mais humana, mais justa, mais solidária e mais digna de ser compartilhada.

⁶⁰ BARROS, *A mulher...*, cit., p. 76. Esse estudo é uma revisão de conceitos sobre o trabalho da mulher.

O PRINCÍPIO DE NÃO-DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Arion Sayão Romita

Academia Nacional de Direito do Trabalho

I. Introdução

As expressões jurídicas da noção de igualdade, ao longo da história, cristalizaram-se em fórmulas de caráter universal, o que ocorreu em todos os sistemas jurídicos, inclusive no brasileiro. Tais fórmulas, na realidade, retratam diferentes acepções do direito fundamental de igualdade e, assim, cabe estabelecer distinções entre elas: não se confundem igualdade perante a lei, igualdade em direitos (ou igualdade na lei), igualdade de direito e igualdade jurídica.

A igualdade perante a lei se concretiza no princípio de isonomia. A etimologia da palavra *isonomia* revela seu significado. Forma-se do grego *isos*, igualdade, mais *nomos*, lei, ou seja, lei igual para todos, indicando a posição jurídica daqueles que são governados pelas mesmas leis. O princípio de isonomia se expressa em geral por duas fórmulas bastante difundidas: *igualdade perante a lei* e *a lei é igual para todos*. Traduz a obrigação moral de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos de conformidade com o que elas estabelecem, mesmo que daí resulte alguma discriminação, o que significa que a regra de igualdade garante o respeito à norma de justiça concreta: a cada qual segundo o que a lei lhe atribui. A igualdade perante a lei é apenas uma forma específica, historicamente determinada, de igualdade de direitos ou dos direitos, resultando na garantia de igualdade de acesso de todos à justiça, igualdade de oportunidades de acesso aos cargos públicos, garantia de igualdade em matéria de impostos, igualdade entre as partes no processo, proibição de instaurar ou de desfrutar privilégios etc.

A igualdade em direitos se expressa pela vedação de discriminações injustificadas e se traduz pelo princípio de não-discriminação. Significa, portanto, algo além de mera igualdade perante a lei, porque exclui a possibilidade de qualquer distinção não justificada. O princípio de não-discriminação ou de igualdade nos direitos (ou igualdade na lei) envolve não somente o direito de ser considerado igual perante a lei mas também a possibilidade de usufruir, sem qualquer discriminação, dos direitos fundamentais. Exige que, na aplicação de uma norma geral, não haja discriminações baseadas em critérios de distinção cuja utilização seja vedada pela Constituição ou pelas leis, tais como o sexo, a raça, a origem nacional, a cor, a língua, a religião, as opiniões políticas, a atuação sindical. Traduz a concretização de um imperativo de justiça, porque nada mais injusto se pode imaginar do que dispensar tratamento desigual a seres iguais por motivos arbitrariamente selecionados. A característica mais evidente de uma lei, justa reside no fato de que ela é aplicada igualmente a todos os que se encontram em pé de igualdade.

A expressão igualdade de direito se opõe à igualdade de fato e corresponde à contraposição entre igualdade formal e igualdade substancial.

A igualdade jurídica tem âmbito mais estreito e reveste o atributo particular que faz de todo membro da coletividade um sujeito de direito, ou seja, um ser dotado de capacidade jurídica.

2. Isonomia e não-discriminação

O princípio de isonomia está consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A norma se aplica “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”. As disposições da CLT sobre nacionalização do trabalho, que estabeleciam a observância de uma proporcionalidade de empregados brasileiros na empresa (arts. 352 e 354), estariam, portanto, revogadas por incompatibilidade, porquanto a Constituição de 1988 omite a regra prevista pela Carta anterior sobre a fixação das porcentagens de empregados brasileiros em todas as empresas.

Mera explicitação do princípio de isonomia está contido no inciso I do art. 5º, em cujo teor “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, o que já se acha afirmado anteriormente, porquanto o vocábulo “todos” abrange homens e mulheres. A preocupação com o tratamento igual dispensado a homens e mulheres é antiga na legislação trabalhista brasileira, como se vê pelo disposto no art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho no que diz respeito à estipulação salarial: “A todo trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo”. Também a Convenção Internacional n. 100, aprovada pela OIT em 1951, proclama o “princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a feminina por trabalho de igual valor”. Esta Convenção integra o ordenamento positivo brasileiro, já que ratificada em 25 de abril de 1957 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25 de junho do mesmo ano.

A dificuldade de aplicação do princípio em tela reside na avaliação do trabalho de “igual valor”, pois os critérios de modo geral adotados tendem a favorecer a posição dos homens, como assinala Alice Monteiro de Barros. Em sua visão, “a igualdade de remuneração deverá fundar-se em um conjunto de operações realizadas e não nos resultados obtidos”,¹ sendo certo que não se deve levar em conta a suposição de que as conseqüências da aplicação das leis que dispensam proteção ao trabalho da mulher aumentam os custos da produção.

Relativamente à igualdade em direitos (não-discriminação), cabe inicialmente conceituar *discriminação*. Entende-se por discriminação, em princípio, o ato de tratar diferentemente os iguais. Na prática, porém, diante de situações concretas, surgem por vezes dificuldades quanto à identificação dos *iguais*. Diz-se com freqüência que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. A afirmação caracteriza-se por evidente vagueza, porque cumpre investigar quem são os iguais e quem são os desiguais. Os seres humanos são, como é evidente, desiguais entre si. Não há dois seres iguais. Do ponto de vista jurídico, o que

¹ BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 139.

importa é fixar os critérios aptos a propiciar tratamento igual ou desigual a seres situados em posições jurídicas iguais ou desiguais.

O tratamento discriminatório tanto pode prestar-se a inserir alguém em dado grupo social ou situação jurídica como a excluí-lo do grupo ou privá-lo de direitos. Com o direito de não ser discriminado, o indivíduo se credencia à inserção no grupo social e, via de consequência, ao gozo dos direitos inerentes ao modo de organização desse grupo. Ao sofrer os efeitos do ato discriminatório negativo, o indivíduo experimenta resultados opostos. A discriminação, portanto, será positiva ou negativa, conforme a hipótese considerada. Sentencia Marly A. Cardone: “Quando a norma jurídica emite um comando que determina uma medida diferente e mais favorável para certos empregos, diz-se que a discriminação é positiva”.² Essa modalidade de discriminação, válida, é freqüentemente manejada pela legislação do trabalho. O direito do trabalho se nutre de desigualdades e de discriminações positivas: haja vista a grande quantidade de normas que regulam de maneira diversa da comum o trabalho das mulheres e dos adolescentes, a regulamentação das profissões, os chamados contratos especiais de trabalho etc. Pode dizer-se, sem receio de erro, que a norma trabalhista tanto maior eficácia encontra em sua teleologia quanto mais atentamente sopesa as diferenças existentes na execução dos serviços e a condição de cada grupo de trabalhadores em razão do tipo de trabalho considerado. Na hipótese inversa (discriminação negativa), a vedação de discriminação constitui modalidade de realização prática da noção de justiça, pois, repita-se, nada mais injusto se pode imaginar do que tratar de modo desigual alguém, em confronto com os demais situados em posições iguais, com o resultado da privação de direitos.

O princípio de não-discriminação tanto é violado quando se inclui no alcance da norma quem nela não poderia incluir-se quanto na hipótese em que dele se exclui quem não poderia ser excluído. Daí se infere que a observância do princípio exige a consideração conjunta de dois fatores: o critério da discriminação e a finalidade da norma. Segundo a lição de Celso Ribeiro Bastos, “o elemento *discrimen* não é autônomo em face de elemento finalidade. Ele é uma decorrência deste e tem que ser escolhido em função dele. Assim, uma vez definida a finalidade, o *discrimen* há de ser aquele que delimite com rigor e precisão quais as pessoas que se adaptam à persecução do *telos* normativo”.³ A observação, de largo alcance, encontra campo fértil para medrar no terreno palmilhado pela legislação do trabalho. Deve entender-se que, embora de forma inespecífica, a vedação geral de discriminação prevista pela Constituição aplica-se às relações de trabalho subordinado. Constitui um dos objetivos do Estado brasileiro “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (Constituição, art. 3º, inciso IV). Essa norma, sem dúvida, aplica-se às relações entre particulares e, portanto, às relações

² CARDONE, Marly A. Discriminação no emprego. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, n. 2, p. 272, jul. 2000.

³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 2, p. 10.

de trabalho. O alcance do preceito é complementado pela regra do art. 5º, inciso XLI, da Constituição, em cujos termos “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O princípio de não-discriminação, no que diz respeito à matéria de trabalho, é acolhido pelo ordenamento positivo brasileiro, quer de modo genérico quer específico. Quanto ao primeiro aspecto, é lei interna (já que ratificada pelo Brasil) a Convenção Internacional n. 111, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho em 1958, ratificada em 26 de novembro de 1965 e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Ao adotar a Convenção n. 111, que contém disposições relativas à discriminação em matéria de emprego e profissão, a OIT considerou que “a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem” e define discriminação no art. 1º como: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem racial, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando essas existam, e outros organismos adequados.

Ainda quanto a esse aspecto, deve ser mencionado o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Organização dos Estados Americanos em 17 de novembro de 1988 e ratificado pelo Brasil em 21 de agosto de 1996, conhecido como protocolo de San Salvador. Segundo o disposto no art. 3º (obrigação de não-discriminação), os Estados-partes no protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Entre os direitos enunciados no protocolo encontram-se o direito ao trabalho (art. 6º), condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho (art. 7º), direitos sindicais (art. 8º).

A proibição de discriminar aplica-se à relação de emprego como um todo, abrangendo todas as fases, desde a fase pré-contratual até o término, passando pela execução. Pode ocorrer discriminação na etapa do recrutamento, seleção e admissão, como pode dar-se também no curso do contrato de trabalho e na cessação.

Quanto à etapa preliminar (fase pré-contratual), o art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho (introduzido pela Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999), em seu inciso I, proíbe “publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir”.

Quando um anúncio de emprego fixa condições discriminatórias baseadas em critérios proibidos pela lei (raça, cor, sexo, idade, religião, convicção política, crença religiosa etc.), incide o juízo de reprovabilidade. Para justificar o *discrimen*, cabe ao

interessado produzir prova séria e convincente de que “a distinção se justifica por algum aspecto relevante” ou, de acordo com a letra da lei, quando a natureza da atividade a ser exercida assim o exigir.⁴

3.A discriminação em razão do gênero

O fator de discriminação em foco (gênero) diz respeito não só a discriminação *contra* a mulher mas também à discriminação positiva (a seu favor). Inúmeros textos legislativos, quer internacionais quer domésticos, vedam a adoção de medidas discriminatórias contra a mulher no trabalho. Entre as normas internacionais, cita-se a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1^a de fevereiro de 1984 (promulgada pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002). De acordo com o disposto no art. 11 desse diploma internacional (que integra, como lei ordinária, o ordenamento jurídico vigente), os Estados-partes (portanto, inclusive o Brasil) “adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos”, que passa a particularizar. No plano interno, o art. 7^o, inciso XXX, da Constituição inclui o sexo entre os fatores a respeito dos quais incide a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão. A legislação ordinária desenvolve as providências tendentes a coibir a discriminação contra a mulher no trabalho. Assim é que a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, no art. 1^o, menciona o sexo entre os fatores que devem ser levados em conta quando veda “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção”. O art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho (acrescentado pela Lei n. 9.799, de 1999), em seus seis incisos, também proíbe o empregador de pôr em prática medidas que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho. O parágrafo único do mesmo preceito legal (também introduzido pela mesma Lei n. 9.799) admite a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, medidas estas que, como salienta Alice Monteiro Barros, “nada mais são de que ações afirmativas”.⁵

Práticas discriminatórias contra a mulher não são toleradas pela jurisprudência dos tribunais do trabalho. A título de exemplo, citam-se dois julgados, dos quais o primeiro, proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, a propósito da existência da realização de testes de gravidez por imposição do empregador, diz:

⁴ MAIOR, Jorge Luís Souto. Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidade. *Revista do Direito Trabalhista*, Brasília, ano 10, n. 1, p. 8, jan. 2004.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAUT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 70.

“Prática discriminatória contra a mulher. Lei n. 9.029/95. Indenização. A Lei Federal n. 9.029, de 13 de abril de 1995, proíbe a exigência de atestado de gravidez e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação de emprego. Comprovado nos autos que constituía exigência do empregador a realização de testes de gravidez para a admissão e despedida de empregada, faz jus a reclamante à indenização correspondente ao período de afastamento, em dobro, corrigida monetariamente, acrescida de juros legais na forma do art. 4º da referida norma.”⁶

Outro acórdão, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho do Piauí, negou provimento a recurso ordinário interposto de sentença que julgara procedente ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, a propósito da desigualdade de remuneração entre mulheres e homens:

“Constitui prática de discriminação salarial contra empregados do sexo feminino o fato de receberem remuneração desigual quando desempenham as mesmas funções, a teor do inciso XXX, art. 7º, da lei básica da República. Sentença que se confirma”.⁷

Relativamente à discriminação positiva (a favor da mulher), o art. 7º, inciso XX, da Constituição assegura “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, o que significa sejam admitidas práticas discriminatórias, desde que aptas a facilitar o acesso da mulher ao mercado de trabalho e, inversamente, sejam inválidas “normas jurídicas (ou medidas administrativas ou particulares) que importem em um direto ou indireto desestímulo à garantia de abertura do mercado de trabalho da mulher”, como sentenciou Maurício Godinho Delgado.⁸

4. Conclusão

A posição social da mulher trabalhadora se eleva pouco a pouco, mas não pode deixar de ser salientado que as mulheres constituem cerca de 70% dos pobres em todo o mundo e 65% dos analfabetos. Seiscentos milhões de mulheres não sabem ler nem escrever. O acesso da mulher ao trabalho remunerado por conta alheia certamente contribuirá para reverter essa situação insuportável. A presença da mulher no campo do trabalho informal tem também taxas elevadas, com reflexos negativos para toda a vida da sociedade.

As inovações tecnológicas, que reforçam o movimento de globalização da economia, deram lugar a nova divisão internacional do trabalho, na qual as mulheres têm ampla participação. Em países voltados para a exportação de manufaturados, o trabalho da mulher, com remuneração inferior à do homem, constitui fator de grande

⁶ Ac. TRT 12ª R., 2ª T., proc. RO n. 3862/96, rel. juiz João Cardoso, In: TEIXEIRA FILHO. João de. *Repertório de Jurisprudência Trabalhista*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 7, p. 416. 1999.

⁷ Ac. TRT 22ª R., proc. RO n. 781/97, 23 set. 1997, rel. juiz Wellington Jim Boavista. In: *Revista LTr*, São Paulo, fev. 1998.

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: VIANA; RENAULT, *Discriminação*, cit., p.102.

importância econômica, pela redução dos custos sociais e também porque facilita o descumprimento das normas protecionistas. Tudo isso é deplorável. Mas há aspectos positivos, que merecem realce. Entre as inovações que vêm surgindo, a flexibilização do tempo de trabalho, praticada em maior escala no campo do trabalho da mulher do que no do homem, vem propiciando, em muitos países, meios de combater os efeitos ameaçadores da pobreza.

I. Un eje central: principio de igualdad y prohibición de discriminaciones

A lo largo de más de dos siglos, la noción de igualdad se ha configurado en el ámbito europeo como uno de los núcleos esenciales de cualquier propuesta de progreso, tanto en el campo de las ideas como en el de la actividad de distintos movimientos políticos y sociales, aunque, también es preciso reconocerlo, en muchas ocasiones no ha pasado de constituir una muestra más de una pretenciosa buena conciencia europea.¹ Desde una perspectiva laboral, el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones poseen un carácter de denominador común de las distintas medidas de protección de los trabajadores con desventaja social. En este sentido, el análisis de sus implicaciones en el concreto segmento formado por la mano de obra femenina dentro del mercado de trabajo y, en definitiva, la consideración del sexo como un elemento que no puede conducir a resultados discriminatorios, han constituido un tradicional ámbito de reflexión por parte de los juristas y, en especial, por parte de los iuslaboralistas.

Aun tratándose de conceptos diferenciados, la igualdad y la prohibición de discriminación presentan vinculaciones innegables, desde el momento en que esta última aparece como la manifestación más relevante del principio de igualdad y un mecanismo específico para su realización. Por ello, cualquier aproximación a los instrumentos de tutela antidiscriminatoria no puede prescindir del marco que ofrece la genérica referencia a la igualdad.² Como bien se ha observado, el derecho de igualdad dentro de las relaciones de trabajo cuenta con un doble juego institucional. En primer lugar, el derecho de los sujetos laborales a recibir un trato igual por parte de los poderes públicos, como derecho público subjetivo a la igualdad. Ello se proyecta, a su vez, de un modo diverso. Ante todo, en la igualdad en el trato concedido por la ley – igualdad en la ley o igualdad ante la ley –, limitando, así, la actuación normativa del Estado y de la autonomía colectiva. Pero, también, en la igualdad en la aplicación de la ley, que limita, ahora, la actuación jurisdiccional y administrativa del Estado. Y, en segundo lugar, como derecho privado subjetivo a la igualdad, el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por el empresario dentro de la relación contractual de trabajo.³

Por otro lado, no puede dejarse a un lado la evolución experimentada por la noción de igualdad, y que ha conducido, en un proceso histórico bien conocido, desde la valoración de la mera igualdad formal a la preferente consideración de la igualdad material. La evolución, como acaba de apuntarse, resulta innegable y perfectamente

¹ FERNÁNDEZ DE LA VEGA, 47.

² RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 17.

³ PALOMEQUE LÓPEZ y ÁLVAREZ DE LA ROSA, 156-157.

conocida a estas alturas del desarrollo de los distintos sistemas jurídicos pero, de nuevo, presenta algunos perfiles propios justamente en el marco de un Derecho, como el laboral, que se declara igualitario.⁴ En efecto, dentro de cualquier Estado definido como social, la efectividad y puesta en práctica de los derechos sociales reconocidos por las normas constitucionales aparece como indicador fundamental a la hora de valorar la materialización de dicha definición normativa. Pues bien, no cabe duda de que tanto la dignidad como la igualdad constituyen los dos valores claves en la fundamentación de los derechos constitucionales y, muy especialmente, de los derechos de carácter social. Así, el valor igualdad determina, con su presencia inspiradora, uno de los rasgos característicos que distinguen a estos derechos, de tal modo que, desde una perspectiva histórica, éstos se presentan como un intento de concreción de las exigencias derivadas del principio de igualdad. Y ello explica, también, las limitaciones subjetivas bajo las cuales aparecen muchas veces diseñados. En este sentido, la implantación de un conjunto de derechos sociales se produce en un ámbito de *materialización* del Derecho que conlleva el paso de una concepción formal a una concepción material de la libertad, y en el que el Estado no se limita a dejar hacer, sino que otorga unos medios mínimos para hacer posible la acción. La puesta en cuestión de las consideraciones puramente formales de la libertad y la igualdad se traduce, de este modo, en procesos de juridificación que conducen a una materialización del Derecho y dentro de los cuales debe insertarse buena parte de la normativa laboral. Si la libertad es la conformadora del Estado democrático y principio legitimador del Estado de Derecho, la igualdad se erige en principio legitimador del Estado social de Derecho.⁵

Que el Estado, desde la propia Constitución, apueste por adoptar un carácter social implica, además, otorgar un especial valor a la *ciudadanía social*. Esta noción, considerada como un tercer momento evolutivo, tras la *política* y la *civil*, comportaría el conjunto de expectativas expresadas por cada ciudadano frente al Estado con la finalidad de conseguir las garantías de seguridad precisas, tanto en la vida como en el trabajo, para impregnar de dignidad a la existencia personal. El problema radica en la posibilidad de ejercerse una ciudadanía, así entendida, en un contexto en el que se difuminan, tanto la ciudad y el Estado, por una parte, como el conflicto entre capital y movimiento obrero, por otra. Si los presupuestos de la ciudadanía formal radican en un Derecho abstracto, en la igualdad de todos ante la ley y en la separación entre política y economía, precisamente en la ruptura de este modelo ha de situarse el origen de la ciudadanía social, como expresión del modelo jurídico-político del Estado social. La fractura entre ambos modelos se concreta en la expansión del conflicto entre capital y trabajo, así como en la nueva dimensión política creada. Los tradicionales presupuestos del Estado de Derecho sufren, así, un importante cambio, comenzando por el principio de igualdad formal, originaria y tradicionalmente objeto de una crítica que parte del propio movimiento obrero. De este modo, el conflicto social va a poner de manifiesto cómo la igualdad formal constituye una función de la desigualdad sustancial: el meca-

⁴ BAYLOS GRAU, 11.

⁵ FERNÁNDEZ DE LA VEGA, 48.

nismo del Derecho formal provoca la reproducción de las desigualdades igual que refuerza la *invisibilidad* de los poderes económicos y políticos que las generan. Con ello, se viene a poner en tela de juicio uno de los elementos claves en la organización social y en las constituciones políticas: la indiferencia respecto de los fines de la justicia y los valores.

En definitiva, el nacimiento de los derechos sociales es la manifestación de una reacción política – en gran parte provocada por las luchas sociales – frente a la consideración de los derechos fundamentales como esferas de autonomía inmunes a la intervención estatal. Los derechos sociales exigen la presencia del Estado comprometido con las necesidades personales y aparecen vinculados directamente a la conocida asunción del valor político del trabajo asalariado como elemento de integración social y como referencia de una ciudadanía caracterizada por su desigualdad económica y política. Otorgar un lugar central al trabajo en el diseño de ordenación de la sociedad implica, al mismo tiempo, reconocer la existencia de una situación de desigualdad económico-social como rasgo característico de las sociedades modernas, frente a la cual surge un compromiso activo, por parte de los poderes públicos, para su gradual corrección. Así aparece en preceptos como el art. 3 de la Constitución italiana o el art. 9.2 de la Constitución española. Por ello, desde su integración en los textos constitucionales, “la presencia de la desigualdad como noción políticamente relevante significa su propia aceptación, aunque como hecho social que emerge en la teoría jurídica y, a la vez, el compromiso de su progresiva y gradual remoción, ambivalencia típica del pensamiento teórico sobre la ‘ciudadanía social’”.⁶

Justamente, la idea de discriminación aparece como elemento que afecta a la esencia misma de los derechos humanos, al implicar una negación al individuo de su plena condición de persona humana. Sobre dicha base se han desarrollado, por un lado, los diversos mecanismos de tutela antidiscriminatoria y, por otro, la selección de los criterios prohibidos objeto de dicha tutela, a partir de la existencia real de un conjunto de síntomas que representan actitudes a través de las cuales puede comprobarse la existencia de un *state of mind* discriminatorio de un sujeto o de un grupo, que descalifica al individuo a causa de un carácter personal.⁷ Por ello, ha podido afirmarse que “en la prohibición de discriminación existe algo más que una mera prohibición de trato desigual: existe una censura de vicios en la conformación social que se traducen en un tratamiento ‘secundario’ de algunos seres humanos por parte de otros, en un atentado directo contra su dignidad como ser humano en la que se basan todos los demás derechos”.⁸

Los diversos intentos de sistematizar el concepto de discriminación han coincidido en subrayar la existencia de diversas características inherentes al mismo. Muy brevemente, podrían destacarse las siguientes. Primero, la presencia de una diferenciación de trato frente a la norma estándar que opera contra el sujeto o el grupo discri-

⁶ BAYLOS GRAU, 19.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 82-83.

⁸ PÉREZ DEL RÍO, 2000, 91.

minado. En segundo lugar, y aunque los factores sociales y económicos hayan de ser tenidos en cuenta, la discriminación supone una diferencia de tratamiento jurídico, es un interés jurídico el que está en juego. Además, la diferenciación de tratamiento tiene que basarse, precisamente, en una de las razones expresamente excluidas por los ordenamientos, nacionales o internacionales. Finalmente, la diferencia de trato ha de producir un resultado específico, esto es, la creación de una situación discriminatoria objetiva que anule o menoscabe para el discriminado el disfrute de determinados derechos, ventajas o beneficios, que perjudique sus intereses o que agrave las cargas.⁹

Como de sobra resulta conocido, el sexo es uno de esos factores discriminatorios prohibidos que han sido objeto de tipificación por parte de un gran número de normas, tanto nacionales como internacionales. En este sentido, resulta interesante traer a colación ciertos rasgos que la normativa comunitaria europea va a tomar, posteriormente, en consideración. Dinamismo y complejidad son, sin duda, características presentes en el concepto comunitario de discriminación, como después se dirá, pero a éstas hay que añadir la naturaleza eminentemente colectiva de sus efectos. Debe, asimismo, mencionarse la conocida distinción entre dos grandes tipos de discriminación, expresamente definidas por la Directiva 76/207/CEE después de la reforma de 2002. Por una parte, las discriminaciones directas, ya sean de carácter abierto, ya de carácter oculto, se encuentran hoy en clara regresión. Por otra, las discriminaciones indirectas se presentan como conductas o medidas para cuya adopción no se ha tenido en cuenta el factor prohibido – por ejemplo, el sexo –, sino otros factores aparentemente neutros, a pesar de lo cual se produce un resultado desproporcionadamente adverso sobre un determinado colectivo caracterizado por la concurrencia en él del factor prohibido. En definitiva, en la actualidad aparece como una conducta cualificada por el resultado, como una noción de tipo objetivo.

A grandes rasgos, éste es, pues, el telón de fondo en el que va a aparecer la acción positiva como instrumento destinado a combatir determinadas formas de discriminación y a hacer efectivo el principio de igualdad. En líneas generales, por acción positiva se entiende un conjunto de medidas cuya finalidad es la eliminación de los obstáculos que se oponen a la igualdad real entre hombres y mujeres.¹⁰ Por lo que se refiere ya al caso concreto de las mujeres, la noción de acción positiva se va a traducir en el establecimiento de tratamientos preferenciales de carácter temporal en el empleo, concretados en una reserva de puestos de trabajo a favor de las mujeres como grupo. O, en otros términos, “un tratamiento preferencial de tipo promocional dirigido a combatir la discriminación social que se manifiesta en la infrarrepresentación o infrautilización de la mano de obra femenina en el mercado de trabajo”.¹¹ En este sentido, la acción positiva es un mecanismo que persigue el efectivo cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades sustancial y la eliminación de la discriminación social que impide a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos, adoptando una triple

⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 168-173.

¹⁰ PÉREZ DEL RÍO, 1999, 39.

¹¹ SIERRA HERNÁIZ, 1999, 84.

vertiente: es una forma de evitar que las conductas discriminatorias continúen produciéndose, por un lado; por otro, constituyen un modo de compensar a las mujeres por conductas y actos discriminatorios del pasado que extienden sus efectos hasta hoy y, finalmente, son una manera de valoración de la diferencia del trabajo femenino.¹²

Doctrinalmente, suelen distinguirse varios tipos de acciones positivas. Primero, nos encontraríamos con las medidas dirigidas a solucionar las situaciones desfavorables para la mujer en el mercado de trabajo que se concretarían en el ámbito de la orientación y formación profesional. Junto a ellas, en segundo término, habría que referirse a las medidas que pretenden conseguir un equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, entendiéndose que la actual distribución es desigual; cabrían aquí todas aquellas previsiones relacionadas con la jornada y la organización del tiempo de trabajo, permisos por maternidad o disponibilidad de guarderías infantiles, por ejemplo. Finalmente, un tercer tipo de acciones positivas es el que pretende compensar discriminaciones sufridas en el pasado – pero que pueden extenderse hasta el momento actual – y se traducen en el establecimiento de preferencias a favor del grupo desfavorecido, muchas veces bajo la forma de cuotas u objetivos. Tales cuotas pueden, a su vez, ser rígidas o flexibles; las primeras consagran la preferencia para el grupo discriminado independientemente de los méritos o la capacitación de las personas, o bien fijan requisitos mínimos que deben cumplirse, sin considerar excepciones para supuestos concretos; en las segundas, en cambio, la preferencia funciona cuando concurre una igualdad de méritos, pudiendo tenerse en cuenta supuestos excepcionales.¹³ Es precisamente este tercer tipo de acciones el que aquí se va a analizar con más detalle, puesto que se trata de las que mayores problemas han planteado en la práctica, como lo demuestra la litigiosidad generada con ocasión de su articulación.

Así entendidas, las medidas de acción positiva presentan ciertas notas características que convendría recordar. Con independencia de la forma adoptada dependiendo de las circunstancias concretas – metas, cuotas, etc. –, las acciones positivas son instrumentos concebidos contra los efectos de conductas y actos discriminatorios sistemáticos y colectivos, es decir, persiguen combatir discriminaciones que no poseen una especificación concreta desde el punto de vista individual. En segundo término, el sexo es el elemento que va a determinar la concesión de un puesto de trabajo o la promoción; a diferencia de las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades, la acción positiva tiene en cuenta datos estadísticos generales que no están conectados a una discriminación precisa y concreta. Por otra parte, se trata de medidas temporales y subsidiarias de las fórmulas de fomento de la igualdad de oportunidades, debiendo formar parte la persona beneficiada de un grupo históricamente discriminado y poseer la cualificación profesional necesaria. Por último, y este es uno de los aspectos más tradicionalmente criticados por los opositores a esta clase de medidas, la acción positiva persigue instaurar una igualdad de resultados más que una igualdad de oportunidades, al pretender la consecución de una igualdad numérica.¹⁴ En efecto, en estrecha

¹² SIERRA HERNÁIZ, 1999, 1 y 81.

¹³ MILLÁN MORO, 185.

¹⁴ SIERRA HERNÁIZ, 1999, 80-83.

relación con la misma ha de considerarse la noción de “discriminación positiva” o *reverse discrimination*, en su original formulación anglosajona. Como es sabido, este término ha suscitado muchas reticencias, al entenderse contradictorios ambos elementos: si lo que caracteriza a la discriminación son sus resultados desfavorables, no cabría calificarla, en ningún caso, como positiva, por la carga de favorabilidad que dicho adjetivo lleva aparejada. En cambio, otro sector doctrinal considera que la “discriminación” positiva es una fórmula de acción positiva considerable, que se traduce en una medida diferenciadora cuyo objetivo es ofrecer determinados privilegios a los componentes de grupos o colectivos que, de manera tradicional, han aparecido relegados. El problema radica en que, generalmente, los beneficios otorgados a sus destinatarios generan perjuicios concretos a otros ciudadanos, cuyos derechos se ven limitados. Esta es una importante diferencia con otras medidas de acción positiva, cuyos costes aparecen socialmente difuminados. Además, cabe señalar que, mientras que la acción positiva suele referirse al punto de partida o a la carrera profesional, la discriminación positiva se vincula más al punto de llegada, no buscando tanto la igualdad de oportunidades como la igualdad de resultados. Así, pretende lograr un resultado igualitario y garantizarlo.¹⁵

De cualquier forma, debe repararse en que la defensa de esta clase de actuaciones normativas rompe la identificación entre igualdad y uniformidad como nota típica, además, del Derecho del Trabajo, al permitir el establecimiento de una vinculación directa entre el principio de igualdad y la consideración de la diferencia como base de los tratamientos normativos en el mundo laboral. Las acciones positivas a favor de las mujeres no buscan sino corregir una desigual situación de partida mediante un trato singular más favorable con el fin de compensar una situación de desigualdad sustancial generalizada por razón de sexo. Ello implica introducir una noción igualitaria que no se corresponde con la homogeneidad de las condiciones de trabajo. Tutelando de este modo la diferencia, se protege, en términos generales, la igualdad; se consigue un derecho desigual sin desigualdades.¹⁶

En las páginas que siguen se busca proporcionar al lector una panorámica general del juego de este tipo de medidas a favor de la mujer dentro de la normativa de la Unión Europea y, en especial, de la experiencia aportada por la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de Luxemburgo,¹⁷ pieza clave dentro del debate suscitado en el ámbito de la Unión acerca de la viabilidad de dichas acciones.

2. Marco normativo de las acciones positivas en la Unión Europea

Al resaltar la importancia del Derecho comunitario en materia de lucha contra la discriminación por razón de sexo y, en particular, como ámbito dentro del cual se han desarrollado mecanismos de acción positiva, no se está pasando por alto ni el

¹⁵ PÉREZ DEL RÍO, 1999, 40.

¹⁶ BAYLOS GRAU, 33.

¹⁷ TJCE.

hecho de que tal desarrollo ha sido costoso y largo en el tiempo, primeramente, ni, en segundo lugar, que han sido también otras las instancias internacionales que han prestado atención al problema. Es el caso, así, de la OIT y de la ONU, cuya Convención sobre *Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 1979, dispone en su art. 4, parte I, que no deben entenderse discriminatorias “aquellas medidas especiales de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de ipso entre el hombre y la mujer”. Por otro lado, tampoco cabe olvidar la influencia ejercida por determinadas experiencias nacionales, en especial, la estadounidense, en cuyo seno nacen las primeras fórmulas de acción positiva relacionadas con la lucha frente a la discriminación racial.¹⁸

Lo que pretende aquí reflejarse es que el derecho de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo se han convertido en una de las cuestiones centrales de la política social comunitaria, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Y, como tal, la normativa comunitaria y las orientaciones del Tribunal de Justicia, especialmente, han influido de forma decisiva en los distintos ordenamientos internos.¹⁹ Sin perseguir ahora trazar un recorrido minucioso y detallado de las distintas etapas cubiertas en el proceso,²⁰ sí puede intentarse una caracterización general del mismo, aludiendo, también, a los principales resultados normativos. De todas formas, debe insistirse en que se trata de un camino complejo y notablemente dinámico, en absoluto cerrado o concluido: la prohibición de discriminación por razón de género ha pasado de ser un simple principio de política económica a adquirir los rasgos de un verdadero y propio derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en aspectos de la vida profesional cada vez más alejados del inicial y limitado campo retributivo.²¹

De este modo, dentro del Derecho comunitario es posible comprobar una notable evolución en el desarrollo de la prohibición de discriminación por razón de sexo. En efecto, en un primer momento y al igual que sucedió con el reconocimiento de otros derechos de contenido laboral, como la libre circulación de trabajadores y los derechos de Seguridad Social a ella vinculados, esta prohibición aparece claramente revestida de implicaciones económicas, puesto que su función, de acuerdo con el original art. 119 del Tratado de Roma, era evitar el *dumping* social. Sin embargo, el posterior desarrollo de la política social comunitaria, que condujo a una mayor consideración y autonomía de los aspectos sociales, abandonando su inicial configuración instrumental y adjetiva, desembocó en la adquisición de un valor central y emblemático, también para otras políticas comunitarias. De formar parte de uno de los escasos “oasis de socialidad” en el Tratado de Roma,²² ha pasado a ostentar un lugar destacado en el diseño de las distintas actuaciones comunitarias, transitando, también y en conocida evolución, de la igualdad formal a la igualdad material, esto es, de la paridad de trato a la igualdad de oportunidades. Conviene poner de manifiesto, asimismo, que, en este

¹⁸ Véanse, extensamente, FICK y SIERRA HERNÁIZ, 1999, 33-74.

¹⁹ ROCCELLA, 103.

²⁰ Para ello, véase PÉREZ DEL RÍO, 1999 y 2003.

²¹ PÉREZ DEL RÍO, 2003, 286.

²² CRUZ VILLALÓN, 14.

devenir, los problemas relativos a la igualdad han ido adquiriendo un carácter progresivamente complejo, afectando no sólo a las relaciones de trabajo o a la protección social, sino al propio funcionamiento de la sociedad. El Derecho y la jurisprudencia comunitarios han tenido que superar el criterio formal ligado al concepto de sexo para incorporar la dimensión de género, esto es, afrontar la cuestión de la distribución de las funciones y papeles sociales diseñada e impuesta a partir del criterio sexual.²³

Atendiendo ahora a la dimensión normativa, hay que destacar que la relevancia de esta materia se ha traducido, tanto en su recepción por lo que son normas de eficacia vinculante, ya sea en el ámbito del Derecho originario, ya sea en el del Derecho derivado – Reglamentos y Directivas –, como, también, por instrumentos como Recomendaciones o Resoluciones elaboradas por el Consejo, la Comisión o el Parlamento. Ciertamente, en la legislación comunitaria no existe una definición de acción positiva.²⁴ Sin embargo, la Comisión entiende que el concepto comprende la totalidad de medidas dirigidas a “contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados”.²⁵ Entendida como respuesta jurídica a las insuficiencias del principio de igualdad formal ante la dimensión real de la discriminación sexual, van a prevalecer los aspectos promocionales sobre los garantísticos, y el método de consenso sobre el coercitivo-sancionador. De este modo, el modelo de acción positiva propugnado es el puramente voluntario, puesto que no se obliga, en ningún caso, a su adopción.²⁶ En esa línea, ha de entenderse el lenguaje utilizado por los distintos textos normativos comunitarios que, a continuación, se examinan.

Comenzando el análisis por el Derecho originario que constituye el actual texto del Tratado de la Comunidad tras las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam, son cuatro los preceptos que ostentan una importancia especial a nuestros efectos. En primer lugar, el art. 3.2 viene a consagrar ese lugar central que ostenta el principio de igualdad en el marco del conjunto de políticas comunitarias, reconociendo la necesidad de que el mismo – *mainstreaming*, principio de transversalidad – impregne la totalidad de actuaciones emprendidas por la Unión Europea, desde el momento en que ésta se fija como objetivo eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad. Ello implica que el criterio de la transversalidad de la igualdad de género se convierte en principio constitucional de la acción comunitaria.²⁷ De modo más preciso, en segundo término, el art. 13 dispone que, “sin perjuicio de las disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias

²³ PÉREZ DEL RÍO, 2000, 89.

²⁴ MILLÁN MORO, 184.

²⁵ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, de 27 de marzo de 1996 [COM (96) 88 final], sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, KALANKE.

²⁶ SIERRA HERNÁIZ, 1999, 137-138.

²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2000, 66.

atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Por su parte, el art. 137.1 prevé que la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que se refiere a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Finalmente, el art. 141 contiene dos importantes referencias en sendos párrafos del mismo. Se trata del apartado 3, cuyo tenor literal es el siguiente: “El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. Por su parte, el apartado 4 señala que, “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado en el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

Como unánimemente se ha señalado, el Tratado de Amsterdam concede un mayor peso y autonomía a la política social comunitaria, profundizando en el principio de igualdad de trato entre hombre y mujer. La actual redacción del Tratado y, en especial, de los mencionados arts. 13 y 141, ha supuesto un avance considerable en la materia por dos razones, básicamente. Primero, porque reconoce, con mayor claridad que antes, la compatibilidad de las acciones positivas con la prohibición de discriminación por razón de género y, en segundo lugar, porque facilita la adopción de normas de Derecho derivado sobre el particular por medio del procedimiento legislativo de co-decisión con el Parlamento. Además, la referencia al sexo infrarrepresentado supone garantizar al máximo nivel normativo el derecho de los Estados miembros a adoptar medidas a favor de las mujeres sin necesidad de prever cláusula de apertura alguna – que el texto ni siquiera menciona –, sorteando el peligro que este tipo de cláusulas representa en la perpetuación de las discriminaciones femeninas dentro del mundo profesional.²⁸ De todos modos, como después se comprobará, la jurisprudencia ha puesto de relieve la importancia de las cláusulas de apertura para ponderar la adecuación de ciertas medidas nacionales de acción positiva al ordenamiento comunitario.

El art. 141.4 del Tratado no habla de medidas de acción positiva, sino de medidas de igualdad de oportunidades, concepto más amplio que permite entender aquí incluidas fórmulas diversas, desde las dirigidas a tutelar a la mujer embarazada o con hijos, hasta las que otorgan un trato preferente o reservas de puestos a favor de colectivos infrarrepresentados, pasando por otras dirigidas a facilitar la compatibilidad entre vida familiar y laboral o a incentivar económicamente la contratación de mano

²⁸ MILLÁN MORO, 203.

de obra femenina.²⁹ Asimismo, el precepto condiciona la legitimidad de las medidas adoptadas a la concurrencia de dos elementos: que el grupo beneficiado se halle infrarrepresentado, lo que resulta determinante si ello es consecuencia de una discriminación social, y que las medidas tengan un carácter neutro, esto es, que tengan como destinatarios tanto a las mujeres como a los hombres.

Por lo que se refiere al Derecho derivado, son varias las Directivas que cabría mencionar. La primera, es la Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. La segunda, 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 cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. Esta norma ha sido objeto de diversas modificaciones, entre las que destacan las introducidas por la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002. Debe mencionarse, en tercer lugar, la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Por último, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En lo que respecta al reconocimiento de las acciones positivas, son dos los preceptos que, de modo especial, corresponde mencionar aquí. El primero es el apartado 1 bis de la Directiva 76/207/CEE, que señala 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”.³⁰ Por su parte, el art. 2.8 señala que “los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres”.

Como no ha dejado de observarse, dentro de la originaria redacción de la Directiva 76/207/CEE, la acción positiva se configuraba, al igual que otras medidas como la acción protectora, como una excepción al principio de igualdad de trato, perspectiva criticable desde el momento en que hace primar los aspectos formales y oculta el verdadero significado de la figura.³¹ En el texto actual, parece que dichos perfiles excepcionales se han difuminado en parte, pero no deja de ser llamativa la parquedad con que el legislador ha recogido su formulación. Parece que la inicial propuesta de la Comisión tenía como objetivo, más que proporcionar un concepto de acción positiva, incentivar la adopción de medidas de esta clase por parte de los Estados miembros. Probablemente, el art. 2.3 de la Directiva 2002/73/CE confirma este propósito, al prever que, “sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miem-

²⁹ SIERRA HERNÁIZ, 2000, 123.

³⁰ Acceso al empleo, promoción y formación profesional, condiciones de trabajo y seguridad social.

³¹ VOGEL-POLSKY.

bros notificarán cada cuatro años a la comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del art. 141 del Tratado, así como la información sobre dichas medidas y su aplicación”. Sobre la base de dicha información – concluye el precepto –, “la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración n. 28 anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam”. Claramente, de esta disposición no se deduce la existencia de una obligación estricta para los Estados miembros de adoptar medidas de acción positiva, aunque sí una suerte de compulsión moral, puesto que parecería poco aceptable que, en el preceptivo informe cuatrienal, algún Estado hubiera de reconocer la falta de adopción de medidas por su parte.³²

No pueden olvidarse, tampoco, las previsiones contenidas en textos como la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000. Así, el art. 16 de la Carta de Derechos Sociales establece que “debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin conviene intensificar donde quiera que ello sea necesario las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular en el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene asimismo desarrollar las medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares”. Y el art. 23 de la segunda prevé que “la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”. El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, presentado en julio de 2003, incorpora como Parte II esta Carta y mantiene, en su artículo II-23, el tenor literal del precepto en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

Asimismo, otros instrumentos de inferior rango contienen referencias importantes, como la Resolución del Consejo de 12 de julio de 1982, sobre *Promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer*, o la Recomendación 84/635/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, sobre *Promoción de acciones positivas en favor de la mujer*. Además, son varios, hasta la fecha, los Programas comunitarios para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que se han ido poniendo en marcha a partir de 1980. Los actualmente vigentes son el Programa EQUAL y la estrategia Marco Comunitaria sobre igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005, aprobada por Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000.

Muy sintéticamente, éste es el telón de fondo normativo sobre el que se ha venido desarrollando, a su vez, la jurisprudencia comunitaria emanada del Tribunal de Justicia de Luxemburgo que, en el caso concreto de la acción positiva, se pronunció

³² PÉREZ DEL RÍO, 2002, 107-108.

por vez primera en 1995. A su análisis y comentario se dedica el siguiente apartado, sin perder de vista que, en esta materia y de un modo especial, se pone de manifiesto la complicada relación existente entre el Tribunal y el legislador comunitario, lo que, además, corrobora que quede siempre abierto el espacio para una interpretación innovadora del Derecho comunitario vigente.³³

3. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y su evolución

En general, todos los comentaristas coinciden en destacar el papel fundamental que la jurisprudencia comunitaria ha adquirido a la hora de elaborar y configurar el concepto de discriminación por razón de género. El problema de la igualdad de trato se ha convertido en una de las cuestiones que más pronunciamientos ha generado, en una evolución paralela a la experimentada por el marco normativo y que sucintamente se ha descrito páginas atrás. Si hubiera que sintetizar la labor del Tribunal de Justicia al respecto, cabría referirse a dos aspectos esenciales.³⁴ En primer término, la reiterada consideración del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo como propio y verdadero derecho fundamental comunitario.³⁵ En segundo lugar, el fortalecimiento de la prohibición de discriminación a través de la consolidación jurisprudencial del concepto de discriminación indirecta, de la ampliación progresiva del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato contenido en el Tratado y en las Directivas y de la garantía del cumplimiento de la normativa comunitaria por parte de los Estados miembros, creando y obligando a éstos a crear un sistema de garantías suficiente desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva.³⁶

En lo que se refiere al problema de la adecuación de las medidas de acción positiva adoptadas por los Estados miembros al principio de igualdad y prohibición de discriminación establecido en el ordenamiento comunitario, son varias las sentencias del Tribunal de Justicia que, hasta la fecha, han abordado la cuestión. Fundamentalmente, se trata de las SSTJCE 17 de octubre de 1995, C-450/93, Asunto Kalanke; 11 de noviembre de 1997, C-409/95, Asunto Marschall; 28 de marzo de 2000, C-158/97, Asunto Badeck; 6 de julio de 2000, C-407/98, Asunto Abrahamsson; y 19 de marzo de 2002, C-476/99, Asunto Lommers. Como puede comprobarse por las fechas, un primer rasgo de esta jurisprudencia radica en su carácter relativamente reciente. El segundo, la circunstancia de que se pronuncien bajo la vigencia de la Directiva 76/207/CEE en su redacción originaria. Por último, conviene adelantar que se trata de resoluciones controvertidas y que han suscitado no pocas reacciones críticas, que han puesto de manifiesto aspectos contradictorios y la existencia de problemas aún no resueltos por completo.

Resumidamente, el TJCE ha venido a interpretar el art. 2.4 de dicha norma estableciendo las siguientes consecuencias:³⁷

³³ ROCCELLA, 108.

³⁴ PÉREZ DEL RÍO, 2003, 285.

³⁵ Asuntos Razzouk, Beydoun, Johnston o Drake.

³⁶ Asuntos Bilka, Kowalska, Nimz o Barber.

³⁷ PÉREZ DEL RÍO, 2002, 106-107.

a) La adopción de medidas de acción positiva por parte de los Estados ha de ser considerada como una excepción al principio de igualdad de trato.

b) Tal excepción tiene como finalidad precisa y limitada autorizar la adopción de medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a suprimir o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social.

c) En el acceso al empleo o en una promoción profesional no puede justificarse que las mujeres gocen automáticamente de preferencia en los sectores en los que están subrepresentadas.

d) En cambio, dicha preferencia está justificada si no es automática y si la medida nacional en cuestión garantiza a los candidatos varones igualmente calificados que su situación será objeto de una valoración objetiva en la que se tomarán en consideración todos los criterios concurrentes en los candidatos, con independencia de su sexo (exigencia de una cláusula de apertura).

Pero, más allá de esta síntesis, quizás sea bueno profundizar en los argumentos manejados por el TJCE y en los supuestos y circunstancias de hecho que dieron lugar a estos pronunciamientos, bastante controvertidos, como acaba de señalarse.

Con toda probabilidad, ha sido el primero de ellos el más criticado de todos. Con práctica unanimidad, la doctrina laboralista ha puesto de manifiesto no pocos aspectos dudosos en la argumentación del Tribunal. Muy esquemáticamente expuestos, los hechos eran los siguientes. En aplicación del art. 4 de la Ley sobre igualdad de trato en la Función Pública³⁸ del Land de Bremen,³⁹ de 1990, en la cobertura de un puesto de jefe de sección del Servicio de parques y jardines de la ciudad de Bremen fue preferida una mujer, la Sra. Glissman, en detrimento del candidato masculino, Sr. Kalkanke. Dicho precepto disponía, en lo esencial, que, a igualdad de méritos, y tanto para la selección como para la promoción de los funcionarios públicos, se concederá preferencia a las mujeres sobre los candidatos masculinos en los sectores en que estén infrarrepresentadas. Incidentalmente, debe indicarse que, en el debate doctrinal alemán, el problema de las cuotas a favor de las mujeres, ya se trate de cuotas por decisión o por resultados, continúa sin estar cerrado.⁴⁰

El TJCE parte de considerar que una norma nacional que establezca la preferencia automática de las mujeres, a igualdad de méritos y en caso de infrarrepresentación, implica una discriminación por razón de sexo. Ahora bien, ¿podría entrar dicha norma dentro de la excepción prevista por el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE? Después de recordar la jurisprudencia sentada en la STJCE 25 de octubre de 1988, 312/86, Asunto Comisión/Francia, y de reconocer la insuficiencia de las normas sobre igualdad de trato si no van acompañadas por medidas de acción positiva,⁴¹ el Tribunal aboga por una interpretación restrictiva de la excepción contenida en el art.

³⁸ *Landesgleichstellungsgesetz*.

³⁹ Alemania.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1997, 99 y ss.

⁴¹ Recomendación del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, sobre *Promoción de acciones positivas a favor de la mujer*.

2.4, puesto que afecta a un derecho individual.⁴² Por lo cual, entiende que una norma nacional que garantice la preferencia absoluta e incondicionada de las mujeres en un nombramiento o promoción excede de los límites de una medida de fomento y sobrepasa los límites de la excepción establecida en la Directiva: un sistema que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades. En consecuencia, para el TJCE el sistema establecido por la legislación de Bremen es contrario a los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE.

La propia Comisión ya advirtió de la incertidumbre que esta resolución generaba sobre la legitimidad de las cuotas y otros sistemas de acción positiva para las mujeres.⁴³ En parte, dicha incertidumbre ha de ser achacada a la falta de argumentación del propio Tribunal, en cuyo planteamiento pesa una rígida forma de entender la excepción prevista en el art. 2.4 de la Directiva, sin analizar en detalle, tampoco, el carácter de la preferencia prevista en la Ley de Bremen, que no es absoluta ni incondicional, como el TJCE parece sostener.

La postura del TJCE no puede comprenderse, sin embargo, sin acudir a la posterior Sentencia de 11 de noviembre de 1997, 409/95, Asunto Marschall, puesto que ambas resoluciones aparecen como complementarias.⁴⁴ En este supuesto, de nuevo se pone en cuestión la previsión contenida en una Ley sobre función pública de un Estado alemán, en esta ocasión el art. 25 de la *Beamtengesetz* de Renania del Norte-Westfalia, de 1981. De forma similar al caso precedente, el candidato varón que aspira a una promoción en un centro escolar, Sr. Marschall, resulta preterido a favor de la candidata femenina en aplicación de la mencionada Ley. Aunque pudiera pensarse que se trata de un supuesto sustancialmente idéntico al que da origen al caso Kalanke, conviene aclarar que ambos presentan diferencias relevantes.⁴⁵ En primer lugar, porque del relato de hechos contenido en la primera sentencia se desprende que no existe igualdad de méritos entre ambos candidatos: son superiores los acreditados por el Sr. Kalanke y ello hubiera debido zanjar, desde el principio, toda polémica acerca de la posibilidad de aplicar la preferencia contenida en la norma del Estado de Bremen. Aquí, en cambio, parece que sí existe esa igualdad de partida. Una segunda diferencia radica en la legislación de cada Land. Así, la Ley de Bremen, aun estableciendo un sistema de cuotas flexibles y debiendo ponderarse la equidad para el caso de circunstancias especiales de un candidato masculino, no incorpora una excepción expresa, como sí lo hace la Ley de Renania-Westfalia, cuando concurren motivos que inclinen la balanza a favor de aquél. Finalmente, existe una tercera diferencia, que tiene que ver con la valoración de la infrarrepresentación por parte de una y otra norma. De todos modos, debe indicarse que el TJCE, en el fallo del caso Marschall, lo que va a tener en

⁴² STJCE 15 de mayo de 1986, 222/84, Asunto Johnston.

⁴³ *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo*, de 27 de marzo de 1996, COM (96) 88 final.

⁴⁴ BALLESTER PASTOR, 61 y ss.; SIERRA HERNÁIZ, 1999, 143 y ss.

⁴⁵ MILLÁN MORO, 178.

cuenta son las dos primeras circunstancias distintivas: no parece que, en este segundo caso, la última diferencia haya sido tomada en consideración.

La argumentación del TJCE en el caso *Marschall* se basa, así y en parte, en los razonamientos de la previa sentencia en el caso *Kalanke*. Sin embargo, como acaba de indicarse, el Tribunal destaca la excepción expresa a la preferencia por las mujeres que se contiene en la Ley de Renania – Westfalia. Para el TJCE, el mero reconocimiento de la igualdad de oportunidades formal no siempre asegura la supresión de las discriminaciones y el logro de una igualdad material. Ello justifica la inclusión en el ámbito de aplicación del art. 2.4 de la Directiva de una norma nacional que, para el caso de promoción en el empleo y a igualdad de capacitación, otorgue una preferencia a las mujeres, sin perjuicio de la cláusula de apertura y siempre que exista infrarrepresentación, con el fin de corregir las desigualdades de hecho en la vida social. Nuevamente, se postula la interpretación restrictiva de dicho art. 2.4, al tratarse de una excepción a un derecho individual, y se recuerda que la preferencia a favor de la mujer no puede ser incondicional y absoluta. La conclusión, para el TJCE, es que una norma, como la incluida en la Ley de Renania – Westfalia de 1981, no sobrepasa los límites de la excepción prevista en la Directiva 76/207/CEE si, en aplicación de la cláusula de apertura que contiene, garantiza a los candidatos masculinos con igual capacidad que las aspirantes femeninas que las candidaturas serán valoradas objetivamente, teniendo en cuenta todos los criterios relativos a las personas de los candidatos de ambos sexos y descartando la preferencia a favor de las mujeres cuando alguno de esos criterios haga preferir al candidato masculino. Por último, el TJCE señala que esos criterios no podrán ser discriminatorios para las candidatas femeninas, intuyendo el peligro que la cláusula de apertura puede implicar para la consecución de una efectiva igualdad para la mujer.⁴⁶

Las abundantes críticas suscitadas por ambos pronunciamientos coinciden en subrayar cómo el TJCE parece inclinarse por un entendimiento del principio de igualdad más desde el punto de vista formal que desde la perspectiva material. Asimismo, al plantearse el problema en el marco de las excepciones al principio de igualdad – art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE –, se opera con una concepción restrictiva de las acciones positivas, pues “no permite resolver la contradicción entre la necesidad de adoptar medidas para extirpar, destruir la segregación sexual y social del mercado de trabajo y la división sexuada del trabajo y la salvaguarda del derecho individual a la igualdad formal”.⁴⁷ A partir de aquí, la incompatibilidad de las legislaciones nacionales examinadas con el Derecho comunitario se pretende fundamentar en dos tipos de consideraciones. Por un lado, en el carácter rígido de las cuotas. El problema radica en que el Tribunal no profundiza suficientemente en los mecanismos previstos por la Ley de Bremen. Si lo hubiera hecho, probablemente hubiera tenido que concluir que la preferencia establecida en la misma no es absoluta ni incondicional, porque no se trata de una cuota rígida. Por otro lado, se argumenta en torno a la persecución, más de una

⁴⁶ MILLÁN MORO, 183.

⁴⁷ VOGEL-POLSKY, 1312.

igualdad de resultados, que de oportunidades. Y es este segundo argumento el que aparece con perfiles distintos en el caso Marschall, puesto que, en la Sentencia de 1997, hay una invocación a la realidad social, reconociendo que el hecho de que dos candidatos de distinto sexo posean la misma capacitación no significa que disfruten de las mismas oportunidades, en la práctica. Con todo, ello no evita que, en el conjunto de su argumentación, el Tribunal se incline, como acaba de indicarse, por una visión más bien formalista del principio de igualdad.

No cabe duda de que esta limitado y restrictivo entendimiento jurisprudencial del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres constituyó el detonante de las modificaciones normativas posteriormente operadas, no sólo en la propia Directiva 76/207/CEE, sino, también y significativamente, en el texto del Tratado por parte del Tratado de Amsterdam, modificaciones que, como se indicó páginas atrás, han pretendido profundizar en la vertiente material del derecho. Por ello, el Tratado fue saludado como norma destinada a tener una “particular incidencia en las políticas comunitarias y nacionales sobre igualdad de oportunidades” y a ofrecer “una sólida base constitucional a las medidas de acción positiva”. En exceso optimista parece, en cambio, pretender que haya disipado totalmente, según se ha dicho, “las dudas que la jurisprudencia comunitaria había formulado sobre la legitimidad de las medidas de acción positiva”.⁴⁸

La Sentencia Badeck, C-158/97, de 28 de marzo de 2000, tercero de los supuestos de acción positiva sobre los que se ha pronunciado el TJCE, es, sin embargo, la primera de las resoluciones dictada tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Esta Sentencia da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal del Estado de Hesse (Alemania) en el marco de un proceso de control de legalidad interpuesto por varios parlamentarios en torno a la validez de una Ley de dicho Estado, de 1993, sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública.⁴⁹ A juicio de los demandantes, la Ley sería contraria a la Constitución del Estado de Hesse y a la Directiva 76/207/CEE. En la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional alemán somete a la consideración del TJCE cinco preguntas relativas a la admisibilidad, requisitos y límites de la acción positiva en el Derecho comunitario.

Sobre las premisas sentadas en las dos sentencias anteriores – casos Kalanke y Marschall –, el Tribunal comienza por analizar si una normativa nacional que reserva la mitad de los puestos de trabajo a la mujer en sectores de la función pública en que se encuentre infrarrepresentada entra en contradicción con los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva. Muy resumidamente, el Tribunal pondera tres elementos para admitir la medida. El primero radica en la forma que reviste ésta, puesto que la Ley de Hesse⁵⁰ ha recogido una cuota de resultado flexible que se ajusta a la Directiva, al tener en cuenta las características específicas del mercado de trabajo cuando fija los objetivos vinculantes, sin establecer de modo uniforme las cuotas aplicables al conjunto de sec-

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2000, 65.

⁴⁹ HGIG.

⁵⁰ Art. 10 HGIG.

tores y servicios, y porque no propugna favorecer, de forma automática, a la trabajadora en caso de igualdad de méritos, sino solamente cuando las mujeres estén infrarrepresentadas, como indicio de la existencia de una situación desfavorable contra ellas. El segundo es el respeto al principio de mérito, que el Tribunal considera acreditado por parte de la norma que se examina, al combinar criterios positivos y negativos en la valoración de los méritos de los candidatos. Y el tercero es la inexistencia de un motivo de rango jurídico superior que anule la preferencia a favor de la mujer para otorgar el puesto al candidato masculino. Por todo ello, en definitiva, el TJCE entiende que la Directiva 76/207/CEE autoriza “una normativa nacional que, en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de cualificación entre los candidatos de distinto sexo, otorga preferencia a las candidatas femeninas siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior, a condición de que dicha normativa garantice que las candidaturas son objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”.

Seguidamente, el TJCE tampoco entiende contrarias al Derecho comunitario, ni las previsiones legales que configuran una reserva de puestos de trabajo en el sector científico,⁵¹ ya que se respeta el principio de selección de la persona más capacitada, ni aquéllas por las que se reserva la mitad de los puestos a favor de las mujeres en cursos de formación profesional impartidos por el Estado,⁵² asumiendo la posición del Tribunal de Hesse, que pone el acento en un entendimiento material del principio de igualdad de oportunidades. De esta forma, tampoco se opone a la Directiva una norma como la Ley de Hesse de 1993 que, en la medida en que se propone eliminar una infrarrepresentación de la mujer, procede a reservar a las mujeres “al menos la mitad de las plazas de formación en aquellas profesiones que requieran una formación especializada en las que las mujeres estén infrarrepresentadas y respecto de las cuales el estado no ejerza un monopolio de formación, salvo que, pese a la adopción de medidas apropiadas para divulgar entre las mujeres la existencia de plazas disponibles de formación profesional, las candidaturas femeninas fueran insuficientes”.

Una postura similar va a mantener el Tribunal respecto de la cuarta y quinta parte de la cuestión judicial, esto es, en lo que se refiere a la convocatoria de mujeres cualificadas a entrevistas de trabajo en los sectores en los que estén infrarrepresentadas⁵³ y en lo relativo a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y control:⁵⁴ en ambos casos, el TJCE tampoco va a observar contradicción con la Directiva 76/207/CEE.

Como ha podido comprobarse a través de esta apresurada síntesis, en la Sentencia se pasa revista a cuatro aspectos⁵⁵ que presentan una importancia desigual. Por

⁵¹ Art. 5.7 HGIG.

⁵² Art. 7 HGIG.

⁵³ Arts. 9 y 10 HGIG.

⁵⁴ Art. 14 HGIG.

⁵⁵ SIERRA HERNÁNIZ, 2000, 131.

ello, parece oportuno centrarse en los de mayor enjundia, es decir, en lo que afecta a la aplicación de medidas de acción positiva en la contratación o promoción de mujeres, en primer término, y, en segundo lugar, en lo relativo a la proyección de dichas medidas en los cursos de formación profesional. Por lo que se refiere al primer aspecto, serían cuatro las principales aportaciones reseñables respecto de la jurisprudencia anterior:⁵⁶

a) Considerar la acción positiva como una excepción legítima al principio de igualdad de trato y cuyo origen radica en el principio de igualdad sustancial, que postula la eliminación de todas las desigualdades de hecho que surjan en las relaciones sociales, incluyendo aquéllas que vienen determinadas por la pertenencia a un grupo determinado. De dicho principio va a derivar la idea de discriminación social, que busca terminar con la segregación laboral y social de las mujeres manifestada en la infrarrepresentación, y, añadidamente, el principio de igualdad de oportunidades sustancial, que propugna la distribución desigual de los puestos de trabajo para corregir los resultados desiguales que son fruto de la discriminación social.

b) Configurar dicha excepción como medida vinculante o de obligado cumplimiento, pero sin desembocar en preferencias absolutas e incondicionales. Por vez primera, el TJCE va a reconocer ese carácter vinculante y entiende, en el caso concreto, que no se está ante una preferencia automática a favor de las mujeres: se trata de medidas necesarias y proporcionales para combatir una situación discriminatoria sufrida por el colectivo femenino. Por otro lado, ya se indicó, el Tribunal toma en consideración la forma flexible de la medida, pues el porcentaje de puestos reservados aparece condicionado por las circunstancias concretas de cada sector. Todos estos elementos contribuyen a explicar la distinta posición adoptada por el Tribunal ante un supuesto similar al juzgado en el caso Kalanke.

c) Exigir que, a la aplicación de la preferencia, no se oponga un motivo de rango jurídico superior. Bien es cierto que dicho requisito no aparece claramente reflejado en el articulado de la Ley de Hesse y no deja de generar cierta confusión: si parece que lo que el Tribunal ha pretendido es establecer una cláusula de apertura implícita, ¿no resulta ésta una exigencia reiterativa, al acumularse a la cláusula explícita?

d) Exigir la existencia de una cláusula de apertura que tome en consideración situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos, como contrapeso que permite salvaguardar el derecho a la igualdad de trato. Este requisito ya figuraba enunciado en la Sentencia Marschall pero, como acaba de indicarse, aparece ahora reforzado, en combinación con el anterior.

En cuanto al juego de la reserva de plazas en los cursos de formación especializada para profesiones en que las mujeres estén infrarrepresentadas, ha de indicarse que se trata de medidas cuyo objetivo es idéntico al supuesto anterior: acabar con la infrarrepresentación. La diferencia radica, sin embargo, en el modo de afrontarlo, puesto que ahora las medidas persiguen mejorar la capacidad competitiva de las mujeres en el mercado de trabajo, paliando los déficits formativos que pudieran existir. En contraste con el supuesto anterior, se trata de medidas que no aseguran la consecución de

⁵⁶ SIERRA HERNÁIZ, 2000, 131.

ningún resultado – en forma de puesto de trabajo – para las mujeres, sino que persiguen suprimir, por medio de la formación profesional, las causas que obstaculizan la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y, así, lograr que desarrollen una carrera profesional en condiciones de igualdad con los hombres. Nótese que el TJCE establece dos límites para que este tipo de medidas puedan considerarse excepciones legítimas al principio de igualdad de trato. Por un lado, que no exista un monopolio estatal en los cursos de formación, garantizando a los hombres la posibilidad de recurrir al sector privado para su formación. Por otro, que se permita a los hombres inscribirse en los mismos si existieran vacantes.

¿Qué opinión cabe formular respecto de este pronunciamiento judicial? En un análisis valorativo,⁵⁷ se ha resaltado que la contribución más importante de esta Sentencia radica en la nueva formulación de los requisitos exigidos para la validez de las medidas de acción positiva. Así, cabe aludir a la consideración expresa de la infrarrepresentación como indicio justificante, aunque rebatible, de la acción positiva. Añadidamente, y en comparación con la Sentencia Marschall, la apelación a una cláusula de apertura implícita ofrece perfiles poco claros. Desde el punto de vista práctico, y como parece recoger el propio Tribunal, se trataría de tomar en cuenta determinadas situaciones personales, tales como el desempleo prolongado o la incapacidad. Esos “motivos de rango superior” que derivan de las normas constitucionales, sin embargo, parecen privar de sentido a las cláusulas de apertura expresas exigidas por la propia jurisprudencia comunitaria. Incluso, implicarían dotar de mayor flexibilidad a la aplicación de las medidas de acción positiva. Naturalmente, salvo que se pretenda “abrir la puerta en exceso a circunstancias personales que acaben por malograr el fin último de la acción positiva que es, no se olvide, otorgar una preferencia a la mujer”.⁵⁸

La STJCE 6 de julio de 2000, 407/98, Asunto Abrahamsson, vuelve a enfrentarse a un supuesto de hecho muy similar a los anteriormente referidos casos Kalanke y Marschall. En este caso, para la provisión de un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera en la Universidad de Gotemburgo⁵⁹ fue seleccionada una candidata femenina, suficientemente capacitada pero con méritos inferiores a los del Sr. Abrahamsson. Tal decisión fue adoptada al amparo del Reglamento sueco 1995:936 y del plan de igualdad entre hombres y mujeres de la Universidad de Gotemburgo que prevén la inaplicación de la regla general – el nombramiento debe recaer sobre la persona más cualificada para ocupar un puesto – cuando la decisión entra dentro del ámbito de los esfuerzos para promover la igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, en cuyo caso el candidato con aptitudes suficientes ha de ser el designado, siempre que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos no sea tan importante que de ella resulte una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación. Precisamente, el nombramiento, por parte del Rector de la Universidad, de la candidata femenina tomó en cuenta que la

⁵⁷ SIERRA HERNÁIZ, 2000, 135-136.

⁵⁸ SIERRA HERNÁIZ, 2000, 136.

⁵⁹ Suecia.

diferencia en los méritos no era de tal relieve que pudiera producir dicho resultado contrario a la objetividad.

De nuevo, pues, el problema de la compatibilidad de una medida nacional de acción positiva a favor de las mujeres con la normativa comunitaria pero, a diferencia de otros casos, como Kalanke o Marschall, en este supuesto se analiza una disposición nacional que otorga preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que, aunque cuente con capacitación suficiente, no posee, sin embargo los mismos méritos que el candidato del sexo opuesto.⁶⁰ En su argumentación, el TJCE va a destacar que el alcance del requisito previsto por la normativa sueca, esto es, que la diferencia entre los méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos, no aparece determinado de forma precisa; así, la selección de un candidato, siempre que posea capacitación suficiente, se basa, en último término, en el mero hecho de pertenecer al sexo infrarrepresentado, sin llevarse a cabo “un examen objetivo de las candidaturas que tenga en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos”. Para el Tribunal, el método de selección debatido no puede estar legitimado por el art. 2.4 de la Directiva. La cuestión radica, entonces, en dilucidar si el art. 141.4 del Tratado sí proporciona, en cambio, dicha cobertura.

Y esta es la mayor novedad que aporta la sentencia, al analizarse por vez primera, por parte del TJCE, el alcance de dicho precepto respecto de las acciones positivas, tras la reforma introducida por el Tratado de Amsterdam. Para el Tribunal, de la redacción del art. 141.4 no puede inferirse la admisión de un método de selección como el que se discute en el litigio y que, “en todo caso, resulta ser desproporcionado en relación con el objeto perseguido”, por lo que concluye la incompatibilidad de la normativa sueca con la comunitaria. Más concretamente, dicha incompatibilidad se mantiene aun en el caso de que la normativa nacional sólo se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, bien a puestos que se creen en el marco de un programa específico de una Escuela Superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva. A juicio del TJCE, la incompatibilidad es independiente del nivel del puesto que vaya a proveerse.

En cambio, y siguiendo las conclusiones sentadas en su anterior sentencia sobre el caso Badeck, para el TJCE resulta ajustada a lo dispuesto en los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva una práctica jurisprudencial nacional por la cual, a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado se le conceda preferencia frente a otro candidato del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tome en consideración las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

De cualquier forma, el TJCE prosigue la línea sentada en la jurisprudencia anterior, exigiendo la equivalencia de méritos para que una medida de acción positiva

⁶⁰ RAMOS MARTÍN, 36.

a favor de la promoción de la mujer en el empleo pueda estimarse compatible con la normativa comunitaria. La aportación de esta sentencia es, como se indicó líneas atrás, la interpretación que se ofrece del art. 141.4 del Tratado, manteniendo una postura restrictiva respecto de la compatibilidad de las medidas de acción positiva con el mismo: éstas sólo podrán admitirse si concurre el presupuesto de una equivalencia o una gran similitud de méritos por parte de los candidatos y si se respeta el principio de proporcionalidad en su adopción.⁶¹

La última de las resoluciones de las que pretendo dar cuenta aquí, la STJCE 19 de marzo de 2002, C-476/99, Asunto Lommers, presenta afinidades con el supuesto abordado en el caso Badeck, ya que el problema de fondo es el establecimiento de medidas orientadas a facilitar a las mujeres el desempeño de actividades profesionales, en este caso por medio de la concesión de determinadas ventajas – acceso al servicio de guarderías – en sus condiciones de trabajo. El litigio suscitado parte de la negativa dada por el Ministerio de Agricultura holandés al Sr. Lommers, funcionario del mismo, que solicitó una reserva de plaza de guardería para su hijo. La esposa de este funcionario prestaba servicios para otro empleador y el Ministerio argumentó que, dada la reserva prevista para el personal femenino, los hijos de los funcionarios varones sólo podían acceder a los servicios de guardería en casos de urgencia. El marco normativo lo constituía la Ley holandesa relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres, de 1 de marzo de 1980.⁶² En el curso del litigio nacional, el órgano judicial holandés – Centrale Raad van Beroep – decidió suspender su pronunciamiento y plantear al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: ¿existe oposición entre el art. 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE y una normativa establecida por un empleador “que reserva exclusivamente a las trabajadoras las plazas de guardería subvencionadas por él, de las que un trabajador únicamente puede disfrutar si se encuentra en una situación de urgencia cuya apreciación corresponde al empleador?”

Premisa importante, en la argumentación desarrollada por el TJCE, es la consideración de la oferta de plazas de guardería como condición de trabajo, haciendo posible, por lo tanto, su inclusión dentro del ámbito aplicativo de la Directiva, y no de la Directiva 75/117/CEE, sobre igualdad de retribuciones, a pesar de la dimensión económica de la medida. El TJCE va a acabar reconociendo la legitimidad de la reserva discutida, de nuevo en el marco de la excepción al principio de igualdad de trato, lo que obliga, para respetar el juicio de proporcionalidad, a analizar si la misma no supera los límites de adecuación y necesidad en la consecución del objetivo propuesto, así como conciliar, en lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo que se persigue.⁶³ Dicho objetivo, precisamente, consiste en facilitar el ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores afectados y no puede perderse de vista que el contexto en que se desarrollan los hechos controvertidos se caracteriza por la insuficiente oferta de plazas de guardería adecuadas, lo cual podría llevar a las traba-

⁶¹ RAMOS MARTÍN, 36.

⁶² WGB.

⁶³ MERINO SEGOVIA, 121.

jadoras, especialmente, a renunciar a su empleo. La reserva de plazas permite, en cambio, contribuir a la disminución de dificultades e incertidumbres, eliminando, en parte, un obstáculo importante en el acceso y conservación del puesto de trabajo en condiciones de igualdad respecto de los trabajadores del sexo masculino.

El TJCE estima que la preferencia establecida a favor de las mujeres en la adjudicación de plazas de guardería se ajusta a una serie de requisitos insoslayables desde la perspectiva jurisprudencial y normativa de la Unión Europea. Así, en primer término, la medida se arbitra dentro de un sector en que las mujeres se hallan infrarrepresentadas, y no sólo en relación al número total de funcionarios del organismo, sino, como pone de manifiesto el Tribunal, por la escasa presencia femenina en puestos de tipo superior. Por otro lado, la reserva se liga a un concepto restringido de igualdad de oportunidades, no afectando a puestos, sino al disfrute de determinadas condiciones laborales, facilitando la continuidad y el progreso de la carrera profesional. El hecho de que las mujeres tiendan más a interrumpir su carrera para asumir el cuidado de los hijos de corta edad sirve, así, para explicar que una medida dirigida sólo a trabajadoras del sexo femenino no rompa el principio de proporcionalidad, a lo que debe añadirse el carácter limitado del número de plazas ofrecidas por el Ministerio de Agricultura. Finalmente, y a semejanza de la Sentencia Badeck, el TJCE constata la inexistencia de un monopolio estatal en los servicios de guardería y, sobre todo, invoca el juego de una cláusula de apertura que tome en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de los trabajadores afectados. En el caso considerado, dicha cláusula se concreta en la posibilidad concedida al Ministerio, no obstante la preferencia prevista, de optar por la solicitud presentada por un trabajador masculino amparándose en situaciones de urgencia. Todo ello llevará a concluir al TJCE, en su fallo, que el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE “no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida a favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman solos la guarda de sus hijos”.

Como puede comprobarse, reitera el Tribunal la exigencia de una cláusula de apertura, con los problemas y dificultades que ya anteriormente se indicaron. Pero, con la circunstancia agravante, en este caso, del amplio margen de actuación concedido al empleador para apreciar otros factores concurrentes, lo que podría neutralizar la propia virtualidad de la medida de acción positiva. Sería preferible el previo establecimiento de un conjunto de exigencias formales que permitan una aplicación automática de este tipo de medidas, antes que una valoración subjetiva *a posteriori* de las circunstancias concurrentes que es, justamente, lo que pretende superar la idea de acción positiva. Se ha observado, por ello, que permitir tal margen de discrecionalidad al

empleador puede desembocar en una potencial arbitrariedad y, en todo caso, genera una gran dosis de inseguridad, a la vista de su generalidad e imprecisión, contribuyendo muy poco al futuro desarrollo de la acción positiva: “Quiebra, a nuestro juicio, en el caso examinado en la sentencia Lommers, la exigencia de que el contenido de la cláusula de apertura tenga un ámbito muy reducido de aplicación, limitado a aquellas circunstancias que sean acreedoras de igual protección a la de los principios que constituyen la razón de ser de las medidas de acción positiva”.⁶⁴

⁶⁴ MERINO SEGOVIA, 125.

LA MUJER EN EL DERECHO DEL TRABAJO: DE LA PROTECCIÓN A LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD

Oscar Ermida Uriarte

Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho

Universidad de la República – Uruguay

Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo

Director de La Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho – Uruguay

Introducción

¿Y si Dios fuera mujer? En las religiones monoteístas modernas, la representación humana de Dios se hace con forma masculina. Sin embargo, si uno lo piensa de manera racional y fría, Dios debería ser mujer. Nacemos de y en una mujer, el primer alimento que recibimos intra y extra uterino lo recibimos de una mujer. Siendo así, ¿quién podría ser Dios, sino una mujer que de alguna manera representara el mismo origen de la vida?

Da la impresión de que debió interceder una acción conciente y voluntaria, una intervención política, estratégica, racional, para cambiar el sexo natural e inevitable de Dios.

No he podido identificar con exactitud el origen de esa frase interrogativa y provocativa: “*¿Y si Dios fuera mujer?*” Alguna fuente la ubica en los famosos “*graffitis*” del mayo francés del 68; alguna otra la atribuye a movimientos feministas canadienses. Pero sí me parece claro que esta pregunta, que quizás pueda ser percibida por algunos como una provocación, consigue denunciar el machismo implícito en esa representación gráfica de Dios y pone en evidencia – que es lo que nos interesa – la omnipresencia de la discriminación por sexo: si Dios es varón, ¿cómo negar la superioridad de éste sobre la mujer?

Por lo demás, el carácter probablemente provocativo de la pregunta en cuestión, termina demostrando la profundidad del sentimiento discriminatorio. En efecto, si ante la mera pregunta nos sentimos incómodos, es por el carácter subversivo que podría tener una representación gráfica femenina de la idea de Dios. Y tal posibilidad sólo puede ser subversiva en la medida en que la discriminación por género forma parte de nuestras estructuras, de nuestra sensación de solidez y estabilidad.

Hasta hoy, el centro de gravedad de esa discriminación sigue estando en la discriminación social familiar; de alguna manera, en la cultura. Si no, veamos: cuando tenemos que hacer un regalo a un niño, le obsequiamos una pelota o un auto de juguete, mientras que a una niña le regalamos una muñeca o un juego de té.

En Hispanoamérica usamos en primer lugar el apellido masculino y muchas veces renunciamos al uso del apellido de la madre (a pesar de que lo único que se podía demostrar hasta hace muy poco, era la evidencia de la maternidad, ya que la paternidad siempre podía ser discutible). Es cierto que en Brasil se utiliza el apellido materno primero y el paterno después, pero este acto de aparente justicia y racionalidad queda

vacío de contenido cuando en la práctica diaria se utiliza el segundo apellido (el paterno) mucho más que el primero (el materno).

El laboralista argentino Mario Ackerman ha hecho un estudio sobre convenios colectivos en su país, en el cual pone en evidencia cómo en las propias convenciones los celebrantes discriminan y revelan una discriminación inconciente e involuntaria, al utilizar el género en la denominación de los cargos. Por ejemplo, en el convenio colectivo de la Educación Privada argentina de 1996, los cargos típicamente femeninos aparecen en femenino, y los cargos de mayor jerarquía, que se suponen ocupados por hombres, aparecen expresados en masculino. Así, en femenino aparecen los cargos de niñera, costurera o mucama, pero en masculino el de Jefe y Encargado, y en particular un cargo, que es el de Jefe Encargado de Niñeras.

Creo que todo esto indica que la discriminación está fundamentalmente en la sociedad, en nuestra organización social, en nuestro comportamiento diario, en la organización familiar y en las relaciones laborales, que son relaciones sociales. Con un agravante en el caso de las relaciones laborales: estas son relaciones de poder; con lo cual ofrecen un campo propicio no sólo para la discriminación, sino para potenciar la discriminación, porque esa discriminación que ya nos viene servida desde la vida social, familiar etc., encuentra la posibilidad de un ejercicio potenciado en una relación de subordinación, entre quien dirige y quien es dirigido.

I. Evolución del Derecho del Trabajo: de la protección a la igualdad

El Derecho no podía escapar de esta situación. Sin embargo, el Derecho ha reaccionado más rápidamente y más intensamente que otras instituciones sociales, al punto que hoy nos parece que hay menos problemas jurídicos, en materia de discriminación, que problemas prácticos, de aplicación; problemas que responden menos a la ley que a la cultura, a nuestro accionar diario.

Es que en particular en el Derecho del Trabajo ha habido, o se está viviendo, una evolución clara que va de la idea de “protección de la mujer”, que fue la forma con que se inauguró el Derecho del Trabajo ante la mujer – idea de protección bien inspirada, pero que supone ya una discriminación, puesto que parte de imaginar a la mujer en una situación de alguna inferioridad de la cual hay que sacarla –, a la idea más moderna de “promoción de la igualdad”.

Hace treinta años la cuestión de la mujer en el Derecho del Trabajo no aparecía en un capítulo de derechos fundamentales ni en torno al principio de igualdad o de no discriminación. Estaba en los programas, en los cursos, en los manuales, en los tratados, generalmente en un capítulo denominado “Trabajo de mujeres y menores”. Es decir, la mujer aparecía *junto con el menor*, reflejando claramente esa idea de que tenía una capacidad inferior (como el menor de edad) y que requería un tipo de protección más o menos análoga. En el propio Preámbulo de la Constitución de la OIT del año 1919 se incluye entre los principios orientadores de la OIT la “Protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres” en el mismo nivel, aunque tiempo después,

ya en la Declaración de Filadelfia (1944) que actualiza los principios de la OIT, se habla de proteger la infancia y la maternidad, lo que supone un cambio. Obviamente que la maternidad solamente puede ser ejercida por una mujer, pero no es la idea de *mujer* la que es objeto de protección, sino la de una determinada circunstancia (*la maternidad*), por la que pasa o puede pasar la mujer.

Está muy claro que el eje del Derecho del Trabajo se desplazó de la “protección” – que supone una presunción de invalidez o de inferioridad –, a la idea de “igualdad”, pero no de igualdad alcanzada, sino de igualdad perseguida, de igualdad-objetivo, de igualdad-meta, de igualdad-fin. Porque si bien en el Derecho en general y en el Derecho del Trabajo en particular se ha progresado en esta materia, persiste la discriminación *en los hechos*, por lo cual la igualdad no es una conquista a preservar como un derecho adquirido y ejercido, sino que se trata del derecho a alcanzar una igualdad todavía no obtenida.

Siendo así, tratándose de un derecho a conquistar en el terreno fáctico, el papel del Derecho es fundamental pero relativo, es indispensable pero insuficiente, es necesario que el Derecho se ocupe de este tema, pero no basta con ello. En realidad; en esta materia se necesita una revolución, y el Derecho no puede imponer una revolución. El Derecho puede, a lo más, remover obstáculos, modificar o eliminar algunas normas que suponen algún tipo de discriminación. Puede inclusive proporcionar plataformas de lanzamiento a una política de igualdad, de no discriminación; puede brindar condiciones para llegar a la igualdad, pero no puede cambiar por sí solo esas pautas sociales, culturales, familiares, religiosas, sexuales, que hacen que discriminemos todos los días, muchas veces sin darnos cuenta e inclusive sin querer.

2. La protección como condición de la igualdad

¿Qué ha hecho el Derecho? Pasar *de la idea de protección a la idea de igualdad* e incorporar modernamente dos conceptos que creo que ayudan: el de *trabajo decente* y el de *acción positiva o discriminación positiva*.

Antes, lo que hacía el Derecho del Trabajo era proteger a la mujer; protegerla de la única manera que se podía protegerla en el marco de la idea que se tenía de la mujer dedicada a la familia, a la reproducción, al cuidado de los hijos, etc. Esa protección consistía, por ejemplo, en prohibirle el trabajo nocturno; en prohibirle trabajos pesados que pudieran dañar su condición física (porque se la presumía débil) o social o emocional. Un ejemplo claro de esta discriminación es la famosa “ley de la silla” de 1918, una de las leyes inaugurales de la legislación laboral uruguaya, que respondía a aquella concepción protectora.

Hoy la idea de protección – en la concepción más moderna – no desaparece, pero sí se limita, por una parte y por otra se modifica.

Por una parte, la protección se limita a determinadas circunstancias o momentos en que efectivamente hay una situación de vulnerabilidad. No se trata de proteger a la mujer; se trata de protegerla ante una situación diferente, que somete a

la trabajadora a una condición – durante determinado tiempo – de cierto perjuicio. Por ejemplo, en el caso de la maternidad, se mantiene la idea de protección de la trabajadora durante el embarazo, en el parto y en el período posterior, con lo cual, se tutela a la trabajadora en un momento en que su riesgo laboral es mayor, sin perjuicio de proteger simultáneamente a la maternidad como hecho objetivo: el dar a luz, la vida, la infancia etc. En este sentido, algunas de las normas internacionales principales son el convenio internacional del trabajo 103 y el convenio internacional del trabajo 183, que revisa el anterior, ambos de protección de la maternidad.

Pero por otro lado, la protección se concibe de una manera diferente, fuera de la situación “maternidad”. Se trata de ver que *la protección hoy consiste más bien en promover o proporcionar condiciones para el ejercicio de la igualdad*. Por ejemplo, las guarderías, previstas en el convenio internacional del trabajo 156, sobre trabajadores con responsabilidades familiares. La idea – que no está en el Derecho uruguayo pero sí en otros – de que en todo lugar de trabajo debe haber acceso a guarderías, para que la trabajadora pueda tener allí atendidos a sus hijos mientras trabaja, no supone una protección prohibitiva, sino que trata de brindarle a la mujer condiciones que le permitan ejercer su derecho a la igualdad, o que le faciliten el ejercicio del derecho a la igualdad.

Finalmente – ya en una línea tendencial pero que aparece en algunas normas –, si realmente se llegara a generar una igualdad de género en la vida real, entonces habría que terminar protegiendo también la paternidad y no sólo la maternidad. Si se alcanzara en algún momento una verdadera distribución de roles, entonces a la hora de ser padre, el trabajador va a tener que atender también determinadas obligaciones que habrá repartido de alguna forma con la madre de sus hijos. En alguna medida, esta visión aparece en la *licencia por paternidad* prevista en la Constitución brasileña de 1988 y más íntegramente en el concepto desarrollado en el Derecho europeo de *licencia parental* o *familiar*, en el entendido de que el tiempo libre para atender obligaciones familiares puede – y debe – ser utilizado indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

Para esta evolución de la idea de protección, tenemos una dificultad en el Derecho uruguayo: es el art. 54, párrafo 2, de nuestra Constitución, que tiene una concepción antigua del trabajo de la mujer, que hoy es vista como discriminatoria, porque ordena que el trabajo de mujeres y menores sea especialmente protegido y limitado; no sólo protegido, sino además limitado. Es decir, se ordena la limitación del trabajo de la mujer de una manera análoga a como se limita el trabajo de los menores. De todos modos, como quiera que el art. 72 de la misma Constitución declara que también forman parte de ella todos los derechos inherentes a la persona humana, es apropiado interpretar que la moderna noción de igualdad de género, recogida como derecho humano en múltiples normas internacionales, forma parte del texto constitucional uruguayo, primando sobre el texto literal antes mencionado. Más adelante volveremos sobre este mismo asunto.

3. El principio de igualdad de oportunidades

El principio de igualdad de oportunidades es hoy el eje del enfoque jurídico de la cuestión de género en el Derecho del trabajo. Como se acaba de señalar, el clásico

principio de protección se ha limitado en relación con la mujer y se ha proyectado hacia la igualdad.

Focalizaremos este principio de igualdad de oportunidades en base a tres grupos de normas internacionales: en primer lugar, la Declaración de la OIT de 1998 sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo; en segundo lugar, la Declaración Sociolaboral del Mercosur; y en tercer lugar, los convenios de la OIT aplicables al tema de la discriminación por género.

3.1. La Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998)

Puede ser vista – según la concepción jurídica que se tenga – como una de las normas de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico universal, por ser una consagración de derechos humanos fundamentales de validez universal y que integran el orden público internacional. Dispone que todos los países miembros de la OIT, por el solo hecho de serlo, y aún cuando no hayan ratificado los convenios correspondientes – se da un salto por sobre la soberanía nacional –, están obligados por los principios que son objeto de esos convenios.

Estos principios y derechos fundamentales son: libertad sindical y negociación colectiva, eliminación del trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil, y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Eliminación de todas las formas de discriminación, ya sea por ideas políticas, por raza, por religión, por militancia sindical y también, por supuesto, en un lugar relevante, discriminación por género.

Ya otras normas constitucionales de la OIT habían incluido el principio de no discriminación, y es interesante ver cuál ha sido la evolución de esas normas – no nos referimos a los convenios, sino a *las normas de rango constitucional de la OIT* –, porque me parece que grafica bien esa evolución desde la idea de protección – con un componente discriminador – hacia la idea de promoción de la igualdad sobre la base de un derecho igualitario de los géneros.

El Preámbulo de la Constitución de la OIT de 1919 – que por una razón de época no podía sino recoger la visión protectora tradicional –, tenía en una de sus disposiciones una concepción discriminatoria que antes mencionamos: la protección de los niños, adolescentes y de las mujeres considerados a un mismo nivel. Pero paralelamente ya contenía el germen de la evolución, porque en otro pasaje establecía – también como objetivo de la OIT –, el reconocimiento del principio de salario igual por trabajo de igual valor. Aquí aparecía, aunque limitada al tema del salario, la idea de promoción de la igualdad, de eliminación de la discriminación.

La segunda etapa en la evolución de las normas constitucionales de la OIT se verifica en la Declaración de Filadelfia (1944) que actualiza la Constitución de la OIT. Allí aparece también, ahora ampliado, el principio de promoción de la igualdad: se proclama la igualdad de oportunidades para todos los seres humanos, sin distinción de sexo y sin limitarla al tema salarial.

Y el tercer paso en esta evolución “in crescendo” desde la protección hacia la igualdad está en la ya mencionada Declaración de Principios y Derechos fundamenta-

les del Trabajo de 1998, que habla genéricamente de la no discriminación, sin hacer ya alusión para nada a la idea de protección. La cuestión se centra en la igualdad y no se limita a la igualdad salarial, sino que se refiere a la igualdad en general, en el empleo y en la ocupación.

3.2. La segunda norma internacional que debe ser mencionada no pertenece al sistema normativo de la OIT

Trátase de la *Declaración Sociolaboral del Mercosur (1998)* que dedica dos artículos, el primero y el tercero, al problema de la discriminación con un enfoque absolutamente actualizado y moderno.

El artículo primero garantiza la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo, sin distinción de sexo u orientación sexual. Agrega un compromiso estatal de realizar acciones encaminadas a eliminar la discriminación en el trabajo. Y el artículo tercero establece que los Estados Partes se comprometen a garantizar, mediante la legislación y la práctica laboral, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

Para quienes entendemos que la Declaración Sociolaboral del Mercosur tiene plena eficacia y es una norma de alta jerarquía jurídica por formar parte del orden público internacional, ella se impondría, en tanto *jus cogens*, a los propios derechos nacionales y/o formaría parte de nuestros textos constitucionales (de conformidad con los arts. 72 de la Constitución uruguaya y 5 párrafo 2 de la brasileña). De ese modo, en el caso uruguayo, la Declaración de referencia, en conjunto con los demás Pactos y Declaraciones de derechos humanos, estaría *corrigiendo* la redacción original del inciso 2 del art. 54 de la Constitución uruguaya, que ordenaba la limitación del trabajo de la mujer.

3.3. Y el tercer tipo de normas internacionales a considerar aquí son los convenios de la OIT sobre no-discriminación, aplicables al trabajo de la mujer. Se trata de los convenios internacionales del trabajo n. 100, 111 y 156

En primer lugar, el convenio internacional del trabajo n. 100 sobre igualdad de remuneración establece la obligación estatal de promover la igualdad y de garantizarla en la medida de lo posible.

El convenio n. 111 da un paso más y agrega que el fomento de la igualdad de oportunidades y de trato “es asunto de interés público”, con lo cual el compromiso gubernamental de acción en esta materia se subraya en particular.

El convenio n. 156 señala expresamente la obligación de los Estados de adoptar políticas nacionales que eviten la discriminación de los trabajadores con responsabilidades familiares, y promuevan la compatibilización entre éstas y las responsabilidades profesionales.

De esta forma, el trabajo de la mujer se ubica en un principio general básico: la no-discriminación y la igualdad. Y por allí entra al terreno de los derechos humanos o derechos fundamentales.

Ahora bien. Además de su trascendencia obvia por la relevancia especial que le da a la cuestión de la mujer en el trabajo al enmarcarla en el área de los principios y de los derechos fundamentales, esto tiene una consecuencia fundamental en la dogmática del Derecho Laboral. En efecto, si el análisis jurídico del trabajo femenino está en aquel terreno (el de los derechos humanos y los principios), el trabajo de la mujer no es, en verdad, un régimen especial de trabajo, un contrato especial de trabajo, un estatuto, como generalmente ha sido estudiado, sino fundamentalmente, un conjunto de medidas tendientes a la igualdad. Debería, por consiguiente, ser estudiado al comienzo, al abordarse los principios generales de la disciplina y los derechos humanos fundamentales, de los cuales derivaría cada uno de los institutos del Derecho del trabajo.

Es más, tengo la impresión de que la consideración – en un programa de Derecho del Trabajo – del trabajo de la mujer como un estatuto especial o como un contrato especial de trabajo, encierra en sí misma *el riesgo de una discriminación*: la técnica del contrato especial o del estatuto profesional supone considerarlo como algo especial, como algo distinto y de considerarlo especial y distinto a considerarlo marginal, hay sólo un paso.

4. Trabajo decente

Conviene también relevar aquí la introducción, en el seno de la OIT, del concepto de *trabajo decente*, que ha significado un paso cualitativo: la idea de que no sólo hay que preocuparse por la cantidad de puestos de trabajo, sino que, a pesar de la escasez de empleo, los puestos de trabajo que se creen deben ser dignos, acordes con la dignidad humana de quien presta ese trabajo. No sólo hay que crear empleo; hay que crear empleo de calidad.

No es este un concepto específicamente referido a la mujer. Pero si bien se trata de una noción general, tiene especial relevancia en relación con el trabajo femenino. En efecto, la realidad indica que la calidad del trabajo de las mujeres es promedialmente de menor calidad que el común del trabajo ejercido por los hombres, por lo cual es indispensable – en la búsqueda del trabajo decente – hacer también una política de género, con una preocupación especial respecto de la calidad del trabajo de las mujeres. La propia Memoria del Director General de la OIT del año 1999 sobre Trabajo Decente hace referencia a este sesgo de la cuestión del trabajo decente.

5. Acción positiva

Un panorama – aún superficial – de la evolución del tratamiento jurídico del trabajo de la mujer, no estaría ni remotamente completo sin una referencia a la noción de *acción positiva* o de *discriminación positiva*. Ella parte de la constatación de que no alcanza con proclamar la igualdad cuando hay una desigualdad instalada. Como dice Martha Márquez en uno de sus trabajos, el problema principal consiste en la distancia que existe entre las normas igualitarias y la aplicación de las mismas en la práctica; por lo cual, es necesaria una acción positiva, una discriminación positiva, aunque sea tran-

sitoria, para generar una situación de igualdad. Es necesario generar un “discriminación al revés”, para promover un comportamiento diferente al instalado.

Esta técnica, que a primera vista podría parecer antijurídica por atacar la igualdad, en realidad no es extraña al Derecho del trabajo ni a la Justicia, sino que es muy propia del Derecho del trabajo, de la justicia distributiva y de la justicia social. El tratamiento desigual de los desiguales se encuentra en la idea de justicia desde Aristóteles. Y en general, toda la técnica del Derecho del trabajo se basa en esto, en crear contrapesos a favor de quien está en una situación de debilidad. Todo el Derecho del trabajo supone una especie de acción positiva o de discriminación positiva hacia el trabajador. La única particularidad de la acción positiva por razón de género es que se dirige hacia un tipo determinado de trabajador: la mujer.

Por eso no debería extrañar la aparición, ante situaciones de presunta discriminación por género, de mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba o el tan debatido de la cuotificación para cargos públicos, sindicales, etc.

Es en este mismo marco que puede ubicarse, también, el convenio internacional del trabajo n. 156 sobre responsabilidades familiares, que tiene un cierto paralelismo con una Directiva de la Unión Europea sobre licencia parental. La idea central a la que responden estas normas es la de que los beneficios que se conceden tradicionalmente a la mujer para el cuidado de los hijos, de familiares etc. no deben ser ofrecidas solamente a la mujer, sino a todos los trabajadores con responsabilidades familiares. Porque si estos beneficios son concedidos a los trabajadores con responsabilidades familiares y pueden ser usados tanto por la mujer como por el hombre, esto permitirá, en primer lugar, aliviar a la mujer su carga habitual de trabajo; en segundo lugar cumplirá una función educativa de reparto de roles, de socialización de roles familiares y de asexuamiento de esos roles; y en tercer lugar, permitirá abordar una discriminación oculta del varón, que tiene – como dice Ackerman – “amputada su dimensión familiar”. Es decir, con nuestro predominio en el mundo fuera de casa, los varones nos hemos ido “amputando” la dimensión doméstica y la dimensión familiar, lo cual es también, de algún modo, una suerte de minusvalidez del varón, no siempre percibida ni por él mismo ni por la sociedad.

Hasta aquí el enfoque jurídico. Pero no todo es Derecho, especialmente cuando se trata de revertir una situación, como sucede con la posición laboral de la mujer. En tales casos, es imprescindible abordar también la acción política, social y económica.

6. Las políticas de igualdad

Como ya adelantamos, nos parece que es en las relaciones económicas, sociales y laborales, donde está el núcleo más duro de la discriminación. Por eso es necesaria *una acción política, que en primerísimo lugar, corresponde al Estado.*

El sustento jurídico de estas políticas puede hallarse en las normas de la OIT que definen como de interés público la cuestión de la no discriminación. En Uruguay, por ejemplo, el Poder Ejecutivo tiene en funcionamiento una Comisión Tripartita de Igualdad de Oportunidades y de Trato en el Empleo, pero parecería que su visibilidad,

su difusión y la repercusión de su acción deberían ser mayores, para que pudiera alcanzar los propósitos que evidentemente tiene. En otros países existen instituciones más desarrolladas, incluso algunas con estructura y rango ministerial.

En segundo lugar, es muy importante *la acción sindical*. Todos sabemos que la participación sindical de la mujer es baja, por más que ha crecido mucho en los últimos tiempos. Hay una serie de razones para eso, y es un asunto que debe ser corregido.

Por otra parte, la participación sindical es muy importante, porque la negociación colectiva puede jugar un rol creando normas antidiscriminatorias; creando por un lado mecanismos antidiscriminatorios, y por el otro lado, evitando discriminaciones indirectas o encubiertas como las que mencionamos más arriba, citando a Ackerman, en algunos convenios colectivos.

La tercera acción fundamental es *la acción educativa*. Para nosotros ésta es la más importante de todas, porque es la única que atacaría directamente las causas y no sólo las consecuencias. Sólo la educación puede atacar el problema central, que es el origen social y cultural de la discriminación. Y nos referimos a todas las formas de educación: la educación formal (en todos sus niveles), la formación profesional y la educación cívica.

También hay un papel para la educación sindical, porque el sindicato encierra una contradicción: el sindicato es por definición una entidad igualitaria, que contiene una vocación igualitaria; pero a menudo la práctica sindical es machista, las conductas sindicales son frecuentemente de tipo masculino. Por eso la educación sindical tiene un papel importante para jugar. Las acciones positivas que puede desarrollar el sindicato en esta materia son invalorable.

Junto con el papel de la educación sindical, hay también, en cuarto término, *un papel fundamental del empleador y de las organizaciones de empleadores*, por dos razones.

En primer lugar, porque el empleador es generalmente el sujeto activo de la discriminación, el agente discriminador; es él el que dirige, y por tanto es él el que da un salario mayor al varón que a la mujer, el que despide porque la trabajadora está embarazada, o el que no la contrata porque considera que es más costosa que el varón. Por consiguiente, toda la labor que se pueda hacer en la empresa y en las organizaciones de empleadores es trascendente, ya que operará sobre el sujeto activo de la conducta discriminatoria.

Pero además, también es importante la acción en las organizaciones de empleadores, porque lo que se decía del sindicato es igual o mayor en las organizaciones gremiales de empleadores. Si la participación sindical de la mujer es baja, es igualmente baja o más baja aún, en las organizaciones gremiales de empleadores. Hoy vemos más dirigentas sindicales conocidas, por lo menos en el Uruguay, que dirigentas empresariales activas conocidas.

Y en quinto lugar es claro, aunque éste es un tema muy delicado, que debería haber una *acción religiosa*. Me remito a lo planteado en el comienzo de esta exposición. Me da la impresión de que el feminismo no prosperará plenamente, mientras no se atreva a hacer una revolución de tipo religioso.

7. Las mujeres y el mal denominado “mercado de trabajo”

Hablando de religión, lo cierto es que el “dios” más importante de hoy en día es el mercado, y hasta aquí, todo lo que hemos ido considerando queda fuera del mercado, queda en la superestructura, en el Derecho, en la cultura, en las relaciones sociales y familiares.

¿Qué está pasando realmente en la infraestructura, qué está pasando en el denominado “mercado de trabajo”? Quiero hacer acá una advertencia sobre la expresión “mercado de trabajo” que usamos acriticamente. Dentro de la OIT, desde mi punto de vista, la de “mercado de trabajo” es una expresión inconstitucional, puesto que el principio cardinal de la Constitución de la OIT es que *el trabajo no es una mercancía*. Si el trabajo no es una mercancía, mal puede haber un mercado de trabajo. Pero aparte de esto – que es una disquisición jurídica más o menos sofisticada –, debe advertirse que *el lenguaje no es neutral*, nunca lo es. Si hablamos de “mercado de trabajo”, estamos aceptando que el trabajo, la función del ser humano en el trabajo, está sujeta a un precio en un régimen de mercado en el cual siempre el más débil va a llevar las de perder.

Hecha esta aclaración, analicemos brevemente qué está pasando con la mujer en ese mal denominado “mercado de trabajo”.

En primer lugar, es necesario constatar la incorporación masiva de la mujer al trabajo. Es esta una realidad y una evolución probablemente imparable. Pero ¿cuáles son las causas de esta incorporación masiva de la mujer al trabajo?

Claro que en esta incorporación masiva de la mujer al trabajo hay un ejercicio de sus derechos de ciudadana, de productora, de generar su propio ingreso, de desarrollar su personalidad. Pero no nos engañemos pensando que esta moneda tiene una sola cara, porque tiene otra: la incorporación masiva de la mujer al trabajo también viene inducida por el deterioro de los ingresos, por la insuficiencia de los ingresos del compañero, por el proceso de urbanización, por el traslado de ciudadanos del campo a la ciudad con empobrecimiento y con nuevas pautas que suponen mejor disposición para el trabajo industrial. También está acompañada o inducida por el avance tecnológico: el desarrollo y abaratamiento de los artefactos de uso doméstico permiten un mejor acceso de la mujer al trabajo fuera de casa y facilitan la doble explotación laboral o el doble ejercicio laboral de la mujer, fuera y dentro de la casa.

Y finalmente una reflexión sobre este punto, sobre la economía de consumo. La incorporación masiva de la mujer al trabajo es paralela al desarrollo exponencial de la economía de consumo, y entonces me asalta la duda: ¿es que ha habido una promoción de la ciudadanía de la mujer y por eso se ha incorporado al trabajo, o ha habido una incorporación de la mujer al consumo?

Y esta duda lleva a una segunda pregunta: ¿a cuál “mercado de trabajo” se incorpora la mujer? Se incorpora a un mercado de trabajo cuantitativamente deteriorado, con penuria del empleo, con desempleo, con anuncio del fin del trabajo, un mercado de trabajo cualitativamente deteriorado, flexibilizado, desregulado, tercerizado, precarizado, informalizado.

Por eso, la lucha por la igualdad de géneros, que es necesaria, no se puede desvincular hoy de la lucha por la mejora de las condiciones de trabajo de todos, del trabajo decente en general, de la recuperación de la centralidad del trabajo.

La promoción de la igualdad de la mujer en el trabajo debe acompañarse, complementarse, con la preocupación por las buenas condiciones de trabajo para todos, o sea, *trabajo decente para todos*.

LOS TEMAS DE GÉNERO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Jorge Rosenbaum Rimolo

Profesor de Derecho del Trabajo

Universidad de la República – Montevideo – Uruguay

I. Reflexiones sobre los temas de género en el ámbito de las relaciones laborales

La segregación profesional entre hombres y mujeres y las proyecciones que la misma comprende en el plano de las condiciones de trabajo, salariales y de empleo y de las relaciones laborales en general, no es un fenómeno nuevo, sino que ha estado y continúa estando inserto en la realidad del mercado de trabajo.

Se trata de una impronta que está presente en el mundo entero y, por lo tanto, no escapa a los países de la región. Empíricamente, los estudios sobre el tema demuestran que existen diferencias importantes respecto a las oportunidades y al trato laboral que se verifican entre hombres y mujeres, como sujetos del contrato de trabajo, en desmedro de esta últimas.

Por tanto, el estudio comparado entre diversas realidades planterías, el análisis de los indicadores que se emplean para establecer conclusiones y los datos estadísticos que se manejan, permite extraer conclusiones que se transforman tan sólo en un problema de grados.

Si bien no resulta novedoso, cabe preguntarse por qué se plantea esta realidad ya que, en sustancia, estamos considerando un problema de profundas connotaciones históricas y raíces culturales, sociales, políticas, económicas y jurídicas.

Como reiteradamente ha sido destacado, procurar la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, en la sociedad en general y en el mercado de trabajo en particular, constituye un imperativo constitucional y un requerimiento de los principios de justicia y dignidad.¹

Por eso, más allá de las explicaciones “multi disciplinarias” que pretenden formularse sobre el origen del fenómeno,² sus causas y sus efectos y la persistencia del mismo como un problema generalizado, queda de manifiesto que las modalidades de regulación de las actividades y relaciones laborales no le resultan ajenas.³

Precisamente, nuestra perspectiva en este campo del mundo de trabajo como una realidad en el que interactúan las relaciones laborales, es la que deriva de una lectura predominantemente planteada en clave jurídica. Como juslaboralistas, asumi-

¹ PÉREZ DEL RÍO, Teresa, en *La Discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva* (AA.VV), Capítulo I, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997, pág. 50.

² VALENZUELA, María Elena, *Equidad de género y trabajo de la Mujer en América Latina*, Documento presentado en la Séptima Conferencia Regional sobre Integración de la Mujer en el Derecho Económico y Social de América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, noviembre de 1997, pág. 5.

³ MÁRQUEZ GARMENDIA, Martha, *Legislación Laboral relativa a la Mujer en los Países de Mercosur y Chile: un estudio comparativo*, OIT, 1998, pág. 1.

mos que estamos en condiciones de enfrentar, comprender y explicar el fenómeno de las normas del trabajo y, consecuentemente, cómo la ordenación normativa recepta, regula y procura encausar los principales problemas que plantea el trabajo.

Uno de los más persistentes e importantes problemas es, reiteramos, el de la desigual generación de oportunidades, de trato y de condiciones de trabajo por razones de género.

2. Las proyecciones jurídicas y las cuestiones de género

La estructuración del orden jurídico se manifiesta a través de diferentes proyecciones, entre las cuales una sistematización conceptual permite esquematizar una vía común, pero por la que se transita en doble senda.

Por un lado, la que deriva de la regulación de fuente heterónoma, fundamentalmente asentada en la potestad reglamentaria que posee el Estado a través del dictado de normas generales e imperativas (constitución, leyes, decretos, resoluciones etc.) y que históricamente ha conformado lo que el prof. Héctor-Hugo Barbagelata califica con acierto como la Reglamentación legal del Trabajo.⁴

Por otro lado, la que emerge de una fuente autónoma, cuya titularidad se atribuye a las partes sobre la base de reconocérsele a los actores sociales (en la versión más estricta), la posibilidad de auoregular sus propias relaciones, al margen o complementariamente al ordenamiento étático. Esta autonomía (privada y colectiva) encuentra su sustento en el principio de libertad sindical, en tanto se trata de un derecho humano fundamental que implica la más amplia potestad que poseen los sujetos del trabajo de organizarse colectivamente y asumir la reivindicación, promoción y defensa de sus intereses, desplegando incluso los medios de acción que consideren necesarios para ejercitar y tornar efectiva su autotela.

Es nuestra pretensión plantear algunas reflexiones en torno a una de las principales manifestaciones que trasuntan los fenómenos colectivos respecto de las cuestiones de género, igualdad y no discriminación. Por ello nos referiremos al papel que juega la negociación colectiva como fuente de regulaciones autónomas generadas por los propios interesados,⁵ procurando hacerlo incluso sobre la base de un análisis comparativo que comprenda las realidades que se han plasmado en la región.

3. Las cuestiones de género en la negociación colectiva

Es posible afirmar que el desenvolvimiento tradicional de la negociación colectiva en América del Sur, no parece haber contribuido a facilitar grandes progresos ni

⁴ Capítulo I en Derecho del Trabajo, Tomo I, vol. 2, 2ª Edición actualizada con la colaboración de Daniel Rivas, F.C.U., Montevideo, 1999.

⁵ Sobre la importancia del tema desde la óptica de los Convenios Internacionales de Trabajo relativos a la discriminación en materia de empleo y ocupación, Mario Ackerman, La negociación colectiva como instrumento para la aplicación del Convenio 111 de la OIT, Santiago de Chile, 1998.

a consolidar avances significativos en el logro de soluciones que promuevan la igualdad de género.⁶

Si tuviésemos que sintetizar los contenidos de los convenios colectivos sobre igualdad de oportunidades y de trato, históricamente aparece como denominar común su consideración en torno a los temas del *salario* y la *tarificación de las remuneraciones mínimas* y, en menor grado, a las *categorías profesionales* (aunque en este último caso, sin que ello signifique siquiera la eliminación de estereotipos que dividen muchas ocupaciones en el rango de “masculinas” y “femeninas”).⁷

Al margen de estas dos materias que aparecen como el epicentro de la agenda negocial de los actores sociales, las restantes preocupaciones han girado, a lo sumo, en similar dirección de las propuestas ortodoxas y tradicionales que caracterizan la evolución legislativa heterónoma en materia de cuestiones de género.

Es así que lo que se negocia en los convenios colectivos es el mejoramiento o adaptabilidad a las realidades concretas de la empresa o de los sectores de actividad, de las principales protecciones y garantías que los ordenamientos vigentes conceden a la mujer frente a los siguientes temas:

a) *la maternidad* (en cuanto a cambios de tareas, licencias especiales, pago de complementos económicos, estabilidad en el puesto de trabajo, otorgamiento de facilidades para lactar y para atender al hijo menor en situaciones de enfermedad y servicios de guarderías);

b) ciertos *tipos de trabajos o tareas* (calificadas como pesadas, nocturnas, insalubres o potencialmente lesivas de la integridad física, la salud o la vida de la persona); y

c) *predisposiciones de exposición mayor* como consecuencia de su sexo (como acontece con los temas del acoso, la preservación de la intimidad en casos de informaciones requeridas para obtener un empleo, los tests de estados de embarazo, las revisiones tanto de efectos como personales, el control de utilización de baños, entre las regulaciones colectivas más usualmente relevadas).

En el elenco relevante de convenios colectivos de los países del área, ocupa un escaso lugar la adopción de medidas concretas de carácter proactivo, en el sentido de garantizar condiciones equitativas en cuanto a las oportunidades de acceso y de trato de la mujer en la relación de trabajo.

⁶ Se indica que en los países de América Latina en general, la incorporación de las reivindicaciones de género en la negociación colectiva es un proceso aún muy incipiente; en este punto se propone un doble análisis: a) cómo ingresan estos temas en las demandas sindicales; b) si efectivamente los mismos están siendo objeto de negociación y qué acuerdos se logran a su respecto (OIT-CINTERFOR: “Promoción del diálogo social en torno a la igualdad de género en América Latina”, en Gestionando la igualdad, “w.w.w.cinterfor.org.uy”, 15/4/2000, págs. 2 y 3. Vid. Petra Ulshoefer, Igualdad de Oportunidades para las Mujeres en los años 90: Desafíos para la Legislación del Trabajo, la Seguridad Social y las Relaciones Laborales, OIT, Santiago de Chile, 1994, pág. 7; Pesquisa, DIEESE n. 13, Equidade de gênero nas negociações coletivas: cláusulas relativas ao trabalho da mulher no Brasil, San Pablo, noviembre de 1997.

⁷ Como se ha señalado, el mantenimiento de muchos de estos criterios en el ámbito de la calificación de categorías y tareas, constituye una respuesta a las ideas y valores que tiene la sociedad en general, de modo tal que “... los datos indican ... que en todo el mundo existe una considerable similitud en la tipificación sociosexual de las ocupaciones...” (conf. Richard Anker, “La segregación profesional entre hombres y mujeres. Repaso de las teorías”, en Rev. Internacional del Trabajo (RIT) n. 3, Volúmen 116, 1997, pág. 343 y sigs.

Esta constatación opera, además, en un contexto en el que la participación de la mujer en la realidad ocupacional y en la potencial demanda de empleabilidad asalariada, se ha multiplicado durante los últimos años.⁸

No es posible desconocer que, por ejemplo, se ha incrementado el componente femenino de la población económicamente activa de los países de la región y que, sin embargo, también se ha acentuado la segmentación del mercado laboral en su detrimento.

Este constituye un dato de la realidad, al punto de asumir un peso relativo importante el denominado proceso inverso, vale decir, la “feminización” de algunas actividades (como acontece en el sector servicios y en los empleos en la función pública), la precarización de muchas tareas que son prestadas con mayor habitualidad por trabajadoras mujeres (a través de su contratación temporal, del suministro de mano de obra por terceras empresas, de contratos a tiempo parcial, de servicios estacionales), y la incidencia de las mujeres en el *universo de personas desocupadas o subocupadas*.

Todos estos factores deberían conducir a grados mayores de interés de los actores sociales sobre los problemas de la desigualdad vinculados con aspectos de género.

No obstante, los datos que se desprenden de la realidad negocial no parecen reflejar significativamente una inquietud representativa en este sentido.

Las estadísticas demuestran que continúan existiendo diferencias importantes respecto de la remuneración entre el hombre y la mujer, aún contra los principios de igualdad que prevén los dispositivos legales y los enunciados convencionales en muchas ramas de actividad y empresas.⁹

Las trabajadoras mujeres han pasado a ser uno de los sectores poblacionales más expuestos a los cambios tecnológicos – principalmente en las actividades industriales, manufactureras – y sin embargo, a la hora de negociarse colectivamente alternativas frente a este fenómeno que implica desplazamiento de mano de obra y exclusión, los actores no resuelven adecuadamente estas situaciones, aún cuando la mujer posea cargas familiares o sea jefe de hogar. Prueba de ello, incluso, se refleja por el incremento de los programas asistencialistas organizados por el sector público o por instituciones y organizaciones no gubernamentales, aún cuando se verifique en algunos casos participación sindical.

El avance que ha reconocido la incorporación de los temas sobre capacitación y formación profesional a través de convenios colectivos, tampoco presenta peculiaridades resaltables en favor de la mujer, pese a que la misma exhibe en ocasiones mayores carencias y menores oportunidades de acceso a la educación formal. Ello es más grave

⁸ Se afirma que la incorporación de las mujeres al mercado laboral es un fenómeno reciente y ha respondido, incluso, a alternativas y necesidades del mercado de las que éstas no han sido protagonistas (como mano de obra sustitutiva en épocas de crisis; como un mecanismo de competencia desleal para reducir conflictos, abaratar salarios y rebajar las condiciones laborales, en épocas de crisis): Programa OPTIMA, Guía no sexista de negociación colectiva, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, pág. 17.

⁹ Se trata de un aserto que si bien resulta comprobable, plantea auténticas dificultades sobre los modos de cálculo de los desniveles de remuneración. (Derek Robinson, “Diferencias de remuneración entre los sexos según la profesión”, en RIT n. 1, Vol. 117, 1998, pág. 3).

aún en la medida que se reconoce que el aumento de la contratación de mujeres en ciertas ramas no obedece a una mayor valorización de sus competencias profesionales, sino a los salarios más bajos que se les paga.¹⁰ El desarrollo de una carrera funcional y las opciones de promoción de las mujeres son objetivamente menores que las del hombre y los convenios colectivos no han asegurado un cambio en esta tendencia.¹¹

Estas constataciones nos conducen, en definitiva, a afirmar que la autonomía colectiva no ha abierto un camino más que escaso y apenas trascendente, en el acompañamiento del progreso esperable sobre los temas de género en la realidad de los países de la región.

4. Factores que contribuyen a deprecia los temas de género en la negociación colectiva

Se han dado diversas explicaciones sobre este estado de realidad.

En primer lugar, como ocurre en todos los órdenes, también en el ámbito de la negociación colectiva ejercen influencia factores socioculturales difíciles de remover (como los vinculados con la valoración del rol de la mujer en la sociedad, la prevalencia de la condición de jefe de hogar del hombre, la consideración del carácter secundario del empleo de la mujer (segundo ingreso del hogar) o la atribución de ciertas características a determinadas tareas o funciones (como los trabajos asistenciales, los que implican el cuidado de los demás, la enseñanza y educación, los servicios con trato directo o comunicación con el público, la actividad manufacturera liviana y de detalle etc.), que continúan siendo asociadas a comportamientos “propios” del género femenino.¹²

Estos factores conforman la base de la mayor parte de las modalidades de discriminación indirecta u oculta que revela la negociación colectiva.

En segundo término, la inserción de la mujer en el mercado de trabajo en las proporciones crecientes con que ha venido ocurriendo en los últimos años, ha representado una alteración en la empleabilidad en general.

Siendo el trabajo un bien cada vez más escaso,¹³ los trabajadores hombres ven con desconfianza la presión que sobre sus condiciones de trabajo y salariales ejercen, entre otros, los jóvenes (inocupados), los desocupados (fundamentalmente hombres mayores de cuarenta años y mano de obra no calificada) y también las mujeres, ya que

¹⁰ Consejo Nacional de la Mujer, “Igualdad de oportunidades en el MERCOSUR”, Cap. I, num. 2, Exposición en Encuentro “Hacia la igualdad de oportunidades para las mujeres en el trabajo y la producción en el marco del Mercosur, Bolivia y Chile”, Buenos Aires, octubre de 1995.

¹¹ Con realismo se sostiene que la dignidad humana se ve a menudo vulnerada debido a la desigualdad entre los sexos y ocurre que muchos sistemas de valores deniegan la libertad de elección y lo que es peor aún, el acceso a los recursos que harían posible elegir con libertad (Martha Nussbaum, “Mujeres e igualdad según la tesis de las capacidades”, en RIT n. 3, Vol. 118, 1999, págs. 253 y 254.).

¹² M.V. Lee Bagetty y Nancy Folbre, “¿Quién cuida de los demás? Normas sociosexuales y consecuencias económicas”, en RIT n. 3, Vol. 118, 1999, pág. 347 y sigs.

¹³ ALONSO OLEA, Manuel, El trabajo como un bien escaso y la reforma de su mercado, Cuadernos CIVITAS, Madrid, 1995.

generalmente su oferta laboral suele ser más barata y flexible y considerada (aunque se trate de un estereotipo) como más dócil.

Esta tensión alentada por el mercado, tiende a ahondar las diferencias de oportunidad basadas en distinciones de género.

Como tercer argumento, se ha destacado el peso relativo que tiene la mujer en los sindicatos (en términos de afiliación, militancia, participación y dirección), lo que lleva a que quienes negocian sean preponderantemente hombres, por lo que los intereses específicos de las mujeres se ven postergados o simplemente ignorados.¹⁴

En algunos estudios sobre el tema, se ha señalado que para entender por qué no se alcanzan las condiciones básicas que permiten emprender un proceso de negociación, una de las dificultades relevadas reside en el inconveniente que presentan las mujeres para “colectivizar” sus problemas y convertirlos en reivindicaciones.¹⁵ Sólo en actividades con una fuerte participación del componente femenino (la docencia, los trabajos hospitalarios, la manufactura textil y de la vestimenta, la limpieza) aparecen reflejados ciertos grados de preocupación por temas que les resultan inherentes a las mujeres.

En cuarto lugar, del lado empresarial se apela a los costos laborales, argumentándose que la negociación de condiciones que pudieran representar una equiparación y, eventualmente beneficios especiales en favor del trabajo femenino para ciertas actividades, puede aparejar en la realidad efectos perniciosos sobre las oportunidades de la mujer. Si el costo de la mano de obra femenina se encarece, para la empresa esa variable pasará a constituir un elemento disuasivo que operará contra su contratación.

Tampoco se ve facilitada la eliminación de los factores de discriminación en el trato y en las oportunidades laborales en contextos macro económicos de crisis o sometidos a programas de ajuste, porque resulta indudable que ello representa un costo difícil de enfrentar.

Asimismo, existe en muchos casos un rechazo respecto de la adopción de acciones positivas, cuya finalidad sea la de corregir las consecuencias de la discriminación, habilitando al colectivo perjudicado para robustecerse, afirmarse y competir en pie de igualdad con el colectivo favorecido.¹⁶ Las mismas generan la reacción crítica de sus opositores que las demonizan, manifestando que se trata de modalidades de discriminación invertida. De allí que muchas veces no sea posible ingresar a temas de esta índole en la agenda de negociaciones entre los actores laborales y que se anule la posibilidad de regular programas o medidas de acción positiva en los convenios.

¹⁴ Diversos autores reclaman fomentar la presencia de mujeres en las mesas de negociación (conf. Teresa Pérez del Río, Fernanda Fernández López y Salvador Del Rey Guanter, *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1993, pág. 173).

¹⁵ Dolores Licerias y Soledad Murillo, *La mujer asalariada ante la negociación colectiva*, Fundación 1^a de Mayo, Madrid, 1992, pág. 125.

¹⁶ A vía de ejemplo, Martha Márquez Garmendia propugna la justificación de la adopción de medidas compensatorias (medidas positivas de promoción de la igualdad), “Trabajo de la Mujer”, en *El Derecho Laboral del Mercosur Ampliado*, Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Montevideo, 2000, pág. 236.

5. Las nuevas tendencias de la negociación colectiva y la perspectiva de los problemas de género

En la medida que se percibe un cambio importante en las tendencias que asume la negociación colectiva contemporánea, cabría formular algunas interrogantes sobre las perspectivas en esta materia; entre ellas, las siguientes.

¿Cómo se verán afectados los temas de género en la negociación colectiva de los países del Cono Sur de América Latina?

¿Es esperable una transformación capaz de remover las vallas que han impedido un desenvolvimiento efectivo de soluciones sobre igualdad de oportunidades a través de los convenios colectivos?

Para responder a estos planteos, resulta apropiado examinar con carácter general cuáles son las nuevas direcciones que parece adoptar la negociación colectiva, estableciendo su posible o probable incidencia sobre los temas de género.

Las respuestas dadas por los sistemas de relaciones laborales no han sido uniformes y, por lo tanto, no es posible homogeneizar un diagnóstico idéntico respecto de todos y cada uno de los países del Cono Sur.

Tanto las políticas normativas (heterónomas) como la ordenación autónoma y las soluciones prácticas se han sustentado en la diversidad.

En consecuencia, un análisis acerca de las tendencias actuales de la negociación colectiva debería ajustarse al enunciado de las principales orientaciones que emergen, por un lado, de los resultados empíricos exhibidos por los procesos negociales que llevan adelante los actores sociales, y por el otro, por los efectos comunes y convergentes que se reflejan en estos procesos.

Una primera constatación permite afirmar que se ha verificado un cambio significativo en cuanto al objeto de la negociación colectiva, ya que en las dos últimas décadas, *se ha negociado la flexibilidad y la desregulación*.

Si bien desde el punto de vista formal, el núcleo central de los convenios colectivos aparenta estar conformado por regulaciones tradicionales (salarios, condiciones de empleo y de trabajo, categorías profesionales y relaciones laborales), desde el punto de vista sustantivo, las mismas materias han sufrido un proceso de reorientación para compatibilizarlas con las exigencias que el mercado le impone a las empresas: competitividad, reducción de costos y empleos, precarización de los contratos laborales, desalarización de prestaciones, incorporación de elementos variables en las remuneraciones, introducción de nuevas tecnologías, descentralización de los procesos productivos de la empresa, reingeniería de la organización del trabajo, polivalencia funcional, administración laxa del tiempo de trabajo, entre otras.

En opinión de algunos autores, se trata de un proceso caracterizado por una suerte de traslación de grados cada vez más crecientes del “alea” empresarial a los trabajadores.

Incluso, se ha señalado que para hacer salir de la crisis al sistema económico productivo, se la he hecho entrar en el sindicato, al verse forzado a aceptar un papel de co-partícipe de la gestión y, con el fin de resguardar la mayor cantidad posible de

puestos de trabajo, a aceptar una negociación de concesiones peyorativas para los asalariados.¹⁷

En este punto, cabe señalar que la asunción de temas tales como los vinculados con la eliminación de las formas de desigualdad entre hombres y mujeres en la negociación colectiva sólo será viable en la medida – muy difícil de lograr – de que las mismas no sólo no repercutan sobre los costos laborales, sino que además le permitan a la empresa disponer de recursos humanos de gestión flexible, que coadyuven a la baja de las pretensiones sindicales tradicionales.

En segundo lugar, las nuevas tendencias son indicativas de una *diversificación de los niveles de la negociación colectiva, proceso en el que prepondera la atomización de las unidades de contratación*.

En términos generales, esta orientación se traduce en una fuerte descentralización de la negociación colectiva, especialmente en aquellos países en los que tradicionalmente han preponderado las negociaciones por rama o grupos de actividad económica, cobrando importancia la negociación colectiva de empresa.

Se trata de una tendencia que encuentra mayores preferencias en el seno de los intereses de los empleadores, para quienes las unidades productivas constituyen el epicentro generador del empleo, de las relaciones laborales, del salario, de los aportes de seguridad social y de los impuestos.

En este plano, las organizaciones sindicales no exhiben una inclinación homogénea; sin embargo en países en los cuales existe una estructura centralizada tradicional de las mismas (Argentina, Brasil y Uruguay), la diversificación de los niveles de la negociación colectiva es vista como negativa al menos en términos teóricos, ya que las unidades de contratación se multiplican con pérdida de la fuerza sindical y del concepto de solidaridad de clase, se pierde homogeneidad en las condiciones de trabajo, se afecta la representatividad de las cúpulas dirigentes y se desampara a trabajadores de empresas con dificultades para sindicalizarse.¹⁸

Por su parte, el apartamiento del Estado y el retiro de su participación – incluso indicativa o de apoyo – en el campo de las relaciones colectivas de trabajo, ha contribuido a la descentralización de la negociación, como reservorio para la solución puntual de conflictos colectivos de trabajo, o apenas como articuladora de regulaciones normativas en empresas o sectores de actividad en los que existen sindicatos fuertes, capaces de movilizarse y obligar a los empresarios a negociar.

Las alternativas de tratamiento de temas vinculados con el posible abatimiento de la discriminación por razón de sexo debería seguir las mismas orientaciones señaladas respecto de los niveles considerados. La negociación centralizada favorecerá, en principio, la enunciación de principios más generales y abstractos; en cambio, la negociación por empresa podría llegar a facilitar la adopción de medidas y programas

¹⁷ ROMAGNOLI, Humberto, La desregulación y las fuentes del derecho del trabajo, en Cuadernos de relaciones Laborales n. 1, Madrid, 1992, pág. 15 y sigs.

¹⁸ ROSENBAUM, Jorge, La negociación colectiva de trabajo en Uruguay, en Relaciones Industriales y Derecho Laboral n. 1, Lima, 1989, pág. 121 y sigs.

específicos, capaces de promover soluciones a la medida de las necesidades de la unidad de contratación.

En tercer término, desde el punto de vista cuantitativo, se ha producido *una sensible reducción de la negociación colectiva en términos globales*. En efecto, existe un número cada vez menor de convenciones colectivas de actividad o rama, que no aparece compensado – fundamentalmente en cuanto a su alcance subjetivo – por el crecimiento paralelo de los convenios por empresa.

Es posible señalar que la crisis operó fundamentalmente en dos niveles; en las grandes empresas se ha producido un claro debilitamiento de los sindicatos existentes, mientras que en las empresas medianas y pequeñas, este fenómeno se tradujo en la progresiva reducción o desaparición de la actividad sindical (tradicionalmente débil) y la expansión de una negociación colectiva “informal” (en la que en vez de participar organizaciones sindicales, lo hacen delegados ad hoc, comisiones internas, o simplemente los trabajadores individualmente considerados).

Sin lugar a dudas, el valor intrínseco de la negociación colectiva como instrumento de regulación autónomo, en tanto se resiente, disminuye las posibilidades de avance en materias que, como la eliminación de desigualdades, depende en alto grado de la proactividad de los propios actores sociales. La pérdida de espacios de negociación representará, a nuestro entender, una pérdida correlativa en la expansión – fundamentalmente – de acciones directas en este sentido.

En cuarto lugar, atendiendo a los aspectos cualitativos, resultan relevantes los *cambios operados en el contenido de los convenios colectivos*.

Al respecto, se ha hecho mención a las orientaciones predominantes, caracterizadas por un avance de las modalidades atípicas de negociaciones de concesiones y de negociaciones “in pejus”, es decir, a la baja. Las mismas suponen una reducción de derechos y beneficios, representando en ocasiones “perjuicios” unilaterales para los trabajadores y en otras oportunidades, intercambios flexibilizadores (salario por productividad) y concesiones destinadas a “salvar” puestos de trabajo (reducción del tiempo de trabajo o del salario por empleo). Como ha sido señalado en doctrina, en estos casos se apuesta a una esperanza: que el sacrificio que representa la disminución de los salarios permitirá no perder empleos. De ese modo, el sindicato posibilita una liberalización controlada y no salvaje del peso del costo del trabajo que agobia a la empresa.

Por otra parte, al existir una escasa expectativa de crecimiento salarial, el convenio colectivo pierde su razón de ser como instrumento para fijar tarifas salariales que responden a estándares cerrados.

Sin embargo, el enriquecimiento mayor de la negociación colectiva se percibe respecto de contenidos no tradicionales. Ejemplos claros en este sentido se vinculan con los cambios tecnológicos, la polivalencia funcional, la formación profesional y la salud ocupacional, entre otros.

Si bien dependiendo de muchos de los factores antes señalados, en todos estos temas se abren nuevos desafíos para los actores sociales. En efecto, es posible concebir la incorporación “transversal” de los temas de género en la negociación colectiva: la eliminación de las formas de discriminación basadas en el género frente a cada una de

estas materias y la posible adopción de acciones positivas encaminadas al logro de la igualdad de trato y oportunidades a través, incluso, de un mayor favorecimiento de las trabajadoras sometidas a condiciones desfavorables a su respecto.

Si bien no es posible afirmarlo con grados de generalización, puede señalarse que *la actitud de algunos empleadores como sujetos negociadores, ha cambiado radicalmente*.

Antes se verificaba una renuencia de aquellos a negociar y se lo hacía, básicamente, frente a la amenaza de la organización sindical. El empresario decidía concurrir a la mesa de negociaciones con el fin de prevenir el conflicto o amortiguarlo; de allí, la predominancia que fueron adquiriendo las cláusulas obligacionales y, entre ellas, los “compromisos de paz” asumidos por el sindicato.

En cambio, en la realidad de los años 80 y 90, muchas veces apremiado por la competencia y para evitar que la empresa quede fuera del mercado, ha sido el propio empleador quien tomó la iniciativa de negociar, pero con el propósito de bajar sus costos, eliminando o reduciendo beneficios. En estos casos, la negociación colectiva se convierte en un instrumento “promovido” por el propio empleador, o como una instancia de “oxigenación” de la situación crítica por la que atraviesa, buscando legitimar alternativas que contractualmente no le es posible solucionar con visos mínimos de seguridad jurídica, en función de la vigencia del principio de irrenunciabilidad de derechos por parte del trabajador individual.¹⁹

Se busca en el sindicato, por un lado, la fuerza moral de su deber de influencia, procurando evitar el reclamo de los trabajadores afiliados. Por otra parte, se procura la garantía de la participación sindical que, en las orientaciones jurisprudenciales va imponiendo su gradual reconocimiento, como una condición saneadora de presuntos vicios del consentimiento o de la menor favorabilidad de las soluciones acordadas a través del negocio transaccional que supone la negociación colectiva, en la que las partes se efectuaron recíprocas concesiones.

En materia de igualdad de trato y oportunidades, no parece resultar previsible un avance positivo, salvo en lo que concierne a desmejoramientos generales traducidos en una equiparación “a la baja”.

En el contexto contemporáneo, al que se suma la debilidad sindical, se observa una *profusión importante en el número de acuerdos “atípicos”,* tal como ocurre con los convenios “plurisubjetivos” o por mera recolección de firmas, con los acuerdos celebrados con delegados del personal o comisiones paritarias, con los acuerdos intersindicales frente a conflictos de demarcación de competencias o de representatividad, con las actas o protocolos de fin de conflicto aceptados por una asamblea a mano alzada. Se trata, en todos estos casos y en otros que se multiplican en la realidad práctica, de instrumentos alternativos al convenio colectivo.

El peligro de algunas de estas situaciones reside en que pueden llegar a representar la promoción de procesos negociales desenvueltos al margen o en detrimento del propio sindicato; en otros casos, se lo hace sin cumplir con requisitos legales míni-

¹⁹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 3. ed., Buenos Aires, 1998, pág. 117 y sigs.

mos o violando expresas exclusiones (un ejemplo se ha dado en Chile, con la celebración de convenios en la administración pública).²⁰

Estas modalidades poco aportan o favorecen la solución de problemas derivados de la discriminación basada en tratamientos de género diferenciales.

Sin embargo, es posible visualizar aristas positivas respecto del ensanchamiento de las formas de trato que suponen negociaciones en sentido corriente y que aún sin ajustarse a los esquemas clásicos del convenio colectivo “*sticto sensu*”, en ocasiones promueven la búsqueda de consensos entre los actores sociales. Ello ocurre modernamente a través de modalidades que, pese a las alternancias cíclicas fundamentalmente basadas en factores políticos o en condicionamientos económico financieros de los organismos de crédito internacionales han incorporado algunas prácticas del diálogo social y de concertación.

Las experiencias son limitadas, en cuanto al ámbito (en algunos casos apuestan a “acuerdos” sectoriales) y los temas (muchas veces constreñidos a materias concretas, de corto plazo y emergencia), así como a la institucionalización (con predominancia de mecanismos informales de negociación, en los que resulta difícil documentar los mismos y, más aún, establecer siquiera la plena conformidad de los actores participantes en mesas de negociación).

Esta sería, quizás, una de las apuestas más importante para lograr ámbitos más amplios de negociación que los alcanzados a través de los convenios colectivos “tradicionales”, a los efectos de instrumentar una garantía efectiva del principio de igualdad de trato, oportunidades y condiciones de trabajo y la prohibición de discriminación por razones de sexo.

En definitiva, la tutela antidiscriminatoria debería constituir uno de los fines esenciales de la sociedad en su conjunto, siendo el diálogo social, el tripartismo, la concertación y la participación de los actores sociales, los vehículos más eficaces para abordar materias de difícil resolución en otros ámbitos (como la negociación colectiva por empresa).²¹

²⁰ Sergio Gamonal, *La Negociación y Contratación Colectiva Atípica*, Ponencia presentada en el IV Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 1998, pág. 48 y sigs.

²¹ “Fortalecer el diálogo social y el tripartismo” ha sido definido, precisamente, como uno de los cuatro objetivos de la OIT (Folleto: *La OIT y la igualdad entre las mujeres y los hombres en el trabajo*, Oficina de Igualdad de Género, pág. 3).

DERECHO LABORAL: ¿IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN?

Martha Márquez Garmendía

Investigadora del Instituto de Derecho del Trabajo

Universidad de la República – Uruguay

Consultora OIT

I. Trabajo y relaciones de género

El mundo del trabajo constituye uno de los ámbitos privilegiados para el análisis de las relaciones de género, es decir las relaciones entre hombres y mujeres, puesto que la actividad laboral es un quehacer común a ambos géneros, influido fuertemente por los elementos socio-culturales dominantes en la sociedad.

La construcción cultural del género (de lo femenino y lo masculino) está conformada por valores, prácticas, normas sociales, estereotipos, relaciones de poder, que inciden en la asignación de distintos roles a hombres y mujeres en la sociedad, y esos roles tienen su reflejo en las ocupaciones laborales desempeñadas por unos y otras: sobre la base de características atribuidas a uno y otro género, que frecuentemente responden a estereotipos culturales, se han ido caracterizando tareas como “trabajos masculinos” y “trabajos femeninos”.

Esta división sexual del trabajo, que provoca una segmentación del mercado laboral, está considerada como la causa más importante de las desigualdades que pueden apreciarse entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo, y que se han traducido en una situación de desventaja para las mujeres.

Ello ha sido comprobado tanto en el acceso al trabajo – particularmente a cierto tipo de ocupaciones, lo que incide en la calidad de los empleos desempeñados y en las tasas de desocupación – como en la conservación del puesto (mayor precariedad), y en las condiciones de trabajo en general, especialmente en lo relativo a la remuneración, a las menores posibilidades de ascenso y a las desigualdades en el acceso a una formación profesional adecuada y permanente, que acompañe las innovaciones tecnológicas.

Existe, básicamente, una valoración distinta de las capacidades atribuidas a unos y otras, considerando a las habilidades y destrezas de las mujeres como características naturales, por tanto no valoradas como calificaciones para el trabajo.

Esta construcción de género está muy marcada por el lugar predominante o casi exclusivo que se le asigna a las mujeres en lo que refiere al ámbito de lo doméstico y a las responsabilidades familiares, lo cual influye de manera evidente en las posibilidades de desempeño laboral y se traduce en desigualdades en ese ámbito.

Como lo ha expresado el Tribunal Constitucional de España “la situación de inferioridad en el mercado de trabajo de la mano de obra femenina no es más que una manifestación de la posición social de inferioridad de la mujer”.

Resulta innecesario señalar que la referencia a las “mujeres” alude a un colectivo o grupo determinado (no a casos individuales), y a los rasgos predominantes o

generalizados que muestra ese colectivo, sin desconocer que las situaciones no son idénticas en todas las regiones geográficas, y que se comprueban cambios positivos desde el momento que el género constituye, como se dijo, una construcción socio-cultural, por tanto pasible de transformaciones.

El género (o el enfoque de género) es, pues, una categoría que permite analizar roles, limitaciones, posibilidades diferentes de hombres y mujeres en distintos ámbitos (incluido el del trabajo), y como bien se ha dicho, también constituye *una dimensión de las desigualdades sociales* que se generan a partir de las diferencias entre hombres y mujeres, y que generalmente no es considerada.

2. El género en el Derecho del Trabajo

¿Qué ocurre en el Derecho del Trabajo con las relaciones de género?

El Derecho del Trabajo surgió con un objetivo fundamental de protección de la parte trabajadora, es decir, la parte más débil en la relación de trabajo.

Y desde sus inicios el Derecho Laboral se ocupó de regular en ciertos casos de manera especial el trabajo de las mujeres, con un objetivo supuestamente protector que no solo refirió a la maternidad sino que se extendió a la limitación o prohibición generalizada para las mujeres de determinadas ocupaciones, ya fuera por las materias empleadas o las condiciones en que se realizaban (trabajo nocturno en la industria, trabajo subterráneo etc.), restricciones que fueron incorporadas en muchas legislaciones de manera potencialmente abarcativa de muchas ocupaciones.

Este último aspecto restrictivo, con una finalidad supuestamente protectora, permite percibir una concepción subyacente respecto a la mujer trabajadora: la asignación de un rol predominantemente ligado al ámbito doméstico (cuidado de la familia) y de una condición de inferioridad o de mayor debilidad para el desempeño de determinadas tareas. Es decir, *las normas del derecho laboral contribuían así a afirmar una concepción socialmente vigente, portadora de subestimación respecto a las mujeres.*

Y ese objetivo protector *se reveló con frecuencia como discriminatorio* en sus resultados al impedir un desempeño laboral en condiciones de igualdad.

Esa comprobación, sustentada en el reclamo de las propias mujeres, hizo que se tendiera a acotar la protección legal al caso de la maternidad, manteniendo a *la igualdad y la prohibición de discriminación* como principios rectores en la regulación de las relaciones laborales, evolución apreciable en la normativa de la OIT, que ha avanzado hasta la introducción del concepto de perspectiva de género como un elemento indispensable en la aplicación de dicha normativa, sustentada sobre el principio de igualdad de oportunidades y de trato.

3. Igualdad y no discriminación

El enfoque de género no está generalmente presente en las normas laborales, salvo las dedicadas específicamente a las mujeres en razón de la maternidad. El Derecho Laboral se ha elaborado desde el modelo del trabajador varón, y esas normas se

aplican también a las mujeres, pero sin tener en cuenta la experiencia ni los intereses y necesidades de éstas.

Este tener en cuenta los intereses y necesidades de trabajadores y trabajadoras supone *una mirada nueva* sobre las relaciones laborales, que incorpora la variable “relaciones de género” en el mundo del trabajo.

Hasta ahora ha primado una concepción supuestamente neutral e imparcial. Cabe interrogarse sin embargo sobre la efectiva neutralidad de las normas, o si ellas responden en principio a un modelo predeterminado de sujeto encubriendo en ciertos casos elementos de discriminación. Así, ciertas condiciones establecidas de manera general por ejemplo para el ascenso, como la antigüedad, pueden significar de hecho elementos discriminatorios para las mujeres que han accedido menos tempranamente al trabajo o han tenido períodos de inactividad debido al cumplimiento de responsabilidades familiares.

En otros casos la discriminación directa y abierta ha sido corregida solo formalmente: caso de la categorización de ocupaciones, con consecuencias desventajosas para las mujeres en el salario. Se corrige la denominación de la categoría en los convenios colectivos pero no se realiza una evaluación objetiva de la tarea que permita asignar una remuneración adecuada y no inferior a tareas similares o de igual valor desempeñadas por los hombres.

Es decir que *el enfoque de género (o más propiamente, de relaciones de género) en el Derecho Laboral estaría ligado a la concepción que se adopte respecto a los principios de igualdad y no discriminación, y a la forma en que ellos se instrumenten en la práctica. Y esto en virtud de que la consideración de estos principios implica analizar la situación de hombres y mujeres en las relaciones laborales.*

En primer lugar cabe señalar que Igualdad formal y no discriminación no significan lo mismo. La mera igualdad formal, como igualdad ante la ley, como reconocimiento de un derecho fundamental basada en el trato igual a dispensar a los iguales se demuestra insuficiente para regular situaciones que – sobre la base de diferencias de sexo entre hombres y mujeres – se manifiestan en la realidad como situaciones desiguales en el ámbito laboral.

Si conceptualizamos al Derecho no solo como el contenido de las normas sino como una práctica social conformada por *las normas y la aplicación de ellas*, debemos concluir que la vigencia real del principio de igualdad exige como complemento de la igualdad formal el logro de la *igualdad sustancial*, en los hechos, por lo cual la *prohibición de discriminación* consiste no solo en la sanción de conductas discriminatorias sino que incluye también acciones que persigan consecuentemente la gradual erradicación de las causas que provocan la discriminación sistemática respecto a ciertos colectivos, como en el caso de las mujeres trabajadoras. Acciones que se han denominado como de discriminación positiva (más propiamente, acciones afirmativas) exigidas por el mismo principio de igualdad sustancial.

Tanto las legislaciones como la doctrina y la jurisprudencia (especialmente europeas) – que se han ocupado del tema – se orientan en ese sentido.

La no discriminación exige, pues, medidas concretas para superar las desigualdades existentes.

Se trata, en efecto, de una batería de acciones, que incluyen a la legislación (que debería dar ciertas señales significativas en dirección a la búsqueda de la equidad de género) pero que también apuntan a una aplicación efectiva del principio, para lo cual será necesario, por supuesto, un cambio cultural a partir de una temprana educación no sexista, y – simultáneamente – la adopción de medidas que colaboren desde distintos ámbitos, fundamentalmente desde una adecuada formación profesional de las mujeres.

Pero hay otra situación social que incide fuertemente en las relaciones de género en el trabajo: es la escisión entre el mundo del trabajo y el mundo de las responsabilidades familiares y de lo afectivo (abarcando una amplia gama de relaciones interpersonales, no reducidas a la estructura familiar tradicional).

Una participación más compartida de ambos géneros en los dos ámbitos significaría el logro de un equilibrio personal y social que debería traducirse en relaciones laborales y familiares más justas y humanizadas.

Se trataría fundamentalmente de una re-valoración del mundo de lo doméstico, que hoy se encuentra infravalorado en todo sentido, y no apoyado tampoco desde el mundo del trabajo, ni en las normas ni en la práctica.

Por parte de los hombres, una dedicación primordial al trabajo ha hecho que prime la imagen de principal proveedor del sustento familiar, a costa de pérdidas en el ámbito relacional y afectivo, mientras las mujeres se han integrado al mercado laboral pretendiendo no desligarse del ámbito de las responsabilidades familiares, sobrecarga que lleva a tensiones cada vez de más difícil resolución.

4. La situación en el Derecho Laboral uruguayo

Existen normas igualitarias como la Ley 16.045 (2.6.89) que sin embargo no ha tenido práctica aplicación, ni se han implementado las medidas compensatorias que ella prevé ante las desigualdades reales.

Se han ratificado los Convenios Internacionales del Trabajo sobre Igualdad n. 100, 111 y 156, pero no se han adoptado las medidas allí señaladas.

Esto significa que en materia de igualdad sustancial (parámetro de las relaciones de género en el trabajo) el déficit principal radica en la distancia apreciable entre normas y práctica, es decir en la aplicación de las normas aprobadas.

También hay carencias legislativas que contribuyen a reforzar la situación de desigualdad.

Y en la negociación colectiva es posible percibir resabios de prácticas discriminatorias (como antes se señalaron), y sobre todo una casi total ausencia de cláusulas que apunten a la equidad de género. Esta no es un tema de la negociación colectiva.

Por su parte, la doctrina nacional, como ocurre en general con la doctrina laboralista, no ha incorporado el enfoque de género en sus análisis. Esa nueva mirada a la que hacíamos referencia resultaría innovadora al respecto.

Tampoco el género es un concepto que se encuentre en la jurisprudencia laboral, donde son muy esporádicos los fallos que aludan a la discriminación por esta causa, que tampoco es invocada por los abogados asesores.

La ausencia de políticas públicas de igualdad en el empleo se traduce en una serie de aspectos:

- Persistencia de normas discriminatorias, por ej. en la regulación del trabajo doméstico, tarea desempeñada en un 98% por mujeres, en la cual no existe limitación de jornada, ni seguro de desempleo; la indemnización por despido requiere antigüedad de un año; se otorga al empleador la posibilidad de fragmentar el descanso semanal y resultan discriminatorias ciertas disposiciones sobre seguro de enfermedad. Discriminación abierta, y también ejemplo de discriminación indirecta porque afecta en forma desproporcionada a un sector compuesto casi totalmente por mujeres.

- Ciertas normas sobre seguridad e higiene que implican una subestimación de las capacidades de las mujeres (prohibición de ocuparse en la limpieza de motores en marcha o de máquinas, o de realizar tareas que impliquen el uso de sustancias nocivas cuya prohibición debería extenderse a todos sin distinción de sexo, puesto que ella no rige si la protección es eficaz, y en ciertos casos debería estar supeditada a las condiciones actuales de empleo de tales sustancias).

- Trabajo a domicilio (tratado siempre de manera general – a pesar de constituir una modalidad desarrollada mayoritariamente por mujeres– con nula aplicación de la normativa existente).

- Trabajo rural (cónyuge considerado como colaborador, sin remuneración) y especialmente trabajo en la agroindustria (donde predominan condiciones de trabajo de las mujeres contrarias a normas de salud y seguridad).

- Tratamiento desigual para una misma situación (maternidad) según se trate de la función pública o del sector privado (condiciones más beneficiosas en el primer caso ya sea en la duración de la licencia, horario de lactancia, integralidad del salario, estabilidad en el trabajo).

- Prácticas discriminatorias relacionadas con la maternidad (tests o declaraciones de no embarazo) respecto a las cuales no se practica un control adecuado para erradicarlas, ni existe legislación específica sobre el particular.

- Ausencia de normas legales sobre licencia de paternidad, en la actividad privada.

- Ausencia de normas sobre licencia por hijo menor enfermo.

- Ausencia de un procedimiento rápido y eficaz para los reclamos por discriminación.

- Insuficiente legislación para prevenir y sancionar el acoso sexual en el trabajo, factor de discriminación padecido fundamentalmente por las mujeres.

- Diferencias salariales, que en ciertos sectores son manifiestas, si bien la brecha salarial tiende a disminuir.

- Ausencia de evaluación objetiva de las tareas, y en consecuencia desigualdades que provienen de categorizaciones contenidas en la negociación colectiva.

- Respecto a los sistemas de competencias laborales, pueden volver a reproducir subrepticamente las diferencias a partir de los perfiles ocupacionales diseñados. Resulta sintomático que, en general, los autores no traten el tema de competencias laborales con un enfoque de género.
- Ausencia de normas sobre salud ocupacional relativas a dolencias causadas por tareas repetitivas y monótonas, cumplidas con frecuencia por mujeres.
- Falta de políticas de capacitación adecuadas para lograr la diversificación ocupacional de las mujeres.
- Falta de políticas de apoyo a los trabajadores/as con responsabilidades familiares para compatibilizar vida laboral y familiar (ej. guarderías).

5. Conclusiones

Hacer realidad el principio de igualdad sustancial y no discriminación exige en primer término *una nueva mirada sobre el Derecho Laboral y su aplicación*, una mirada crítica que se interrogue sobre los efectos de las normas respecto a sus destinatarios y sus situaciones específicas.

Parece imprescindible considerar los intereses y necesidades de los protagonistas del mundo del trabajo – hombres y mujeres – para desentrañar hasta qué punto se afirma en teoría un principio fundamental de igualdad que tiene escasa vigencia real, con lo que esto conlleva de mantenimiento de una situación de injusticia contraria a los objetivos del Derecho.

Una reflexión sobre estos temas parecería un reto insoslayable para los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores de oficio, abogados asesores), también para sindicalistas y empleadores, para los legisladores y para la administración pública. Y muy especialmente para la Facultad de Derecho, en su tarea docente, de investigación y extensión, de manera de incluir el tema de las relaciones de género en todos los programas curriculares y extracurriculares.

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE SEXO EN MATERIA LABORAL

Sergio Gamonal Contreras

Profesor de Derecho del Trabajo

Universidad Adolfo Ibáñez y Diego Portales – Santiago – Chile

I. Nociones generales acerca de la no discriminación por razones de sexo en materia laboral

El nacimiento del derecho del trabajo, en el siglo XIX, constituye uno de los hitos más importantes en el desarrollo del derecho y de la vida en sociedad. A más de cien años de su origen, a comienzos del siglo XXI, el desarrollo de esta rama del derecho mantiene vigencia y actualidad, en diversos ámbitos, como podremos analizar en este artículo.

Tradicionalmente se ha sostenido que el único fin de esta rama del derecho es la “protección del trabajador”, lo que es cierto en parte. Sin embargo, la otra gran finalidad ha sido su “función pacificadora”,¹ ya que su nacimiento y consolidación favorecieron el desarrollo del capitalismo en el siglo XX, con el Estado de Bienestar y, en cierta forma, legitimando el funcionamiento del mercado al favorecer la disminución de las desigualdades y permitir la participación de los trabajadores, en igualdad de condiciones en el mercado laboral, por medio de la intervención legislativa y del fomento de la concertación colectiva (sindicatos, negociación colectiva y huelga). Incluso, para los seguidores de la escuela americana de la Critical Legal Studies, el derecho del trabajo ha legitimado las estructuras de poder del capitalismo, siendo funcional a la ideología liberal y a las instituciones dominantes.²

Una realidad siempre existente pero que sólo ha sido afrontada con nuevos instrumentos jurídicos en el siglo XX, ha sido la discriminación. En sí misma, la idea de discriminación, de distinción, no es contraria a lo justo. Sin embargo, la discriminación arbitraria, basada en prejuicios y en hechos que en definitiva suprimen la igualdad de oportunidades entre las personas sí constituye un atentado a la dignidad del ser humano. La discriminación arbitraria puede asumir muchas formas. Una de las más intensas es la relativa al trabajo, ya que por medio de éste las personas se realizan y pueden acceder al bienestar necesario para su desarrollo integral tanto personal como familiar (educación, salud, recreación, cultura etc.). Por tanto, cuando se discrimina a una minoría o grupo determinado, ésta se expresa en el mundo del trabajo, donde los puestos de poder, decisorios, de prestigio y reconocimiento social son negados a estas personas por los prejuicios existentes. Por este medio, puede mantenerse a una minoría en forma permanente en estado de pobreza y de subordinación.

¹ DÄUBLER, Wolfgang. *Derecho del Trabajo*, p. 93.

² Klare citado por UGARTE CATALDO, José Luis. *Análisis Económico del Derecho, el derecho laboral y sus enemigos*, nota 103 p. 53.

De los grupos discriminados sin duda el más numeroso es el de las mujeres, las que paradójicamente no son una minoría sino al menos la mitad de la población de nuestro planeta. Salvo excepciones, en la mayoría de las civilizaciones conocidas la mujer ha estado en una situación de subordinación respecto de su par masculino, relegada a las labores domésticas y a la crianza de los hijos, sin acceso a la educación ni al mercado de trabajo, sujetas a la potestad paterna, del marido o de los hijos varones, muchas veces víctimas de maltrato y violencia de diversas especies. Lamentablemente, en la actualidad, gran parte de las mujeres del mundo siguen sujetas a estos tratos degradantes.

En el devenir del siglo XX, la masiva incorporación de la mujer al mundo del trabajo en Occidente constituyó uno de los grandes avances por la igualdad de la mujer, en conjunto con el reconocimiento de sus derechos políticos. Esta incorporación ha implicado que la familia tiene una nueva fuente de ingresos, que las mujeres son más independientes, los hombres han debido asumir nuevos roles como padres y la sociedad toda se ha visto beneficiada por el aporte intelectual de una mitad de la población relegada hace centurias del espacio público.

Lamentablemente, la liberalización de la mujer, su derecho a sufragio, la posibilidad de estudiar y trabajar, no han significado el fin de las postergaciones y discriminaciones. En nuestro país, por ejemplo, la participación de la mujer en la fuerza de trabajo representaba el 38 % en 1998 (encuesta CASEN), y según el informe bienal del Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (Unifem), los salarios femeninos en la industria y servicios representan el 73 % de los salarios masculinos.

Este informe precisa de que en las labores menos calificadas los salarios femeninos son más parecidos a los de los hombres, a diferencia de los trabajos de mayor responsabilidad, donde la mujer puede llegar a ganar un 55 % menos que un hombre en un puesto similar. Esta diferencia remuneracional no se debe a la eventual posibilidad de embarazo de la mujer trabajadora, cuyo costo es asumido por el Estado, debiendo el empleador sólo mantener el puesto de trabajo y contratar un reemplazante para el período de pre y post natal.

Esta situación es aún más grave si se considera que en los sectores más pobres de la población la mayoría de los jefes de hogar son mujeres, por lo que las políticas de superación de la pobreza en nuestro país se encuentran especialmente focalizadas en las jefas de hogar. En este contexto, su trabajo financia la educación de sus hijos, única posibilidad de romper el círculo vicioso de la pobreza.

La discriminación laboral es un problema cultural y de educación, respecto del cual el derecho puede encauzar y fomentar ciertos cambios, como ocurre en Estados Unidos donde ha surgido con fuerza hace unos cuarenta años el derecho antidiscriminatorio en materia de sexo, en base a la lucha jurídica por superar la discriminación racial de la población de color en dicho país. Posteriormente, este derecho fue aplicado por los países de la Unión Europea, encontrándonos, en la actualidad, con gran cantidad de leyes especiales en materia de discriminación femenina en los países mencionados y en otros del orbe, como Uruguay, Australia, India, Sudáfrica y Namibia.

La discriminación sexual en el empleo se presenta en formas de segregación laboral, que puede ser horizontal, en los trabajos propios de mujeres, o vertical, representado por el escaso número de mujeres en posiciones de mando o responsabilidad.

Esta discriminación se manifiesta en el acceso al empleo, en la baja posibilidad de alcanzar cargos de alto nivel o responsabilidad, en las deficientes remuneraciones e, inclusive, en los casos de acoso sexual.

Como ya precisamos al hablar de la idea de discriminación, debemos señalar que el principio de igualdad no implica una prohibición absoluta de las diferencias, sino una aspiración normativa a la igualdad entre todos los seres humanos respecto de los derechos cuya titularidad exige dicha condición, “de ser humano”.³ En consecuencia, no todas las diferencias son relevantes para el juicio de igualdad, sino sólo las esenciales cuando son arbitrarias, ya que carecen de razonabilidad. En la misma línea, el principio de no discriminación permite la existencia de diferencias, siempre que éstas sean razonables.⁴

Por lo tanto, la médula del principio de igualdad implica determinar cuándo se está en presencia de una diferencia o igualdad razonables y cuándo ante una discriminación o equiparación injustas, ya que en el primer caso se permite y promueve un tratamiento diverso o equivalente, mientras que en el segundo repugna la diversidad o identidad en el trato.⁵

No obstante, se reconoce un núcleo duro de igualdad, donde las diferencias no pueden justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política, salvo casos excepcionales justificados por medio de un control más riguroso.

En cuanto a los instrumentos de la política antidiscriminatoria, éstos pueden ser represivos, correctores y preventivos.⁶ Los primeros, estatuyen una sanción para las conductas discriminatorias. Los correctores, por su parte, reparan los efectos de la discriminación, y los preventivos, implican una verdadera política social de manipulación dirigida a los fundamentos de la discriminación a fin de lograr la igualdad efectiva de la mujer en el mundo del trabajo. En este tercer tipo de medidas encontramos las acciones positivas.

En materia de discriminación las tres nociones básicas elaboradas por el derecho antidiscriminatorio norteamericano y europeo son la discriminación directa, la discriminación indirecta y las acciones positivas, que revisaremos en los acápite siguientes.

2. Las discriminaciones directas: definición y caracteres

La discriminación directa o diferencia de trato por razón de sexo, consiste en el tratamiento diferenciado y desfavorable a una persona por dicha razón.

³ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. *El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos*, p. 608.

⁴ En cuanto al grado de independencia del principio de no discriminación, respecto del principio de igualdad, consultar, SÁEZ LARA, Carmen. *Mujeres y Mercado de Trabajo*, pp. 34 y ss.

⁵ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *Principio Constitucional de Igualdad ante la Ley*, p. 55.

⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *Igualdad y no discriminación por razón de sexo: Planteamiento constitucional*, p. 99.

¿Todo trato menos favorables es discriminatorio? No, las diferencias de trato que no impliquen un perjuicio no son discriminatorias, salvo en el acceso al empleo.⁷

En las discriminaciones directas, el demandante debe probar que es víctima de la acción intencionalmente discriminatoria del empresario. La noción de discriminación directa es bilateral, en el sentido de que son discriminatorias las diferencias de trato por razón del sexo que afecten tanto a mujeres como a los hombres.⁸

En la discriminación directa, el elemento comparativo entre hombre y mujer comprende el trato diferente dado a una persona en relación con el dado a otra de distinto sexo, así como el que hubiera recibido esa persona de haber sido otro su sexo. En este sentido, la cláusula “*but for*” en el derecho inglés y norteamericano implica que es discriminatorio aquel tratamiento que hubiera sido diferente de haberse tratado de un hombre.

El elemento comparativo ha hecho crisis en las áreas relativas al trato diferenciado de las mujeres embarazadas y en el caso de los trabajos propios de mujeres. En el primer caso, la inexistencia de hombres en estado de embarazo puede afectar la aplicación de la discriminación directa. A fin de resolver este problema, cierta jurisprudencia norteamericana y británica realizaron la comparación con el trato dado a los hombres en situaciones de enfermedad o incapacidad para el trabajo.⁹

Sin embargo esta visión se reveló insuficiente ante diferencias sexuales inmutables, donde es preciso acomodar las diferencias sexuales a fin de neutralizarlas como barreras u obstáculos a la igualdad de oportunidades en el trabajo de ambos sexos. En este contexto se considera que por ser el embarazo una legítima diferencia debe ser tratado como tal, sin forzar las comparaciones con el otro sexo y por ello la jurisprudencia comparada ha postulado que si una mujer no es contratada por su embarazo nos hallamos ante una decisión empresarial que afecta a sólo un sexo: las mujeres, lo que determina que es una diferencia de trato por razón de sexo del trabajador, o sea, una discriminación directa.

En el segundo caso, de los trabajos propios de mujeres, la teoría de la diferencia de trato falla en los supuestos discriminatorios por la inexistencia de miembros del otro sexo que realicen dicha labor. Se trata de categorías o grupos profesionales compuestos sólo o predominantemente por miembros de un sexo. Los criterios han sido variados y perfeccionados en esta materia: el más restrictivo realizaba la comparación con el tratamiento dado a los hombres en puestos situados en igual posición. Otro criterio habla de los hombres que ocupan cargos que sean comparables.

En cuanto al elemento causal, la discriminación directa implica un trato diferente y desfavorable cuya causa es el sexo de la persona, con independencia de los motivos del agente (paternalismo, estereotipos sexuales etc.).

⁷ En este sentido la jurisprudencia británica citada por SÁEZ LARA, Carmen, op. cit., p. 59 y 60.

⁸ Sólo excepcionalmente, en el derecho comparado, se aceptan algunas discriminaciones directas, por ejemplo, en actividades artísticas, en labores de gendarmería en recintos de presos varones de alta seguridad, en labores de supervisión de duchas o vestuario, etc. Lo que no se acepta como excepción, tanto en los Estados Unidos como en la Comunidad Económica Europea, son las discriminaciones directas basadas en un eventual ahorro de costos para la empresa.

⁹ SÁEZ LARA, Carmen, op. cit., p. 61 y ss.

¿Qué ocurre si en su decisión el empresario ha considerado diversas causas o factores, entre ellos el sexo? La jurisprudencia británica ha dicho que basta si el criterio de distinción prohibido fue causa importante o sustancial.

Por otra parte, se configura igualmente una discriminación directa cuando haya una causa que es consecuencia directa del sexo de la persona, como el embarazo y la maternidad.

Dentro de las discriminaciones sexuales deben incluirse aquellas diferencias de trato por sexo unido al estado civil o la situación familiar del trabajador: mujeres casadas, o extinción del contrato por matrimonio de la trabajadora con una compensación económica.¹⁰

¿Es posible encontrar excepciones a la igualdad de trato, o sea justificaciones a ciertas discriminaciones directas? La respuesta es afirmativa. En la Unión Europea (UE) se habla de “derogaciones a la igualdad de trato”. En el derecho norteamericano, en línea similar, el empresario ante acusaciones de diferencias explícitas de trato, puede plantear la excepción de “*business necessity*” o de “*bona fidea occupational qualification*”, las que aceptadas por el tribunal permiten tratos diferentes y abiertos entre hombres y mujeres.

Para el Tribunal Constitucional español, las discriminaciones directas prohibidas entre hombres y mujeres son las carentes de justificación. Las diferencias de trato que favorecen a las mujeres, si persiguen una finalidad compensadora o igualatoria o si se trata de una medida protectora basada en una diferente consideración de la mujer en el trabajo, son aceptadas. O sea esta instancia ha ocupado un criterio que la doctrina peninsular ha denominado “test del efecto o del impacto compensador”, justificando las diferencias de trato a favor de las mujeres, si se trata de compensar una previa desigualdad real.¹¹

Por otra parte, el Tribunal Constitucional español ha rechazado las medidas aparentemente protectoras de las mujeres, pero que consideran a las mismas como un ser inferior, no igual, ya que perpetúan y reproducen en la práctica la posición de inferioridad social de la población femenina.¹²

En el ámbito de la UE, la Directiva para la igualdad de trato 76-207 admite diferencias de trato entre sexos en tres supuestos: a) ante actividades profesionales para las cuales el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, b) por la protección de la mujer, especialmente en el embarazo y maternidad, y c) para promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

¹⁰ En Estados Unidos la doctrina judicial del Sex Plus Cases, postula que la discriminación sexual abarca los casos en que la diferencia por razón de sexo va acompañada de: 1) una característica inmutable o permanente como la raza más el sexo, 2) una característica que aún siendo variable constituye un derecho legalmente protegido como el matrimonio y los hijos, 3) una característica variable pero que afecte a la igualdad de oportunidades en el empleo por basarse en estereotipos ofensivos o dañinos en las condiciones de empleo, como vestir ropa provocativa un ascensorista, sólo uniforme para las mujeres, uso de lentes de contacto en las mujeres. Consultar SÁEZ LARA, Carmen, op. cit., p. 71.

¹¹ SÁEZ LARA, Carmen, op. cit., p. 74.

¹² REY MARTÍNEZ, Fernando. *El Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo*, p. 77.

La SDA (Sex Discrimination Act) británica de 1975 enumera actividades en que el sexo pueden constituir una genuina calificación para el trabajo: cuando el sexo viene exigido por la naturaleza o los caracteres esenciales del mismo por razones físicas (no fuerza física o resistencia), y por razones de autenticidad en el desempeño de actividades artísticas (actor, modelo artístico, maniquíes). También, en los supuestos en que la esfera privada, el derecho a la intimidad, la decencia o el pudor del trabajador o los clientes pueda verse afectado (supervisión de duchas o vestuario), si el trabajador presta servicios personales o sus funciones se realizan en un país cuyas leyes o costumbres excluyen del trabajo a las mujeres, o cuando el trabajo ha de ser realizado por un matrimonio.

En Estados Unidos se aceptó excluir a mujeres de la gendarmería de un recinto penitenciario de alta seguridad, por afectar la seguridad.

Polémica genera la exclusión de mujeres de trabajos con exposición a productos tóxicos para preservar la salud de las futuras generaciones ya que se ha planteado, con razón, que todos los trabajadores de cualquier sexo deben ser tutelados ante estos ambientes laborales hostiles.

En síntesis, las excepciones deben interpretarse restrictivamente, debe haber una conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo, dicha conexión debe ser objetiva (no que el empresario estime que..., u opte por considerar que el sexo es un requisito...) y se rechaza la justificación basada en costos, o sea, que la empresa tenga mayores costos derivados de la contratación de trabajadores de un sexo.

La UE estatuye que estas excepciones deben ser revisadas periódicamente. En su jurisprudencia, encontramos algunos empleos que pueden reservarse a un solo sexo (Tribunal de Justicia Europeo): matrona, empleos en residencias privadas para los cuales el respeto a la vida privada puede ser tomado en consideración, policía en situación interna del país caracterizada por atentados frecuentes y en atención a exigencias de seguridad ciudadana, y vigilante en la administración penitenciaria.

Las discriminaciones directas pueden clasificarse en abiertas y encubiertas. Las discriminaciones directas abiertas se detectan más frecuentemente en el caso del embarazo y por razón de sexo conectado a caracteres físicos como juventud y belleza.

En las discriminaciones directas encubiertas, por el contrario, no siendo el sexo la causa explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, es el motivo que realmente guió la actuación o el comportamiento discriminatorio, y que formalmente apareció, sin embargo, bajo una causa distinta.¹³

3. Las discriminaciones indirectas: definición y caracteres

Sin embargo, la noción de discriminación directa tuvo una serie de deficiencias en la práctica, lo que motivó un cambio en la jurisprudencia norteamericana que hará surgir la noción de discriminación indirecta. En efecto, en el caso Griggs, en 1971, el Tribunal Supremo de ese país elabora la teoría del impacto o efecto adverso (*adverse*

¹³ REY MARTÍNEZ, Fernando, op. cit.

impact), afirmando que resultan prohibidas no sólo las discriminaciones directas (abiertas o encubiertas) sino también las prácticas formalmente justas pero discriminatorias en su puesta en ejecución o realización, salvo que el empresario pruebe la existencia de una necesidad empresarial (*business necessity*).

Por tanto, la discriminación indirecta deriva o es consecuencia de la aplicación de una medida neutra que desfavorece en mayor medida e injustificadamente a las mujeres, y puede ser definida como aquella práctica o medida que siendo formal o aparentemente neutra posee, sin embargo, un efecto adverso sobre los miembros de un determinado sexo.¹⁴

Para la Civil Rights Act de Estados Unidos, de 1991, es ilegal una práctica de empleo si el demandante prueba que la misma produce un impacto adverso sobre la base del sexo, y el demandado no consigue probar que la práctica cuestionada está relacionada con el trabajo y además es necesaria para la empresa. Asimismo, si el demandante prueba la existencia de una práctica de empleo alternativa y menos discriminatoria, y el demandado se niega a aplicarla, se da por probada la existencia de una discriminación indirecta.

La Directiva de la UE sobre modificación de la carga de la prueba, de 1997 (12514-97), señala en su artículo 2 que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro, afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, a menos que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

El Tribunal de Justicia Europeo las define como todo criterio, práctica y medida (también normativa) que aún aplicándose con independencia del sexo del trabajador, afecta o perjudica a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, salvo que la empresa pruebe que los mismos se basan en factores objetivamente justificables y extraños a cualquier discriminación por sexo (dicha justificación debe superar un juicio de necesidad e idoneidad para la empresa).

A diferencia de las discriminaciones directas, las indirectas son objetivas, ya que no es importante la intención sino el efecto o resultado de la medida. Por ello, el demandante no debe probar la intención discriminatoria.

La teoría del impacto adverso evoluciona desde una exigencia de neutralidad a la búsqueda de la eliminación de los obstáculos que afectan a los grupos minoritarios, a fin de alcanzar una real igualdad de oportunidades. Además, esta teoría aprehende la dimensión supra individual del fenómeno discriminatorio, ya que la comparación no se verifica entre personas sino entre grupos.¹⁵

La noción de discriminación indirecta implica la existencia de una medida, práctica o criterio formalmente neutro, es decir, que se aplica tanto a hombres como a mujeres.¹⁶

¹⁴ SÁEZ LARA, Carmen, op. cit., p. 105.

¹⁵ SÁEZ LARA, Carmen, op. cit., p. 107.

¹⁶ Acerca de los elementos de la noción de discriminación indirecta, ver SÁEZ LARA, Carmen, op. cit., p. 112 y ss.

Por otra parte, esta práctica aparentemente neutra debe tener un efecto desfavorable mayor sobre los trabajadores de un sexo respecto del otro, al momento de aplicar la referida medida. El acento está dado en el momento aplicativo de la medida. La legislación británica e italiana exigen un perjuicio a diferencia de la de Estados Unidos y la Comunitaria, donde basta el efecto desfavorable.

¿Cuándo será desproporcionado el efecto? En Estados Unidos el criterio que más ha primado ha sido el de 80 por 100, o de los 4-5 cuatro quintos, sin perjuicio de que en alguna jurisprudencia se utilizó uno de 1,5 a 1. Por su parte, los tribunales británicos no han usado estadísticas sino que han apelado al sentido común. El Tribunal Supremo de las Comunidades Europeas tampoco ha fijado regla numérica alguna.

Además, dicha práctica y el efecto adverso (discriminatorio) que se provoca deben ser injustificados.

En este tercer elemento vemos la diferencia entre discriminación directa e indirecta. En la primera la diferencia de trato basada en el sexo es una conducta discriminatoria. En la indirecta, la medida con efecto adverso es tan sólo una presunción de discriminación que puede ser destruida por otras consideraciones.

En este punto debemos hacernos dos preguntas: ¿basta que la medida sea conveniente para la empresa o debe ser necesaria? y ¿la justificación empresarial ha de ir referida al trabajo o a la actividad económica de la empresa?

En Estados Unidos el empresario debe justificar una necesidad: *business necessity*. Posteriormente, al igual que Gran Bretaña, la jurisprudencia de ese país osciló a la mera conveniencia. Por su parte, la Unión Europea exige una necesidad. Finalmente, en Estados Unidos la ley de 1991 ha restablecido la *business necessity*.

Tampoco deben existir medios alternativos que consigan el mismo fin con efectos menos discriminatorios, lo cual debe ser probado por los demandantes.

En los casos en que se ve afectada la seguridad pública la jurisprudencia ha sido menos estricta y por lo mismo más amplia respecto de la justificación empresarial.

Respecto de la segunda interrogante, referida a si ¿la justificación empresarial ha de ir referida al trabajo o a la actividad económica de la empresa? debemos señalar que no se trata de los mismos conceptos ya que la conexión con el trabajo es uno de los tantos medios para el logro de la necesidad empresarial. Si relacionamos este problema con el de la conexión con el trabajo, la prueba se centrará en dicha vinculación. Por el contrario, si se trata de probar que la medida con efecto adverso es necesaria para la empresa, habrá que seguir vías distintas a la conexión con el trabajo.

El juicio sobre necesidad de la empresa se concretará o no en su necesidad para el trabajo, según el ámbito en el que la medida con impacto adverso se desenvuelva, esto es, según sea en el acceso al empleo, la promoción profesional, o la extinción de la relación laboral, por ejemplo.

La Civil Rights Act de 1991 exige la prueba de la conexión con el puesto de trabajo.

En la Unión Europea con sólo una excepción se exige la conexión o relación con el trabajo.¹⁷

¿Una justificación de orden económico puede constituir una necesidad real para la empresa? La jurisprudencia norteamericana ha dicho que no, salvo en los casos que se ven afectados motivos de seguridad pública.

Para la UE las razones económicas deben admitirse sólo en caso de necesidad real para la empresa, cuando la productividad y no el mero logro de mayores beneficios puede verse afectada, sin perjuicio del tema de las medidas alternativas. La Jurisprudencia Comunitaria ha reconocido que determinadas modalidades de trato desfavorable pueden constituir una discriminación indirecta, por lo que ha mejorado la protección de los trabajadores a tiempo parcial, frecuentemente realizados por mujeres en Europa.¹⁸

En Rinner-Kuhn contra FWW Spezial-Gebaudereinigung GMBH & Co. KG se impugnó la legalidad alemana sobre continuación del abono de los salarios de los trabajadores declarados enfermos, que obligaba a los empleadores a abonar los remuneraciones durante licencias por enfermedad de hasta por seis semanas de duración, pero excluía al personal a tiempo parcial que trabajase menos de 10 horas por semana o 45 horas al mes. La gran mayoría de éstos eran mujeres.

En María Kowalska contra Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo se postuló que un convenio colectivo no puede discriminar a los trabajadores a tiempo parcial en materia de indemnización por concluir la relación laboral. En H. Minz contra Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo se impugnó un convenio colectivo que estatuyó que los trabajadores a tiempo parcial debían cumplir un periodo de tiempo más largo para pasar a una categoría mejor remunerada. En ambos casos los afectados eran predominantemente mujeres.

En la ley italiana¹⁹ se establece una detallada regulación de las acciones positivas con miras a fomentar la igualdad en materia laboral, diferenciando entre discriminaciones directas e indirectas.²⁰ Para esta normativa, las discriminaciones indirectas comprenden cualquier tratamiento perjudicial que sea consecuencia de criterios que producen desventaja en modo proporcionalmente mayor para trabajadores de uno u otro sexo, y que dicen relación con requisitos no esenciales del trabajo.

El concepto de discriminación indirecta ha servido para controlar el trabajo part-time²¹ por tópicos tales como el precio por hora, los complementos salariales, los esquemas de pensiones y la pensión por incapacidad. Además, ha servido para fiscalizar

¹⁷ En el caso Bilka, sobre exclusión del part time del régimen de pensiones, el cual afectaba fundamentalmente a trabajadoras mujeres, el Tribunal exigió que la empresa probara que se basaba en factores objetivos, extraños a cualquier discriminación por sexo, probando que se debe a una necesidad real, a una exigencia efectiva para la empresa y que ésta es idónea y necesaria para el logro de los objetivos requeridos (esta última exigencia en orden a que no existan otras medidas alternativas que puedan ordenar la misma finalidad y tengan un efecto negativo menor en las mujeres).

¹⁸ Ingeborg Heide, *Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea*, Revista Internacional del Trabajo, 1999/4, p. 442 y 443.

¹⁹ Ley n. 125, de 1991.

²⁰ MARRA, Realino. *Lineamenti di Diritto del Lavoro*, p. 67.

²¹ HEIDE, Ingeborg, op. cit., p. 442 y ss.

los procedimientos de selección de personal, las ofertas de trabajo y los criterios de selección basados en la edad, requisitos físicos de altura y peso, o experiencia profesional. Los criterios tradicionalmente ocupados para discriminar indirectamente se vinculan a la edad, ancianidad, estatus familiar o renta del cónyuge.

En nuestra doctrina se han destacado como ejemplos de discriminaciones indirectas de origen legislativo el caso del contrato a domicilio (situación que fue enmendada por las reformas de la Ley n. 19.759) y de las trabajadoras de casa particular.²²

4. Las acciones positivas

Las discriminaciones directas y las indirectas se complementan a fin de brindar una tutela adecuada contra la discriminación femenina. Sin embargo, ha sido necesario ir más allá, implementando medidas de fomento y prevención por medio de las denominadas acciones positivas.

Las acciones positivas son el instrumento de intervención de las políticas de igualdad, modelado en base a la “affirmative action” de Estados Unidos, y destinado a neutralizar o compensar los efectos negativos producidos por los comportamientos, actitudes y estructuras sociales de tipo discriminatorio, y a promover la igualdad de oportunidades de trabajo, educación y formación profesional.²³ Esta técnica normativa es esencialmente persuasiva y más amplia que la técnica de la obligación de contratar, además su estudio puede enfocarse también desde la perspectiva de las políticas sociales.²⁴ Buscan promover la igualdad de oportunidades y corregir las desigualdades con un carácter preventivo y corrector.²⁵

Las affirmative action policy nacen en los Estados Unidos con la Executive Order n. 10.925 del Presidente Kennedy, en marzo de 1961, y con la Executive Order n. 11.246 del Presidente Johnson, en 1965, por las que se obliga a los empresarios beneficiarios con el Gobierno o de financiamiento público, a emprender planes de acción positiva contratando a sus trabajadores con criterios no discriminatorios, bajo pena de perder el contrato obtenido.²⁶

Las acciones positivas abarcan distintos tipos de medidas y programas en el sistema educativo, de formación profesional y en las prácticas de empleo de la mano de obra, e inclusive en materia de representación política, comprendiendo la adopción de discriminaciones positivas o inversas como tratamiento diferente para los sujetos en desventaja, evaluadas periódicamente y fomentadas, en algunos casos, por medio de incentivos fiscales. Por otra parte, estos programas se orientan al reequilibrio de las

²² UGARTE CATALDO, José Luis. *El Derecho Laboral y la Discriminación: Situación de la Mujer en Chile*, p. 8 y ss.

²³ BARBERA, Marzia. *Glosario italiano del lavoro e delle relazioni industriali*, p. 41-42.

²⁴ GIUGNI, Gino. *Diritto del lavoro* (voce per un'enciclopedia), p. 286.

²⁵ Respecto de la constitucionalidad de las acciones positivas en nuestro sistema, consultar, GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *La Lucha contra la discriminación femenina: las acciones positivas y su constitucionalidad*, p. 69 y ss.

²⁶ En Estados Unidos dos organismos federales aseguran la correcta aplicación de las normas antidiscriminatorias (de la Civil Rights Act de 1991). La Comisión sobre igualdad de oportunidades en el empleo (EEOC), cuya función es inspectora, receptora de denuncias por los particulares, conciliadora y promotora de procesos judiciales por discriminación, y la Oficina encargada de examinar la conformidad de los contratos federales (OFCCP).

responsabilidades familiares y profesionales entre ambos sexos, por medio de cambios en la organización del trabajo y en la jornada laboral.²⁷

Las acciones positivas son una clara expresión de las denominadas “política de la diferencia”,²⁸ en un doble aspecto. Por una parte, cuando se alude a “diferencia” en el sentido de exclusión, en cuanto existencia histórica de una condición social y cultural distinta (se trata de una desigualdad de hecho) que se origina en una discriminación social y jurídica y cuyos efectos se perpetúan en el tiempo. En estos casos, se hace necesaria la adopción de algunas “desviaciones” de la igualdad formal por medio de la adopción de las acciones positivas a fin de remover la desigualdad sustancial históricamente existente entre ambos sexos.

Por otro lado, puede aludirse al concepto de “diferencia” no en un sentido de una desigualdad que es necesario reequilibrar, sino de una diversidad, en cuanto identidad de género o de grupo, que debe mantenerse o valorizarse frente a la homologación impuesta por el “modelo dominante”.²⁹ En este contexto el término diferencia asume el significado de “especificidad” y en este segundo sentido pueden adoptarse acciones positivas destinadas a valorizar aquellas connotaciones específicas que diferencia e individualan a las personas, reivindicando, de esta forma, el valor de la “diferencia-especificidad” de ciertos grupos.

Los problemas se plantean con la modalidad de acción positiva denominada “discriminación inversa o positiva o al revés”, ya que la medida diferenciadora correctora provoca un perjuicio en la esfera individual de los varones en situación similar. Se trata de reservar en exclusiva a las mujeres, bajo ciertas condiciones, un determinado número de puestos de trabajo (cuotas) o bien otorgarles preferencia en igualdad de condiciones con los varones similarmente situados (trato preferente).

Por discriminación inversa o positiva o al revés se entienden una serie de actuaciones normativas “de favor”, de carácter temporal o transitorio, encaminadas a eliminar la discriminación-subordinación de origen histórico de determinados grupos o colectivos, y que se refleja en una desproporcionada menor presencia de los miembros de dichos grupos en los distintos ámbitos de la participación social.³⁰

Cabe precisar que cuota y trato preferente no son lo mismo. Las discriminaciones inversas o positivas pueden llevarse a cabo a través de cuotas que establecen la reserva de un número o porcentaje de plazas a determinados grupos. Además, pueden concretarse por medio de normas de trato preferente, que disponen la atribución de calificaciones o puntos especiales para dichos grupos.

A continuación, debemos estudiar dos materias. La primera, sobre las diferencias entre las acciones positivas y discriminaciones inversas o positivas. La segunda, dice

²⁷ GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*, p. 244.

²⁸ OLIVITO, Elisa. *Azioni Positive e Rappresentanza Femminile: Problematiche Generali e Prospettive di Rilancio*, p. 238 y 239.

²⁹ OLIVITO, Elisa, op. cit., p. 238.

³⁰ BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, p. 30.

relación con las críticas a las discriminaciones inversas o positivas y si constituyen o no discriminaciones directas.

En cuanto al primer punto, es necesario tener presente que las discriminaciones inversas o positivas (cuotas o trato preferente) son una especie o tipo de acción positiva (medidas y programas de formación, inserción, información, educación, promoción, etc.), por lo que no cabe confundirlas o asimilarlas. Sus diferencias son de género a especie, y pueden resumirse de la siguiente forma:³¹

1) Las discriminaciones inversas o positivas se han estatuido para supuestos muy particulares de discriminación racial, sexual y derivada de minusvalía física o psíquica, a diferencia del ámbito de acción de las acciones positivas que es más amplio.

2) Las discriminaciones inversas o positivas se producen en contextos de especial escasez, lo cual determina que el beneficio de algunos implica el perjuicio de otros, lo que no ocurre con las acciones positivas en general.

3) Las discriminaciones inversas se justifican por su finalidad de remediar los perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social, como la sexual y la racial. Por ende, fuera del cumplimiento de dicha finalidad, éstas se transforman en inaceptables discriminaciones directas. Por ello son de interpretación estricta y se encuentran sujetas a ciertas condiciones:

a) Mientras las medidas de acciones positivas son deberes del Estado,³² las discriminaciones inversas o positivas son una técnica posible o permitida para el legislador bajo ciertas condiciones estrictas de control constitucional.

b) Sólo puede acudirse a las discriminaciones inversas o positivas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de igualdad en un sector social determinado y en un tiempo razonable, a través de otras acciones positivas menos extremas.

c) Para aplicar las medidas de discriminación inversa o positiva deberá acreditarse objetiva y fehacientemente, por medio de estadísticas, la desigualdad de hecho en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.

d) Las discriminaciones inversas o positivas por su naturaleza son transitorias, su existencia se limita al lapso necesario para lograr la igualación en el sector social en el cual el femenino se encuentra subrepresentado.

e) Las discriminaciones inversas o positivas sólo pueden establecerse por ley.

Respecto del segundo punto, debemos decir que han sido numerosas las críticas a las discriminaciones inversas o positivas, tanto desde una perspectiva utilitarista como axiológica.³³ Desde una visión utilitarista, se ha argumentado que las discriminaciones inversas favorecen la ineficacia del sistema, ya que la asignación de puestos no se hace en base a los méritos de los candidatos. También se ha señalado que son ineficaces para conseguir la igualdad y que favorecen la estigmatización de los supuestos grupos favorecidos con estas medidas. Un grave escollo para los argumentos utilitaris-

³¹ REY MARTÍNEZ, op. cit., p. 85 y ss.

³² Nuestra Constitución, en su artículo 1º, estatuye el deber del Estado en orden a asegurar el derecho de las personas a participar en igualdad de oportunidades en la vida nacional.

³³ MORONDO TARAMUNDI, Dolores, Appunti sul "Maschio, Vittima Inocente" nel Diritto Comunitario, p. 311.

tas es que la eficacia del sistema, o el bienestar general o colectivo, son conceptos difíciles de precisar y de medir.³⁴

Otro de los argumentos más citados y de carácter axiológico o valorativo, es el de la “víctima” o del “hombre víctima inocente”.³⁵ Para los que postulan este argumento, la discriminación inversa siempre es injusta ya que viola los derechos individuales de los excluidos a no ser discriminados por razones de raza, etnia, religión o género.

Sin embargo, esta objeción ignora lo que algunos teóricos del derecho han denominado las “paradojas de la igualdad”, en el sentido de que quien desee crear igualdad el los hechos debe necesariamente aceptar una desigualdad en el derecho. Por otra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad de derecho deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho e, inclusive, a menudo las refuerza.³⁶

En el argumento de la víctima inocente confluyen diversas objeciones axiológicas.³⁷ La primera postula que cada individuo tiene derecho a ser juzgado al tenor de sus méritos. Se le refuta en base a la ambigüedad de la noción de mérito, debido a la inexistencia de características que puedan configurar una suerte de “mérito en abstracto”.

La segunda postula que cada uno tiene el derecho a ser juzgado como individuo y no como perteneciente a un grupo determinado. Por ejemplo, no puede deducirse que un candidato ha tenido desventajas en su educación sólo por ser negro, o ventajas sólo por ser hombre, aunque así sea en la mayoría de los casos. No obstante, se ha reparado en que los procesos de selección implican la utilización de categorías y generalizaciones derivadas de las mismas. Por tanto esta objeción no se fundamenta en que se haya considerado que una persona determinada pertenece a un determinado grupo, sino que se hayan utilizado para la individualización del grupo determinados criterios, por lo que esta objeción se asimila con la tercera, que se centra en el uso de criterios prohibidos para la selección de los candidatos.

La tercera sostiene que la discriminación inversa implica que se discrimina a los candidatos pertenecientes al grupo no favorecido con dichas medidas, dada su sobrerrepresentación o privilegio histórico. La discriminación positiva, es entendida como una discriminación a favor de los grupos en desventaja o subrepresentados. Se habla de víctima “inocente” ya que el individuo excluido por la medida, en cuanto tal, no es culpable de la discriminación grupal e histórica que fundamenta la medida de discriminación inversa. Se postula que es injusto hacer pagar a una sola persona por los males que afectan a toda la sociedad.

Por el contrario, concordamos con la opinión de muchos autores que estiman que las discriminaciones inversas no constituyen un quiebre del principio de no discriminación directa, ya que esta regla exige no sólo un trato diferente sino también perjudicial. Además, las discriminaciones inversas o positivas se distinguen de las discriminaciones directas por su finalidad, que es buscar la igualdad de oportunidades y la

³⁴ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, p. 339.

³⁵ MORONDO TARAMUNDI, Dolores, op. cit., p. 309 y ss.

³⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 404.

³⁷ Dworkin citado por MORONDO TARAMUNDI, Dolores, op. cit., p. 312 y ss.

superación de las desigualdades de hecho, por lo que su aplicación no importa el rasgo negativo de minusvaloración, menosprecio ni estigmatización de las discriminaciones tradicionales.

El Tribunal de Justicia de la UE, después del caso Marshall³⁸ declaró compatibles con el Derecho Comunitario las discriminaciones positivas o inversas, siempre que las medidas que otorguen preferencia a las mujeres en algún aspecto de su carrera profesional cuenten con algún tipo de cláusula de apertura³⁹ o condición o cláusula de salvaguardia que permita que el competidor varón no sea excluido automáticamente del respectivo proceso de selección.

Luego, en el caso Badeck dicho Tribunal, ratificó la doctrina del caso Marshall, en el sentido de que las medidas de promoción de las mujeres son lícitas siempre que existan las dos condiciones siguientes:⁴⁰

1 - Que no se establezca una prioridad automática e incondicionada a favor de las mujeres, cuando los candidatos son igualmente calificados.

2 - Que las candidaturas sean sometidas a una examen objetivo que considere la situación personal particular de todos los candidatos.

Más recientemente, en el caso Abrahamsson, el Tribunal se manifestó en contra de la discriminación positiva estatuida por estimar que se trataba de una precedencia automática absolutamente desproporcionada respecto del grupo subrepresentado.⁴¹

5. La normativa nacional en materia de discriminación sexual

La Constitución Política de la República, en su artículo 1º, establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Además, consagra como deber del Estado el asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

El artículo 19, 2º, de la Carta Fundamental consagra como garantía constitucional la igualdad ante la ley, disponiendo que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados y que los hombres y mujeres son iguales ante la ley. Agrega su inciso segundo que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

³⁸ En la UE desde el caso Kalanke al Marshall se ha evolucionado hacia la aceptación de las discriminaciones inversas o positivas si las mujeres están infrarrepresentadas en el sector laboral de que se trate y no se excluye desde el principio al competidor varón. En 1995, en el caso Kalanke contra la ciudad de Bremen, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas rechazó un programa de acciones positivas por estimarse que promocionaba a las mujeres en forma automática, excluyendo a todos los competidores varones y constituyendo una preferencia absoluta e incondicional. Dos años después, en 1997, en la causa Marshall contra Renania del Norte-Westfalia, el tribunal precisa que a diferencia del caso Kalanke en la norma legislativa en entredicho figura una condición o cláusula de salvaguardia en virtud de la cual podían predominar los motivos que concurriesen en otros candidatos (varones). En este caso se validaron las medidas especiales de acción positiva contempladas en dicha normativa. Al respecto, consultar Hodges-Aeberhard, Jane, "La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales", p. 286 y ss.

³⁹ PÉREZ DEL RÍO, Teresa. "El principio de no discriminación por razón de sexo", p. 146.

⁴⁰ SCHIEK, Dagmar. "Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law? From *Kalanke* and *Marshall* to *Badeck*", p. 259.

⁴¹ MORONDO TARAMUNDI, Dolores, op. cit., p. 323.

Además, el artículo 19, 16^a, de la Constitución, en su inciso tercero dispone que se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos. Lamentablemente, la acción de protección no comprende esta garantía lo que suscita diversas dudas interpretativas⁴² y, en alguna medida, deja en letra muerta a la disposición constitucional.

Por su parte, la normativa internacional consagra ampliamente el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 7, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo II, establecen la igualdad ante la ley.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagran, respectivamente, en sus artículos 3 y 26, y 2.2, la igualdad ante la ley y la no discriminación. Además, el segundo de estos Pactos en su artículo 7 letras a) y c) contempla la igualdad de remuneraciones respecto de las mujeres, y el derecho a ser promovido en el trabajo.

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, establece en su artículo 24 la igualdad ante la ley y la no discriminación.

Asimismo, el Convenio n. 111 de la OIT, de 1958, ratificado y vigente en Chile, sobre discriminación (empleo y ocupación), entre otras materias contempla un concepto de discriminación⁴³ (art. 1); establece el deber de promoción de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación (art. 2); dispone diversos deberes de los Estados signatarios, como los de promulgar leyes y programas educativos y derogar disposiciones legislativas y modificar prácticas incompatibles con la igualdad de oportunidades o de trato en las materias ya señaladas (art. 3), y contempla la posibilidad de adopción de medidas especiales destinadas a favorecer a las personas discriminadas (art. 5).

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, también está ratificada por Chile y contiene un concepto de discriminación contra la mujer (art. 1),⁴⁴ precisa los deberes estatales en este sentido

⁴² Las interrogantes se producen por el imperativo de dar una real aplicabilidad a la prohibición de discriminación laboral que establece nuestra Constitución. En este orden de ideas, la doctrina ha postulado que la no discriminación podría ser tutelada por medio de la acción de protección en relación a las garantías de la libertad de trabajo (art. 19, 16, inciso primero) y de la igualdad ante la ley (art. 19, 2).

⁴³ Su artículo 1, 1, letra a), define discriminación 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 o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Además, su artículo 1, 1, letra b), define como discriminación cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, y su artículo 1, 2, dispone que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

⁴⁴ Su artículo 1 define la discriminación contra la mujer como 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 y civil o en cualquier otra esfera.

(art. 2), tales como enmendar la Constitución y leyes del caso o adoptar las medidas legislativas u otras que permitan dar cumplimiento a los objetivos de la Convención.

Su artículo 4 establece que la adopción por parte de los Estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminatoria, no obstante lo cual de ninguna forma implicará el mantenimiento de normas desiguales o separadas en forma permanente. Las medidas especiales de protección de la maternidad no se consideran discriminatorias.

El Convenio n. 156 de la OIT, de 1981, ratificado y vigente en Chile, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, establece la necesidad de incluir en la política nacional medidas que permitan a los trabajadores de ambos sexos compatibilizar sus responsabilidades familiares y profesionales.

Toda esta normativa internacional vigente en nuestro país debe armonizarse con lo dispuesto en el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en orden al deber del Estado de respetar y promover los derechos esenciales, garantizados por la Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

A nivel legal, el artículo 2º, incisos segundo y siguientes, del Código del Trabajo,⁴⁵ recientemente modificado por la Ley n. 19.759, establece lo siguiente:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Excepcionalmente solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

⁴⁵ Acerca del modelo antidiscriminatorio chileno, consultar Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis, *Interpretación y derechos fundamentales en la empresa*, p. 223 y ss.

Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren”.

Asimismo, el artículo 5º, inciso primero, refuerza la tutela de los derechos fundamentales en materia laboral, al establecer que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

El inciso final del artículo 194, establecido por la Ley n. 19.591, establece que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

Además, el artículo 215 dispone que no se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical, prohibiéndose impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

La doctrina nacional, en base a estas normas, ha definido la discriminación laboral como “toda distinción, exclusión o preferencia de trato que, ocurrida con motivo u ocasión de una relación de trabajo, se base en un criterio de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política o cualquier otro que se considere injustificado, y que tenga por objeto alterar o anular, la igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.⁴⁶ Esta noción contempla la discriminación laboral antes, durante y una vez finalizada la relación de trabajo, comprendiendo no sólo el acceso al empleo, sino también las condiciones de trabajo, la posibilidad de contar con formación profesional y a no ser segregado en el ambiente de trabajo.⁴⁷

Por último, debemos indicar que nuestro legislador ha dictado importantes textos legales que consagran acciones positivas, como la Ley n. 19.253, del 5 de octubre de 1993, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas,⁴⁸ y la Ley n. 19.284, de 14 de enero de 1994, que establece normas para la plena integración social de las personas con discapacidad. Esta última consagra diversas acciones positivas en su Título IV (arts. 18 a 45) relativo a la Equiparación de Oportunidades.⁴⁹

⁴⁶ LIZAMA y UGARTE, op. cit., p. 218 y 219.

⁴⁷ LIZAMA PORTAL, Luis. “La Discriminación Laboral en Chile”, en *Litigios y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, n. 14, Universidad Diego Portales, 2002, p. 318.

⁴⁸ El artículo 39 c) de la ley indígena dispone dentro de las funciones de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena el “incentivar la participación y el desarrollo integral de la mujer indígena, en coordinación con el Servicio Nacional de la Mujer”.

⁴⁹ En el caso de los discapacitados, el art. 18 dispone que los establecimiento educacionales..., empleadores y en general toda persona o institución,..., que ofrezca cursos, empleo, servicios, llamado a concursos,..., deberán adecuar los mecanismos de selección en todo cuanto sea necesario para permitir la participación de personas con discapacidad en igualdad de oportunidades. El art. 30 se refiere al perfeccionamiento, y los arts. 33 a 38 a la capacitación e inserción laborales, estableciendo el deber del Estado de promover la capacitación laboral (art. 33), normas especiales sobre el contrato de aprendizaje (art. 34), y que el Estado creará las condiciones y velará por la inserción laboral de los discapacitados (art. 37).

Todas estas medidas son acciones positivas que inciden en materia laboral.

El marco jurídico expuesto, no obstante su “gran despliegue normativo” carece de mecanismos eficientes de aplicación, como sería el establecimiento de un procedimiento sumarísimo y especial, con reglas excepcionales acerca de la carga prueba ante indicios razonables de discriminación. En este sentido se ha legislado en diversos países de todo el mundo.

Por otra parte, la acción de protección (art. 20 de la Constitución) no contempla la posibilidad de recurrir por la garantía de no discriminación laboral establecida en el artículo 19, 16º, inciso tercero, de la Constitución. Con todo, parte de la doctrina estima que podría interponerse por la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19, 2º, ya que la prohibición de discriminación es una expresión de dicho principio.⁵⁰

Estimamos que toda discriminación laboral arbitraria atenta directamente contra la libertad de trabajo, por lo que la acción de protección podría ser interpuesta en base a esta garantía constitucional. Al respecto, existen dos sentencias que reconocen esta posibilidad. En la primera, de fecha 30 de marzo de 1984⁵¹, se conoció la situación de la Asociación Central de Fútbol de Chile, que pretendía establecer una clasificación de los jugadores según su capacidad e idoneidad, negando la inscripción de sus contratos de trabajo a los clasificados en el “nivel D”. Los jugadores alegaron que esta medida afectaba su libertad de trabajo y de libre contratación. Los recurridos hicieron presente que la discriminación que establecían se basaba en la capacidad e idoneidad, en antecedentes positivos y negativos y, por tanto, se ajustaba al texto constitucional. Finalmente, la Corte estimó que el proceder de la referida Asociación amagaba la libertad de trabajo consagrada en el artículo 19, 16º, de la Constitución.

En una causa posterior, de 8 de enero de 1991,⁵² recurren de protección dos trabajadoras que han sido desahuciadas, no obstante que la verdadera razón del despido la habría dado el gerente de la empresa al sindicato, en orden al deseo de reemplazar a todas las trabajadoras de sexo femenino antes de fin de año para prever eventuales problemas, como había ocurrido con dos trabajadoras que habían solicitado permiso para amamantar a sus hijos. La empresa recurrida, argumentó que las trabajadoras habían sido despedidas debido a su actitud poco deferente, de permanente rechazo, agresividad, malos modales y falta de respeto hacia sus superiores jerárquicos, situación que les fue informada pero que continuó repitiéndose, no acatando órdenes y creando innumerables problemas de convivencia en el lugar donde desempeñaban sus funciones. La Corte desestimó el recurso señalando expresamente que: “no habiéndose establecido que el despido se haya hecho en razón del sexo de las trabajadoras, lo que de haberlo sido constituiría violación de la garantía constitucional, no procede acoger el recurso”.

Opinamos que estas dos sentencias fijan un criterio aún por desarrollar pero que se enmarca en la línea de estimar que una discriminación arbitraria como acto

⁵⁰ LIZAMA, op. cit., p. 336.

⁵¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, n. 81, 1984, Segunda Parte, Sección Quinta, pp. 76 a 78.

⁵² Gaceta Jurídica n. 151, enero de 1993, p. 107 y 108.

reflejo implica una violación de la libertad de trabajo y de contratación y, por tanto, procede la acción de protección.

6. Algunas conclusiones preliminares

Para un observador del siglo XIX, llamaría la atención el desarrollo del derecho en materia de no discriminación, y seguramente se maravillaría de la imaginación del ser humano, siempre dispuesto a mejorar su calidad de vida en búsqueda de la justicia.

Por el contrario, para un observador chileno de comienzos del siglo XXI, llama la atención el retraso legislativo en esta materia. En un país con un alto grado de discriminación femenina (además de racial y social), la apatía del legislador y de los actores políticos y sociales no es neutra sino que, en alguna medida, ayuda a la mantención de la situación existente.

Es cierto que el derecho no puede cambiarlo todo, así como es cierto que en muchos de los países que han legislado en la materia aún persisten grados importantes de discriminación, pero también es cierto que las medidas antidiscriminatorias constituyen un avance, han dado bastantes frutos y deberán continuar con su perfeccionamiento sin perjuicio de las políticas públicas y privadas que se han adoptado y que se apliquen en el futuro a fin de enfrentar el flagelo de la discriminación desde una perspectiva integral.

Por el momento, en nuestro país queda esperar un avance legislativo no semántico en la materia, que termine con la impunidad en materia de discriminación, sin perjuicio de que la utilización de la acción de protección (ya sea por la libertad de trabajo o la igualdad ante la ley) permita dar una tutela a todas las personas que sufran una discriminación arbitraria en el ámbito laboral.

El marco constitucional y legal existente, comprensivo de los tratados internacionales mencionados en este trabajo, establece principios que una jurisprudencia de avanzada podría llevar a la práctica como tantas veces lo ha hecho en otras situaciones, sin necesidad de esperar un cambio legislativo expreso. Es difícil refutar que una persona discriminada por su sexo, raza u origen social no ha visto amagada su libertad de trabajo y de contratación, así como la garantía de la igualdad ante la ley. Aunque no existan mecanismos procesales especiales y expeditos, están las normas sustantivas y toda regulación debe tener algún grado razonable de aplicación, sino su consagración puede ser absolutamente estéril.

OS LIMITES DA IGUALDADE: UM ENIGMA POR DESVENDAR (A UTILIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA DE GÉNERO NO DIREITO DO TRABALHO)

Vera Lúcia Raposo
Assistente da Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra – Portugal

I. O princípio da igualdade

I.1. Igualdade formal e igualdade material

O princípio da igualdade, conquista irrefragável das revoluções liberais e insígnia da Revolução Francesa, satisfêz (ou aparentou satisfazer) durante muito tempo as aspirações jurídicas e filosóficas dos pensadores e dos activistas sociais.

Porém, a partir de certo momento, a igualdade, tal como estava plasmada nos textos da época,¹ deixou a nu as suas insuficiências. Pois, se a lei for cega e tratar a todos do mesmo modo, não terá em conta as especificidades pessoais. Por conseguinte, passou a exigir-se à lei a previsão de regimes diferenciados, atendendo aos atributos de cada um. Quando o critério de diferenciação entre as situações nasce da arbitrariedade, fala-se em discriminação. Apenas quando esse critério se justificar em princípios de justiça é que a verdadeira igualdade estará instaurada.

Foi assim que o princípio da igualdade, que havia começado pela afirmação de uma norma indiferente às particularidades de cada um (igualdade formal) se transmutou num regime adequado a tais particularidades (igualdade material).

Enquanto a igualdade formal interdita qualquer tipo de particularização e aplica a lei sem olhar aos seus destinatários, a igualdade material preocupa-se com as características próprias dos sujeitos a que se destina, prescrevendo muitas vezes regimes especificamente ajustados a tais sujeitos. No que respeita às relações de género, a igualdade formal tratará homens e mulheres rigidamente da mesma forma (atribuindo a todos os mesmos direitos e deveres), o que, dadas as incontestáveis diferenças que os separam – diferenças físicas (mormente a possibilidade de gerar uma criança) que depois se repercutiram no plano social e jurídico de modo até hoje irrefragável – pode conduzir a colossais injustiças, em regra contra as mulheres.² Em contrapartida, a igualdade material concebe a sociedade como um conjunto de pessoas sexualizadas, cujo respectivo sexo é susceptível de ditar tratamentos diferenciados, elevando a igualdade a direito fundamental. Se na primeira vertente a igualdade surge como mero instrumen-

¹ “We hold these truths to be self-evident – that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights” (art. 1^o da Declaração de Independência dos Estados Unidos).

“Les hommes naissent libres et égaux en droits” (art. 1^o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

² As debilidades da igualdade formal são apontadas por vários autores. Vide, por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 564.

to, aqui emerge como fim em si mesma, fim esse que ultrapassa a própria igualdade, em prol de uma intenção última de justiça.³

Mas nem sempre a igualdade de previsão e de execução são suficientes. Quando se trata de forma igual situações que em si mesmas são distintas, a igualdade metamorfoseia-se em discriminação. Nesse contexto, a violação da igualdade dimana de um regime igualitário, que não introduziu diferenciações quando elas eram legítimas.⁴

1.2. Igualdade de oportunidades e igualdade de resultados

A igualdade de oportunidades representa a igualdade no ponto de partida, actuando mediante aperfeiçoamentos no sistema educativo, reformulações na distribuição de papéis na sociedade, repartição de rendimentos. Estas medidas visam promover condições homogêneas de acesso aos bens para todos os membros da sociedade.

Por sua vez, a igualdade de resultados impõe a igualdade à chegada, enquanto correcção estadual de qualquer distorção que sobrevenha após a concessão inicial a todos das mesmas oportunidades, de modo a assegurar a efectiva distribuição de bens.⁵

2. O princípio da não-discriminação

No discurso jurídico-político, o conceito de “discriminação” exprime o tratamento negativo, conferido a certas pessoas, em virtude de qualidades que aos olhos da sociedade (e por vezes do direito) as tornam inferiores às restantes.

³ Estabelecendo a conexão entre igualdade material e justiça, AINIS, Michele. *Azione positive e principio d'eguaglianza. Giurisprudenza Costituzionale*, anno 37, n. 1, p. 594 e ss. e 602 e ss., 1992.

⁴ O princípio da igualdade apresenta-se pois como um princípio complexo, composto por uma pluralidade de dimensões: a) tratamento igual de situações iguais e tratamento diferente de situações diferentes, na medida da diferença (desde que as diferenças não tenham sido previamente criadas pelo legislador), de forma a instituir uma igualdade efectiva; b) tratamento semelhante de situações semelhantes, na medida da semelhança; c) admissibilidade de medidas de discriminação positiva, sempre que tal se revele necessário para compensar desigualdades fácticas que de antemão pesam sobre certas pessoas. Cf. MIRANDA, Jorge. Igualdade, princípio da. In: *Polis, Enciclopédia da Sociedade e do Estado*. n. 3, p. 406; idem. Igualdade e participação política da mulher. In: *Democracia com mais cidadania: a questão da igualdade na participação política*. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros; Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1998. p. 37 e ss.

⁵ A igualdade de oportunidades é por vezes criticada por ser ineficaz (já que não garante a efectiva igualdade, mas apenas a potencia) e contraditória (na medida em que pode servir de justificação a certas desigualdades funcionais). É esta a opinião, entre outros, de VOGEL-POLSKY, Eliane. *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo*. Madrid: Ministerio de los Asuntos Sociales; Instituto de la Mujer, 1987. p. 10 e ss, apud GLUCK, David Giménez. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 46.

Segundo outros autores, não existe antinomia entre ambas compreensões da igualdade, desde que a via das oportunidades seja considerada um meio e a via dos resultados, um fim. Nesse sentido, GREGORY, Jeanne. *Sex, race and the Law*. Bristol: Sage Publications, 1987. p. 49, apud UNZUETA, M. Angeles Barrère. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas, 1997. p. 47.

Martim de Albuquerque (*Da igualdade: introdução à jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 331) concilia ambas compreensões falando em “meta igualitária mínima” e “meta igualitária máxima”.

Quanto a esta distinção, vide também MOREIRA, Vital. A IV Revisão Constitucional e a igualdade de homens e mulheres. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. LXXIV, p. 414, 1998; idem. O art. 109^a da

A primeira definição jurídica (plasmada em documento jurídico) do termo é a oferecida pela Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Mais tarde foi repetida, em quase perfeita transcrição, pela Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e por outros textos, tanto internacionais como nacionais.

Em termos gerais, e seguindo a concepção dos diplomas internacionais, poder-se-á definir a discriminação como o comportamento ou convicção, assente em preconceitos infundados e inconscientes, que se revela em distinções, restrições, exclusões ou preferências, fundadas no sexo, raça, cor, ascendência, origem nacional ou étnica, ou em qualquer outra marca distintiva, que tenha por objectivo ou por efeito a destruição ou o comprometimento do reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em condições de igualdade.

Desse conceito alargado de discriminação, enquanto toda a violação ao princípio da igualdade, autonomiza-se um entendimento mais restrito, que poderemos apelidar de discriminação qualificada, representado pela violação de critérios expressamente mencionados nos textos constitucionais (no caso português, no art. 13^o da Constituição da República Portuguesa, CRP) como critérios proibidos de discriminação.⁶

Afirmar que a discriminação se manifesta na violação do princípio da igualdade não significa que esses conceitos sejam sinónimos. Pois a igualdade é um princípio mais rico e abundante do que o princípio da não-discriminação, que não passa de um seu corolário.

Começam desde logo por se distinguir no que respeita à teleologia que os alimenta. Pois enquanto o princípio da igualdade se funda na proibição de discriminações arbitrárias, o princípio da não-discriminação assenta na ideia da eminente dignidade da pessoa humana, cuja exigência primordial se traduz no tratamento igual de todos os seres humanos, independentemente das qualidades que os marcam. Por conseguinte, e uma vez que a dignidade humana é apanágio das pessoas físicas, só estas encontram guarida no princípio da não-discriminação, ao passo que o princípio da igualdade acolhe pessoas físicas e pessoas jurídicas. Essa umbilical ligação à dignidade humana, e a consequente maior gravidade dos comportamentos que lhe estão subjacentes, torna mais rigoroso o controle da violação do princípio da não-discriminação, enquanto a violação do princípio da igualdade se basta com uma mera fiscalização de razoabilidade. Diferem também quanto ao tipo de comportamentos sancionados, porquanto a igualdade se reporta a diferenças de tratamento incidentais e desconexas, quer temporal quer racionalmente. Em contrapartida, os comportamentos considerados discriminatórios ter-se-ão que revelar de forma, se não permanente, pelo menos consistente. Outra das suas diferenças radica no momento de actuação: a igualdade atende ao ponto de partida, a não-discriminação incide sobre os resultados.⁷

CRP e a igualdade de homens e mulheres no exercício de direitos cívicos e políticos. *Democracia com mais cidadania*: a questão da igualdade na participação política. Lisboa: Presidência do Conselho de Ministros; Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1998. p. 2.

⁶ A mesma distinção em ÁLVAREZ, Elviro Aranda. *Cuota de mujeres y régimen electoral*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 32.

⁷ As observações acima expostas são articuladas por LOPES, Dulce. O princípio da não discriminação em razão do sexo na ordem jurídica comunitária. *Temas de integração*, v. 4, n. 8, p. 100, 1999.

Também distinto (conquanto muitas vezes confundido) é o princípio da proibição do arbítrio, o qual expressa, por um lado, a recusa de tratamentos diferenciados, desprovidos de fundamento tido como razoável em função de valores objectivos e constitucionalmente relevantes; por outro lado, o tratamento diferenciado de situações efectivamente distintas, desde que tal distinção não tenha nascido de mão legislativa. Destina-se pois ao controlo negativo do legislador, sem no entanto cercar toda a sua liberdade conformadora, pois só actua em situações de flagrante e abissal desigualdade.⁸

Caso se entenda que o princípio da não-discriminação é abarcado pelo princípio da igualdade, aquele primeiro parece infértil. Contudo, esse princípio tem valor em si mesmo, porquanto enaltece algo que o princípio da igualdade despreza: a diferença. Hoje em dia, o direito à diferença é tão ou mais essencial que o direito à igualdade. Ora, enquanto o princípio da igualdade acentua aquilo que aproxima os seres humanos e os assemelha entre si, o princípio da não-discriminação vem precisamente sublinhar o que distingue os membros da espécie humana uns dos outros, afirmando que, não obstante essas diferenças, todos são titulares da mesma dignidade. Por conseguinte, merecem o mesmo respeito, não podendo ser prejudicados por causa dessas diferenças⁹ (quando muito, poderão ser protegidos por causa delas, à luz da discriminação positiva).¹⁰

Não significa que os dois princípios – princípio da igualdade e princípio da não-discriminação – sejam por isso antitéticos, pois “diferença” e “desigualdade” não são sinónimos. Só assim seria se a igualdade se confundisse com a identidade, o que não sucede. A igualdade não parte de seres idênticos, mas sim de seres meramente semelhantes, realçando as suas qualidades comuns, as quais coexistem com qualidades dife-

⁸ O princípio da igualdade desdobra-se nas seguintes vertentes: a) proibição do arbítrio; b) proibição da discriminação; c) obrigação de diferenciação. O que significa que nem a proibição do arbítrio nem a proibição da discriminação se confundem com o princípio da igualdade, não passando de uma sua manifestação.

Essas múltiplas intencionalidades do princípio da igualdade são apontadas por Martim de Albuquerque (*Da igualdade...*, cit., p. 334), Fernando Alves Correia (*O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 412 e ss.), J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 127) e Dulce Lopes (*O princípio...*, cit., p. 97).

⁹ “Não é, porém, nas diferenças que reside o problema. A questão está no modo como elas são mutuamente hierarquizadas e no fato de, na avaliação que a sociedade faz dos sexos, as qualidades, as características, os valores e as atividades das mulheres estarem sistematicamente subordinadas às dos homens” (cf. DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres*: uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993 [segundo a edição norueguesa de 1987]. p. 6).

¹⁰ Nesse texto será sempre utilizada a expressão “discriminação positiva” e não “acção positiva”, pois aquela primeira corresponde à designação tradicional no direito português, resultando esta última da tradução da expressão anglo-saxónica “affirmative action”. É certo que a utilização do substantivo “discriminação”, seguido do adjectivo “positiva”, poderia induzir em erro quanto ao seu exacto significado. Todavia, por muito politicamente correcto que o termo “acção positiva” se revele, não descreve acuradamente a intenção que lhe está subjacente, sendo a “discriminação positiva” muito mais expressiva quanto aos seus pressupostos, modos de actuação e finalidades.

Também não se sufraga a tese daqueles que pretendem distinguir ambos conceitos (sobre esta distinção vide CALLEJÓN, M. L. Balaguer. *Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico constitucional Español: situaciones comparadas*. In: *Mujer y Constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 387 e ss.; UNZUETA, *Discriminación...*, cit., p. 86-87). Os critérios distintivos apresentados até hoje são insuficientes e contraditórios, pelo que se optou por equiparar as designações, utilizando aqui preferencialmente a expressão “discriminação positiva”, pelos motivos expostos.

renciadoras. O oposto da igualdade não é pois a diferença, mas sim a desigualdade, a subordinação, isto é, o tratamento desigual fundado em características diferenciadoras, compreendidas em termos ignominiosos e aviltantes.¹¹ Aquilo que caracteriza uma sociedade justa e democrática não é a igualdade isolada, mas a igualdade aliada à diferença.¹²

3. Discriminação e diferenciação

O princípio da não-discriminação proíbe discriminações, mas não diferenciações. De facto, estas não só são consentidas, como podem ser impostas pelo princípio do Estado de Direito Social, enquanto forma de compensação das desigualdades que pesam sobre certos sujeitos.

Pois a discriminação não se confunde com a diferenciação, ou seja, com o tratamento desigual, justificado em motivos razoáveis, legítimos (numa palavra, justos) e constitucionalmente fundamentados. Somente as diferenciações arbitrárias, fundadas em argumentos ilícitos e iníquos, deverão ser de repudiar, sob a classificação de discriminação.¹³ Embora toda a discriminação se traduza necessariamente numa diferenciação, tal diferenciação terá que assumir certas qualidades obnoxias para ser classificada de discriminatória e, por conseguinte, vetada pelo direito.

Esta a razão pela qual a igualdade formal, enquanto tratamento rigidamente igualitário, está fadada ao insucesso. Pois embora à partida recaia sobre ela uma presunção de constitucionalidade, muitas vezes tal presunção é ilidida pela imposição de um regime diferenciado, que atenda às particularidades de cada sujeito, como forma de realizar uma igualdade à chegada, ainda que para tal se socorra da desigualdade à partida. O que releva em tal mecanismo é a produção de um resultado equitativo (efeitos), ainda que para isso seja forçoso percorrer uma via (percurso) não-equitativa.¹⁴

A diferenciação assume frequentemente foros de imposição constitucional, sendo que neste caso a inconstitucionalidade – por violação do princípio da igualdade em sentido material e do próprio princípio do Estado de Direito Social e Democrático – reside precisamente na não-diferenciação.¹⁵

¹¹ Semelhante raciocínio é seguido pelo *Supreme Court* norte-americano no que respeita ao racismo, ao afirmar que o racismo se traduz numa injusta supremacia fundada na discriminação dos brancos sobre os restantes grupos étnicos e não propriamente nas diferenças entre ambos.

No mesmo sentido, LISTER, Ruth. *Citizenship: feminist perspectives*. Hampshire; London: MacMillan, 1997. p. 96 e ss.

¹² Cf. ALIANÇA PARA A DEMOCRACIA PARITÁRIA (ADP). *Afinal, o que é a Democracia Paritária?* Lisboa: Aliança para a Democracia Paritária, 1999. p. 9.

¹³ Cf. CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição da República...*, cit., p. 128.

¹⁴ Eis a grande diferença entre a discriminação positiva (como forma de tratamento justificadamente diferenciado) e a discriminação indirecta, já que esta última parte da igualdade para no final desembocar na desigualdade. Contraopondo discriminação indirecta e discriminação positiva PETERS, Anne. *Women, quotas and constitution*. London: Kluwer Law International, 1999. p. 87 e 156.

A excisão da discriminação indirecta só é possível mediante a adoção de um entendimento material da igualdade, pois apenas esta detecta regimes que, embora aparentemente neutros, conduzem a resultados profundamente desiguais. Já a igualdade formal, porque incapaz de valorar os efeitos, fixa-se na aparente igualdade do ponto de partida e permanece enclausurada nessa aparência.

¹⁵ No mesmo sentido, TRUJILLO, Maria. La paridad política. In: *Mujer y Constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 358.

Jorge Leite, no seu ensino oral, fala a esse propósito em discriminação por indiferenciação de tratamento.

Nem sempre a distinção entre discriminação e diferenciação se revela clara e inconcussa, tão dissimulada que por vezes a discriminação se encontra.¹⁶ A fim de contornar essa dificuldade, o *Supreme Court* norte-americano formulou a teoria da “classificação razoável”. O seu princípio-base é este: o legislador não tem a obrigação de aplicar sempre e necessariamente o mesmo regime jurídico a todos os cidadãos, mas está incontestavelmente vinculado a respeitar critérios de razoabilidade e proporcionalidade nas diferenciações que plasma na lei.

Em sentido semelhante, mas não inteiramente coincidente, se dirige a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e, por sua influência, a de muitos tribunais nacionais europeus. Aqui o critério vigente é o da existência de uma justificação objectiva e razoável à luz da finalidade da distinção (imperiosamente constitucionalmente admissível) e da respectiva proporcionalidade.¹⁷

Trata-se de uma tarefa delicada para o legislador, pois, se por um lado não pode fazer relevar certos elementos que diferenciam algumas pessoas das restantes, por outro lado não pode deixar de atender a outros elementos, justificativos de regimes jurídicos diferenciados. Embora gozando de uma margem de liberdade nesta apreciação, ela é bastante limitada, porquanto os ditames constitucionais (mormente os relativos aos direitos fundamentais das pessoas e, de entre estes, o direito a um tratamento igual) representam um limite irrefragável e intransponível.

A aplicação desse mecanismo de controlo ao campo laboral permite que, por exemplo, se possa conceder às mulheres trabalhadoras uma licença de amamentação, inexistente para os seus congéneres masculinos. Esse tratamento diferenciado justifica-se na medida em que radica numa distinção entre os sexos que não pode deixar de assumir relevância jurídica. As particularidades biológicas da mulher, nomeadamente a sua capacidade de gerar um novo ser e as responsabilidades que tem para com ele nos primeiros tempos de vida, demandam um regime particular, que lhe permita a inserção e a progressão no mercado de trabalho, nos mesmos termos que os trabalhadores masculinos.¹⁸

¹⁶ Desde 1971 a jurisprudência norte-americana utiliza o teste *Griggs* (estabelecido no caso *Griggs*, de 1971) para aferir que diferenciações utilizadas no domínio laboral são discriminatórias. Sobre esse teste AINIS, *Azione positive...*, cit., p. 587.

¹⁷ Assim, GLUCK, *Una manifestación...*, cit., p. 34.

¹⁸ Cf. ÁLVAREZ, *Cuota de mujeres...*, cit., p. 20. Esse autor dá conta da jurisprudência constitucional espanhola na matéria e dos critérios aí seguidos. Segundo o Tribunal Constitucional espanhol, a igualdade reclama que situações com os mesmos pressupostos fácticos conduzam às mesmas consequências jurídicas, ignorando elementos distintivos que não justificam qualquer diferenciação à luz de uma ponderação de justiça e de razoabilidade. Caso contrário, isto é, existindo uma diferenciação que deva ser considerada, urge lançar mão de um tratamento diferenciado, o qual não será considerado discriminatório sempre que: a) a finalidade em vista seja constitucionalmente admissível (mas não se exige que seja constitucionalmente desejável, isto é, que se traduza num bem ou valor almejado pela Constituição, basta apenas que não seja por ela repudiado); b) se conclua pela existência de uma conexão de adequação (tríplice conexão entre o tratamento desigual legalmente implantado, o pressuposto de facto que o justifica e a igualdade que se visa atingir); c) se verifique uma relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins a atingir (de tal forma que o sacrifício porventura imposto a terceiros pela diferenciação não seja desmesurado face ao benefício que acarretará para o grupo favorecido pela diferenciação).

Quer a licença de amamentação quer a licença de maternidade revelam a impotência de um regime jurídico absolutamente igual para todos os cidadãos. Pois as situações de facto abrangidas não representam particularidades femininas que possam ser objecto do mesmo tratamento jurídico de eventuais particularidades masculinas, nem podem ser assimiladas a qualquer doença susceptível de atingir um dos sexos apenas (cujo exemplo clássico é a operação na próstata).¹⁹

4. O direito antidiscriminatório

A igualdade aclamada pelo liberalismo foi sem dúvida uma conquista importante face aos regimes discriminatórios e estratificados do passado. Mas a *égalité* revolucionária cedo patenteou a sua improficuidade, pois frequentemente sustentava os antigos estatutos de subordinação e discriminação, quando não alimentava outros novos.

Hoje em dia abdicou-se da igualdade defronte ao direito em prol de uma igualdade pelo direito. Direito este que já não se pode caracterizar pela máxima generalização possível, mas antes pela máxima particularização praticável, até os limites últimos da igualdade.²⁰

Eis o intrincado percurso escalado pela igualdade: destruiu a desigualdade legalmente instituída, que atribuía privilégios fundados na ordem social ou na riqueza, implementando um tratamento igual (ainda que apenas formalmente) para todos os cidadãos e abdicando da consideração de quaisquer características suas que no passado os pudessem ter desfavorecido; mais tarde, defrontada com as gritantes desigualdades que subsistiam, instituiu uma igualdade mais efectiva, dita material, que não teme reconhecer as diferenças entre os cidadãos e com base nelas conferir-lhes tratamentos diferenciados; por fim, atendeu a essas diferenças não só para diferenciar, mas, mais do que isso, para beneficiar, de modo a superar os *handicaps* que historicamente lhes impuseram estatutos sócio-jurídicos desiguais, inferiores, discriminadores e, em última instância, perturbadores da sua dignidade enquanto seres humanos. O direito igualitário passou assim a direito antidiscriminatório.²¹

4.1. Manifestações do direito antidiscriminatório

O direito antidiscriminatório pode assumir manifestações mais prudentes ou mais extremistas.

¹⁹ É curioso notar como a reivindicação de qualquer das licenças – de maternidade e de amamentação – é por vezes catalogada de pretensão de discriminação positiva, quando se sabe que esta representa um tratamento particularmente favorecedor (ainda que juridicamente justificado) para certos grupos de pessoas, ao passo que a concessão das referidas licenças visa apenas reconhecer uma especialidade feminina, sem qualquer tratamento de favor, tanto mais que a procriação não é uma mais-valia apenas para as mulheres mas sim para toda a sociedade (esta a razão pela qual algumas autoras feministas mais radicais apelam à não-reprodução como forma de “castigar” os homens, que desde sempre desejaram um herdeiro que perpetuasse o seu nome, o seu sangue e o seu património).

²⁰ No mesmo sentido, ANDRINI, Simona. Dall'eguaglianza alla differenza. In: *I diritti delle donne*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 110 e ss.

²¹ Assim, AGACINSKI, Sylviane. *Politique des sexes*. Paris: Seuil, 1998. p. 174 - 176; YOTOPOULOS-MORANGOPOULOS, Alice. *Les mesures positives pour une égalité effective des sexes*. Bruxelles: Bruylant, 1998. p. 36-43.

As versões ditas moderadas assumem essencialmente as seguintes formas:²² *plus-factor*, *goals* (objectivos), *preferential treatment* (tratamento preferencial).²³

O *plus-factor* traduz-se na adição de pontos extras a pessoas pertencentes a “categorias” desprotegidas, elevando desse modo a respectiva classificação no *ranking* de candidatos, de forma a permitir-lhes ultrapassar uma posição apenas justificada por certas características que a sociedade considera menos valiosas (género, cor da pele, religião, deficiências físicas).

Semelhante ao *plus-factor* – desde logo na sua teleologia – é o tratamento preferencial, isto é, a concessão de um regime mais benéfico para certo grupo de pessoas, o qual se expressa na remoção dos obstáculos que impedem os membros do referido grupo de competir em igualdade de condições.

O *goal* distingue-se das restantes modalidades na medida em que se traduz na fixação de um objectivo (a fixação de um número ou percentagem de pessoas de determinado sexo), o que o aproxima da quota. De facto, a distinção entre o *goal* e a quota sem sempre é clara.²⁴ Ambos se materializam na fixação de percentagens ou quantidades, com a única diferença de o *goal* ser meramente indicativo ao passo que a quota é vinculativa.²⁵

²² Sobre as várias modalidades da discriminação positiva, AINIS, *Azione positive...*, cit., p. 586; ÁLVAREZ, *Cuota de mujeres...*, cit., p. 45; CALLEJÓN, *Desigualdad compensatoria...*, cit., p. 387; UNZUETA, *Discriminación, derecho...*, cit., p. 211; GLUCK, *Una manifestación...*, cit., p. 62 e ss.; PETERS, *Wömen, quotas...*, cit., p. 51 e ss.

²³ Hoje em dia, mais do que em igualdade, fala-se em paridade. Embora esta seja sobretudo invocada no domínio político, a sua *ratio* permite a extensão a outros planos da vida. Rigorosamente, não é já uma modalidade do direito antidiscriminatório, porquanto se fundamenta em princípios distintos dos deste último: sendo a humanidade sexuada, os homens e as mulheres – as duas espécies que compõem a humanidade – têm direito a receber metade de tudo quanto existe (por conseguinte, a paridade só é susceptível de se aplicar às relações entre sexos). Todavia, devido a um entendimento erróneo de alguns conceitos, muitas vezes a paridade é confundida com a quota, isto é, com uma das versões do direito antidiscriminatório. Ora, podendo embora dizer-se que a paridade é uma quota na versão mais enérgica possível (50%), ou que a quota é uma paridade imperfeita (algumas das propostas de introdução de quotas em Portugal no exercício de direitos políticos evocavam o “limiar da paridade”), o certo é que as duas figuras não se confundem, pois não só funcionam de modo distinto como a sua *ratio* é inteiramente diferente.

Em rigor, a solução mais adequada às relações de género é a paridade e não o direito antidiscriminatório, pois o pressuposto-base do funcionamento deste último reside na existência de um grupo, categoria ou classe particularmente desfavorecido. As mulheres não integram nenhuma destas classificações. São muito mais do um mero grupo ou casta, pois a qualificação de “homem” ou de “mulher” é a qualificação básica que tece a humanidade. Simplesmente, não obstante a sua maior adequação no plano teórico, a excessiva artificialidade da paridade, e a consequente impossibilidade prática de funcionamento, obrigam a satisfazer-mo-nos com uma paridade menos paritária, isto é, com o direito antidiscriminatório.

Para alguns esclarecimento sobre a paridade vide ALIANÇA PARA A DEMOCRACIA PARITÁRIA. *Afinal, o que é...*, cit., p. 27; AGACINSKI, *Politique...*, cit., p. 8; FAVOREU, Louis. *La recherche de l'égalité de représentation politique entre hommes et femmes*, p. 8; GASPARD, Françoise. *Os desafios da paridade*. Disponível em: <<http://ambafrance.org.br/abr/label135/gaspard/gaspard.html>>, p. 1-2. Acesso em: 25 mar. 2000; GLUCK, *Una manifestación...*, cit., p. 185; HALIMI, Gisèle. *La parité dans la vie politique*. Paris: La Documentation Française, 1999. p. 35; TRUJILLO, *La paridad...*, cit., p. 355.

²⁴ O *Supreme Court* norte-americano debateu-se várias vezes com esta distinção, que aqui assume particular relevância, na medida em que o *Supreme Court*, por vezes hostil às quotas, aceita o *goal* mais ou menos pacificamente (“goals are good, but quotas are bad”). Sobre isto AINIS, *Azione positive...*, cit., p. 586.

²⁵ Neste sentido, MIGUEL, Ruiz. *Discriminación inversa e igualdad*. In: AAVV, *El concepto de igualdad*. Madrid: Pablo Inglesias, 1994. p. 81, apud UNZUETA, *Discriminación, derecho...*, cit., p. 91.

A quota é uma modalidade radical de discriminação positiva, aquela que concretiza com maior acuidade a igualdade de resultados (as outras soluções aproximam-se mais da igualdade de oportunidades).²⁶ Implica a determinação de uma percentagem fixa e imutável como objectivo a atingir, de modo a equilibrar a presença e o poderio de certos grupos minoritários e/ou desfavorecidos. O *goal*, em contrapartida, basta-se com a atribuição de um tratamento mais favorável, sem no entanto assumir qualquer compromisso, nem lesar os direitos dos restantes membros da sociedade.

Fala-se em quotas quando se reserva certo número ou percentagem de lugares a pessoas pertencentes a determinado grupo, independentemente dos seus méritos pessoais, classificando-as acima daqueles que ascenderiam aos lugares mediante os mecanismos normais de acesso. Quando os membros do grupo favorecido ficam isentos de qualquer tipo de concorrência exterior, prevalecendo face a candidatos mais bem qualificados, temos uma quota rígida. Quando, ao invés, o benefício só funciona em situações de igualdade de circunstâncias, não descurando pois o mérito de cada um, a quota diz-se flexível. Em virtude deste carácter radical, quase “terrorista”, face ao entendimento clássico da igualdade, as quotas (sobretudo as do primeiro tipo) estão sujeitas a um rigoroso controlo de constitucionalidade.²⁷

A actuação de um destes mecanismos não prejudica a utilização dos demais.²⁸ Todavia, nenhum poderá ser empregue sem a prévia verificação da efectiva sub-representação do grupo que se pretende proteger (no caso, as mulheres, ainda que estas sejam mais do que um mero “grupo”). Por conseguinte, urge definir em que situações – isto é, abaixo de que percentagens – um grupo se encontra sub-representado (mas essa percentagem é variável, pois depende da compreensão que se tenha da igualdade).

Paradoxal é o facto de a valoração jurídica e política do direito antidiscriminatório, mormente das quotas, variar tão profundamente sincrónica e diacronicamente. Por exemplo, nos Estados Unidos, berço das quotas nos anos 1960, a sua utilização

Próxima desta é a distinção formulada por Barrère Unzueta “as quotas são obrigatórias, já que impõem uma conduta concreta e determinada, ao passo que os *goals* se dirigem a condutas abstratas, que frustram a sua obrigatoriedade”.

Mas esses critérios de distinção padecem de uma falha que a própria Barrère Unzueta faz notar: a perversão do conceito de norma. Pois a norma, por sua própria natureza, é obrigatória. Ora, se o *goal* é meramente orientador, a norma que o determina não goza de obrigatoriedade, logo, não é uma norma em sentido próprio. Segundo essa autora, toda a discriminação positiva acaba por se reconduzir às quotas, não passando os *goals* de quotas flexíveis. Cf. UNZUETA, *Discriminación, derecho...*, cit., p. 211.

Segundo uma outra distinção, a quota corresponde a *standards* numéricos altos e rígidos (*strong reverse discrimination*), ao passo que o *goal* representa um esforço no sentido de preencher tais *standards*, sem no entanto cair na *strong reverse discrimination*. Cf. WARREN, Mary Anne. Secondary sexism and quota hiring. In: *Philosophy and public affair*, v. 6, n. 3, p. 253, 1977, apud GLUCK, *Una manifestación...*, cit., p. 82.

²⁶ Aquilo que caracteriza a discriminação positiva é a garantia da igualdade de resultados, sem prejuízo de algumas das suas modalidades se assemelharem mais à igualdade de oportunidades do que aos resultados. Em bom rigor, apenas as quotas atribuem resultados aos sujeitos por elas tutelados. Todas as demais versões de discriminação positiva se limitam a aumentar as possibilidades de atingir esses resultados, sem porém os garantir.

²⁷ Sobre a problemática suscitada por estas medidas GLUCK, *Una manifestación...*, cit., p. 77-165.

²⁸ Por exemplo, a contratação de funcionários nas Nações Unidas e na União Europeia está condicionada por um sistema de quotas, que funciona conjuntamente com o tratamento preferencial.

começou a ser restringida nos últimos anos.²⁹ Em contrapartida, em Portugal, país tradicionalmente avesso a esta “discriminação ao inverso”, começa agora a lei a expressamente admitir (ou quiçá impor) a sua utilização.

5. A Constituição portuguesa

O texto constitucional português não plasma o princípio da igualdade numa só norma, mas em vários preceitos distintos, em consonância com os diversos entendimentos do princípio da igualdade.³⁰

5.1. O art. 13º da CRP

Aquando dos trabalhos preparatórios da actual CRP, foi proposta na Assembleia Constituinte a consagração constitucional de uma norma que não se limitasse a prever a igualdade como princípio geral, mas que a afirmasse expressamente nas relações entre homens e mulheres.

Contudo, essa proposta não alcançou o consenso político necessário. Entendeu-se que a problemática da igualdade seria resolvida em termos sociais, não em termos jurídicos, pois neste último campo qualquer afirmação da igualdade entre sexos seria pleonástica. O legislador constitucional satisfez-se com uma redacção bem mais modesta, aquela que consta do actual art. 13º da CRP, que continua a ser a referência básica ao princípio da igualdade.

Esse artigo é composto por duas normas. A primeira afirma a igualdade, impondo entre todas as pessoas o mesmo tratamento.³¹ A segunda veda qualquer diferenciação injustificada – isto é, qualquer discriminação – entre elas.³² Assim, enquanto o n. 1 proclama genericamente a igualdade entre todas as pessoas (princípio da igualdade *stricto sensu*), já o n. 2 condena expressamente algumas discriminações concretas (princípio da não-discriminação), concretizadoras daquilo que se tem chamado de igualdade qualificada.³³

Segundo a jurisprudência constitucional portuguesa, este art. 13º da CRP vai mais além de um mero entendimento formal da igualdade, passando pela igualdade material, chegando a admitir medidas de discriminação positiva.³⁴ Em várias decisões,

²⁹ Em 1995 a administração Clinton enviou às agências federais uma directiva na qual se dizia expressamente que “the policy principles are that any program must be eliminated or reformed if it [...] creates a quota”. Cf. PETERS, *Women, quotas...*, op. cit., p. 51 e ss.

³⁰ Não serão aqui tratadas as normas que, dizendo embora respeito ao princípio da igualdade, em nada contendem com a questão laboral.

³¹ Art. 13º, 1 – Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

³² Art. 13º, 2 – Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social.

³³ Sublinhando as duas intencionalidades que consubstanciam o art. 13º da CRP: LOPES, *O princípio...*, cit., p. 98.

³⁴ “Há certas situações da vida em que o legislador constitucional considera lícito criar regimes mais favoráveis para certos grupos humanos, em nome mesmo de uma tendencial igualdade de oportunidades ou igualdade de tratamento de facto”. Cf. Parecer n. 15/81. In: *Pareceres da Comissão Constitucional*, v. 15, p. 129 e ss.

tanto a Comissão Constitucional (CC) como o Tribunal Constitucional (TC) admitiram diferenciações de tratamento com base no citado art. 13º da CRP.³⁵

Todavia, e não obstante ser esse o entendimento sufragado pelo TC, o art. 13º da CRP ainda se revela impotente em variadas situações. Pois em bom rigor “[...] do mesmo passo que interdita tais discriminações e garante a igualdade jurídica de homens e mulheres, parece impedir do mesmo modo qualquer medida de favorecimento jurídico destinada a atenuar a desigualdade fáctica[...]”.³⁶

Para obviar a essa insuficiência, o legislador constitucional introduziu na CRP outras afirmações de igualdade, mais incisivas e eficazes, destinadas a autorizar medidas que confirmem um tratamento mais benéfico para certos sujeitos, na mira de realizar uma igualdade final. Pode pois afirmar-se que enquanto o art. 13º da CRP opera como *lex generalis*, as restantes normas funcionarão como *lex specialis*, consagradoras de desvios à regra geral, desvios esses admitidos apenas mediante previsão expressa.

5.2. O art. 9º da CRP

Outra declaração pertinente de igualdade é a contida no art. 9º da CRP, alíneas *d* e *h*.³⁷ Tal como o art. 13º da CRP, também este art. 9º da CRP tem incidência geral, isto é, abarca todos os horizontes de convivência social, numa intenção de igualdade material.³⁸

“O princípio não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam (se devam) estabelecer diferenciações de tratamento, razoável, racional e objectivamente fundadas, sob pena de, assim não sucedendo, estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes” (Acórdão n. 319/00. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, v. 47, p. 497 e ss., apoiando-se no Acórdão n. 563/96. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, v. 33, p. 47 e ss.).

³⁵ É o caso do Parecer n. 33/81 (*Pareceres da Comissão Constitucional*, v. 17, p. 139 e ss.), do Acórdão n. 191/88 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, v. 12, p. 239 e ss.), do Acórdão n. 231/94 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, v. 27, p. 205 e ss.). Noutra ocasião, o TC admitiu um tratamento mais favorável do sexo feminino em razão do peso exercido pelas “tarefas domésticas” (Acórdãos n. 609/94 e n. 713/96. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, v. 29, p. 173 e ss. e v. 34, p. 215 e ss., respectivamente).

Porém, também houve situações nas quais o TC rejeitou certa norma, por entender que não existia um fundamento material razoável para tal discriminação (Acórdão n. 336/86. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, v. 8, p. 263 e ss.).

Por conseguinte, no entendimento do TC, “o princípio da igualdade não deve nem pode ser interpretado em termos absolutos, impedindo nomeadamente que a lei discipline diversamente quando diversas são as situações que o seu dispositivo visa regular”, mas, ao mesmo tempo, entende que “há violação do princípio da igualdade quando o legislador estabelece distinções discriminatórias. Assim é quando tais distinções são materialmente infundadas, quando assentam em motivos que não oferecem carácter objectivo e razoável; isto é, quando o preceito em apreço não apresenta qualquer fundamento material razoável”. Cf. Acórdão n. 44/84. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, v. 3, 1984, p. 133 e ss.

³⁶ MOREIRA, *A IV Revisão Constitucional...*, cit., p. 408 e ss.

³⁷ Art. 9º CRP – São tarefas fundamentais do Estado:

d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação de direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais;

h) Promover a igualdade entre homens e mulheres.

³⁸ Todavia, enquanto no art. 13º da CRP a igualdade entre sexos está incluída entre outras imposições de igualdade, pressupondo que a igualdade entre homens e mulheres é só “mais uma igualdade”, no art. 9º da CRP a imposição de igualdade surge especificamente dirigida à igualdade entre sexos.

Quer a alínea *d* quer a alínea *h* impõem ao Estado, como sua tarefa fundamental, a promoção da igualdade. Não se satisfazem com o desempenho pelo Estado de um papel de vigilante passivo, que actue apenas em caso de discriminação. Exigem-lhe que tome uma posição activa. Resta saber até onde pode ir o Estado. Nesse campo abundam as divergências doutrinárias. Há quem entenda que esse artigo se satisfaz com a mera igualdade de oportunidades (igualdade no ponto de partida, a qual actua mediante aperfeiçoamentos no sistema educativo, reformulações na distribuição de papéis na sociedade, vias de conscientização da comunidade, redistribuição de rendimentos) e quem defenda que a sua exigência se alastra à igualdade de resultados (igualdade à chegada, enquanto correcção estadual de qualquer distorção que sobrevenha após a concessão a todos das mesmas oportunidades).

José Magalhães entende que “[...] nada na Constituição impede e tudo aconselha (art. 9º, *d*), por exemplo, a adopção de acções positivas de carácter temporário que acelerem a consecução da igualdade de facto”.³⁹

De modo semelhante, mas em relação à outra alínea, Maria Lúcia Amaral chegou a defender que o art. 9º, *h*, exprimia uma autorização geral para a utilização de medidas de discriminação positiva.⁴⁰

Essas asserções são duvidosas por vários motivos. Desde logo, porque um preceito que delegue ao Estado a tarefa de promover a igualdade entre os sexos não implica necessariamente que tal finalidade deva (ou sequer possa) ser alcançada mediante mecanismos de discriminação positiva. É certo que o art. 9º da CRP não proíbe essa via e, por conseguinte, uma interpretação mais lata do preceito poderá permitir ao Estado que realize a incumbência constitucional recorrendo à discriminação positiva, mas ainda que assim se entenda só estarão aqui abrangidas as medidas mais moderadas.

De facto (e ao invés do que foi defendido pelo Conselho Constitucional francês, nas suas decisões relativas à introdução de quotas e da paridade no exercício de direitos políticos), as mulheres não são uma categoria, classe, raça, comunidade, minoria ou grupo desfavorecido. São simplesmente metade da humanidade. Humanidade essa que não pode deixar de ser sexualizada, ou deixará de existir, pois todos nascemos homens ou mulheres, não podemos nascer outra coisa, nem converter-nos noutra diferente (excluindo da nossa afirmação fenómenos como as operações para mudança de sexo e o hermafroditismo).

O sexo é uma característica intrinsecamente diferente de outras qualidades que marcam o ser humano, tais como a religião, a nacionalidade, a cor da pele, a orientação sexual ou a opção política. Pois estas outras qualidades formam grupos delimitados na sociedade, mas todos eles são marcados pela dicotomia homem/mulher, uma vez que o sexo é uma característica transversal que atravessa toda a espécie humana.

Nas palavras do filósofo Comte-Sponville: “[...] *les femmes ne sont pas une communauté, et c'est pourquoi, me semble-t-il, l'objection de communautarisme ne peut être valablement opposée à la parité qu'elles revendiquent. [...] Ce ne sont pas les femmes qui sont une communauté; c'est l'humanité qui est sexuée, et l'on ne saurait mettre cette différence-là, qui nous constitue, qui nous traverse, qui nous engendre, au même niveau que des différences superficielles (la couleur de la peau), idéologiques (la religion) ou sociales (le métier, le comportement). Les femmes ne sont pas une minorité, qu'il faudrait protéger. Elles ne sont pas non plus une classe ou un groupe de pression. Elles sont la moitié de l'humanité, et aucune démocratie ne saurait justifier qu'on l'oublie. [...] On peut très bien concevoir l'humanité si nous étions tous de la même couleur. Je ne vois pas ce que serait l'humanité s'il n'y avait qu'un seul sexe [...]*” (In: HALIMI, *La parité...*, cit., p. 40).

³⁹ MAGALHÃES, José. *Dicionário de Revisão Constitucional*. Lisboa, 1989. p. 76, apud MOREIRA, *A IV Revisão Constitucional...*, cit., p. 409; idem, *O art. 10º da CRP...*, cit., p. 48.

⁴⁰ AMARAL, Maria Lúcia. *Las Mujeres en el Derecho Constitucional Portugués*. In: AAVV, *Mujer y Constitución en España*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 163. Todavía, a autora parece ter mudado de opinião.

Porém, a discriminação positiva emerge ainda como um entendimento inovador da igualdade. Por conseguinte, sempre que a Constituição prevê medidas deste tipo, fá-lo expressamente e de forma circunscrita a um determinado sector da vida (o art. 109^o da CRP veio precisamente permitir tal actuação no campo dos direitos políticos). Uma vez que o art. 9^o apresenta uma redacção demasiado geral e abstracta, poder-se-á defender que a intenção do legislador não foi ainda a de admitir indistintamente a discriminação positiva. O carácter geral e a redacção demasiado lata – quase insípida – do art. 9^o, em qualquer dessas duas alíneas, parece inclinar-se mais para a igualdade de oportunidades. Tratando-se de uma norma meramente programática, valerá apenas aquilo que a vontade política permitir. O que não significa que a sua existência seja despicienda, pois, ao inscrever tais objectivos no rol das tarefas fundamentais do Estado, assume um destaque político, inclusive jurídico, de inestimável valor. Simplesmente, não se pode querer estendê-lo a limites que não abarca.

O art. 9^o, embora realize a igualdade substancial, na vertente de igualdade de oportunidade, não constringe, nem mesmo autoriza, à realização da igualdade de resultados. O que exclui do seu âmbito de aplicação medidas radicais de discriminação positiva – desde logo, as quotas –, admitindo apenas, quando muito, medidas moderadas.⁴¹

5.3. O art. 58^o, 2, b, da CRP

Nesse preceito confluem dois princípios constitucionais fundamentais: o princípio da igualdade (art. 13^o da CRP) e o princípio da liberdade de escolha de profissão (art. 47^o da CRP). Dada a sua redacção,⁴² traduz um reflexo mais acurado do art. 9^o da CRP do que do art. 13^o da CRP (desde logo porque, tal como o art. 9^o, também ele se refere às incumbências do Estado). Caso se entenda que esta norma não passa de uma exteriorização da igualdade de oportunidades,⁴³ a única associação possível à discriminação positiva será em relação à sua versão dita *soft*.

5.4. O art. 68^o da CRP

Ao impor ao Estado o dever de proteger a maternidade e a paternidade, aquele fica incumbido de tutelar os pais e as mães nas diversas situações da vida em que poderão ser prejudicados devido a essa sua qualidade, por exemplo, nas relações

⁴¹ Em termos semelhantes, MOREIRA, *A IV Revisão Constitucional...*, cit., p. 414. Todavia, para este autor nem mesmo as respostas mais moderadas são admitidas por via desta norma. De facto, defende a tese (da qual somos, em certa medida, adeptos) de que nem o art. 13^o, nem o art. 9^o da CRP consentem a discriminação positiva, sendo necessário um outro preceito que expressamente a admita.

⁴² Art. 58^o, 2, CRP – Para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover: b) A igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais.

⁴³ “Com esta imposição constitucional de actuação do Estado visa-se combater a real desigualdade social de condições de acesso profissional e, em particular, eliminar na prática a tradicional desigualdade de oportunidades para as mulheres”. Cf. CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, cit., p. 316. Mesmo prescindindo de interpretações doutrinárias chegaríamos a idêntica solução, pois é a própria norma a estancar na promoção da “igualdade de oportunidades”.

laborais.⁴⁴ A previsão legal de licenças de maternidade e de paternidade é expressão de tal protecção.

5.5. Art. 81º da CRP

Tal preceito já não se insere nos capítulos dedicados aos direitos fundamentais, mas sim na parte II, relativa à organização económica. Todavia, tal como outros artigos anteriormente analisados, lista algumas das incumbências do Estado, de onde se retira um dever de promoção do bem-estar das pessoas (alínea *a*) e de promoção da justiça social (alínea *b*), a qual não se compadece com desigualdades, tanto mais que o preceito se refere expressamente à efectivação da igualdade de oportunidades (o que todavia ainda não é suficiente para a discriminação positiva mais efectiva) e a garantia da plena utilização das forças produtivas (alínea *c*), sejam de homens ou de mulheres.

6. O direito comunitário

6.1. Direito comunitário originário

O princípio da igualdade não fazia parte das aspirações originárias do direito comunitário, que nasceu como um ordenamento de cariz económica, afastado da problemática dos direitos fundamentais. Se logo a versão originária do Tratado de Roma (TCE) enunciava a igualdade entre trabalhadores de ambos sexos, tal referência ficou a dever-se a preocupações puramente económicas e concorrenciais:⁴⁵ o art. 119º do TCE, que reproduzia quase textualmente o art. 1º da Convenção n. 100 da Organização Internacional do Trabalho, de 1951.

Esse art. 119º do TCE foi alterado pelo Tratado de Amsterdão (TA), em 1997, dando lugar ao actual art. 141º. Entre as várias alterações ao antigo art. 119º, aquela que assume maior relevo é a disposição constante do parágrafo 4,⁴⁶ cujo principal contri-

⁴⁴ Embora a norma abranja progenitores dos dois sexos, ela é particularmente decisiva para a mulher, pois esta é a tradicional prejudicada pela sua função de mãe ou de potencial mãe. Os empregadores não temem contratar trabalhadores masculinos com filhos mas, tratando-se de trabalhadoras femininas que tenham filhos ou planejem vir a tê-los a breve prazo, pensam duas vezes, pois sabem que são trabalhadores especialmente problemáticos no que respeita às faltas (consultas médicas durante a gravidez, licenças de maternidade, licenças de amamentação, bem como uma panóplia de faltas relacionadas com a educação dos filhos, que, ao invés das anteriores, não teriam que ser necessariamente dadas pela mãe – pois o pai poderia ocupar-se de tais assuntos – mas que em regra o são: reuniões escolares, idas ao médico, transporte das crianças para vários locais).

⁴⁵ Tudo se deve ao Governo francês, receoso de que os restantes Estados-Membros, utilizadores em larga escala da mão-de-obra feminina, produzissem bens a preços mais atractivos para o consumidor, já que essa mão-de-obra lhe saía mais barata. Daí a reivindicação de salário igual para trabalhadores de ambos sexos. Porém, não obstante esta sua génese, o princípio evoluiu para aspirações mais alargadas, deixando de se restringir à estrita igualdade salarial, o que o tornou o princípio geral orientador da igualdade entre sexos no direito comunitário. Sobre a influência do princípio comunitário da igualdade no seio dos ordenamentos internos dos Estados-Membros, PRECHAL, Sacha. Access to equality: an introduction. In: *Access to equality between men and women in the European Community/L'Accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la Communauté Européenne* (Ed. Michel Verwilghen). Louvain-la-Neuve: Presses Universitaires de Louvain – UCL; Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1993.

⁴⁶ Art. 141º – A fim de assegurar, na prática, a plena igualdade entre homens e mulheres na vida profissional, o princípio da igualdade de tratamento não obsta a que os Estados-Membros mantenham ou adoptem medidas

buto consiste na autorização para a aplicação de soluções de discriminação positiva no domínio laboral (ainda que esta não venha expressamente mencionada), de forma a facilitar o acesso e o exercício de certa actividade profissional a pessoas do sexo sub-representado. A introdução de uma norma deste teor tem o incontestável mérito de assumir esta intenção como um dos propósitos da União Europeia, fundamentadora de posteriores normas de direito derivado que partilhem a mesma intencionalidade.⁴⁷ Existindo no direito comunitário uma disposição que admite a discriminação positiva – ainda que restrita ao âmbito laboral – resta saber qual a sua posição no seio do ordenamento jurídico português, particularmente face ao direito constitucional.⁴⁸

Ao TA aponta-se ainda o mérito de ter introduzido no *acquis communautaire* outras normas importantes em matéria de igualdade entre sexos: a) no art. 2º do TCE acrescentou aos objectivos da Comunidade a promoção da “igualdade entre homens e mulheres”; b) no art. 3º, 2 do TCE entroncou, ao lado dos restantes objectivos da Comunidade, a eliminação das desigualdades e a promoção da igualdade entre sexos; c) inseriu o art. 13º do TCE, que reconhece ao Conselho legitimidade expressa para lutar contra as discriminações sexuais; d) alterou o art. 137º do TCE, no sentido de permitir à Comunidade patrocinar actuações dos Estados-Membros destinadas a fomentar a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no mercado de trabalho.⁴⁹

6.2. Direito comunitário derivado

Desde 1975 a Comunidade tem vindo a emanar uma série de directivas⁵⁰ sobre a igualdade entre sexos.

que prevejam regalias específicas destinadas a facilitar o exercício de uma actividade profissional pelas pessoas do sexo sub-representado, ou a prevenir ou compensar desvantagens na sua carreira profissional.

Segundo alguns autores, esta redacção do preceito – por um lado dúbia e por outro lado particularizada – seria mais produtiva caso se tornasse mais precisa, mas simultaneamente abrangente. No mesmo sentido, YOTOPOULOS-MORANGOPOULOS, *Les mesures...*, cit., p. 75 e ss.

⁴⁷ Sobre a relação entre o direito comunitário originário e derivado, vide, por todos, GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito Comunitário*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 221 e ss.

⁴⁸ Enquanto nos primeiros tempos os autores se dividiam quanto a esta posição, é hoje doutrina assente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) que o direito comunitário prevalece sobre todo o direito interno dos Estados-Membros, inclusive sobre o direito de foro constitucional (Caso Costa c. E.N.E.L., 15 jul. 1964, Processo n. 6/64. In: *Colectânea de Jurisprudência*, 1962-1964. p. 549). Expondo as diversas posições da doutrina portuguesa sobre a questão, João Mota de Campos (*Direito Comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. v. 4, p. 220-383 e ss. Porém, desde a data da publicação da obra até ao momento actual, a perspectiva doutrinária alterou-se substancialmente, a ponto de reconfigurar a tradicional pirâmide representativa dos ordenamentos jurídicos nacionais e sua relação com as fontes de direito internacional. Hoje em dia, mais do que na pirâmide, fala-se no hexágono, ou seja, uma pirâmide sem topo, cujos ordenamentos cimeiros serão o constitucional, o comunitário e o internacional. Sobre esta nova concepção, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 690 ss., 615 ss.

⁴⁹ O último dos Tratados, o de Nice (TN), não tocou nesta matéria, excepto no que respeita ao art. 13º TCE, ao fazer depender a actuação do Conselho de uma deliberação tomada nos termos do art. 251º TCE (art. 13º, 2, TCE).

⁵⁰ A utilização da directiva como forma de legislar não é inocente, pois é a que deixa maior liberdade de conformação aos Estados-Membros. Daí ser particularmente utilizada em áreas de harmonização mais sensíveis. Para além das directivas, há que referir outros textos referentes à igualdades entre sexos, do mais variado teor

Os mais importantes textos de direito comunitário derivado referentes às questões laborais são as directivas relativas à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego, formação e promoção profissional e condições de trabalho: a Directiva n. 76/207/CE,⁵¹ alterada pela Directiva n. 2002/73/CE.⁵²

A Directiva de 1976,⁵³ no art. 2º, admitia três derrogações ao princípio da igualdade: o n. 2 permitia excluir um dos sexos de profissões “dont la nature ou l’exercice voient dans le sexe une condition décisive”;⁵⁴ no n. 3 estipulava medidas para protecção da mulher na gravidez e na maternidade;⁵⁵ no n. 4 legalizava soluções destinadas a corrigir desigualdades de facto.⁵⁶

Questões pertinentes suscitaram-se a partir do referido n. 2 do art. 2º, pois interpretando-o à letra parecia admitir que um determinado sexo – mais propriamente, o masculino – fosse considerado característica fundamental para o exercício de certas profissões⁵⁷ (ainda que a exclusão do sexo oposto ficasse condicionada às mutações da realidade social – art. 9º, 2), o que não deixava de configurar uma discriminação expressamente vetada pelo direito comunitário originário, por outras normas de direito comunitário derivado, pelo restante direito internacional e ainda pelos direitos nacionais de cada Estado-Membro.

Várias decisões do TJCE demonstraram os perigos subjacentes a essa norma, pois, fundamentando-se na referida interpretação, declarou o TJCE que é permitido aos Estados-Membros restringir ao sexo masculino as funções policiais que impliquem a utilização de armas de fogo, desde que razões de segurança pública o imponham (Acórdão *Johnson*⁵⁸ e, em termos semelhantes, Acórdão *Sirdar*,⁵⁹ conquanto neste últi-

(uns relativos ao mundo laboral, outros à participação políticas; uns vinculativos, outros meramente incentivadores).

⁵¹ Directiva n. 76/207/CEE do Conselho de 9 fev. 1976. *Jornal Oficial*, n. L 039, p. 0040-0042, 14 fev. 1976.

⁵² Directiva n. 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 set. 2002. *Jornal Oficial*, n. L 269, p. 0015-0020, 5 out. 2002.

⁵³ Alguns aspectos da análise desta directiva reportam-se a ÁLVAREZ, *Cuota de mujeres...*, cit., p. 51-52; LOPES, *O princípio...*, cit., p. 102 e ss.; MARTINEZ, Pedro Romano. Igualdade de tratamento no direito laboral: a aplicação da Directiva n. 76/207/CEE em Portugal. In: *Direito e Justiça*, 1997. v. 2, t. 2; PIRES, Maria José Moraes. A discriminação positiva no direito internacional e europeu dos direitos do homem. In: *Separata do Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n. duplo 63/64, Procuradoria-Geral da República, 1995, p. 44 e ss.

⁵⁴ Art. 2º, 2, Directiva n. 76/207/CEE – A presente directiva não constituiu obstáculo à faculdade que os Estados-Membros têm de excluir do seu âmbito de aplicação as actividades profissionais e, eventualmente, as formações que a elas conduzem, e para as quais, em razão da sua natureza e das condições do seu exercício, o sexo constitua uma condição determinante.

⁵⁵ Art. 2º, 3, Directiva n. 76/207/CEE – A presente directiva não constituiu obstáculo às disposições relativas à protecção da mulher, nomeadamente no que se refere à gravidez e à maternidade.

⁵⁶ Art. 2º, 4, Directiva n. 76/207/CEE – A presente directiva não constituiu obstáculo a medidas que tenham em vista promover a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, em particular às que corrijam as desigualdades de facto que afectam as oportunidades das mulheres nos domínios referidos no n. 1 do art. 1º.

⁵⁷ Diferente seria se a norma em causa indeferisse o exercício da profissão a uma pessoa determinada, independentemente do sexo, com base na sua inaptidão para a actividade em questão, avaliada com recurso a critérios legais preestabelecidos.

⁵⁸ Acórdão *Johnson c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 15 maio 1986. Processo n. 222/84. *Colectânea de Jurisprudência*, 1986, p. 1651.

⁵⁹ Acórdão *Angela Maria Sirdar c. Army Board and Secretary of State for Defence*, 26 out. 1999. Processo n. C-273/97. *Colectânea de Jurisprudência*, 1999, p. I-07403.

mo o TJCE tenha reconhecido que urge fazer uma interpretação restritiva do preceito). Embora mais tarde tenha atenuado o rigor dessa exclusão, ao declinar uma norma nacional que impedia as mulheres de servirem em corpos armados (e as admitia apenas nos serviços de saúde e nas formações musicais), os progressos denotados por esta decisão (*Acórdão Kreil*)⁶⁰ são apenas aparentes, porquanto o que o TJCE rejeitou foi apenas o carácter geral da formulação da exclusão, não a exclusão em si mesma, a qual foi considerada legítima caso se cercesse a uma actividade concreta, ao invés de abranger um leque indeterminado de actividades.

A norma tinha pois que ser interpretada de outro modo, de forma a que as actividades aí incluídas fossem apenas aquelas que, por sua natureza, não podem deixar de se restringir a um dos sexos, uma vez que o outro está impedido de participar, por razões físicas até hoje cientificamente imutáveis (actividades como amamentar, doar esperma ou óvulos para utilização na fecundação artificial).⁶¹ Assim sendo, a norma perdia todo o efeito útil, pois, havendo uma inibição biológica, a proibição legal tornava-se supérflua. Qualquer outra interpretação (para além das referidas) colocá-la-ia em contradição, não só com o artigo no qual se inseria, mas também com todo o direito comunitário.

Contudo, a norma da Directiva n. 76/207/CE susceptível de produzir resultados mais rendosos era o art. 2º, 4, ao permitir a tomada de medidas dirigidas à extinção da desigualdade entre homens e mulheres, recorrendo à remoção dos obstáculos com os quais as mulheres ainda se defrontam, se necessário mediante a adopção de medidas de discriminação positiva. Contudo, ao interpretar essa norma como uma restrição ao princípio da igualdade – princípio aparentemente absoluto e inderrogável –, o TJCE não permitiu que ela realizasse os laudáveis propósitos que lhe deram origem.

Na mira de corrigir a exiguidade da primitiva Directiva, surgiu a Directiva n. 2002/73/CE, que alterou a anterior em pontos fundamentais.

O novo art. 2º não se afasta muito da redacção originária: declara admissíveis diferenças de tratamento no acesso ao emprego e à formação profissional, desde que: a) fundadas na natureza da actividade profissional em causa e nas condições da sua execução; b) que reproduzam requisitos indispensáveis à luz de critérios de proporcionalidade e legitimidade (art. 2º, 6).⁶² Denota-se um maior cuidado na redacção, para afastar os perniciosos resultados a que a interpretação anterior dera azo.

Quanto ao anterior n. 4 do art. 2º, este preceito desapareceu da versão actual, porventura por se entender que é desnecessário manter legalmente uma norma que

⁶⁰ *Acórdão Tanja Kreil c. República Federal da Alemanha*, 11 jan. 2000. Processo n. C-285/98. *Colectânea de Jurisprudência*, 2000, p. I-00069.

⁶¹ Segundo Dulce Lopes, o que a norma vetava era a participação das mulheres em actividades que colocassem em causa a sua função reprodutiva mas, como a própria reconhece, tal salvaguarda seria uma repetição do disposto no art. 2º, 3, da directiva (*O princípio...*, cit., p. 105).

⁶² Art. 2º, 6, Directiva n. 2002/73/CE – Os Estados-Membros podem prever que, no que respeita ao acesso ao emprego, incluindo a formação pertinente, uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com o sexo não constitui discriminação sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais específicas em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito genuíno e determinante para o exercício da actividade profissional, na condição de o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

não produz efeitos na vida real. Pois embora tivesse potencialidades para os produzir, o TJCE manteve-o sempre em estado latente, não permitindo (Acórdão *Kalanke*),⁶³ ou permitindo muito restritivamente (Acórdão *Marschall*),⁶⁴ a utilização de medidas de discriminação positiva para fomentar a participação laboral do sexo sub-representado.

Porém, a nova Directiva não encerra a porta à discriminação positiva, acolhida por via da conjugação entre os arts. 2º, 6, e 2º, 8 (este último prevê de forma explícita que os Estados-Membros adoptem as medidas previstas no art. 141º, 1, do TCE – o qual, para a doutrina maioritária, proclama a discriminação positiva – a fim de efectivar na prática a igualdade entre sexos).

6.3. *Jurisprudência comunitária*

Durante a vigência do art. 119º do TCE, o TJCE proferiu algumas decisões célebres, que viriam influenciar todo o património jurídico comunitário, inclusive os ordenamentos jurídicos nacionais. De entre estas, destacam-se os Acórdãos *Defrenne*,⁶⁵ o Acórdão *Kalanke* e o Acórdão *Marschall*.

Os Acórdãos *Defrenne I*⁶⁶ e *Defrenne II*⁶⁷ demarcaram o que se deve entender por “trabalho igual” para efeitos de igualdade de remuneração. Mais decisivo foi o Acórdão *Defrenne III*,⁶⁸ o qual, ao certificar que a eliminação das discriminações fundadas no sexo integra um direito fundamental da pessoa, princípio basilar do sistema jurídico comunitário, vinculou o TJCE a assegurar o respeito deste princípio e, paralelamente, condicionou a vigência de normas nacionais (que se reportem a matérias atinentes ao sistema jurídico comunitário) ao respeito pelo princípio da igualdade.

Já na vigência do novo art. 141º do TCE, o TJCE pronunciou-se sobre outros dois casos célebres: *Badeck*⁶⁹ e *Abrahamsson*.⁷⁰ Neles se confirmou a compatibilidade da discriminação positiva de género com o ordenamento jurídico comunitário, na medida em que (são requisitos cumulativos): a) o sexo em causa se encontre em situação de sub-representação; b) a preferência não seja concedida de forma automática e incondi-

⁶³ Acórdão *Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, 17 out. 1995. Processo n. 450/93. *Colectânea de Jurisprudência*, 1995, p. I-03051.

⁶⁴ Acórdão *Helmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen*, 11 nov. 1997. Processo n. 409/95. *Colectânea de Jurisprudência*, 1997, p. I-06363.

⁶⁵ Sobre os Acórdãos *Defrenne*, TESAURO, Giuseppe. *L'Accès au juge comme droit fondamental communautaire/ Access to equality between men and women in the European Community/L'Accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la Communauté Européenne* (Ed. Michel Verwilghen). Louvain-la-Neuve: Presses Universitaires de Louvain (UCL); Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1993. p. 13.

⁶⁶ Acórdão *Defrenne c. État Belge*, 25 maio 1971. Processo n. 80/70. *Colectânea de Jurisprudência*, 1971, p. 00455.

⁶⁷ Acórdão *Defrenne c. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, 8 abr. 1976. Processo n. 43/75. *Colectânea de Jurisprudência*, 1976, p. I-00455.

⁶⁸ Acórdão *Defrenne c. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, 15 jun. 1978. Processo n. 149/77. *Colectânea de Jurisprudência*, 1978, p. 01365.

⁶⁹ Acórdão *Badeck e. o. c. Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, 28 mar. 2000. Processo n. 158/97. *Colectânea de Jurisprudência*, 2000, p. I-01875.

⁷⁰ Acórdão *Katarina Abrahamsson & Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, 6 jul. 2000. Processo n. 407/98. *Colectânea de Jurisprudência*, 2000, p. I-05539.

cional em caso de qualificação equivalente de candidatos (o TJCE sublinhou que, nesta última situação, a posição dos candidatos masculinos deve ser concretamente apreciada, para que não haja arbitrariedades na classificação dos candidatos).⁷¹

6.3.1. Acórdão Kalanke

A discussão deste acórdão consistiu em saber se, estando dois candidatos de sexo diferente em igualdade de condições (em termos de qualificações técnicas e académicas), seria legítimo contratar a candidata do sexo feminino, pelo facto de pertencer ao sexo sub-representado na profissão em causa (para este efeito, considerou-se haver sub-representação quando determinado sexo não ocupasse pelo menos metade dos postos do sector), atribuindo-lhe uma preferência automática no acesso ao emprego.⁷²

A admissibilidade de uma solução desse tipo estava condicionada pelas potencialidades do art. 2º, 4, da Directiva n. 76/207/CEE: permitiria este n. 4 medidas favorecedoras de um dos sexos ou, ao invés, tal possibilidade estaria fora do seu âmbito de aplicação, sendo por conseguinte proibida pela norma genérica relativa à igualdade, o então art. 119º do TCE?

Nessa decisão o TJCE optou por uma interpretação assaz restritiva do referido art. 2º, 4: considerou que autorizava apenas medidas destinadas a promover a igualdade entre sexos, que não implicassem para um deles um privilégio injustificado e para o outro um prejuízo desproporcionado. No entender do TJCE, a norma de Bremen não preenchia estes requisitos, por conseguinte, não poderia deixar de ser considerada contrária ao direito comunitário. O TJCE fundou a sua decisão na distinção entre medidas de efeito imediato (garantes da igualdade de resultados, em seu entender proibidas pelo direito comunitário) e medidas de efeito preparatório (promotoras da igualdade de oportunidades, só estas aceites pelo ordenamento comunitário).⁷³ Esta disposição da lei de Bremen reportar-se-ia a medidas do primeiro tipo, logo, seria inadmissível à luz do direito comunitário (embora a tenha considerado constitucional com base na Lei Fundamental Alemã).

Outra das falhas da norma residia, segundo o TJCE, na preferência absoluta, incondicional e automática conferida às mulheres. Mas tal reparo não correspondia à

⁷¹ Para uma visão crítica da jurisprudência comunitária, ÁLVAREZ, *Cuota de Mujeres...*, cit., p. 50; MOREIRA, *O art. 109º da CRP...*, cit., p. 57; YOTOPOULOS-MORANGOPOULOS, *Les mesures positives...*, cit., p. 66 e ss.

⁷² A análise desta decisão partiu das apreciações tecidas por CHARPENTIER, Louis. *L'Arrêt Kalanke*. Expression du discours dualiste de l'égalité. Florence: European University Institute, 1996 (RSC Working Papers); GLUCK, *Una manifestación...*, cit., p. 193 e ss.; LOPES, *O princípio...*, cit., p. 113 e ss.; TRIDIMAS, Takis. *The general principles of EC Law*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 75 e ss.

⁷³ O Advogado-Geral Tesouro, mediador neste processo, procedeu a uma outra distinção, referindo três modalidades de acções positivas: a) as orientadas para a eliminação de obstáculos impeditivos da inserção profissional das mulheres, autorizadas pelo direito comunitário; b) as medidas compensatórias de tratamentos discriminatórios historicamente sofridos por certos grupos de pessoas, aceites pelo TJCE, desde que não absolutas nem incondicionais; c) as que visam estabelecer uma equitativa repartição de responsabilidades profissionais e familiares entre os sexos, ilegítimas segundo o TJCE (*Acórdão Comissão das Comunidades Europeias c. República Francesa*, 30 jun. 1988. Processo n. 318/86. *Colectânea de Jurisprudência*, p. 3559). Cf. LOPES, *O princípio...*, cit., p. 114-115.

verdade, pois a lei condicionava a preferência a dois pressupostos: por um lado, a equivalência de qualificações; por outro lado, a sub-representação do sexo em causa.

O desacerto desta decisão radica: a) desde logo, numa leitura viciada da lei de Bremen (a única falha assinalada pelo TJCE que merece efectivamente crédito é o facto de a lei não permitir analisar a situação concreta dos candidatos, erigindo soluções em abstracto); b) por outro lado, no entendimento erróneo da discriminação positiva, enquanto excepção ao princípio da igualdade; c) por fim, na ignorância da real situação das mulheres no mundo do trabalho, não se apercebendo o TJCE de que existem situações em que as medidas de discriminação positiva (referidas pelo TJCE como medidas de efeito imediato) podem ser a única via para ultrapassar tradições sedimentadas e preconceitos irracionais.

Para além destes vícios, o acórdão *Kalanke* contradiz a anterior jurisprudência comunitária, que se inclinava para a admissibilidade da discriminação positiva com base no art. 2º, 4, da Directiva n. 76/207/CEE, e colide inclusive com o ordenamento jurídico comunitário, no âmbito do qual rege uma preferência em prol de trabalhadores do sexo feminino aquando da contratação de funcionários (ou será que teremos que considerar esta medida comunitária contraditória com o direito comunitário do qual emana?).

6.3.2. Acórdão Marschall

Seria com o Acórdão *Marschall*⁷⁴ que o TJCE iniciaria a via da “redenção” face ao estrito entendimento sufragado no acórdão *Kalanke*.

Desta feita estava em causa uma norma do *Land* de Nordrhein-Westfalen que, conquanto semelhante à norma do *Land* de Bremen, continha algumas particularidades, porventura responsáveis pela mudança de percepção jurisprudencial. Determinava a norma em apreciação que, caso as mulheres se encontrassem em desvantagem numérica, gozariam de prioridade na contratação e promoção, desde que possuíssem a mesma competência, aptidão e qualificações profissionais (o que implicava a consideração concreta de critérios atinentes à pessoa do candidato), excepto se emergissem motivos capazes de pender a balança a favor dos homens. Esta última salvaguarda implicava que, sendo a avaliação favorável ao candidato masculino (supondo que tais critérios não eram discriminatórios para as mulheres),⁷⁵ se paralisasse a preferência fundada na discriminação positiva.

O TJCE considerou que esta solução não contrariava o art. 2º, 4, da Directiva n. 76/207/CEE, precisamente pelo facto de ignorar a preferência concedida *a priori* às mulheres caso se verificassem as tais condições a favor do candidato masculino (“sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegenden Gründe überwiegen”). A

⁷⁴ Comentando esta decisão, LOPES, *O princípio...*, cit., p. 116; TRIDIMAS, *The general...*, cit., p. 75-76.

⁷⁵ É certo que as mais baixas qualificações apresentadas pelas candidatas femininas poderão resultar do discriminatório percurso de socialização que as envolveu. Ainda assim, é mais seguro e mais justo ignorar este eventual traço discriminatório, sob pena de cairmos numa busca infinita, na mira de um critério totalmente inócuo que permita seleccionar um candidato excluindo toda e qualquer discriminação.

importância desta ressalva não deve ser subestimada, independentemente das dúvidas suscitadas, susceptíveis de causar uma incontornável incerteza jurídica (que condições são essas? terão natureza pessoal ou referir-se-ão ao colectivo em causa? como funcionam?) e da concessão de uma excessiva margem de manobra ao juiz. Pois o limite que a norma se auto-impunha era a sua principal virtualidade. Qualquer medida de discriminação positiva será tanto mais justa quanto mais se coloque a si própria barreiras de funcionamento, fundadas nas particularidades de cada caso concreto.

O grande contributo do acórdão *Marschall* consistiu na constatação de um fato evidente, mas aparentemente até aí ignorado pelo TJCE: ainda que as leis laborais não sejam em si mesmas discriminatórias (e muitas vezes são), as práticas de contratação e promoção permanecem sexistas, prejudicando por conseguinte a situação das trabalhadoras. Neste contexto, afirmar que a discriminação positiva é supérflua é partilhar de uma enorme ingenuidade, quando não perversidade.⁷⁶

7. O direito internacional

No âmbito do direito internacional vigente em Portugal,⁷⁷ cumpre assinalar a CEDAW.

Entre os incontestáveis contributos que a doutrina lhe reconhece – amplitude de temas abarcados, valor universal – emerge a imposição aos Estados de comportamento susceptível de produzir efeitos directos na vida dos cidadãos, mormente por força do seu art. 4º,⁷⁸ que promove a utilização de medidas de discriminação positiva, de natureza transitória, destinadas a expurgar uma desigualdade efectiva.

O impacto da CEDAW analisa-se em dois planos. Desde logo, um plano vertical, segundo o qual recai sobre os Estados a obrigação de garantir a igualdade aos seus cidadãos,⁷⁹ de tal forma que estes podem reclamar da sua inacção perante as

⁷⁶ O que não significa que estas medidas se devam incrustar numa solução perpétua. A legitimidade da discriminação positiva passa por uma série de requisitos, entre os quais o seu carácter temporário. Sobre os requisitos e as limitações da discriminação positiva, vide AINIS, *Azione positive...*, cit., p. 590; e sobretudo PETERS, *Women, quotas...*, cit., p. 64 e ss.

⁷⁷ Analisando a forma como o direito internacional se insere no sistema jurídico português e sua ordenação hierárquica, vide, por todos, PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 107 e ss. Porém, esta análise parte ainda da concepção tradicional do ordenamento jurídico como uma pirâmide, quando actualmente a construção parece ser a do trapézio (posição defendida por CANOTILHO, *Direito constitucional...*, cit., p. 680 e ss.), o que perverte a clássica compreensão de hierarquia entre as fontes de direito.

⁷⁸ “Art. 4º CEDAW– A adopção pelos Estados, partes de medidas temporárias especiais visando acelerar a instauração de uma igualdade de facto entre os homens e as mulheres não será considerada discriminação, tal como se encontra definida na presente Convenção, mas não implicará de forma alguma a manutenção de normas desiguais ou distintas; estas medidas serão suspensas assim que os objectivos de igualdade de oportunidades e tratamento tenham sido alcançados.

As adopções pelos Estados, partes de medidas especiais, incluindo as que estão contidas na presente convenção, visando a protecção da maternidade, não serão consideradas discriminatórias”.

⁷⁹ De novo emerge a questão dos limites da igualdade propugnada pela norma. A solução pode encontrar-se no seu próprio conteúdo, que menciona expressamente a igualdade de oportunidades como limite de actuação. Eliane Vogel-Polsky (Acções positivas. In: *Cadernos da Condição Feminina*, n. 25, p. 16-18, 1991) entende que todas as medidas de discriminação positiva serão admitidas pelo art. 4º da CEDAW, mesmo as mais radicais. Esta posição é refutada por alguns autores, como Giménez Gluck, que defende que a ambiguidade de formulação da norma poderá admitir medidas moderadas, mas não radicais (*Una manifestación...*, cit., p. 162).

respectivas jurisdições nacionais. Mas também um plano horizontal, que condiciona as relações entre particulares ao respeito e à promoção da igualdade.⁸⁰

8. A discriminação positiva laboral no ordenamento jurídico português

8.1. O plano constitucional

No que respeita ao fundamento constitucional da discriminação positiva, a doutrina divide-se: segundo alguns, o art. 9º da CRP não confere autorização constitucional bastante ou, quando muito, acolherá apenas soluções moderadas; para outros, este artigo poderá efectivamente servir de permissão constitucional a todo tipo de discriminação positiva; para outros ainda funciona mesmo como imposição; há também quem entenda que o próprio art. 13º da CRP lhe poderá servir de fundamento, como defende o TC. A primeira opção parece a mais acertada, pelos motivos acima expostos.

Partindo deste pressuposto, resta saber se algum dos normativos constitucionais especialmente atinentes às relações laborais confere essa autorização (ou imposição), sempre necessária quando se trata de lançar mão de medidas de discriminação positiva. Neste ponto a resposta é afirmativa: o art. 58º, 2, *b*, da CRP poderá ser visto como essa autorização.⁸¹ É certo que a sua redacção é ainda ambígua, pois o verbo “promove” (de resto, também utilizado no art. 9º da CRP) padece de certa indeterminação.⁸² Mais conclusivo seria seguramente o verbo “garante” ou, em alternativa, uma redacção semelhante à do art. 4º da CEDAW, ou do art. 141º do TCE, mais acurado e abrangente.

Ainda assim, ao restringir expressamente o seu campo de aplicação à igualdade de oportunidades, o art. 58º, 2, *b*, da CRP fica aquém da garantia de resultados implícita em certas modalidades de discriminação positiva, como as quotas (o que não invalida a adopção de medidas *soft* de discriminação positiva).

⁸⁰ Dimensões apontadas por VOGEL-POLSKY, *Ações positivas...*, cit., p. 14.

⁸¹ Nenhum dos restantes preceitos constitucionais permite a discriminação positiva, embora todos eles consagrem medidas de protecção para as mulheres trabalhadoras, seja referindo-se genericamente aos trabalhadores (art. 81º da CRP), seja referindo-se às mães, por conseguinte, também às mães trabalhadoras (art. 63º da CRP). A diferença de entendimento – entre o art. 58º da 2, *b*, da CRP por um lado, e os arts. 9º e 13º da CRP por outro – justifica-se na medida em que, caso se entendesse que estas últimas normas permitem a discriminação positiva, ter-se-ia que concluir que o Estado a poderia adoptar em qualquer sector da vida, o que não parece adequado face aos perigos que comporta. O art. 58º, 2, *b*, da CRP, em contrapartida, circunscreve-se a uma área determinada.

⁸² A maior parte das normas relativas à igualdade tenta escapar ao pesado vínculo do verbo “garantir”, optando por formulações mais abertas. Assim, a Constituição alemã refere também o verbo “promover” (Art. 3º, 3 – Homens e mulheres têm os mesmos direitos. O Estado promove a implementação fática de direitos iguais de mulheres e homens e zela pela eliminação das desvantagens existentes). O art. 3º, 5, da Constituição francesa, relativo à utilização da discriminação positiva no exercício de cargos políticos representativos, refere o termo “favorece” (após a Lei Constitucional n. 99/569, de 8 de julho, este art. 3º, 5, passou a declarar que “a lei favorece o igual acesso de mulheres e homens aos mandatos eleitorais e às funções electivas”).

Nenhuma destas redacções foi considerada óbice à admissibilidade constitucional da discriminação positiva.

8.2. O plano legal

O legislador ordinário desde sempre se preocupou com a salvaguarda da posição da mulher trabalhadora. Porém, inocente ou arditosamente, muitas dessas previsões acabavam por prejudicar a mulher, remetendo-a ao estatuto subordinado que a atitude condescendente da lei necessariamente implicava. A maior parte destas medidas dispunha de duvidosa legitimidade, pois ao invés de promover a inserção laboral da mulher encarceravam-na num estatuto de menoridade e de injustificada protecção, fundado numa intenção paternalista, que acabava por arredar a mulher do mundo do trabalho, forçando-a a competir com os trabalhadores masculinos numa posição de aparente privilégio, não desejado (sem prejuízo de algumas dessas previsões serem efectivamente pertinentes e justas).

Actualmente, aquilo que temos mais próximo à discriminação positiva no direito do trabalho é o cominado na Portaria n. 1212/2000, de 26 de dezembro de 2000, que institui o regime de majoração dos apoios financeiros previstos nas medidas de política de emprego para as profissões significativamente marcadas por discriminação de género.

Contudo, até o momento não existia qualquer autorização geral legal para a implementação de medidas de discriminação positiva no direito do trabalho. Essa lacuna foi agora colmatada com o art. 25^o do novo Código do Trabalho (Lei n. 99/2003, de 27.8.2003 – CT).⁸³ Comina, pela primeira vez na história do direito português, a aplicação genérica de medidas de discriminação positiva no domínio laboral, a favor de grupos especialmente desfavorecidos. A sua intenção é a de abranger, entre outros, deficientes, membros de grupos étnicos marginalizados e mulheres.⁸⁴

Resta saber se todas as modalidades de discriminação positiva (“acções positivas”, na linguagem legal) se encontram a coberto da protecção legislativa. A questão coloca-se particularmente quanto às quotas, sua modalidade mais radical. Dado o carácter amplo da redacção do preceito, que admite a discriminação positiva sem restrição quanto a alguma das suas modalidades, não há motivo para as excluir. Mas será o futuro a demonstrar quais as suas potencialidades.

Caso se entenda que o art. 25^o do CT esgota os seus efeitos na discriminação positiva moderada, a chancela constitucional – do art. 56^o, 2, *b*, da CRP e, de certa forma, do art. 9^o da CRP – será suficiente. Porém, uma vez que estas normas constitu-

⁸³ Artigo 25^o do CT (Medidas de acção positiva) – Não são consideradas discriminatórias as medidas de carácter temporário concretamente definido de natureza legislativa que beneficiem certos grupos desfavorecidos, nomeadamente em função do sexo, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade ou origem étnica, com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos neste Código e de corrigir uma situação factual de desigualdade que persista na vida social. Este diploma contém uma subsecção relativa à igualdade e não discriminação (arts. 22^a a 27^a do CT) que não se circunscreve à igualdade entre sexos, mas também a outras formas de discriminação, como se pode ver atendendo ao próprio art. 25^o do CT.

⁸⁴ Antes de mais, cumpre dizer que esta classificação das mulheres como um “grupo”, semelhante a outros colectivos sociais, suscita várias perplexidades, pois a classificação sexual que inelutavelmente marca todo o ser humano não pode ser equiparada a outro tipo de classificações e de qualidades pessoais.

cionais não vão além da igualdade de oportunidades, ter-se-á que desvendar outro fundamento para uma eventual abertura do art. 25º do CT a medidas mais radicais. Esse fundamento reside no art. 141º, 4, do TCE, pois dos preceitos analisados é o único que não restringe a sua intencionalidade à igualdade de oportunidades, o que permite concluir em favor da admissibilidade da discriminação positiva mais extrema.⁸⁵

Análise final

A discriminação positiva pode ser entendida como a promoção (*soft*) ou a garantia (*hard*) da igualdade, mediante medidas que, embora aparentemente discriminatórias, visam na realidade realizar de forma plena essa mesma igualdade. Uma vez que os riscos aqui subjacentes são demasiado grandes para serem menosprezados, a sua utilização deve rodear-se de especiais cuidados, não só na verificação dos requisitos de funcionamento, mas também no controlo da sua actuação e dos respectivos efeitos. Trata-se de uma solução a utilizar só como *ultima ratio*, quando outros mecanismos – desde logo, medidas de promoção social e económica do estatuto dos sujeitos que se pretende tutelar – não sejam suficientes ou idóneos.

No estrito plano jurídico, a discriminação positiva é inatacável, pelo menos quando rigorosamente controlada e de aplicação temporária (nem poderia ser de outro modo, já que a transitividade é inerente ao seu conceito): realiza de forma mais perfeita o princípio da igualdade; rectifica injustiças passadas; atende à especificidade de certos grupos particulares, tradicionalmente marginalizados; realiza plenamente a democracia. Ainda assim, qualquer utilização da discriminação positiva terá sempre que hastear-se num fundamento constitucional (ou não, depende do entendimento que se tenha do ordenamento superior e fundamentante) suficientemente expressivo. Isto porque se sabe que a sua utilização imprudente, sem controlo, configura uma solução excessiva, sobretudo quando se tivesse podido accionar outros mecanismos. Neste contexto, a discriminação positiva desvirtua todas as suas potencialidades.

No caso português, atendendo ao ordenamento interno, parece que a leitura conjugada dos vários preceitos referidos admitirá, quando muito, a discriminação positiva de carácter *soft* nas relações laborais (o que afasta as quotas).⁸⁶

Coisa diferente será entender que o art. 4º da CEDAW ou o art. 141º, 4, do TCE, enquanto parte integrante do direito português, permitem a utilização da discriminação positiva (no caso desta última norma, inclusive da modalidade mais radical, as quotas).

⁸⁵ Este entendimento parte do pressuposto, acolhido ao longo de todo o texto, segundo o qual a igualdade de resultados (discriminação positiva radical) só será de acolher quando a norma expressamente a invoque, ou quando se limite a remeter para a garantia (ou mesmo “promoção”) da igualdade, sem lhe impor o limite da igualdade de oportunidades. Por mencionar expressamente esta última é que os arts. 4º da CEDAW e 58º, 2, b, da CRP devem ser considerados meras autorizações ou imposições (a doutrina diverge neste ponto) de soluções moderadas de discriminação positiva.

⁸⁶ Sem prejuízo das empresas adoptarem quotas não expressas, não escritas, como forma de equilibrar a composição do seu quadro laboral.

Note-se que quando o legislador vincula o Estado a promover a situação das mulheres, não condiciona essa obrigação à utilização de mecanismos de discriminação positiva. Se porventura o Estado encontrar um meio mais eficaz de realizar a finalidade a que está vinculado – a promoção e garantia da igualdade entre homens e mulheres –, poderá fazê-lo (deverá inclusive fazê-lo se essa alternativa for menos constringente e mais adequada ao caso concreto). Sucede porém que a discriminação positiva, quando correctamente utilizada, tem-se revelado como a via mais eficaz para realizar esse intento, muitas vezes como a única via possível face à impotência de todas as demais.

A implementação legal desta solução já se efectivou. Contudo, o art. 25º do CT carece ainda de regulamentação. Será esta regulamentação, aliada sobretudo à sua interpretação doutrinal e jurisprudencial, mas também ao entendimento sufragado pelos operadores que na prática o irão realizar (as entidades empregadoras), que verdadeiramente solucionarão o enigma encerrado nesta norma legal e, de certa forma, nas diversas normas constitucionais atinentes à protecção e promoção da mulher nas relações laborais.

EL DISCURSO JURÍDICO. LA MUJER EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA¹

Ángela Figueruelo Burrieza

Profesora Titular de Derecho Constitucional

Universidad de Salamanca – Espanha

I

La Constitución es una forma más de ordenación jurídica del poder entre todas las históricamente conocidas (PÉREZ ROYO). Y lo que caracteriza a *la Constitución como forma de ordenación jurídica del poder es el principio de igualdad*. Ni una sola de las Constituciones aprobadas desde que surgió el moderno constitucionalismo a finales del siglo XVIII (C. de Filadelfia de 1787, Constitución Francesa de 1791 ó en España la de Cádiz de 1812) ha prescindido de dicho principio. A ello debemos añadir que después de la II Guerra Mundial se recibe en Europa, por influencia norteamericana, el principio jurídico de supremacía de la Constitución que hace que dicha norma ocupe la cúspide del ordenamiento jurídico. Nos encontramos, pues, ante la norma suprema de un Estado que se encarga de ordenar jurídicamente el poder sobre la base del principio de igualdad.

Trasladamos estas premisas al caso español y observamos que el valor normativo supremo de la Constitución de 1978 se reconoce en los artículos 9.1 y 53.1 de los cuales se desprende el carácter obligatorio de las normas constitucionales y en especial de los derechos fundamentales para todos: poderes públicos y ciudadanos (GARCÍA DE ENTERRÍA). El concepto igualdad aparece en el texto constitucional ya en el art. 1.1. que define al Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho y entre los *valores superiores* del mismo se proclaman la libertad, la justicia, la *igualdad* y el pluralismo político. El valor igualdad sirve de base y fundamento al postulado Democrático en cuanto elemento que coadyuva a definir la fórmula compuesta de nuestro Estado.

En el Art. 14, que actúa como pórtico del capítulo II, donde se regulan los Derechos y Libertades, se dice expresamente que: “Los españoles son *iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Este precepto, sobre el que se discute si reconoce un derecho o un principio, da cobertura a la igualdad formal ante la ley, propia del Estado Liberal, que por sí misma no asegura la igualdad real o material. Esta será garantizada en nuestra norma suprema en el art. 9.2, que con base en el postulado del Estado Social, dice expresamente:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la *igualdad del individuo* y de *los grupos* en que se integra sean *reales* y

¹ Texto actualizado y readaptado de la Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca el 23 de octubre de 2003 en el marco de las “IV Jornadas de Historia de las Mujeres. Discursos de Género”.

efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

II

De los preceptos citados se desprende con claridad que en la Constitución vigente en España está garantizada “a priori” la igualdad de trato sin diferencias por razón de sexo. Pero, dentro de las líneas clásicas del constitucionalismo liberal, todos los textos constitucionales españoles, hasta la Constitución Republicana de 1931, habían omitido cualquier referencia a la garantía de igualdad de trato sin diferencias por razón de sexo. Esta Constitución estableció en su artículo 25 que el sexo no podía ser fundamento de privilegio jurídico. Por lo que respecta a la participación política, en el artículo 36 se disponía que “los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”. La vida de la Constitución Republicana fue corta pues, después de la Guerra Civil, la implantación de la dictadura franquista con sus “leyes fundamentales del reino” devolvieron a la mujer a su posición tradicional. Como ejemplo, sírvanos el Fuero del Trabajo, aprobado en 1938, que aseguraba en su punto segundo que el Estado “libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica”. La ideología del régimen respecto al papel de la mujer se trasladó a la legislación ordinaria y a la práctica de los poderes públicos y así observamos que en el ámbito del Derecho Civil, sólo cuando ya el Régimen da sus últimos coletazos, en 1975 (año de la muerte de Franco) se consagró, en parte, la igualdad de la mujer casada en el matrimonio con la Ley 14/75 de 2 de mayo que fue conocida como “ley de la mayoría de edad de la mujer casada” y las desigualdades que aún se mantenían en dicha norma fueron eliminadas después de ser aprobada la Constitución, por la ley 11/81 de 14 de mayo, que modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y por la ley 30/81, de 1 de julio por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

También en el ámbito del Derecho Laboral se mantenían numerosas cláusulas que impedían a la mujer el acceso libre e ilimitado a los puestos de trabajo. Ha sido el propio Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo, la norma que impone, en su art. 17, la igualdad plena de sexos en el ámbito del trabajo (ALCOBENDAS). Incluso en la Administración Pública la incorporación de la mujer había sido lenta y reducida. Por ejemplo, el acceso de la mujer a la judicatura no fue posible hasta 1966. Y, una ley del año 61 sobre “derechos políticos, profesionales y de trabajo” mantenía determinados empleos públicos reservados al sexo masculino.

En el cambio, de cara a la equiparación de los derechos de la mujer, no sólo ha desempeñado un gran papel nuestra norma suprema, puesto que no podemos olvidar la importante labor de los órganos judiciales ordinarios (jueces, magistrados, tribunales) así como por la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional (BALAGUER), máximo intérprete de la Constitución que ha sabido compatibilizar la afirmación del principio de igualdad de sexos y la prohibición de trato discriminatorio, con la cons-

titucionalidad de la adopción de medidas de acción positiva y de discriminación inversa a favor de las mujeres. Tales medidas se justifican en la intención de conseguir que las mujeres, colectivo marginado y preterido históricamente, tengan un trato especial más favorable, con el fin de ver suavizada o corregida su situación de desigualdad en la sociedad.

A los fallos del Tribunal Constitucional añadimos, de interés para el tema que nos ocupa, las sentencias a favor de la igualdad de la mujer en el continente europeo por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencias Kalanke de 17 de octubre de 1993 y Marschall de 11 de noviembre de 1997, Badeck de 28 de marzo de 2000, Abrahamsson de 6 de julio de 2000, y Lommers de 19 de marzo de 2002). Estas resoluciones han dado lugar a una importante doctrina sobre la configuración de las acciones positivas y de discriminación inversa, al delimitar de forma proporcional, en qué casos cabe de forma individualizada la preferencia de la mujer.

A estas resoluciones unimos la labor realizada por el Tribunal de Estrasburgo en aplicación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950; norma que en su artículo 14 prohíbe cualquier discriminación por razón de sexo. Además, y gracias al proceso de internacionalización de los derechos merece que hagamos referencia a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1987, ratificada por España en 1993, y al Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 que en su artículo 141 enuncia la igualdad de retribución para un mismo trabajo en el caso de trabajadores y trabajadoras. Y, por último, en el reciente Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, que fue presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma el 18 de julio de 2003 y que, a pesar del fracaso de la cumbre de Bruselas de los días 12 y 13 de diciembre de 2003, ha obtenido el consenso necesario para su aprobación en fecha 18 de junio de 2004, en la cumbre de Bruselas celebrada al efecto. Dicho Tratado, fue firmado finalmente en Roma el 29 de octubre de 2004 (Tratado de Roma II), permaneciendo a la espera de la correspondiente ratificación, conforme a la normativa interna de cada uno de los veinticinco Estados miembros. En el Título I que define los objetivos de la Unión el artículo I-2 recoge los valores de la Unión Europea entre los que se encuentra el de la igualdad en una sociedad caracterizada, entre otras cosas, por la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres. Esta idea se repite en el artículo III-118 donde se alude a la lucha contra toda discriminación por razón de sexo... en la definición y ejecución de las políticas y acciones contempladas en la parte III del Tratado Constitucional.

Dicha norma en su Parte II, recoge la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”. En el Preámbulo de la Carta se alude a *la igualdad como un valor indivisible y universal*.

El Título III de la Carta se dedica a regular la Igualdad; En el artículo II-80 se establece la igualdad de todos ante la ley, en el II-81 se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida... *por razón de sexo*... Y, en el artículo II-83 se establece la igualdad entre hombres y mujeres:

“La igualdad entre hombres y mujeres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

Traemos a colación esta norma porque el día en que entre en vigor (está previsto que sea el 1 de noviembre de 2006), una vez ratificada por los 25 Estados miembros de la Unión, será de obligado cumplimiento en todos los países signatarios y en virtud del principio de primacía, los jueces y Tribunales ordinarios se verán obligados a aplicarla, incluso de forma preferente a la propia Constitución Española, cuando haya conflicto entre una norma de derecho interno y la norma comunitaria (FIGUERUELO).

La influencia de la Constitución se ha hecho sentir en todas las ramas del ordenamiento jurídico (civil, mercantil, laboral...) pero, sin lugar a dudas su influencia ha sido bastante mayor en la *consagración y equiparación de los derechos civiles y políticos de la mujer que en lo referente al aspecto de las relaciones privadas donde el mandato promocional que la Constitución recoge en el artículo 9.2 es menos relevante tanto cualitativa como cuantitativamente*. Al respecto vemos que el texto constitucional de 1978 consagra de manera definitiva el principio de sufragio universal; es el artículo 23 el que reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo a todos los ciudadanos, así como el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Los artículos 68.1 y 69.2 regulan, respectivamente, la elección de diputados y senadores que será llevada a cabo por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto en los términos que señale la Ley. La norma reguladora es la LOREG 5/85, de 19 de junio.

Estos preceptos, fundamento del postulado del Estado Democrático, se complementan con otra serie de artículos reconocidos a lo largo del Título I de la Constitución (parte dogmática) que vienen a poner los cimientos modernos para la tan anhelada equiparación de derechos. Destacan el art. 32 que establece que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, así como el artículo 35 donde se reconoce el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Rastreando en nuestra Constitución observamos, en el ámbito de los derechos sociales, cómo en el artículo 39 los poderes públicos reciben el encargo de proteger a la familia. Dentro de ésta recibirán especial atención los hijos, con independencia de su filiación, y las madres cualquiera que sea su estado civil.

III

Después del análisis efectuado de la Constitución Española y de las normas internacionales relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, que tienen carácter obligatorio en España, al menos como parámetros interpretativos (art. 10.2 CE), conviene precisar que la norma suprema de 1978

vino a suponer un cambio fundamental a favor de la igualación de los sexos, respondiendo a tendencias universales que ya habían encontrado eco en otros países. Ahora bien, la norma constitucional tiene un significado y un alcance que debe hacerse efectivo a través de la función de los operadores públicos; Es decir, *la garantía constitucional de la igualdad entre los sexos necesita de una labor de precisión e interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia*. Se ha discutido mucho y no siempre de forma pacífica sobre el tratamiento de la igualdad en la Constitución Española, y entre las distintas perspectivas desde las que se enfoca, destacan dos principalmente: A) La igualdad como criterio inspirador de la acción de los poderes públicos, con fundamento en los artículos 1.1 y 9.2 de la norma suprema y B) La cláusula conferidora de derechos del artículo 14 de la Constitución.

A) Tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto el acento en aquellas normas constitucionales que, aunque no establezcan derechos u obligaciones directa e inmediatamente exigibles, si otorgan a los poderes públicos criterios para interpretar aquellos preceptos de la Constitución que sí establecen derechos y obligaciones. En relación con la *igualdad entre los sexos* la disposición más relevante es el artículo 14 de la Constitución, pero su interpretación se ha visto influida por los criterios interpretativos que se desprenden de los arts. 1.1 y 9.2 de la CE.

En lo que se refiere al art. 1.1., la igualdad se proclama como un valor del ordenamiento jurídico, es decir como una condición ideal de la vida social que debe perseguirse por los poderes públicos y ello tiene sus consecuencias en la práctica jurídica porque remite a concepciones culturales, acuñadas a lo largo de la historia y válidas en cada momento sobre el contenido de esa condición. De ahí la apertura del texto constitucional a apreciaciones socio-culturales que deben incidir sobre la interpretación de la norma constitucional.

En relación con el art. 9.2 la Constitución recoge un mandato a los poderes públicos para lograr la igualdad real y efectiva de los individuos. Se nos presenta la dimensión material de la igualdad claramente. Pero, a diferencia de lo que pasa con el art. 14, los efectos jurídicos del art. 9.2 se centran en un mandato al legislador para que haga leyes que vayan más allá de la mera igualdad formal, por lo que su definición exige tener en cuenta los datos sociales determinantes de la posición de personas y grupos. En cambio, en el Art. 14 se recoge un derecho que preconiza la igualdad formal ante la ley y que está protegido en los más elevados niveles constitucionales mediante el procedimiento de amparo constitucional (MONTILLA).

B) Aunque la doctrina discute acerca de si la igualdad del Art. 14 es un derecho o es un principio, en la práctica se ha ido consolidando el uso del término “derecho a la igualdad”. Incluso la jurisprudencia constitucional utiliza las dos expresiones de forma indiscriminada. Lo cierto es que el art. 14 de la CE contiene el eje de la garantía jurídica de la igualdad reconociendo un derecho concreto que se puede proteger por los procedimientos ordinarios y por la garantía excepcional del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Gracias a este precepto se han ido estableciendo una serie de principios aceptados de forma general y que permiten comprender el significado actual de la igualdad entre sexos:

- 1) La igualdad ante la ley comprende tanto la igualdad en la ley (en el contenido de las disposiciones normativas) como en la aplicación de la ley (homogeneidad en la aplicación concreta, en la interpretación de las normas, sin acepción de personas).
- 2) El mandato de igual trato no significa un trato idéntico o indiferenciado para cualquier caso que se presente. Significa que se han de tratar igual las situaciones iguales, permitiendo diferencias de trato para situaciones diferentes. Esas diferencias de trato tienen que ser justificadas y razonables. De ahí que el criterio de la razonabilidad sea imprescindible a la hora de determinar si una desigualdad de trato vulnera el art. 14 constitucional.
- 3) Del art. 14 se desprende que en su primera parte (los españoles son iguales ante la ley) se recoge una cláusula de igualdad en sentido general. Pero, en su segunda parte se añaden conceptos nuevos (prohíbe toda discriminación) y cita una serie de categorías concretas respecto de las que esa discriminación está prohibida: raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal y social. Esta segunda cláusula no es una repetición teórica de la primera sino que aporta como nuevos los criterios específicos (entre ellos el sexo) que la Constitución establece como causa que no admite trato desfavorable. La enumeración de esos supuestos especialmente rechazables como causa de discriminación los convierte, por lo menos, en criterios sospechosos “a priori”; Así las cosas, cuando se apliquen diferencias de trato en esos casos, hará falta un estricto examen que haga desaparecer la presunción inicial de ilegitimidad (JIMÉNEZ CAMPO, RUBIO LLORENTE...).

IV

Si bien la Constitución no se refiere expresamente a ello la forma clásica de discriminación por sexo ha sido la practicada sobre el sexo femenino, es decir sobre la mujer (LÓPEZ GUERRA). Por ello, de forma natural, cabe entender que la prohibición del art. 14 aparece como una prohibición de discriminación de la mujer y así se deduce de los debates en las Cortes Constituyentes. Pero, que quede claro que la Constitución no prohíbe toda diferenciación por razón de sexo, sólo prohíbe la discriminación.

Es la doctrina que emana del Tribunal Constitucional la que ayuda a entender la diferencia. Desde una perspectiva procesal, cuando nos encontramos ante un caso de diferente trato por razón de sexo, siempre hay una sospecha de ilegitimidad que obliga a la inversión de la carga de la prueba; En virtud de este principio el causante de la diferencia de trato (siendo desfavorecida la mujer) está obligado a probar la legitimidad de esa diferencia. La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional nos ofrece ejemplos en los cuales la cláusula de discriminación ha sido aplicada tanto *en sentido directo* como indirecto. Por *discriminación directa* se entiende el trato desfavorable dado a la mujer como consecuencia únicamente de su condición femenina (por ejemplo, tratar de forma desfavorable el embarazo). *La discriminación indirecta* será el trato desfavorable en virtud de una característica que no aparece inmediatamente vinculada al sexo, pero que en la práctica supone poner a la mujer en una posición desfavorable. Por ejemplo, considerar de menor valor, a efectos de remuneración, aquellos trabajos desempeñados por mujeres casi de forma exclusiva (PÉREZ DEL RÍO Y SÁEZ LARA). Podemos citar como mejor remuneradas tareas usualmente desempeñadas por hombres como vigilancia y seguridad. También en estos supuestos el carácter sospechoso de la diferencia y la inversión de la carga de la prueba, que en casos laborales obliga al

empleador a presentar prueba convincente de que la diferencia de valoración y de remuneración por las tareas está justificada, ha servido de fundamento para una jurisprudencia de igualación que parte del principio de igualdad de remuneración cuando el trabajo realizado tiene el mismo valor.

Llegados a este punto conviene preguntarnos ¿En alguna ocasión cabe un trato desigual por razón del sexo? Nuestra Constitución al reconocer la cláusula de no discriminación no excluye radicalmente cualquier diferencia de trato por razón de sexo, sino que lo que ello implica es una mayor rigidez a la hora de examinar los motivos que se alegan para justificar las diferencias. Con todo, en la práctica observamos la casi total desaparición de las justificaciones legítimas de la diferencia.

Quedan algunos supuestos identificables donde dicha diferencia si es admisible:

1) Aquellos casos, en el orden laboral, en que la ocupación de un puesto de trabajo se encuentra vinculada al sexo. Por ejemplo, el trabajo de actriz, reservado a mujeres. Otros casos tienen que ver con la apariencia física, la exigencia de una cierta vestimenta según el sexo que justifica una diferencia de trato entre hombres y mujeres. La directiva europea 76/207 viene a admitir esas diferencias en aquellos casos como las reservas de ciertos puestos de trabajo de funcionarios de prisiones de alta peligrosidad para delincuentes sexuales o los empleos en vestuarios e instalaciones sanitarias o deportivas que suponen una cierta incidencia en la intimidad de las personas (REY MARTÍNEZ).

2) Existe otra posibilidad, expresamente prevista en la C.E. sobre la cual ha discutido la doctrina española y sobre la que encontramos jurisprudencia al respecto del trato desfavorable que puede sufrir la mujer. Son supuestos marginales que ponen de manifiesto la resistencia a que desaparezcan las ideas y las normas que parten de una inferioridad natural del sexo femenino. Nos referimos al art. 57.1 de la Constitución que a la hora de ocuparse de la sucesión a la Jefatura del Estado, la Corona, concede preferencia, en el mismo grado de parentesco, al varón sobre la mujer (excepción hecha al principio de primogenitura que por otro lado, se consagra como regla general en el mismo precepto). Este artículo se encuentra entre aquellas normas de nuestra Ley Fundamental que se tiene intención de reformar en la presente legislatura (2004-2008), según hizo constar en su discurso de investidura el actual Presidente del Gobierno, J.L. Rodríguez Zapatero.

En una línea semejante otras Constituciones europeas de la monarquías nórdicas han suprimido este tipo de disposiciones discriminatorias. Sobre el tema existe alguna doctrina que opina que nos encontramos ante “normas constitucionales inconstitucionales” (MELLADO Y GÓMEZ SÁNCHEZ) y ha tenido influencia en otro supuesto de discriminación constitucional sufrido por las mujeres: El tema de los títulos nobiliarios.

Según el art. 62.f de la C.E. le corresponde al Rey la prerrogativa de “conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes” lo que se hace extensivo a la concesión de títulos nobiliarios. De esta manera, de forma implícita estos quedan reconocidos en la Constitución. Por el momento de su concesión y por tradición (la naturaleza y el espíritu de la nobleza responden a ello) las reglas de sucesión de esos títulos favorecen al hombre y en forma general discriminan al sexo femenino.

Con base en el art. 14 constitucional no tardaron en llegar a los Tribunales de Justicia demandas que impugnaban la preferencia masculina en la sucesión a los títulos nobiliarios. Hasta 1997 la Jurisprudencia del T.C. y de la Sala Primera (de lo Civil) del TS coincidían en la ilegitimidad y el carácter discriminatorio de la preferencia por el

hombre. Pero, en el 97, la jurisprudencia del Constitucional cambia por sorpresa de sentido, diciendo que las disposiciones desfavorables a la mujer en el caso de los títulos nobiliarios (comenzando por la ley de Partidas de 1348) no contradicen el art. 14 de la C.E. porque (el T. C. argumenta) en el mundo actual los títulos nobiliarios solo tienen un valor simbólico y su misma configuración histórica comporta un régimen sucesorio a favor del varón. Creemos que a la exministra de Asuntos Sociales, Cristina Alberdi, le asistía toda la razón del mundo cuando calificó a esta sentencia como “un insulto a la inteligencia”.

3) Un tercer tipo de diferencias de trato basadas en el sexo son aquellas disposiciones que pretenden proteger a las mujeres frente a peligros derivados de supuestas desventajas o debilidades inherentes al propio sexo femenino. Por ejemplo: disposiciones relativas a la edad de jubilación, pensiones de viudedad concedidas preferentemente a mujeres, retribuciones especiales por trabajos nocturnos. En el derecho laboral estas diferencias con su carácter paternalista se han visto sometidas a una labor de desmantelamiento por la jurisdicción del TC hasta tal punto que parecía que el Alto Tribunal protegía de discriminación al sexo masculino.

El T.C. operaba restableciendo la igualdad y extendiendo a los hombres los beneficios que históricamente se le habían concedido a las mujeres; Es decir, igualaba por arriba. Esas medidas protectoras podían tener un efecto “boomerang”, empeorando de hecho su situación. No obstante, consideramos que hay un tipo de acción protectora que en ningún caso puede ser considerada ilegítima: la dirigida a la protección del embarazo y la maternidad, en el cual el interés prevalente de la protección a la salud y la maternidad convierte en razonable la diferencia de trato (GARRIGA, FERNÁNDEZ LÓPEZ).

V

Si bien el T.C. español ha considerado ilícitos, por inconstitucionales, los supuestos de “acción protectora” que conceden ventajas al sexo femenino (a excepción de la maternidad), al lado de estos casos se han planteado otros en los que el T.C. ha considerado adecuados a la Constitución y tratamientos que se concedían a la mujer y que se negaban al sexo masculino; La diferencia de trato a favor de la mujer la basaba el Alto Tribunal en la cláusula de interdicción de la discriminación que para ser efectiva en la realidad necesitaba la concesión de ventajas al sexo femenino. Esta actuación se ha denominado “acción positiva” por parte de los poderes públicos.

Resoluciones de este tipo han aparecido en la jurisprudencia constitucional a partir de 1987. También hay jurisprudencia en ese sentido del Tribunal de Luxemburgo (FREIXES, ELVIRA PERALES).

La realidad histórica y el momento presente nos enseñan que en lo referente al sexo la discriminación se ha ejercido y se ejerce contra la mujer como consecuencia de una serie de factores sociales: tradiciones, educación, valores morales, religión... Es la propia sociedad la que con gran arraigo ha construido ese fenómeno discriminatorio y harán falta medidas que influyan en que esas discriminaciones desaparezcan. Los instrumentos jurídicos serán el Art. 14 con su mandato de supresión cuando dice expresamente “sin que pueda prevalecer” y el Art. 9.2 que se refiere a la igualdad real y efectiva.

A partir de aquí el T.C. ha venido entendiendo que para corregir discriminaciones socialmente arraigadas sobre el sexo femenino caben “las acciones positivas”. Esto necesita ser aclarado porque:

1) Las acciones positivas no son acciones protectoras, ya que estas últimas parten de la concepción previa de la inferioridad de la mujer. *La acción positiva parte del principio de igualdad y de la existencia de una situación social debilitada de la mujer a causa de prácticas y usos que no se han eliminado.* Son estos los que se trata de hacer desaparecer.

2) La prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 tiene carácter universal. Luego, en el caso del sexo, se extiende también al varón pero, conviene diferenciar entre una discriminación “coyuntural” y una discriminación “estructural” arraigada en la vida social. *Las acciones positivas buscan evitar que sigan prevaleciendo tratamientos desventajosos del colectivo femenino como regla general.*

3) *La acción positiva se legitima no en función de las características individuales de la persona beneficiaria, sino en función de su pertenencia a un colectivo determinado y discriminado.* La perspectiva individual pasa a un segundo plano. Tampoco se pueden confundir con las prestaciones propias del Estado Social de Derecho encaminadas a reducir las desigualdades sociales: ayudas escolares, desempleo, etc. (porque estas tienen en cuenta a los individuos afectados y no el grupo a que pertenecen). En cambio *las acciones positivas conceden ventajas a la mujer por el mero hecho de serlo al margen de los méritos o deméritos que cada una tenga.* Aquí es donde se fundamentan las críticas que alegan que puede suponer un atentado al valor superior de la igualdad. Para paliar estas críticas la doctrina española, basándose en la jurisprudencia del TC y del Tribunal de Luxemburgo, ha propuesto dos soluciones que tienen en cuenta el principio de proporcionalidad:

A) Se distinguen dos clases de acciones positivas, las que consisten en *medidas favorables* para el grupo que pertenece al sexo femenino (cursos de formación, becas o prestaciones de cara a su promoción). Estas no perjudican al sexo masculino. Y luego, otras en las que la preferencia por el sexo femenino se manifiesta por los pertenecientes a un grupo dejando en desventaja a los del otro grupo. En estos casos llamados de *discriminación inversa* nos encontramos: establecimiento de cuotas a favor del sexo femenino o de preferencia para la mujer en supuestos de igualdad de méritos. La desventaja aquí la sufre el sexo masculino.

Es este segundo caso el que plantea más dificultades a la luz del Art. 14 de la C.E., porque el criterio de la proporcionalidad conduce a graves dudas, ya que la introducción de un nuevo criterio de discriminación (a los varones) es tan grave desde los principios constitucionales como el daño que se quiere eliminar.

B) La doctrina española para dar solución a estos casos se ha basado en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Luxemburgo; Las sentencias *Kalanke* y *Marschall* son un buen ejemplo.

De ellas se deduce la diferencia entre *acción positiva* y *discriminación inversa*. De la Sentencia *Marschall* se deduce que variantes de preferencia de mujeres sobre hombres en casos de notoria discriminación antifemenina (por ejemplo un bajo porcentaje de mujeres en determinadas categorías profesionales) serán lícitos si no imponen incondicionalmente la preferencia de la mujer, sino que deben dejar cláusulas de apertura: “en igualdad de méritos se preferirá siempre a la mujer”.

En lo que respecta a *las acciones positivas*, desarrolladas por el legislador y por la jurisprudencia se ha centrado en la categoría de ventajas fuera de supuestos de competitividad, sin que hasta el momento se hayan planteado casos relevantes en el ámbito de la jurisprudencia.

VI

Llegado este punto de la exposición, me gustaría dejar constancia de que en España, gracias a la C.E. de 1978, desde la perspectiva formal que se consagra en el art. 14, se ha creado, a partir de la Constitución y de las normas legales un marco teórico-normativo que suprime las discriminaciones que en el ordenamiento jurídico existían en épocas precedentes y permite mantener la existencia de la igualdad al margen de las diferencias a causa del sexo. El mandato del art. 14 de la Constitución se ha trasladado a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones particulares, al mundo laboral. Esto se ha conseguido gracias a la función del T.C. que, aunque reconoce el principio de autonomía de la voluntad sobre la eficacia del principio de igualdad, excluye de esa incidencia todo lo que atañe a las prohibiciones de discriminación del Art. 14 de la C.E. Ha sido la doctrina de la eficacia indirecta (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales entre particulares la que ha permitido admitir recursos de amparo en base al art. 14 de la CE dirigidos frente a resoluciones judiciales que, en opinión del recurrente no protegieron sus derechos frente a terceros basados en ese artículo. La legislación ordinaria, art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, ha convertido esa prohibición en norma legal.

Las cosas cambian de sesgo cuando observamos la realidad social. Los arts. 1.1 y 9.2 de la C.E. poco pueden hacer para que la igualdad entre hombres y mujeres sea real y efectiva. En la esfera del sector público, aunque aún persiste en los niveles más altos de la Administración, se han superado en gran medida las desigualdades existentes. Fuera de la Administración se aprecia una innegable situación de tratamiento desigual del sexo femenino. A título de ejemplo la tasa de empleo masculino supera en más de un 20% a la femenina. De datos como estos se desprende la necesidad de medidas compensatorias en las que nuestro país no va precisamente a la cabeza. Destacan los “Planes de Igualdad de Oportunidades” que no tienen nada que ver con las acciones positivas derivadas del establecimiento de cuotas a favor de la mujer.

Pero si nos fijamos en el art. 103.2 donde se marcan los criterios de “mérito y capacidad” para el acceso a la función pública, la naturaleza neutral de los mismos no permite una acción más contundente. Si caben mayores posibilidades de actuación de acciones positivas en el campo de las relaciones privadas no sometidas a los rígidos criterios de mérito y capacidad. Ejemplos de esa acción aparecen en los Estatutos de algunos partidos políticos que establecen cuotas que garantizan un cierto equilibrio en la presencia de ambos sexos. Esperamos que en un futuro más o menos próximo, sobre todo por influencia de la Unión Europea, vayan “*in crescendo*” los ejemplos que ya se dan en otros países europeos.

VII

En la línea de lo anteriormente expuesto, conviene situar la Ley Orgánica 1/24 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que envió el Gobierno a las Cortes en los últimos días del mes de junio de 2004. Según estaba previsto, a partir del mes de septiembre, en el segundo período de sesiones, se llevó a cabo el debate parlamentario del texto y su aprobación se efectuó por unanimidad en el seno del Congreso de los Diputados antes de la finalización de 2004. Fue publicada en el B.O.E. el 28 de diciembre y su disposición final séptima fija su entrada en vigor un mes más tarde (finales de enero de 2005), salvo los Títulos IV y V que disponen de una *vacatio legis* de seis meses.

En esta norma se pretende seguir el modelo “ de la acción positiva singularizando la violencia que se produce entre hombre y mujeres y que deja como saldo insufrible la mortandad que se eleva a varias decenas de mujeres cada año” (LOPEZ AGUILAR, Ministro de Justicia).

El proyecto de Ley Orgánica, al afectar a derechos fundamentales, debió ser informado por el órgano de gobierno de la judicatura: el Consejo General del Poder Judicial (artículo 122,2 de la Constitución Española). Este órgano, sin apenas participación de mujeres en su composición, efectuó una crítica acerba en la que consideró que el citado proyecto era inconstitucional porque no respeta el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, ya que – opina el sector más conservador del órgano consultivo –, la realidad manifiesta que los hombres también sufren agresiones a manos de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, y éste aspecto no aparece recogido en la norma en cuestión. No dejan de llamar la atención las críticas y descalificaciones al proyecto y al partido en el gobierno que, pensamos, se pueden deber tanto a la falta de claridad y precisión del ejecutivo a la hora de defender el proyecto, como al desconocimiento por parte de la mayoría conservadora del Consejo del Poder Judicial del significado y alcance actual del *principio de igualdad* que se ha enriquecido con la evolución histórica del mismo en cuanto derecho humano, y al que se han ido incorporando numerosos matices (PECES BARBA).

Sin embargo, consideramos, y coincidimos en ello con la opinión expresada por el actual Ministro de Justicia, que el trato desigual que supone una Ley sobre la violencia de género no es inconstitucional porque encuentra apoyo evidente en el artículo 9.2 de la norma suprema. Este precepto consagra el *principio de la igualdad material ante la Ley* al recoger un mandato explícito a los poderes públicos para que promuevan las condiciones que permitan lograr la igualdad real y efectiva. Así las cosas, al lado de la equiparación o *igualdad formal ante la Ley*, que consagra el artículo 14 de la Constitución Española, igualdad de reconocimiento de trato ante el derecho, existe la igualdad material que pretende que las personas (hombres y mujeres), que son iguales ante la Ley, salgan de esas bolsas de desigualdad que se aprecian en sectores marginados y maltratados.

Son las mujeres el colectivo que en mayor medida sufre la violencia de género que debe ser perseguida hasta su erradicación. Por ello las medidas a tomar para que se

equipare la situación entre hombres y mujeres deben ir dirigidas a remover los obstáculos a través de un trato desigual. Resulta obligado pues, dicho trato desigual y diferenciado para el sector menos favorecido; esto es la discriminación positiva. Que en el lenguaje de los derechos fundamentales se aplica a las discriminaciones que sufren todos los que en el marco de una igualdad formal experimentan una situación de desigualdad real. Esa igualdad correctora es el punto en el horizonte para configurar la situación de llegada, por lo cual “una Ley protectora de la mujer contra la violencia de género es claramente constitucional, es oportuna, y es justa” (PECES BARBA).

La oportunidad y el acierto de “la iniciativa legal plasmada en el proyecto merecen su reconocimiento” (CONDE PUMPIDO, Fiscal General del Estado). Y por ello todas las objeciones efectuadas al mismo, incluido el garantismo hipercrítico formulado desde una perspectiva estrictamente formal, de las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial, o del Consejo de Estado, pueden ser pertinentes y deben ser tenidas en cuenta, una vez que el proyecto ha entrado en su fase del trámite parlamentario. Si esto se hace así la opinión pública puede estar satisfecha, pues una situación como la que se pretende resolver con esta norma no se consigue equiparando (si ello significase mero igualitarismo), sino distinguiendo, que no diferenciando, apoyando y protegiendo, a aquellas – las mujeres –, que se encuentran en situación real de inferioridad masiva. Puesto que el problema de la violencia doméstica afecta, en más del noventa por ciento de los casos, exclusivamente a las mujeres en tanto que víctimas de tal violencia, son procedentes todo tipo de medidas tendentes a mejorar la realidad: sociales, educativas, y de sensibilización ciudadana, como recomienda el informe de los ocho consejeros disidentes del Consejo General del Poder Judicial; si éstas no son suficientes, serán necesarias medidas penales que permitan articular medios orgánicos y procesales, como la especialización en el ámbito judicial y fiscal, intentando otorgar una inmediata tutela judicial efectiva a las víctimas.

No faltó tampoco, en el precitado informe, el voto particular de un Consejero, propuesto por CIU, que avala uno de los aspectos más polémicos de la Ley: las reformas penales. Según esta opinión, jurídicamente fundada, los delitos de genocidio y terrorismo “penalizan los mismos hechos (homicidio, lesiones, violación etc.), con mayor gravedad que si los cometen personas sin incurrir en terrorismo o genocidio, definidos por la intención del delincuente.”

Por lo anteriormente dicho se justifica que la Ley orgánica integral pueda agravar la pena de las amenazas y las coacciones leves cuando las ejerce un hombre contra una mujer con la intención de consolidar relaciones de dominio sobre ella que suelen ser el comienzo de una cadena de abusos, agresiones y violencia, que en un elevado número de casos terminan con la vida de la mujer. Así se puede entender y justificar el tratamiento agravado. No obstante, y a pesar de aprobar en su conjunto mediante un dictamen el proyecto de ley orgánica integral, el Consejo de Estado (supremo órgano consultivo del Ejecutivo según el artículo 107 de la C.E.), le hizo también numerosas recomendaciones al Gobierno. Entre ellas destaca el que la protección ofrecida a las mujeres se amplíe a los hijos y a otros miembros de la familia, así como la modificación del artículo 1 de la Ley. En dicho informe se resaltó el carácter

innovador de la iniciativa y su impacto en el nivel nacional e internacional, así como la necesidad de que, junto a las medidas de carácter penal, se prevean otras legislativas y administrativas de la misma naturaleza.

Sin duda, en opinión de expertos juristas, el punto más débil de la norma que analizamos es la dificultad que conlleva la aplicación de la norma al ámbito penal en los términos literales en que está redactada, porque, insisten en que no se justifica que una misma conducta lesiva pueda variar en función de quienes sean sus sujetos activo o pasivo; ello podría abrir la puerta a múltiples recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de derechos fundamentales. Y esto le restaría seguridad y eficacia a la nueva norma que ahora comienza su andadura. Porque esto debe ser evitado, conviene escuchar al Consejo de Estado que, además de recomendar el análisis del fenómeno al que responde la iniciativa, aconseja “ una mayor reflexión sobre los instrumentos más adecuados para abordarlo de la manera más eficaz”, evitando una aplicación acelerada que pueda frustrar el objetivo del proyecto normativo. Es pues, imprescindible, una toma de conciencia social del problema y una participación activa en su elaboración de todos los sectores públicos, pero sobre todo de aquellos que por su experiencia y autoridad están llamados a enriquecerlo.

Las razones expuestas justifican los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas como la normativa civil que se ocupa del ámbito familiar o de convivencia en que se producen principalmente las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en la actuación de las Administraciones Públicas.

A pesar de los avances legislativos que en los últimos años han tenido lugar en el ordenamiento jurídico español en materia de lucha contra la violencia de género, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, el resultado no ha sido plenamente satisfactorio y por ello la Ley Orgánica 1/2004 pretende también atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. A título de ejemplo basta citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas de 1993 proclamada por la Asamblea General sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer; las Resoluciones de la Cumbre Internacional sobre la Mujer (Pekín 1995); el informe del Parlamento Europeo de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1997; la declaración de 1999 como Año Europeo de la lucha contra la violencia de género. Conviene aludir en fin, por su novedad, a la Decisión n. 803/2004/CE del Parlamento Europeo por la que se aprueba un programa de acción comunitaria (2004-2008), para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes, y las mujeres (programa Dafne II), donde se fija la posición y estrategia de los representantes de los ciudadanos de la Unión al respecto.

Es en este ámbito en el que debe ser entendido el Título IV de la mencionada Ley Orgánica que introduce normas de naturaleza penal, mediante la que se pretende incluir dentro de los tipos agravados de lesiones uno específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido esposa del

autor o haya estado ligada a él mediando o no convivencia, por relaciones de afectividad. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las precitadas mujeres. Estos tipos penales específicos pretenden ser respuestas firmes y contundentes por parte del legislador para la ciudadanía en general y, en especial, para los colectivos de mujeres que sufren este tipo de agresiones (cf. Exposición de motivos de la L.O. 1/2004 de 28 de diciembre).

DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Flávia Piovesan

Professora Doutora da PUC-SP

*Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da PUC-SP, da PUC-PR e da
Universidade Pablo de Olavide – Espanha*

Procuradora do Estado de São Paulo

Visiting Fellow do Harvard Human Rights Program (1995 e 2000)

Membro do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres

Membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana

I. Introdução

A reflexão a respeito da mulher e o debate sobre direitos humanos no Brasil suscita duas questões centrais: a) como compreender a gramática contemporânea dos direitos humanos das mulheres?¹ e b) quais os principais desafios e perspectivas para a proteção destes direitos no cenário brasileiro?

Em face do processo de internacionalização dos direitos humanos, foi a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 que, de forma explícita, afirmou, em seu parágrafo 18, que os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Essa concepção foi reiterada pela Plataforma de Ação de Pequim, de 1995. O legado de Viena é duplo: não apenas endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos invocada pela Declaração Universal de 1948,² mas também confere visibilidade aos direitos humanos das mulheres e das meninas, em expressa alusão ao processo de especificação do sujeito de direito e à justiça enquanto reconhecimento de identidades.

¹ No dizer de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988. p. 134). No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos” (SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania*. In: *Direitos humanos no século XXI*, 1998. p. 156). Para Allan Rosas: “O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. [...] O debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente” (ROSAS, Allan. *So-called rights of the third generation*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. *Economic, social and cultural rights*. Londres: Dordrecht; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 243).

² Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

Importa ressaltar que a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela ótica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal. A título de exemplo, basta avaliar quem é o destinatário da Declaração Universal de 1948, bem como basta atentar para a Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, também de 1948, que pune a lógica da intolerância pautada na destruição do “outro”, em razão de sua nacionalidade, etnia, raça ou religião. Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Neste sentido, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Transita-se do paradigma do homem, ocidental, adulto, heterossexual e dono de um patrimônio para a visibilidade de novos sujeitos de direitos.

Neste cenário as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. O direito à diferença implica o direito ao reconhecimento de identidades próprias, o que propicia a incorporação da perspectiva de gênero,³ isto é, repensar, visitar e reconceptualizar os direitos humanos a partir da relação entre os gêneros, como um tema transversal.

O balanço das últimas três décadas permite arriscar que o movimento internacional de proteção dos direitos humanos das mulheres centrou seu foco em três questões centrais: a) a discriminação contra a mulher; b) a violência contra a mulher e c) os direitos sexuais e reprodutivos.

O próximo tópico será dedicado ao exame destas três bandeiras, que orientaram a luta pela emancipação feminina na ordem contemporânea.

2. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres

Quanto à discriminação contra a mulher, cabe destacar a aprovação, em 1979, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A Convenção conta com 170 Estados-Partes,⁴ o que inclui o Brasil, que a ratificou em 1984. Foi resultado de reivindicação do movimento de mulheres, a partir

³ Afirma Alda Facio: “[...] Gender ou gênero sexual corresponde a uma dicotomia sexual que é imposta socialmente através de papéis e estereótipos” (*Cuando el genero suena cambios trae*. San José da Costa Rica: Ilanud, 1992. p. 54). Gênero é, assim, concebido como uma relação entre sujeitos socialmente construídos em determinados contextos históricos, atravessando e construindo a identidade de homens e mulheres. Sobre a matéria, ver, ainda, BUNCH, Charlotte. Transforming human rights from a feminist perspective. In: *Women's rights human rights*. New York: Routledge, 1995. p. 11-17; BARTLETT, Katharine; HARRIS, Angela; RHODE, Deborah. *Gender and law*. Boston: Little Brown & Co, 1993. p. 633-636; SCALES, Ann. The emergence of feminist jurisprudence: an essay. In: SMITH, Patricia (Ed.). *Feminist jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 94-109; WEST, Robin. Jurisprudence and gender. In: SMITH (Ed.), *Feminist...*, cit., p. 493-530; MACKINNON, Catharine. Toward feminist jurisprudence. In: SMITH (Ed.), *Feminist...*, cit., p. 610-619.

⁴ A respeito, consultar UNDP. *Human Development Report 2003*. New York: Oxford University Press, 2003.

da primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada no México, em 1975. Frise-se, contudo, que, no plano dos direitos humanos, esta foi a Convenção que mais recebeu reservas por parte dos Estados signatários,⁵ especialmente no que tange à igualdade entre homens e mulheres na família. Tais reservas foram justificadas com base em argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal, havendo países (como Bangladesh e Egito) que acusaram o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de praticar “imperialismo cultural e intolerância religiosa”, ao impor-lhes a visão de igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família.⁶ Isto reforça o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família. Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público.

A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. Logo, a Convenção consagra duas vertentes diversas: a) a vertente repressiva-punitiva, voltada à proibição da discriminação e b) a vertente positiva-promocional, voltada à promoção da igualdade. A Convenção objetiva não só erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção da igualdade. Combina a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo, mediante a adoção de medidas afirmativas, enquanto medidas especiais e temporárias voltadas a aliviar e remediar o padrão discriminatório que alcança as mulheres. Alia-se à vertente repressiva-punitiva a vertente positiva-promocional.

No que se refere à violência contra a mulher, cabe menção à Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, aprovada pela ONU, em 1993, bem como à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1994. Ambas reconhecem que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Definem a violência contra a mulher como “qualquer ação ou conduta, baseada no

⁵ Trata-se do instrumento internacional que mais fortemente recebeu reservas, dentre as convenções internacionais de direitos humanos, considerando que ao menos 23, dos mais de cem Estados-Partes fizeram, no total, 88 reservas substanciais. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher pode enfrentar o paradoxo de ter maximizado sua aplicação universal ao custo de ter comprometido sua integridade. Por vezes, a questão legal acerca das reservas feitas à convenção atinge a essência dos valores da universalidade e integridade. A título de exemplo, quando da ratificação da convenção, em 1984, o Estado brasileiro apresentou reservas ao artigo 15, § 4º, e ao artigo 16, § 1º, *a, c, g e h*, da convenção. O artigo 15 assegura a homens e mulheres o direito de, livremente, escolher seu domicílio e residência. Já o artigo 16 estabelece a igualdade de direitos entre homens e mulheres, no âmbito do casamento e das relações familiares. Em 20 de dezembro de 1994, o governo brasileiro notificou o Secretário-Geral das Nações Unidas acerca da eliminação das aludidas reservas.

⁶ HENKIN, Louis et al. *Human rights*. New York: New York Foundation Press, 1999. p. 364.

gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública, como na privada” (artigo 1º). Vale dizer, a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido contra uma mulher, porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional. Adicionam que a violência baseada no gênero reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre homens e mulheres. A Convenção de Belém do Pará enumera um importante catálogo de direitos a serem assegurados às mulheres, para que tenham uma vida livre de violência, tanto na esfera pública, como na esfera privada. Consagra ainda a Convenção deveres aos Estados-partes, para que adotem políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

O terceiro grande tema introduzido pelo movimento de mulheres reporta-se aos direitos sexuais e reprodutivos.⁷ Em 1994, na Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento, ineditamente, 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos.⁸ Em 1995, as Conferências internacionais de Copenhague e Pequim reafirmaram esta concepção. Com efeito, a Conferência do Cairo estabeleceu relevantes princípios éticos concernentes aos direitos reprodutivos,⁹ afirmando o direito a ter controle sobre as questões relativas à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva, assim como a decisão livre de coerção, discriminação e violência, como um direito fundamental.¹⁰ Há ainda a recomendação internacional de que sejam revis-

⁷ Os direitos reprodutivos envolvem a concepção, o parto, a contracepção e o aborto, como elementos interligados “onde a impossibilidade de acesso a qualquer um deles remete a mulher para um lugar de submissão” (ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos: uma questão de cidadania*. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, 1994. p. 9).

⁸ Como explica Leila Linhares: “No Cairo, em 1994, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento introduziu um novo paradigma à temática do desenvolvimento populacional, deslocando a questão demográfica para o âmbito das questões relativas aos direitos reprodutivos e ao desenvolvimento. [...] A ativa participação do movimento internacional de mulheres nas fases preparatórias e durante a própria conferência permitiram a legitimação da noção de direitos reprodutivos. [...] Ainda em 1995, em Beijing, foi realizada a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, Desenvolvimento e Paz, que incorporou as agendas das conferências de Direitos Humanos (1993), de População e Desenvolvimento (1994) e da Cúpula de Desenvolvimento Social (1995), avançando e firmando, de modo definitivo, a noção de que os direitos das mulheres são direitos humanos; a noção de saúde e direitos reprodutivos, bem como o reconhecimento de direitos sexuais, com a recomendação de que sejam revistas as legislações punitivas em relação ao aborto, considerado, tal como na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (1994), um problema de saúde pública” (LINHARES, Leila. As Conferências das Nações Unidas influenciando a mudança legislativa e as decisões do Poder Judiciário. In: SEMINÁRIO DIREITOS HUMANOS: RUMO A UMA JURISPRUDÊNCIA DA IGUALDADE, 14-17 maio 1998, Belo Horizonte, *Anais...*).

⁹ Note-se que o Plano de Ação do Cairo recomenda à comunidade internacional uma série de objetivos e metas, tais como: a) o crescimento econômico sustentado como marco do desenvolvimento sustentável; b) a educação, em particular das meninas; c) a igualdade entre os sexos; d) a redução da mortalidade neo-natal, infantil e materna e e) o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, em particular de planificação familiar e de saúde sexual.

¹⁰ A Conferência do Cairo realça ainda que as mulheres têm o direito individual e a responsabilidade social de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas, enquanto os homens têm uma responsabilidade pessoal e social, a partir de seu próprio comportamento sexual e fertilidade, pelos efeitos desse comportamento na saúde e bem-estar de suas companheiras e filhos.

tas as legislações punitivas em relação ao aborto, a ser reconhecido como um problema de saúde pública.

Importa enfatizar que o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares. De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência. Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade. Consagra-se o direito de mulheres e homens de tomar decisões no campo da reprodução (o que compreende o direito de decidir livre e responsabilmente acerca da reprodução, do número de filhos e do intervalo entre seus nascimentos). Trata-se de direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual. Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos reprodutivos demanda políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, fundamental é o direito ao acesso a informações, meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Fundamental também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e reproduzir-se com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência.

Considerando a gramática contemporânea de direitos humanos das mulheres, transita-se ao contexto brasileiro, a fim de que se avalie os desafios e perspectivas para a efetivação destes direitos, à luz da dinâmica interação entre as ordens internacional e local.

3. Os direitos humanos das mulheres no Brasil: desafios e perspectivas

Na experiência brasileira, a Constituição Federal de 1988, enquanto marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, incorporou a maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres. O êxito do movimento de mulheres, no tocante aos avanços constitucionais, pode ser claramente evidenciado pelos dispositivos constitucionais que, dentre outros, asseguram: a) a igualdade entre homens e mulheres em geral (art. 5º, I) e especificamente no âmbito da família (art. 226, § 5º); b) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); c) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei n. 9.799, de 26 de maio de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); d) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e e) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações

familiares (art. 226, § 8º). Além destes avanços, merece ainda destaque a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Adicione-se, também, a Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001, que ineditamente dispõe sobre o crime de assédio sexual.

Há que se observar que os avanços obtidos no plano internacional têm sido capazes de impulsionar transformações internas. Neste sentido, cabe destaque ao impacto de documentos como a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher de 1979, a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, a Conferência sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994 e a Declaração e a Plataforma de Ação de Pequim de 1995, na plataforma de construção dos direitos humanos das mulheres no contexto brasileiro. Esses instrumentos internacionais têm possibilitado ao movimento de mulheres exigir, no plano local, a implementação de avanços obtidos na esfera internacional.

No que se refere à discriminação contra a mulher, a experiência brasileira está em absoluta consonância com os parâmetros protetivos internacionais, refletindo tanto a vertente repressiva-punitiva (pautada pela proibição da discriminação contra a mulher), como a vertente promocional (pautada pela promoção da igualdade, mediante políticas compensatórias).

Quanto à violência contra a mulher, embora a Constituição de 1988 seja a primeira a explicitar a temática, merecendo destaque também a lei que tipifica a violência do assédio sexual, não há ainda legislação específica a tratar, por exemplo, da violência doméstica. Faz-se emergencial a adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, em todas as suas manifestações, eis que este padrão de violência constitui grave violação aos direitos humanos das mulheres.¹¹

No que tange aos direitos reprodutivos, a Carta de 1988 simboliza novamente um avanço ao reconhecer o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer coerção. Resta, todavia, a necessidade de assegurar amplos

¹¹ A respeito, destacam-se os seguintes estudos acerca da violência doméstica: a) pesquisa feita pela Human Rights Watch (Injustiça Criminal x Violência contra a Mulher no Brasil, 1993), que aponta que, a cada cem mulheres brasileiras assassinadas, setenta o são no âmbito de suas relações domésticas; b) pesquisa realizada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos (Primavera já Partiu, 1998), que demonstra que 66,3% dos acusados em homicídios contra mulheres brasileiras são seus parceiros; e c) dados da ONU que demonstram que a violência doméstica é a principal causa de lesões em mulheres entre quinze e 44 anos no mundo. Adicione-se que, em conformidade com o BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), uma em cada cinco mulheres que faltam ao trabalho o faz por ter sofrido agressões físicas. A violência doméstica agrava o processo de feminização da pobreza, na medida em que empobrece as mulheres e, por sua vez, a mulher com dependência econômica torna-se mais vulnerável à violência doméstica, o que, por seu turno, ainda agrava o empobrecimento das mulheres. Deflagra-se, assim, um perverso ciclo vicioso, em que a violação de direitos civis leva à violação de direitos sociais e vice-versa.

programas de saúde reprodutiva,¹² reavaliando a legislação punitiva referente ao aborto, de modo a convertê-lo efetivamente em problema de saúde pública.

4. Conclusão

Não obstante os significativos avanços obtidos na esfera constitucional e internacional, reforçados, por vezes, mediante legislação infra-constitucional esparsa, que refletem, cada qual ao seu modo, as reivindicações e anseios contemporâneos das mulheres, ainda persiste na cultura brasileira uma ótica sexista e discriminatória com relação às mulheres, que as impedem de exercer, com plena autonomia e dignidade, seus direitos mais fundamentais.

Os avanços constitucionais e internacionais, que consagram a ótica da igualdade entre os gêneros, têm, por vezes, a sua força normativa gradativamente pulverizada e reduzida, mediante uma cultura que praticamente despreza o alcance destas inovações, sob uma perspectiva discriminatória, fundada em uma dupla moral, que ainda atribui pesos diversos e avaliações morais distintas a atitudes praticadas por homens e mulheres. Vale dizer, os extraordinários ganhos internacionais, constitucionais e legais não implicaram automaticamente a sensível mudança cultural, que, muitas vezes, adota como referência os valores da normatividade pré-1988 e não os valores da normatividade introduzida a partir da Carta democrática de 1988, reforçados e revigorados pelos parâmetros protetivos internacionais.

Daí a urgência em se fomentar uma cultura fundada na observância dos parâmetros internacionais e constitucionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, para a implementação dos avanços constitucionais e internacionais já alcançados, que consagram uma ótica democrática e igualitária em relação aos gêneros. Há que se criar uma doutrina jurídica, sob a perspectiva de gênero, que seja capaz de visualizar a mulher e fazer visíveis as relações de poder entre os gêneros. Essa doutrina há de ter como pressuposto o padrão de discriminação e as experiências de exclusão e violência sofridas por mulheres.¹³ Deve ter como objetivo central a tarefa de transformar essa

¹² A taxa de mortalidade materna no Brasil é cerca de 110 mortes por 100 mil, contra 3,6 no Canadá. Conforme conclusões da CPI da Mortalidade Materna, o Brasil apresenta um índice de mortalidade materna de cerca de dez a vinte vezes da considerada aceitável. Observe-se que a distribuição do óbito materno não é homogênea no país, sendo mais alta na região Norte e mais baixa na região Sudeste. O aborto é a terceira causa de óbito materno no país como um todo. Estudo realizado em quinze municípios do país apontam a eclampsia, as síndromes hemorrágicas e a cardiopatia como as principais causas de óbitos maternos nos municípios considerados.

¹³ Observa Alda Facio (*Cuando el genero...*, cit., p. 13): “[...] se é certo que os homens têm sofrido discriminações por sua pertença a uma classe, etnia e/ou preferência sexual etc., NENHUM homem sofre discriminação por pertencer ao sexo masculino, ao passo que TODAS as mulheres a sofrem por pertencer ao sexo feminino (além da discriminação por classe, etnia e/ou preferência sexual, etc.)”. A respeito, afirma Katharine T. Bartlett e Rosanne Kennedy: “[...] há um amplo consenso de que, embora seja pedagógico à teoria feminista expor as implícitas hierarquias e exclusões e o modo pelo qual são construídas, as feministas também devem adotar atitudes positivas no sentido de transformar as práticas institucionais e sociais” (*Feminist legal theory: reading in law and gender*. Boulder: Westview Press, 1991. p. 10). Consultar ainda RHODE, Deborah L. Feminist critical theories. In: BARTLETT; KENNEDY. *Feminist legal...* cit., p. 333-350.

realidade. Como meio, essa doutrina deve se valer dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos da mulher e das Constituições democráticas.¹⁴

Incorporar a perspectiva de gênero na doutrina jurídica impõe, sobretudo, o desafio de mudança de paradigmas. Esse desafio aponta à necessidade de introjetar novos valores e uma nova visão de direito, de sociedade e de mundo. Traduz também a necessidade de inclusão de grande parcela da população mundial e da inclusão de seu modo de perceber e compreender a realidade.¹⁵

Observe-se que, no amplo horizonte histórico de construção dos direitos das mulheres, jamais se caminhou tanto quanto nas últimas três décadas. Elas compõem o marco divisório em que se concentram as maiores reivindicações, desejos e anseios das mulheres, invocando, sobretudo, a reinvenção da gramática de seus direitos.

Para encerrar, reitere-se o legado de Viena: os direitos humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. Não há direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres, ou seja, não há direitos humanos sem que metade da população mundial exerça, em igualdade de condições, os direitos mais fundamentais. Afinal, como lembra Amartya Sen, “nada atualmente é tão importante na economia política do desenvolvimento quanto o reconhecimento adequado da participação e da liderança política, econômica e social das mulheres. Esse é um aspecto crucial do desenvolvimento como liberdade”.¹⁶

¹⁴ “Não obstante as dificuldades e o desafio em buscar transformações através do Direito, este apresenta oportunidades ao feminismo. Direito é poder. [...] As reformas legais podem não apenas criar, como também resolver problemas relativos ao feminismo. Ainda que essas reformas não impliquem instantaneamente em avanços na vida das mulheres, constituem, todavia, um requisito necessário a uma significativa mudança social”. (BARTLETT; KENNEDY, *Feminist legal...*, cit., p. 4). No mesmo sentido, afirma Alda Facio: “O Direito, apesar de ser um obstáculo para o desenvolvimento da personalidade feminina, pode ser um instrumento de transformações estruturais, culturais ou pessoais, que necessariamente levará mulheres a melhores condições de vida” (*Cuando el genero...*, cit., p. 22).

¹⁵ Afirma Boutros Boutros-Ghalí, ex-Secretário-Geral da ONU: “Sem progresso na situação das mulheres não pode haver nenhum desenvolvimento social verdadeiro. Os direitos humanos não merecem esse nome se excluem a metade da humanidade. A luta pela igualdade da mulher faz parte da luta por um mundo melhor para todos os seres humanos e todas as sociedades”. No mesmo sentido, pondera Deborah L. Rhode: “Embora nós não possamos saber a priori o que caracteriza uma boa sociedade, nós seguramente sabemos o que não a caracteriza. Trata-se da sociedade baseada na disparidade entre os gêneros, no que tange ao status, ao poder e à segurança. Trata-se da sociedade que nega à maioria de seus membros o controle efetivo sobre aspectos de sua existência diária” (*Feminist critical...*, cit., p. 345).

¹⁶ SEN, Amartya. *O desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 220.

EL TRABAJO FEMENINO EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

Jacqueline Richter

Profesora de Sociología Jurídica y de Derecho del Trabajo Investigadora del Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela y

Consuelo Iranzo

Socióloga del Trabajo

Profesora-investigadora del Centro de Estudios del Desarrollo (CENDES) de la misma universidad

Introducción

El trabajo como hecho social goza de la protección estatal en nuestro país. Dicha protección tiene carácter constitucional y abarca tanto la prestación de servicio subordinada como la independiente, remunerada o no; es decir, engloba el trabajo remunerado y todas las expresiones de trabajo voluntario, con la única condición de que sean actividades lícitas que generen riqueza y/o contribuyan a la cohesión y bienestar social. El trabajo goza de protección constitucional, entre otras cosas, porque el constituyente de 1999 lo consideró uno de los pilares para la construcción de una sociedad justa y amante de la paz.¹ La prestación de servicios personales es considerada por nuestro texto constitucional como un derecho humano fundamental, como una actividad que debe ser protegida sin distinción de sexo, condición social u origen étnico. La mujer trabajadora, por tanto, está cubierta por dicha protección general y también es beneficiaria de la obligación estatal de promover la igualdad y equidad de genero en el trabajo.

El actual texto constitucional reconoce que el trabajo del hogar no remunerado es una actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Este trabajo esta amparado por la protección constitucional del trabajo en general y las personas que lo realicen son sujetos de los beneficios de la seguridad social, pudiendo ser objeto de políticas sociales particulares.

Las regulaciones constitucionales del trabajo se efectúan en un contexto sociopolítico y jurídico que postula la democratización de todos los espacios sociales. Los principios constitucionales y los convenios internacionales sobre derechos humanos han situado la regulación del trabajo en un contexto de profundización de la ciudadanía, de promoción de la participación y de democratización de las relaciones sociales. Dentro de este contexto, la perspectiva de genero ha puesto de relieve la necesidad de tomar en cuenta las diferencias entre los sexos para la construcción de una sociedad más justa y equitativa. Por ello, el régimen legal del trabajo femenino no puede ser analizado sin tomar en cuenta esta tendencia democratizadora, que implica poner límites al ejercicio del poder. En este caso, el poder que se limita es el del empresario, al cual no le es posible desconocer el ejercicio de la ciudadanía en el centro de trabajo, a

¹ Art. 3 de la Constitución de 1999.

pesar de tener bajo su subordinación a los trabajadores.² Asimismo, al empleador se le imponen nuevas limitaciones al ejercicio de su poder de dirección y de organización de la fuerza de trabajo en función de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en el campo laboral.

Venezuela ha ratificado numerosos convenios internacionales relativos a la promoción de la plena igualdad de la mujer. Los convenios abarcan la mayoría de los aspectos de la vida social, ya se pública o privada. Este marco normativo posibilita utilizar diversas vías e instrumentos para lograr la igualdad de oportunidades y de trato, más aún cuando, en nuestro actual esquema constitucional, los convenios y tratados internacionales tienen aplicación preferente incluso frente a la propia Constitución, cuando contemplan una situación más favorable en comparación a la previsión constitucional.

Las normas de origen internacional³ y nacional que cubren esta materia son los siguientes:

I. Normas de origen internacional (Carballo, 2000: 74-76)

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (1948), por virtud de la cual se prohíbe todo tipo de discriminación pues “*los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”.⁴

2. El Convenio n. 100, sobre igualdad de remuneración y el Convenio n. 111, relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación, en atención a los cuales los Estados que los ratifican se obligan a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato en materia de remuneración, empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, religión u opinión política.

3. Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵ y de Derechos Civiles y Políticos,⁶ adoptados por la Organización de Naciones Unidas (1966). En particular, el primero de los instrumentos internacionales indicados prevé el deber de asegurar a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual⁷ e igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de sus trabajos en la categoría superior que le corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.⁸

4. La Convención Interamericana sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Organización de Naciones Unidas (1979), consagra la obligación de erradicar la discriminación en contra de la mujer.

² CARBALLO, 2000.

³ Por limitaciones de espacio, no abordaremos a lo largo de este artículo la normativa internacional.

⁴ Arts. 1 y 2.

⁵ Artículos 2 y 3.

⁶ Artículos 2, 3 y 26

⁷ Art. 7, a, i.

⁸ Art. 7, c.

5. El Convenio n. 169 relativo a pueblos indígenas y tribales que impone a los Estados la adopción de medidas adecuadas para evitar discriminaciones respecto a los trabajadores pertenecientes a pueblos indígenas o tribales, especificando la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo (Art. 20.3.d)

2. Normas de origen nacional

1. La Constitución de la Republica de 1999, consagra la acción positiva, la protección del trabajo en general y establece la igualdad y equidad de genero en el derecho al trabajo. En materia de familia protege de manera integral tanto la maternidad como la paternidad. Prohíbe las discriminaciones en el trabajo fundadas en el sexo.

2. La Ley Orgánica del Trabajo (LOT) de 1990 contempla una serie de disposiciones que tratan de garantizar la plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Prohíbe la discriminación en el trabajo por razones de sexo, establece el principio de la igualdad salarial, elimina las limitaciones existentes para que la mujer pueda trabajar de noche y en las minas, centrando la protección especial en la trabajadora embarazada.

3. El reglamento de la LOT de 1999 avanza en la búsqueda de la equidad de genero al considerar el acoso sexual como una expresión de discriminación por género y por ende una conducta ilícita e inconstitucional.

4. La Ley de Seguro Social Obligatorio de 1991, establece los pagos por pre y postnatal a cargo del Seguro Social para la madre gestante y el pago de los permisos por adopción. Garantiza la cobertura médica del embarazo y del parto tanto para la trabajadora como para la esposa o concubina del trabajador.

5. La Ley Orgánica de Prevención y Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT) de 1987, consagra la responsabilidad civil y penal de los empleadores en los casos en los cuales el trabajo se efectúe en un medio ambiente del trabajo inadecuado (Arts. 1 y 2). Establece como directriz tanto para las empresas como para el Estado asegurar condiciones de trabajo apropiadas a la mujer.

6. La Ley de Igualdad de Oportunidad para la Mujer (LIOM) dictada con la finalidad de desarrollar las garantías establecidas en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación de la Mujer, contempla una serie de obligaciones estatales para lograr una equitativa participación de la mujer en el trabajo.

7. La Ley sobre la Violencia contra la Mujer y la Familia (LVMF) tipifica como delito el acoso sexual con sanciones privativas de la libertad y sanciona con multas al patrono que no tome medidas para evitar que se produzca en su centro de trabajo.

8. En la Ley Orgánica para la Protección Integral del Niño y Adolescente (LOPNA) se refuerzan las garantías para la madre gestante y la obligación de las empresas de proveer un ambiente adecuado para la lactancia.

En síntesis, se puede sostener que la regulación constitucional, legal y reglamentaria del trabajo femenino se ha desarrollado fundamentalmente a través de dos

grandes vertientes: la protección de la maternidad y la familia y la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades. Este marco normativo se describe de manera más detallada a continuación.

3. Los principios constitucionales

3.1. La acción positiva

La Constitución de la República de 1999 señala que la *ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva*.⁹ Para avanzar en la obtención de dicha igualdad prohíbe efectuar cualquier discriminación en el trabajo *por razones de política, edad, raza, sexo o credo o por cualquier otra condición*.¹⁰ Además, la garantía de la no discriminación y la orden de hacer efectiva la igualdad ante la ley, cuentan con una herramienta privilegiada en el actual texto constitucional. El constituyente de 1999 ordenó al legislador adoptar las *medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables*; protegiendo *especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*.¹¹ De esta manera se consagró la acción positiva con rango constitucional.

La consagración constitucional de la acción positiva reconoce no sólo la importancia de la acción estatal a favor de los grupos en desventaja o colectivos desfavorecidos y discriminados, sino que también expresa la convicción de que es imprescindible esa intervención si realmente se desea mejorar la situación de las personas y grupos sociales que – por su situación o condición dentro de la estructura social y económica – tienen dificultades para hacer valer sus derechos. Los obstáculos que se pretenden enfrentar son las situaciones que expresan un tratamiento discriminatorio sistemático contra un colectivo, por razones no relevantes jurídicamente. Así, la realización del principio de igualdad ante la ley, condición necesaria para la existencia de un Estado Social de Derecho, requiere necesariamente de la acción estatal a favor de los que están en desventaja social y económica. Por ello, no se puede ni siquiera pensar en la realización de la igualdad ante la ley si no se toman medidas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato. La doctrina y jurisprudencia han desarrollado con cierto detenimiento las justificaciones de la consagración de la acción positiva. Se aduce que el principio de igualdad para hacerse efectivo requiere superar los tratamientos peyorativos a los cuales se somete de manera sistemática a un grupo de sujetos y de ahí que se haga necesario complementar el principio de igualdad ante la ley con el de la *igualación social o de compensación social*.¹² Desde esta perspectiva, la única manera de hacer realidad la no discriminación es discriminando a favor de los sectores vulnerables

⁹ Art. 21, numeral 2.

¹⁰ Art. 89, numeral 5.

¹¹ Art. 21, numeral 2.

¹² CARBALLO, 2000.

o colectivos marginados y por ende es imprescindible la acción estatal para remover obstáculos que hacen imposible la igualdad ante la ley.

La idea de discriminar para favorecer un grupo o sector social no es ajena al Derecho. La noción de débil jurídico fue creada justamente para proteger y apoyar a ciertas categorías jurídicas que no podían celebrar negocios jurídicos en plano de igualdad con su contraparte. Este concepto permitió la regulación especial del contrato de trabajo, de arrendamiento y el desarrollo de un derecho tuitivo en materia agraria, indígena y de niños y adolescentes. En el Derecho del Trabajo la idea de favorecer a un colectivo, en este caso la categoría jurídica trabajador, está en su génesis. El Derecho del Trabajo en su conjunto expresa una discriminación positiva, pues contiene una serie de prerrogativas sustantivas y procesales destinadas a equipar a un hiposuficiente económico y social, el trabajador, frente a su contraparte, el patrono. El principio pro operario es tal vez la expresión más acabada de esa discriminación y *“Representa un desvío de la regla de absoluta igualdad ante la ley propia del derecho general, por cuanto su aplicación supone un trato legal de privilegio al trabajador y a sus relaciones profesionales, como sujeto de una categoría específica de personas”*.¹³

La acción positiva puede entonces asumirse como una profundización de una tendencia ya presente en el Derecho en general y núcleo del Derecho del Trabajo en particular. En este caso, la acción del orden jurídico no se agota en la protección a una de las partes de una relación contractual determinada, sino que también se ocupa de garantizar que grupos o colectivos marginados de esas relaciones jurídicas puedan participar en ellas. La acción estatal entonces también abarca a ciertas categorías de trabajadores con dificultades adicionales para hacer valer sus derechos dentro del mundo del trabajo, lo que justifica que se les otorgue una mayor protección. En cierto sentido, la protección no tendría sentido si un colectivo que forma parte de la categoría protegida no tiene posibilidad de entrar en esas relaciones o ingresa en un plano de mayor desigualdad que otros sujetos pertenecientes a la misma categoría jurídica. Por ello, se trataría de garantizar su ingreso y un trato igual dentro de la categoría ya protegida para que pueda surtir efecto el manto protector o tuitivo.

En el Derecho del Trabajo desde hace mucho tiempo se han desarrollado medidas especiales de protección para lograr la equiparación de trabajadores minusválidos, minorías étnicas, veteranos de guerras. Especial mención merecen las medidas especiales que se implantaron en los Estados Unidos en el tercer decenio del siglo XX para subsanar las prácticas laborales injustas en contra de los organizadores y miembros de sindicatos.¹⁴ En general, estas modalidades de acción positiva o discriminación a la inversa no generaron grandes polémicas y se aceptó pacíficamente su convivencia con el principio de igualdad ante ley y la no discriminación. Las críticas comenzaron hacerse sentir cuando las medidas especiales comenzaron a tomarse en dos terrenos concretos de la discriminación: la raza y el sexo.¹⁵ Normalmente, los cuestionamientos se

¹³ ALFONZO GUZMÁN, 2002, 330.

¹⁴ HODGES-AEBERHARD, 1999.

¹⁵ Ibid., 276.

han centrado en señalar que la acción positiva es una intervención que crea distorsiones e ineficiencia en los mercados laborales, que sólo favorece a los que ya se encuentran en los mejores puestos de los colectivos beneficiados y que no logran su objetivo, pues si se trata de ayudar a remover obstáculos para lograr la plena igualdad, dichas medidas deberían ser transitorias y en la práctica se convierten en permanentes. En el plano jurídico, una de las críticas más fuertes es que el principio de no discriminación es absoluto y no admite excepción alguna.

La discusión académica sobre las bondades y defectos de la acción positiva tiene ya más de cincuenta años. En ese lapso, varios países han adoptado diversas medidas de discriminación o igualación social. Muchas de estas medidas han sido atacadas judicialmente y la respuesta de los tribunales ha sido muy variada.

La jurisprudencia utilizando el mismo principio ha llegado a conclusiones opuestas. En un caso en que se impugnó un ascenso, en cuya adjudicación fue determinante el sexo de la postulante, el tribunal dictaminó que la actuación del empleador se había ajustado a la prohibición de discriminación en el empleo porque la existencia de un desequilibrio manifiesto, que se reflejaba en la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de dirección, justificaba que se tuviese en cuenta el sexo de la candidata. En otro caso, se impugnó una cláusula contractual que obligaba a un trato especial a los colectivos minoritarios en casos de despidos, mediante la cual se garantizaba que dichos colectivos no verían afectado su porcentaje de representación dentro del conjunto del personal; el tribunal estimó que la cláusula violaba el principio de la igualdad de protección y no discriminación.¹⁶

Nuestra Constitución, además de prohibir la discriminación en el empleo por razones políticas, de edad, raza, sexo, credo o basadas en cualquier otra condición, ordenó al legislador tomar medidas para integrar a los colectivos discriminados y lograr su igualación social. En materia laboral, la acción positiva no puede desvincularse de la protección constitucional del trabajo, de la obligación estatal de garantizar la equidad de género en el acceso al empleo, del principio de la no discriminación y del principio a favor. Por tales razones, los argumentos de inconstitucionalidad de las medidas positivas tendrían dificultades para hacerse valer dentro del actual esquema constitucional. La consagración constitucional de la acción positiva abre un amplio camino para el desarrollo de políticas públicas que promuevan la igualdad de oportunidades y de trato, tanto a nivel legislativo y administrativo como también convencional. Así, una ley o un programa de gobierno podrían establecer medidas para lograr la plena incorporación de las mujeres a ciertas actividades productivas, garantizar su representación en los mandos gerenciales, reservar cuotas de participación política no sólo en cargos legislativos, sino también en cargos administrativos, por nombrar algunas de las medidas más conocidas.

La previsión constitucional también puede ser usada como la fundamentación jurídica que permita que en los procesos de negociación colectiva se desarrollen políticas y normas que impulsen la igualdad de oportunidades y de trato en el trabajo,

¹⁶ HODGES-AEBERHARD, 1999, 282-283.

pudiendo para ello los sindicatos utilizar dos ámbitos de acción complementarios: las instancias de concertación o diálogo social y la discusión de los convenios colectivos.

3.2. La protección constitucional del trabajo del hogar

El Estado reconocerá el trabajo en el hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social, reza el artículo 88 de la Constitución de la República de 1999. Varias consecuencias tiene esta declaración, cuya concreción pudiese ser efectuada mediante la acción legislativa o a través de otro tipo de políticas públicas.

La norma constitucional que reconoce el valor económico del trabajo del hogar gratuito nos ubica en el tratamiento jurídico del trabajo lucrativo u oneroso en contraposición con el gratuito o no lucrativo. En una sociedad con intercambio de bienes y servicios a través de la oferta y la demanda, el ordenamiento jurídico regula los supuestos y las consecuencias de los actos onerosos y los gratuitos. Un acto es gratuito en los casos en los cuales no existe contraprestación, es decir, se recibe y se aprovecha de algo sin deber nada a cambio, con la consecuente pérdida de equilibrio entre empobrecimiento y enriquecimiento. En el derecho civil, el ejemplo más típico de acto gratuito es la donación, la cual es considerada una forma perfecta de liberalidad: hay una liberalidad cuando se consiente de manera voluntaria en el sacrificio material y se excluye cualquier remuneración. La gratuidad implica intención de favorecer al otro.¹⁷

El trabajo gratuito ha planteado muchas interrogantes en el Derecho en general y en particular en el Derecho del Trabajo. Este último siempre ha considerado ajenas a su radio de acción y de protección a todas las formas de voluntariado social. Pero las fronteras entre trabajo gratuito sin protección social y trabajo remunerado se hacen cada día más borrosas, pues el efecto expansivo del Derecho del Trabajo tiende a proteger el trabajo en su sentido más lato, es decir como actividad social.

El trabajo remunerado es la norma, en particular si se trata de producción de bienes y servicios, pero el trabajo también "... es posible entenderlo como una actividad social más general, en donde las relaciones que se establecen no siempre se prestan a la medición económica, pero requieren, con todo, aptitud e inversión de tiempo. Engloba muchas otras actividades que sirven, entre otras cosas, para mantener el nexo social, de modo que el trabajo en sentido estricto económico y jurídico es reemplazado por la actividad social que lo integra y lo supera".¹⁸

La familia, por mucho tiempo, constituyó un espacio natural del trabajo gratuito. Se podía decir que la estructura del grupo, vertical y autoritaria, en donde se reconocía al marido como jefe de la familia, lo explicaba y justificaba. En las relaciones entre cónyuges, el deber legal de asistencia y ayuda mutua era motivo suficiente para

¹⁷ LE GUIDEC, 1996, 701.

¹⁸ LE GUIDEC, 1999, 701.

aplicar el principio de gratuidad, así como en relación a los hijos, la obligación legal de suministrar alimentos y el principio de solidaridad.¹⁹

Los cambios en la estructura familiar y su democratización han puesto en retroceso la gratuidad en el ámbito familiar. Desde hace mucho tiempo se reconoce la validez del contrato de trabajo entre cónyuges, se han creado estatutos profesionales aplicables a los cónyuges de agricultores y abundan los contratos de trabajo entre hijos y padres. El trabajo del hogar también ha comenzado a salir de la esfera de la gratuidad y en varios países se le otorgan prestaciones dinerarias²⁰ a las personas que realizan estas actividades. Pero, el tránsito hacia la remuneración y reconocimiento social y jurídico del trabajo del hogar de carácter voluntario ha dado lugar a una extensa literatura sobre su pertinencia y sus efectos sobre los ya recargados fondos de la seguridad social. Sin desconocer las implicaciones económicas e incluso políticas que esto tendría, nos interesa aquí reflexionar su pertinencia desde el punto de vista del derecho y de la justicia social.

La discusión sobre el reconocimiento social y jurídico de valor del trabajo doméstico no remunerado es vieja en la literatura económica y en la feminista. Las escuelas económicas neoclásicas se han centrado en analizar la producción en el hogar para entender la división del trabajo entre los hombres y las mujeres, y la determinación de la población ocupada. Desde otras escuelas económicas se ha discutido la pertinencia de aplicar el *concepto valor* al trabajo en el hogar. Este concepto se construye con base al intercambio mercantil de bienes y servicios, elemento clave para medir la producción de riqueza de una sociedad. Este intercambio no se produce en el trabajo del hogar, lo cual ha llevado a cuestionar incluso la noción de valor como criterio único para medir una actividad económica productiva. Los aportes se han centrado en revelar las dificultades que se enfrentan para “medir” el valor del trabajo doméstico no remunerado tomando como referente la producción mercantil.²¹

Los enfoques marxistas, en cambio, han destacado la importancia del trabajo doméstico no remunerado para el mantenimiento y reproducción de la fuerza de trabajo, enfatizando sus nexos con el mercado y con las relaciones de poder económico y social que se establecen entre hombres y mujeres. Una línea de investigación marxista ha planteado que ésta sería una de las pocas excepciones al concepto de alienación del trabajo porque es una producción destinada al uso y no al intercambio. De ahí, que cuestione la posibilidad de aplicar el concepto de explotación al trabajo doméstico no remunerado y, por ende, que éste sea objeto de las regulaciones propias del trabajo destinado al intercambio mercantil, como sí lo son el trabajo asalariado y el autónomo.

Los enfoques feministas, sin menospreciar los aportes de las escuelas neoclásicas y marxistas, han hecho más énfasis en los roles que asigna la sociedad a hombres y mujeres, visualizando el trabajo en el hogar como una expresión más de las relaciones

¹⁹ LE GUIDEDEC, 1996, 703.

²⁰ En Uruguay, la ley reconocía como causal de jubilación de la mujer el hecho de haber tenido un hijo. Esta ley se le conocía como la “ley de la madre”. En Francia, los trabajadores del hogar no remunerados tienen derecho a pensión.

²¹ BENERÍA, 1999, 331.

de poder entre ambos dentro del hogar. Estos estudios han contribuido a clarificar más las consecuencias del trabajo doméstico para la distribución del poder político. Dentro de la discusión feminista han cobrado relevancia las posiciones que cuestionan el tiempo excesivo que se ha dedicado a tratar de valorar y medir el trabajo no remunerado, señalando que el esfuerzo debería estar dirigido a lograr que “las mujeres desempeñen un trabajo remunerado para disminuir su dependencia de los hombres y aumentar su capacidad de negociación dentro del hogar y fuera de él. Por consiguiente (las organizaciones feministas) deberían centrar sus esfuerzos, ante todo, en concebir y aplicar medidas que faciliten la integración de la mujer a la fuerza de trabajo asalariada, tales como fomentar las guarderías y mejorar las licencias de maternidad”.²² Barbara Bergmann ha formulado sus reservas a la idea de que computar el trabajo no remunerado mejore la situación de la mujer en el hogar o de los campesinos que se dedican a actividades de subsistencia. Además, teme que quienes desean “glorificar al ama de casa”, como ocurre con determinados grupos derechistas de los Estados Unidos, se sirvan de las estadísticas sobre el trabajo doméstico para alegar que éste es irremplazable porque presta un servicio esencial a la sociedad, lo que profundiza la relegación de la mujer a los espacios privados y su subordinación al hombre. De ahí que llegue a la conclusión que “existe un móvil antifeminista en los que realzan la valía del trabajo doméstico”.²³

A este tipo de señalamiento se ha respondido con argumentos de índole práctica. Por ejemplo, en el caso de Africa, se ha aducido que si se poseyeran cifras sobre el tiempo que las mujeres dedican a recoger agua, sus autoridades tal vez no considerarían secundaria la instalación de agua corriente. Igual argumento se puede sostener para la recolección de leña, la cual ha sido criticada por sus efectos ambientales, pero no se posee información sobre el tiempo que la familia dedica a este trabajo no remunerado.

Como puede observarse la discusión ha sido abordada desde diversos enfoques y sobre aspectos muy diversos. El único elemento en común de todos los análisis pareciera ser el reconocimiento del trabajo del hogar como actividad económica productiva. Pero los efectos de este reconocimiento no son aún claros y para apreciar el trabajo del hogar se debieron “desplegar esfuerzos en dos terrenos: en primer lugar, hubo que afinar las categorías y mejorar el acopio de datos respecto de las modalidades de trabajo remunerado que, al menos en teoría, recogían las estadísticas tradicionales; en segundo lugar, se tuvo que replantear y redefinir la noción de trabajo, y así idear instrumentos para calcular el trabajo no remunerado, constituido esencialmente por actividades domésticas y de carácter voluntario”.²⁴

Nuestro país no ha estado ajeno a esta discusión y el trabajo en el hogar ha sido objeto de consideraciones jurisprudenciales, las cuales han reconocido el valor económico de dicha actividad, en relación a la partición de los bienes de comunidad

²² BENERÍA, 1998, 337.

²³ Ibid.

²⁴ BENERÍA, 1999, 329.

concubinaria. La norma legal que regula las relaciones concubinarias establece la comunidad de bienes concubinarios en aquellos casos en los cuales la concubina haya contribuido a la producción de dichos bienes. Los tribunales de manera reiterada han establecido que el trabajo en el hogar constituye un aporte a la producción de bienes, apto para fundamentar, de acuerdo con tal norma, la existencia de la comunidad concubinaria. De ahí, que la consagración constitucional del valor económico del trabajo en el hogar viene a ser un paso más en un proceso que ya tenía antecedentes normativos en el país, aunque ahora se expande desde el mundo de la familia hacia el del trabajo.

La norma constitucional que reconoce el valor económico del trabajo del hogar tiene varias consecuencias para el mundo del trabajo y sus regulaciones. Primero, el constituyente ordenó computarlo en las cuentas nacionales, con lo cual se abre toda la discusión sobre las metodologías para su medición. Segundo, la declaración constitucional incorporó a las personas que realizan el trabajo doméstico no remunerado a la población económicamente activa, lo que tiene como consecuencia que aumenta considerablemente la tasa de actividad en el país.²⁵ Tercero, se abrió la puerta para la protección de todo el trabajo no remunerado de carácter voluntario, pues la calificación de actividad económica productiva que se otorga al trabajo en el hogar se le aplica perfectamente a aquél, que en los últimos tiempos tienden a expandirse;²⁶ esto en especial, si se toma en cuenta que la consagración de derechos en el texto constitucional es enunciativa y *no debe entenderse como la negación de otros que siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en él.*²⁷ Cuarto, se optó por una protección que va más allá de la seguridad social y de las políticas sociales, pues la Constitución considera el trabajo del hogar una especie de trabajo autónomo. Esta última aseveración requiere ser fundamentada.

La lectura conjunta de varias normas permiten sostener que el trabajo del hogar puede ser visualizado como una forma de trabajo autónomo o independiente. En primer lugar, el reconocimiento del valor económico al trabajo del hogar se realiza dentro de un artículo que garantiza la equidad de género en el acceso al trabajo. En la misma norma se garantiza también el acceso a la seguridad social para las amas de casa. La siguiente norma constitucional otorga protección al trabajo como hecho social. Estas declaraciones constitucionales sitúan la protección del trabajo en un contexto mucho mayor que la mera producción de bienes y servicios intercambiables.

Por estas razones, consideramos que el trabajo del hogar está protegido por el Derecho del Trabajo, independiente del hecho que no se dé el principio de alteridad. Desde hace mucho tiempo el Derecho del Trabajo ha expandido su protección hacia el

²⁵ Ninguna de estas dos ordenes han sido cumplidas por el Instituto Nacional de Estadísticas.

²⁶ Las formas de trabajo voluntario no remunerado son muy variadas y van desde los típicos voluntariados sociales hasta las formas comunitarias que se han desarrollado para enfrentar las crisis económicas. La economía del trueque en auge con la crisis de la Argentina ha puesto de relieve las diversas formas de trabajo voluntario. Con todo ello se están reanudando viejas discusiones sobre el hecho de que no todo trabajo conduce a un empleo, incorporando un nuevo elemento a la redefinición de los límites del Derecho del Trabajo.

²⁷ Art. 22.

trabajo independiente. Si bien la LOT regula principalmente el trabajo subordinado en interés ajeno, considera sujeto de sus regulaciones a los trabajadores independiente al incluirlos en el capítulo IV referido a las personas del Derecho del Trabajo. En este capítulo se garantiza a los trabajadores independientes el derecho a la sindicación y a la negociación colectiva, mediante la celebración de acuerdos similares a las convenciones colectivas. Aquí, es conveniente recordar que el derecho a la sindicación es garantizado al sujeto de derecho *persona* en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.²⁸ El Convenio Internacional de la OIT n. 87, sobre libertad sindical, abarca a los trabajadores independientes y la LOT expresamente consagra este derecho al trabajador autónomo. Por tanto perfectamente 100 personas que realicen el trabajo del hogar no remunerado podrían constituir un sindicato.

El derecho a la negociación colectiva mediante la celebración de acuerdos similares a los contratos colectivos implica situarnos en los niveles de diálogo social. En este ámbito, los sindicatos de trabajadores del hogar no remunerados podrían discutir la consagración legal o convencional de permisos o jornadas más reducidas en algunos supuestos de actividades familiares o domésticas, la ampliación de las protecciones a la maternidad hacia los varones sustento único de hogar, la consagración legal de los permisos por nacimiento de hijos, las primas legales o convencionales por responsabilidades familiares, las asignaciones o subsidios estatales por trabajo en el hogar gratuito, los requisitos para la pensión de jubilación para las amas de casa, los cambios estatales en los calendarios escolares, por citar algunos de los muchos temas que tienen que ver el trabajo del hogar que requieren tratamiento especial.

De igual manera, las disposiciones sobre condiciones y medio ambiente del trabajo, entendidas como parte de la humanización del trabajo o de la calidad de vida en el trabajo, también son susceptible de ser pensadas para regular el trabajo en el ámbito del hogar, sobre todo si el trabajo dependiente dentro del hogar está regulado por la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Aquí el principio de la alteridad no se daría frente al patrono, sino habría que pensar en los causantes de los daños ambientales y en las responsabilidades del Estado en garantizar una vivienda digna y con hábitat adecuado para determinar el obligado, en la violación del derecho a prestar el trabajo en condiciones ambientales adecuadas.

En síntesis, el trabajo del hogar es una de las especies de trabajo no remunerado de carácter voluntario que pueden darse en una sociedad, que por su importancia para la cohesión social y su aporte a la generación de riqueza, merece de la protección del Estado y así lo declara el texto constitucional. El constituyente al señalar que protege el trabajo como hecho social señala que no es sólo la actividad de producción de bienes y servicios para el mercado lo que le interesa tutelar sino que también busca proteger la actividad humana que genera cohesión social y fomenta la integración social. Por ello, considera que el trabajo es un derecho humano básico que dignifica a la persona que lo realiza y que, a través de él, se construye una sociedad solidaria, justa y prospera. De ahí, que el manto constitucional de protección abarca todo tipo de

²⁸ Art.7, a-i.

trabajo lícito, sea remunerado o voluntario. Por todo esto, la regulación del trabajo doméstico no remunerado es un paso más en la expansión de las fronteras del Derecho del Trabajo.

4. La protección de la maternidad

La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre reza el artículo 76 de la Constitución de 1999. Más adelante la norma señala que el *Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio.*

Estas declaraciones constitucionales sitúan la acción del Estado y de la sociedad en un ámbito mucho más amplio que la protección de la madre, pues se asume que la protección y el cuidado de la reproducción de la especie no se realiza sólo con medidas que protejan a ésta, sino con medidas que también abarquen la paternidad y, lo que es más importante, que la reproducción de la especie y su cuidado forman parte de las responsabilidades de la sociedad en su conjunto. Esto permite pensar en una serie de medidas legislativas y administrativas que promuevan una mayor participación de los hombres en el cuidado de sus hijos. Esta norma también posibilitaría ampliar ciertas protecciones legales de la maternidad hacia los hombres sustento único de hogar, lo que significaría que algunos de los costos de la protección de la reproducción ya no se imputaran sólo a la contratación de mano de obra femenina.

La protección de la reproducción de la especie y el cuidado de la familia en cabeza de la mujer ha sido un argumento recurrentemente utilizado para justificar la discriminación de las mujeres en el mercado laboral, pues se aduce que estas protecciones encarecen su contratación y no son visualizadas como parte de la responsabilidad social de la empresa. Así, por ejemplo, la posibilidad de que los hombres sustento único del hogar gozasen del mismo beneficio de inamovilidad laboral que hoy sólo disfrutaban las mujeres, además de reducir los argumentos de que con esas protecciones se discrimina a la mujer en el acceso al mercado de trabajo, se reafirmaría que la protección se realiza en función del niño y que, la reproducción de la especie y el cuidado de la familia, son obligaciones familiares, sociales y estatales. Este camino hacia la responsabilidad social en torno a la reproducción de la especie ha iniciado su tránsito en algunas leyes del país. Así, en la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer de octubre de 1999, se intentó desvincular la protección de la familia del régimen de protección de la mujer. La ley establece que progresivamente debe establecerse una política de prestaciones familiares para solventar las cargas familiares de la mujer. Dicha obligación se pone en manos del Ejecutivo Nacional.²⁹ Similar disposición se encuentra en la Ley Orgánica de Protección al Niño y Adolescente, la cual también reafirma que la protección de maternidad es esencialmente una obligación estatal (44). La LOT también intentó independizar la protección de la maternidad de la protección de la mujer, aunque lo hizo en un plano más bien declarativo que real, pues la protección de

²⁹ Art. 14.

la maternidad sigue aún realizándose fundamentalmente con medidas de protección a la mujer embarazada. La ley consagra un título denominado *De la protección de laboral de la maternidad y la familia*, en el cual se desarrollan los principios y regulaciones del régimen de protección de la maternidad. En dicha ley, la protección de la maternidad incluye la inamovilidad laboral y tres tipos de regulaciones: la protección durante la gestación, la protección durante el primer año de vida del recién nacido y la obligación de guardería.

Las normas internacionales del trabajo que rigen la protección de la maternidad son las contempladas en el Convenio número 3 de Protección de la Maternidad de 1919 y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer.³⁰ El Convenio 103 no está vigente, pues fue denunciado en 1985. El gobierno adujo que no estaba en condiciones de proteger con los beneficios de la seguridad social a todas las categorías de trabajadoras, en especial, las agrícolas, domésticas y a domicilio.

4.1. La inamovilidad laboral

La protección de la maternidad prevé la estabilidad en el empleo durante el embarazo y hasta un año después del parto, tiempo durante el cual sólo puede ser despedida por las causas contemplados en la ley, previa autorización del Inspector del Trabajo.³¹ La madre adoptante goza de la misma protección durante el año posterior a la adopción de un niño menor de 3 años.³²

La inamovilidad laboral abarca también los nuevos empleos que adquiera la trabajadora dentro del año siguiente al parto, pues la ley protege al niño independientemente de que la protección se haya iniciado con un patrono determinado; es decir, no se requiere de gozar de empleo en el momento del parto para adquirir el derecho de estabilidad absoluta en el cargo. En cambio, se discute si la inamovilidad laboral se puede aplicar a los contratos de trabajo a tiempo determinado o por obra determinada. El rango constitucional de la protección al niño, la responsabilidad social en torno a la maternidad consagrada, tanto en el texto constitucional como en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y en la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer, permite sostener que en estos casos, el contrato de trabajo a tiempo determinado o para obra determinada sufre una modificación por imperio de ley, extendiéndose su duración hasta un año después del parto, independientemente de la voluntad inicial expresada por ambas partes. Varios principios de rango constitucional permiten sostener esta postura: la prohibición de discriminación por razones de sexo, la igualdad de trato y oportunidades y la responsabilidad social en torno a la maternidad.

³⁰ Arts 5 b; 11, 2; 12, 2.

³¹ En los casos de funcionaria pública se requiere apertura de averiguación ante la Oficina de Personal de la institución correspondiente.

³² Art. 384 de la LOT.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha sido constante en señalar que “el despido de una trabajadora por haber quedado embarazada constituye una discriminación sexual directa, aunque se trate de una embarazada contratada originalmente por un periodo de duración fija para sustituir a una empleada con permiso de maternidad”.³³ La jurisprudencia europea también ha sido reiterativa en señalar que para garantizar la igualdad de trato se deben tomar medidas para evitar que las responsabilidades familiares y la función reproductora influyan en el acceso al empleo y a los beneficios por tiempo de servicios. En estos casos, los tribunales han tomado las decisiones basándose en la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombre y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción profesional. La igualdad de trato está consagrada en nuestro texto constitucional y en varios tratados internacionales ratificados por nuestro país, por lo cual los argumentos del Tribunal de Justicia Europeo son aplicables a nuestro orden jurídico. Adicionalmente, todos los instrumentos legales que regulan la protección de la maternidad reafirman el principio de que la responsabilidad social en torno al cuidado de la familia, lo que permite afirmar que las normas han sido establecidas con el objeto de proteger al niño, independientemente de cualquier causal o situación particular.

La protección de la maternidad abarca todas las categorías de trabajadoras tanto en el sector público como en el privado. Los regímenes de función pública no se consideran ajenos a la protección constitucional y legal de la maternidad, aunque posean estatuto funcionarial especial.³⁴ En la función pública, los funcionarios de carrera gozan de estabilidad absoluta en su cargo, es decir, no pueden ser removidos de su cargo sin procedimiento previo y por falta grave previamente establecida en la ley. Los permisos pre y post natal para las funcionarias públicas estaban consagrados en la Ley de Carrera de 1970. La discusión que se podía plantear era la aplicación del régimen de protección a funcionarias, cuyo estatuto especial no lo previese expresamente. La Ley Orgánica del Trabajo de 1990 expresamente incorporó a los funcionarios públicos a su ámbito de aplicación.³⁵ De ahí que, si alguna ley de carrera administrativa no contemplase permisos remunerados por maternidad o derecho a la lactancia, se aplica la ley laboral. El proceso de laboralización de los regímenes funcionariales terminó de consolidarse en el reglamento de dicha ley, que incluyó un capítulo para las negociaciones colectivas de la función pública.

La discusión sobre el ámbito de aplicación del régimen de protección de la maternidad ha abarcado los supuestos de cargos de dirección tanto en el sector público como privado. Si bien hay absoluta aceptación del derecho a los permisos pre y post natales, se ha discutido si aquellos gozan de la inamovilidad durante el embarazo y

³³ HEIDE, 1999, 451.

³⁴ En la función pública conviven varios estatutos dependiendo del órgano de que se trate (poder ejecutivo, legislativo, judicial,) o del ámbito territorial (Poder Nacional, Estatal o Municipal). Los órganos de carácter constitucional como la Contraloría de la República, Banco Central, Fiscalía tienen estatutos propios. Las universidades nacionales también tienen un régimen propio en relación a su personal docente y de investigación.

³⁵ Art. 8.

hasta un año después del parto. Como es sabido, este tipo de cargos están fuera de los regímenes de estabilidad en el empleo, ya sea funcionariales o el de estabilidad relativa previsto en la Ley Orgánica del Trabajo. No obstante, la protección a este tipo de personal fue establecida en sentencia dictada por la anterior Corte Suprema de Justicia en 1990, mediante la cual, la Sala Político Administrativa, anuló un despido de una funcionaria de libre nombramiento y remoción efectuado en momentos en que ésta se encontraba embarazada. La Corte señaló que la norma constitucional de protección de la maternidad no admite discriminación alguna y que ella es la base de la existencia del régimen legal de protección y como refuerzo a su argumentación sentenció que ella forma parte de los “derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan, de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental”.³⁶ Dicha corte consideró que la protección de la maternidad establecida en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales³⁷ abarca a todas las trabajadoras embarazadas y que esa protección genera derechos de ejecución inmediata, que no requieren desarrollo legislativo. Desde ese momento se consideró que la protección de la maternidad comprendía también los cargos de dirección y confianza del sector privado, pues los argumentos desarrollados eran igualmente aplicables.

La protección a la funcionaria de libre nombramiento y remoción trató de ser eliminada en el primer intento de reforma de la Ley de Carrera Administrativa efectuada por el gobierno del presidente Chávez. Por delegación legislativa efectuada por la Asamblea Legislativa en noviembre del 2000, el Presidente de la República dictó el 13 de noviembre del 2001, el Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública,³⁸ en el cual se hacía una diferencia de tratamiento jurídico en lo que respecta a la inamovilidad de la funcionaria de libre nombramiento y remoción durante el embarazo y el año después del parto, pues se establecía que ésta podía ser removida de su cargo previo pago de una indemnización equivalente a 6 meses de su sueldo.³⁹

Las normas del Estatuto fueron objeto de un profundo rechazo por amplios sectores de la sociedad, en especial por los sindicatos y las organizaciones de mujeres, pues después de la sentencia de 1990 era pacíficamente aceptado que ese derecho lo poseían también las trabajadoras embarazadas en cargos de dirección. Tales críticas a ese y otros aspectos de la reforma propuesta llevaron a la Asamblea Legislativa a elaborar otro Estatuto de la Función Pública, que fue promulgado el 11 de julio del 2002. En este se establece que *las funcionarias públicas en estado de gravidez gozaran de la protección integral a la maternidad en los términos establecidos en la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela, y en la Ley Orgánica del Trabajo*.⁴⁰ Para reafirmar el carácter estatutario del régimen funcional se establece que las controversias sobre el régimen de

³⁶ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del 4 de diciembre de 1990. Amparo en contra del Ministerio de Justicia. Ponente Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas.

³⁷ Llama la atención de que esta sentencia cite como fundamento de su decisión el Convenio 103 de la OIT, el cual se encontraba denunciado desde 1985.

³⁸ Gaceta Oficial n. 5.557 E del 13 de noviembre del 2001.

³⁹ Art. 33.

⁴⁰ Art. 29.

maternidad serán dirimidas por los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo funcional. Este Estatuto exceptúa de su ámbito a los funcionarios que están bajo regímenes particulares (Art. 1 Parágrafo Único). Dicho estatuto no derogó expresamente el anterior, lo que genera dudas sobre la vigencia simultánea de ambos instrumentos jurídicos, aunque la explicación más plausible a la no derogación del anterior Estatuto se deba simplemente a que expresa una falla en técnicas legislativas. Pero además, el nuevo Estatuto en su Disposición Transitoria expresamente establece que quedan derogadas *cualquiera de las disposiciones que colidan con la presente Ley*. Una posible interpretación de esta norma es que se mantiene vigente el anterior Estatuto en todo lo que no contradiga al actual; otra es que la Asamblea al terminar la delegación legislativa asumió la regulación de la materia revocando de esa manera la potestad otorgada. Pero, en todo caso, con la promulgación de este estatuto se ratifica la integridad del régimen de protección de la maternidad, en cuya base se encuentra la Constitución de la República, los tratados de derechos humanos y los convenios internacionales del trabajo. De acuerdo a la sentencia de la Corte Suprema Justicia de 1990, dichas normas son de ejecución inmediata, lo que significa que se puede utilizar las normas internacionales como fundamento de demandas ante los tribunales; por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer basta para anular despidos durante el embarazo o en la licencia maternal.

4.2. La protección durante la gestación

La protección durante el embarazo abarca medidas para garantizar tanto el acceso y conservación del empleo como la salud de la madre gestante y del feto. La LOT prohíbe expresamente condicionar la contratación de la mujer al hecho de no estar embarazada (Art. 381), por lo que las pruebas de despistaje de embarazo son ilegales. La legislación no considera válida la aceptación de la mujer de someterse al examen para adquirir el empleo, sino que la voluntad de la trabajadora debe expresarse una vez iniciada la relación laboral y en este caso la prueba de embarazo tiene como única finalidad iniciar el amparo del régimen de protección. La doctrina nacional ha considerado que la mujer puede incluso mentir sobre su estado de gravidez, es decir, negar su embarazo, sin que ello pueda ser usado por el empleador para alegar mala fe o para atacar la validez del contrato por vicios en el consentimiento.⁴¹

La discriminación en el empleo por razones de embarazo puede ser atacada judicialmente mediante la acción de amparo, en teoría es un procedimiento muy rápido y sencillo, que obliga a los jueces a pronunciarse en lapsos muy breves.⁴²

Durante el periodo de gestación, la mujer está exenta de la obligación de realizar *tareas que, por requerir esfuerzos físicos considerables o por otras circunstancias, sean capaces de producir el aborto o impedir el desarrollo normal del feto, sin que su negativa altere sus*

⁴¹ ZULETA DE MERCHAN, 1999, 418.

⁴² Art.15 de la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer y artículo 123 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

*condiciones de trabajo.*⁴³ Ello significa que de ser necesario debe ser trasladada hacia otros sitios y actividades en la empresa sin que ello pueda significar una disminución salarial o desmejora en otras prestaciones socioeconómicas o beneficios laborales. De igual modo, los traslados hacia otras funciones sólo podrán realizarse por razones de servicio, siempre y cuando ello no perjudique el desarrollo de su embarazo.⁴⁴ Por tanto, la trabajadora embarazada puede negarse a realizar trabajos que afecten el normal desarrollo de su embarazo, lo que además es una expresión más del derecho a no ejecutar trabajos que pongan en riesgo su salud, consagrado en la Ley Orgánica de Prevención de Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo.

La trabajadora embarazada tiene derecho a un descanso de seis semanas por concepto de prenatal y doce semanas por postnatal. Estos descansos pueden ser aumentados por prescripción médica y el descanso prenatal es acumulable al post natal.⁴⁵ La trabajadora tendrá derecho a hacer uso de su derecho de vacaciones inmediatamente finalizada la licencia de maternidad,⁴⁶ o puede solicitar que se le adelanten las vacaciones para tomarlas después de la licencia postnatal, basándose en la preferencia legal para hacer coincidir vacaciones escolares con las laborales.⁴⁷ Estos permisos se aplican también a los casos de adopción de niños menores de tres años, lo que da derecho a un permiso remunerado de 10 semanas.⁴⁸

Los permisos de maternidad son remunerados por el seguro social y esos lapsos cuentan para la antigüedad de la trabajadora en la empresa y las mismas previsiones se aplican a la madre adoptante.⁴⁹ Por convenio entre las partes, el patrono puede asumir la diferencia entre la indemnización del seguro social y el salario integral de la trabajadora y en otros casos asumir el pago del salario durante el descanso, con el compromiso de la trabajadora de endosar a nombre del patrono los cheques del seguro social, cuando éste cancele la indemnización. En este aspecto es conveniente reseñar la reforma del año 91 de la Ley del Seguro Social Obligatorio, la cual aumentó las indemnizaciones del seguro social; hasta esa fecha equivalían a dos tercios del salario diario, lo que afectaba la protección de maternidad y disminuía la capacidad adquisitiva en momentos que más se necesita. La reforma estableció que la indemnización no debe ser inferior al salario normal devengado por la trabajadora en el mes inmediatamente anterior a la iniciación de los permisos de maternidad, o a la fecha en que éstos debieron otorgarse de conformidad a la ley. Igualmente se prevé que mediante resolución especial se establecerá la indemnización sustitutiva que corresponda en los casos que el parto sobrevenga en localidades no cubiertas por el seguro social.⁵⁰

La protección de la maternidad en manos del Instituto Venezolano del Seguro Social, que incluye tanto la atención médica durante el embarazo y el parto como la

⁴³ Art. 382 de la LOT.

⁴⁴ Art. 383 de la LOT.

⁴⁵ Arts. 385, 386, 388 de la LOT.

⁴⁶ Art. 390 de la LOT.

⁴⁷ Art. 230 de la LOT.

⁴⁸ Art. 387 de la LOT.

⁴⁹ Arts. 385 y 389 de la LOT.

⁵⁰ ZULETA DE MERCHAN, 1999, 428.

indemnización durante el periodo de licencia pre y post natal, siempre ha presentado el problema de la cobertura territorial de dicho instituto. De ahí, que ha sido denunciado que no todas las beneficiarias puedan acceder a la asistencia médica durante el embarazo y el parto o beneficiarse con la indemnización sustitutiva del salario durante la licencia pre y post natal. Pero el Seguro Social no sólo enfrenta problemas de cobertura sino también de incumplimiento de la reforma de la ley de 1991. En un estudio previo⁵¹ abordamos las implicaciones que tiene el hecho que el Seguro Social siga pagando la indemnización de maternidad con base al 66,6% del salario de referencia y no con base al salario normal, asunto que nos permitió descubrir nuestra propia investigación.

4.3. La protección después del parto

La legislación laboral establece – además de la garantía de estabilidad en el empleo – dos derechos para la trabajadora después del nacimiento del hijo: el derecho a amamantar y el derecho a la guardería.

4.3.1. El derecho de lactancia

La trabajadora tiene derecho a dos descansos diarios de media hora cada uno para amantar su hijo en la guardería y si no hay guardería cada descanso será de una hora. Aunque no hay disposición interna que lo prevea expresamente, estos descansos se reputan como parte de la jornada de trabajo desde el momento que la LOT establece que no podrá haber diferencias de remuneración por el ejercicio del derecho a la lactancia.⁵²

El derecho a lactar dentro de la jornada de trabajo fue limitado a una duración máxima de seis meses después del parto, por el Reglamento de la LOT de 1999. Esta limitación no impide que por contratación colectiva o acuerdos individuales se pueda ampliar el tiempo de lactancia. Esto resulta deseable, porque la norma de seis meses puede tener como efecto eliminar el derecho a lactar en el centro de trabajo, pues la mayoría de las mujeres tienden a acumular el pre y post natal, y después a hacer valer su derecho de vacaciones, con lo que se reincorporan al trabajo casi en ese momento.

4.3.2. El derecho a la guardería

Todo patrono que ocupe más de 20 trabajadores tiene la obligación de instalar una guardería infantil para que los trabajadores puedan dejar sus hijos durante la jornada de trabajo. Los patronos pueden asociarse entre sí para establecer la guardería o pagar el costo del servicio en guarderías existentes.⁵³

⁵¹ IRANZO y RICHTER, 2003.

⁵² Art. 394.

⁵³ Art. 391 y 392 de la LOT.

El reglamento de la ley estableció límites al cumplimiento de esta obligación, pues restringió el acceso al beneficio a los trabajadores que perciban menos de cinco salarios mínimos y señaló que la obligación patronal beneficia a los hijos de los trabajadores hasta los cinco años de edad. Como modalidad alternativa al establecimiento de la guardería se estableció un pago equivalente al 38% del salario mínimo, por concepto de matrícula y mensualidad.

Los trabajadores tienen derecho a usar la guardería, independientemente de su horario de trabajo y condición de contratación, por lo que los trabajadores en jornada nocturna o mixta pueden usar la guardería que funciona de día, la única prevista por ley. Así mismo, los trabajadores ocasionales, temporales, para obra determinada o por tiempo determinado tienen derecho a este servicio, o a recibir el pago sustitutivo durante toda la duración de su contratación.

Una de las modalidades de cumplimiento prevista por el reglamento es pago al Programa de Hogares de Cuidado Diario y Multihogares, creado para atender a la población infantil de menos de seis años en condiciones de pobreza.

Estas normas reglamentarias han generado varias interrogantes y polémicas respecto a: a) el tope en los pagos sustitutivos pudiesen ser una forma de favorecer el incumplimiento de la obligación principal, como es el establecimiento de la guardería, de manera que el reglamento en vez de desarrollar la obligación legal pudiese tornarla *nurgatoria*, dando argumentos sobre la ilegalidad de la regulación reglamentaria; b) la limitación del derecho a trabajadores con cierto tope salarial es un criterio no contemplado en la ley; c) no está claro si la obligación de guardería se aplica a los hijos hasta los cinco años cumplidos o termina cuando cumplan los seis años; d) la ausencia de guarderías nocturnas es una seria limitación para el trabajo nocturno o mixto de la mujer; e) la modalidad de los hogares de cuidado diario desvía la función principal de ese programa, además de que la atención brindada en éstos no es adecuada para todos los hijos de los trabajadores, pues funcionan en casas de comunidades pobres y no cuentan con todos los servicios adecuados.

5. Las condiciones de trabajo

5.1. Remuneraciones

Como se ha reiterado anteriormente, la igualdad de oportunidades y de trato en las condiciones de trabajo es una de las metas del orden jurídico venezolano. La norma internacional más favorable al respecto es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la cual obliga a los Estados Parte a tomar las medidas necesarias que aseguren la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo, en los ascensos, en la estabilidad en el trabajo, en la formación profesional.⁵⁴ En esta convención se incorpora expresamente la obligación del Estado de adoptar medidas para garantizar la igualdad de trato en la evaluación de la cantidad de

⁵⁴ Art. 1, a, b, c.

trabajo.⁵⁵ Esta norma tiene como finalidad garantizar una justa evaluación en los casos de trabajo a tiempo parcial, modalidad con una presencia significativa de mujeres. En el mismo sentido, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Partes se comprometen a asegurar igual oportunidad para todos en los ascensos en el trabajo.⁵⁶

Una de las formas de garantizar la igualdad de trato en la condiciones de trabajo es la consagración del *principio de igual salario por trabajo de igual valor*. En Venezuela, si bien la Constitución de 1999 garantiza *el pago de igual salario por igual trabajo*, mayor peso tiene el principio mencionado, estipulado en el Convenio n. 100 de *igual salario por trabajo de igual valor*, en tanto es más favorable para los sujetos beneficiarios. Al hablar de igual valor y no de igual trabajo se facilita combatir la fuente de discriminación que está por detrás de la asignación de determinados puestos a las mujeres, los cuales, a pesar de requerir las mismas habilidades o esfuerzos que puestos tradicionalmente masculinos, reciben un menor salario. De ahí que se aplique preferentemente el principio establecido en dicho convenio, por contener una norma más favorable. Este convenio no ha tenido desarrollo legislativo, pero siguiendo sus directrices pudiesen utilizarse medidas legislativas, administrativas, sistemas de fijación de remuneración, promoción de la incorporación del principio en la negociación colectiva (lo que está previsto en el mismo convenio en su Art. 2) o la combinación de dichas modalidades para lograr la igualdad de trato en la remuneración.

La LOT señala expresamente que no podrán hacerse diferencias en las condiciones de trabajo entre los trabajadores que ejecuten igual labor, pero así mismo regula con cierto detalle los supuestos en los cuales se puede desaplicar el principio de igualdad, fundamentalmente para contrarrestar posibles discriminaciones. Los casos de excepción previstos son: las protecciones a la maternidad y la familia, las protecciones a los trabajadores de tercera edad, minusválidos y menores, las primas por asiduidad, por antigüedad y las primas a trabajadores con responsabilidades familiares.⁵⁷ En todos estos casos pueden darse el hecho de que por el trabajo de igual valor se pague diferente.⁵⁸ En el caso de maternidad no se puede establecer diferencias salariales bajo ninguna circunstancia durante el embarazo y el periodo de lactancia, aunque el mantenimiento del salario sea contrario al principio de igual salario por trabajo de igual valor.⁵⁹ La trabajadora debe ser trasladada a otro puesto, si el que desempeña afecta el normal desarrollo de su embarazo, pero el traslado no puede implicar cambios en su remuneración, aunque el nuevo puesto no tenga la misma remuneración que el anterior. De igual manera, el amamantamiento puede significar una reducción de hasta dos horas en su jornada de trabajo, pero esta reducción no puede imputarse a su salario. En el caso de los trabajadores con responsabilidades familiares hay preferencias para

⁵⁵ Art. 11, d.

⁵⁶ Art. 7, c.

⁵⁷ Arts. 26 y 136 de la LOT.

⁵⁸ Las primas por asistencia y antigüedad son un claro ejemplo de que un mismo trabajo, de igual valor, se remunera diferente. No necesariamente la asistencia hace más productiva la labor de la persona.

⁵⁹ Art. 394 de la LOT.

su contratación,⁶⁰ primas por hijos y para hacer coincidir sus vacaciones con las escolares. Para la contratación de minusválidos hay incentivos fiscales. Por otra parte, la protección de la familia llevó incluso a atemperar el principio de la inembargabilidad del salario en nuestra legislación. El salario es irrenunciable, no puede ser cedido y sólo puede ser objeto de retenciones legales, siendo la única excepción la relativa a la obligación alimentaria, pues el cónyuge o quien haga vida marital con el trabajador o trabajadora puede ser autorizado por el inspector del trabajo para recibir hasta el 50% del salario.⁶¹ Esta retención legal hoy tiene rango constitucional.⁶² En términos generales, si bien la lista de posibles excepciones es amplia, las medidas que se tomen para la protección de la mujer deben ser cónsonas con el principio de igualdad de oportunidades y de la no discriminación; es decir, deben favorecer a todos los que sufran los mismos problemas, como por ejemplo, la disposición que permite al Ejecutivo dictar normas destinadas a la protección de la maternidad y de la familia en labores peligrosas insalubres o pesadas, debe contemplar las situaciones que afecten a ambos sexos y no limitarse exclusivamente a las que afecten al sexo femenino.

5.2. Jornada de trabajo y empleo

El proyecto de Ley del Trabajo presentado ante el Congreso de la República, en 1985, contenía un capítulo sobre condiciones especiales de trabajo de la mujer que le restringía el trabajo nocturno y prohibía su empleo en el interior de minas y en labores peligrosas. Este capítulo fue eliminado y sustituido por el *De la protección laboral de la maternidad y la familia*, porque, como lo reconoce la propia exposición de motivos de la ley, las organizaciones de mujeres se opusieron a la concepción tutelar y la Comisión redactora tuvo el cuidado de “utilizar las formas de redacción que correspondan mejor a la preocupación tendiente a la igualdad de sexos”.⁶³

En la regulación del trabajo nocturno de la mujer coliden las disposiciones tanto del Convenio número 41, sobre trabajo nocturno de las mujeres como las del capítulo sobre trabajo de la mujer y el menor del reglamento de 1973 con los principios constitucionales y legales que promueven la igualdad de trato y de oportunidades.

El reglamento de la LOT de 1999 dejó vigente el título del reglamento de 1973, dedicado a los regímenes especiales. Este título tiene un capítulo dedicado al trabajo de la mujer y el menor que contradice los principios constitucionales, tanto el de la regulación del trabajo femenino como el régimen de protección de los niños y adolescentes. En efecto, el reglamento parte de la concepción de objeto de protección y no de sujeto de derecho de los menores de edad. Esta concepción es la expresión en el plano laboral de la doctrina de la situación irregular, superada desde la aprobación de

⁶⁰ Las empresas, explotaciones y establecimientos, públicos o privados, en la contratación de sus trabajadores, están obligados, en igualdad de circunstancias, a dar preferencia a los jefes de familia de uno u otro sexo, hasta un setenta y cinco por ciento (75%) de los trabajadores (Art. 29 de la LOT).

⁶¹ 149 de la LOT.

⁶² Art. 91.

⁶³ Exposición de motivos de la Ley Orgánica del Trabajo.

la Convención sobre los Derechos del Niño. La situación irregular fue fuertemente combatida por su carácter de control social represivo y de castigo a la condición de pobre. Así mismo, al otorgar a la mujer el mismo tratamiento jurídico que se da a un incapaz legal se la asume también como objeto de protección. De ahí que si el legislador considera que la mujer no es capaz de pleno discernimiento, su capacidad jurídica debe ser limitada, por lo cual ciertas decisiones deben ser tomadas en su nombre, por el marido, el padre o el propio legislador. Este tipo de regulación presente en muchas legislaciones laborales ha sido objeto de fuertes críticas, pues responde a la “carga histórica y cultural, que ha colocado a la mujer en situación de desventaja. Así (...) las restricciones legales al trabajo femenino obedecen a la creencia tradicional de la debilidad física de la mujer y a las exigencias de moralidad que nuestra cultura le impone”.⁶⁴

En materia de acceso al empleo, la Constitución y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer contienen disposiciones mucho más favorables para ésta y consagran la concepción garantista y no tutelar del trabajo. La mujer dejó de ser objeto de protección hace mucho tiempo para ser asumida como sujeto de derecho y en la actualidad se consideran como discriminatorias todas las normas que excluyen o atenúan la capacidad jurídica de la mujer. Así lo establece expresamente la Ley de Igualdades de Oportunidades para la Mujer, en su artículo 3. Por ello, la declaración de rango sublegal del Reglamento de la LOT de 1999, al dejar vigente una regulación del trabajo femenino contraria a las regulaciones constitucionales y legales, carece de toda validez y queda derogada por contradecir expresamente regulaciones de rango superior. Este argumento se aplica también a los convenios núm. 41, que prohíbe emplear a las mujeres durante en la noche en empresas industriales públicas o privadas,⁶⁵ y el núm. 45 que prohíbe el empleo de mujeres de cualquier edad en trabajos subterráneos en minas.

5.3. Formación profesional

La formación para el trabajo está a cargo del Instituto Nacional de Cooperación Educativa (INCE), cuyo objetivo es promover la formación profesional de los trabajadores, contribuir a la formación de personal especializado y llevar a cabo programas de adiestramientos dedicados a la juventud desocupada.

En la legislación que regula la acción del INCE no existen disposiciones específicas destinadas a la formación profesional de la mujer, pero su estructura interna prevé instancias tripartitas, lo que posibilitaría tomar medidas que impulsen la equidad de género en la formación profesional. En el seno de su Consejo Directivo, entre cuyas atribuciones está el planeamiento de sus actividades, se podrían organizar cursos dirigidos a la formación de la mujer en áreas específicas, basándose en la norma prevista en la LIOM.

⁶⁴ HEREDIA y CABRERA, 1987, 130.

⁶⁵ Art. 3.

Aparte de la Ley del INCE, en materia de formación profesional está la obligación que establece la LOT al sector empresarial y al Estado de desarrollar programas de formación en el trabajo y la prevista en la LIOM que establece que el Estado y el sector empresarial deberán crear centros de adiestramiento para la superación profesional de la mujer.⁶⁶ Esta obligación podría ser desarrollada en las instancias de diálogo social o en la negociación colectiva.

5.4. Seguridad social

La regulación constitucional de la seguridad social se realiza en el ámbito de la ciudadanía y la obtención de calidad de vida:

Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial.

La nueva constitución reafirma lo referente a la posibilidad de consagrar un régimen legal de protección de la paternidad, pues expresamente contempla prestaciones en caso de paternidad. De ahí que, un régimen de permisos parentales por nacimiento o adopción de un hijo, pudiese perfectamente ser costeadado por la seguridad social. Como se ha sostenido, licencia y estabilidad por paternidad son dos garantías básicas que deben consagrarse para consolidar la responsabilidad social en torno a la reproducción de la especie. Ello ayudaría también a consolidar el régimen preferencial de los trabajadores con responsabilidades familiares.

La consagración de derechos a la ama de casa como beneficiaria de las prestaciones de la seguridad social ha originado dos tipos de discusiones en el mundo académico. La primera referida a la posible inconstitucionalidad de la norma por discriminatoria, pues concede derechos sólo a las personas de sexo femenino que se dediquen a las labores del hogar no remuneradas. La segunda crítica es lo redundante de la norma. Si la seguridad social se construye con base al sujeto persona y no trabajador,

⁶⁶ Art. 39 de dicha ley.

no era necesario incluir expresamente a las amas de casa, pues obviamente estas son personas. Las dos críticas tienen sólidas bases, pero expresan una visión parcial del efecto del reconocimiento del valor agregado del trabajo del hogar.

En la discusión en la asamblea constituyente sobre la seguridad social de las amas de casa se planteó el problema de que la norma sólo se refería a las mujeres y no a los hombres. Pero, la proposición de incluir a los hombres se hizo en un ambiente de hilaridad y como si el tema fuese trivial, lo que impidió su discusión de manera seria y fue desechada.⁶⁷

La lectura de la norma constitucional debe realizarse en un contexto de reafirmación de derechos de una categoría que, en los hechos, es mayoritariamente femenina. La propia Constitución contiene directrices para afirmar a los colectivos vulnerables y es dentro de ese contexto que debe interpretarse la norma. La consagración de su derecho no implica la negación del derecho de los hombres, sino simplemente otorgar a las mujeres una herramienta más que le facilite el ejercicio del mismo. En tal sentido, la consagración del derecho de las amas de casa a la seguridad social es enunciativa y así debe leerse.

La segunda crítica se refiere a lo redundante de la declaración constitucional, pues al poner en cabeza del sujeto persona todas las prestaciones de la seguridad social, ya se incluía a las amas de casa. Este reparo no valora plenamente dos hechos: las consecuencias de reconocer el valor agregado al trabajo del hogar y las posibilidades de construir un sistema de seguridad social contributivo para el trabajador.

En efecto, el trabajo del hogar no remunerado es una especie de trabajo autónomo, que goza de las protecciones provenientes del Derecho del Trabajo. Es más podría perfectamente encuadrarse dentro de las formas de trabajo independiente, que por diversas razones merecen un tratamiento especial del Estado. Por ejemplo, se ha propuesto que en los casos de trabajo independiente pero con dependencia económica, el beneficiario contribuya al sistema de seguridad social del independiente con dependencia económica. El argumento que se da para esta propuesta son los beneficios de la exclusividad.⁶⁸

Como se ha sostenido, la protección del trabajo del hogar voluntario se ha efectuado dentro del Derecho del Trabajo. Por ello, es perfectamente posible desarrollar un régimen contributivo con aportes de los trabajadores del hogar no remunerados y del Estado, en representación de la sociedad que se beneficia de dicho trabajo. Vista

⁶⁷ Las actas de la discusión, incluso reseñan las risas entre los constituyentistas sobre el tema de la protección de las amas y amos de casas. La intervención de constituyentista Jaime Barrios refleja muy bien ese ambiente:

“Presidente, respetables constituyentes. Simplemente quería proponer que en tanto y cuanto este es un artículo que evita la discriminación, al menos eso es lo que trata de inducir en el enunciado, al final se hace una incorporación solamente referida a las mujeres, a las amas de casa.

En el caso de aquellas personas, de aquellos hombres solos, que han sido igualmente dueños de casa (*risas*) por qué no incorporarlos igualmente al artículo. Propongo formalmente que así sea. (*Risas y aplausos*). Además, lo más importante es en cuenta al valor agregado, habría que ver cómo quedaría entonces al momento de la disolución del vínculo conyugal. De manera que insisto en la proposición de manera formal”. Sumario de la Sesión n. 31 de la Asamblea Nacional Constituyente.

⁶⁸ HERNÁNDEZ y RICHTER, 2002.

así, la norma deja de ser inocua o redundante sino que fija los parámetros para desarrollar la seguridad social de una especie de trabajador autónomo que requiere un tratamiento especial del legislador.

El tema de las prestaciones de la seguridad social para las amas de casa ya ha ingresado en la agenda de la reforma de la seguridad social. Existe una propuesta de incluir en la nueva ley de seguridad social, una pensión para las amas de casas con más de 20 años de dedicación exclusiva a las labores del hogar.

Por lo demás, no existe en la actualidad un régimen integral de seguridad social que contemple los problemas específicos de la mujer. Sólo en dos materias existen normas específicas: vivienda y maternidad. En el resto de las prestaciones se consagran directrices que obligan a tomar en cuenta su situación especial, pero sin regulaciones concretas.

En relación a la maternidad está el régimen de protección ya reseñado y una serie de disposiciones que señalan la responsabilidad compartida entre Estado y empresarios en el establecimiento de guarderías y lugares adecuadas para la lactancia en el trabajo. Tanto la LIOM como la LOPNA ponen en manos del Estado más que en las del empleador, las protecciones de la maternidad. Estas leyes propugnan la creación de un sistema integral al respecto, independientemente del hecho trabajo.

En materia de préstamos para adquirir o mejorar la vivienda principal existe una preferencia legal para acceder a los créditos otorgados por la Ley de Política Habitacional.⁶⁹

En materia de salud ocupacional, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo,⁷⁰ señala que el trabajo deberá desarrollarse en condiciones adecuadas y en consecuencia deberá prestarse en condiciones que aseguren a los trabajadores permanentes y ocasionales *el disfrute de un estado de salud físico y mental normales y protección adecuada a la mujer, al menor y a personas naturales en condiciones especiales*.⁷¹ Pero, aparte de esta disposición, no contiene otras de carácter específico relativas a las enfermedades profesionales típicamente femeninas o a la salud ocupacional, cuya definición es de por sí muy amplia, pues se considera como enfermedad profesional los estados patológicos contraídos con ocasión del trabajo, por exposición al medio y los imputables a la acción de diversos agentes o condiciones presente en el medio de trabajo.⁷² De cualquier manera no hay dudas que todas las enfermedades profesionales femeninas están englobadas en la definición de la ley y se les aplica su régimen protector, indemnizatorio y de sanciones.

En cambio, en la Ley de Igualdad de Oportunidad para la Mujer se toma en cuenta la necesidad de atender las enfermedades profesionales con equidad de género. En ella se establece que el sistema de seguridad social dará una cobertura integral en los riesgos de enfermedad de la mujer trabajadora. En este caso se parte de otra

⁶⁹ Artículo 28 de la LIOM.

⁷⁰ LOPCYMAT.

⁷¹ Arts. 1 y 6.

⁷² Art. 28 de la LOPCYMAT.

concepción del sistema de seguridad social, similar a la que posteriormente adopta la Constitución. En la LIOM, el papel del Estado, como encargado de crear un sistema integral de seguridad social, es vital, pues en la medida que sea éste el que asuma las prestaciones por las contingencias de salud de la mujer trabajadora, se avanzará en la concreción de la igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres.

Pero, el hecho de que la ley destinada a la regulación de las condiciones de medio ambiente y salud en el trabajo,⁷³ no haga distinciones por sexo y no contemple las situaciones particulares para hombres o mujeres, confirma que aún el tema no ha logrado adquirir relevancia en el país. De ahí, que la negociación colectiva tiene un campo amplísimo para avanzar en la protección de la salud de ambos sexos, regulando las diferencias en cuanto a salud ocupacional que se presentan en la realización del trabajo.

5.5. Acoso sexual

Uno de los caminos para avanzar en la meta de equidad de género en las relaciones de trabajo ha sido la prohibición del acoso sexual, el cual ha sido considerado una expresión de discriminación por género y una falta grave al respeto de la dignidad del trabajador, núcleo del contrato de trabajo. La expresión acoso sexual u hostigamiento sexual para referirse a conductas antijurídicas de los patronos y sus representantes, comenzó a usarse en Estados Unidos en los años setenta con la aplicación de la legislación sobre derechos civiles. Desde entonces se han promulgado diversas leyes que lo prohíben, y, en otros casos, las víctimas de estas conductas han usado las normas que garantizan un medio ambiente del trabajo adecuado y las disposiciones sobre el respeto a la dignidad del trabajador existentes en diversos códigos laborales para atacar este tipo de conductas ilícitas de los empleadores y sus representantes. La tendencia actual es la promulgación de leyes específicas destinadas a combatir dicha conducta en el trabajo, pues se considera que las normas generales mencionadas no han sido suficientes y debe dotarse a los trabajadores de herramientas que les permitan hacer uso de los tribunales para estos casos. Por ello, en muchos países se han dictado leyes especiales para prohibir el acoso sexual, las cuales han sido un instrumento vital en los tribunales y en otros la jurisprudencia se ha basado en las convenciones internacionales.⁷⁴ En nuestro país, la prohibición del acoso sexual se ha efectuado tanto a través de tratados y convenios internacionales como de leyes y reglamentos nacionales. Específicamente, el Convenio n. 169 relativo a pueblos indígenas y tribales obliga a los Estados a proteger *contra el hostigamiento sexual*.⁷⁵ La LOT prohíbe los actos inmorales en contra los trabajadores y el RLOT considera el chantaje sexual una expresión de discriminación por género. En la LIOM se establece la obligación de asistencia jurídica gratuita en caso de hostigamiento sexual.⁷⁶ Por su parte, la Ley sobre la Violencia

⁷³ La LOPCYMAT.

⁷⁴ AEBERHARD-HODGES, 1996.

⁷⁵ Art. 20, 3, d.

⁷⁶ Art. 59.

contra la Mujer y la Familia sanciona el acoso sexual en su expresión de chantaje sexual con penas privativas de la libertad de tres a doce meses para quien lo cometa y con sanciones pecuniarias al patrono que no tome medidas para prevenirlo y evitarlo. Dichas sanciones van desde cincuenta hasta cien unidades tributarias.⁷⁷ También al ser considerado como una forma de discriminación fundada en el sexo, todas aquellas normas que abogan por la igualdad de oportunidades y de trato y contra la discriminación, son a su vez normas que prohíben el acoso sexual.⁷⁸

Respecto a las normas que combaten el acoso sexual existe una discusión en la actualidad derivada de las diversas situaciones en las cuales puede tener lugar. Concretamente, el acoso sexual tiene dos posibles vertientes o manifestaciones. En la definición propuesta por Husbands vendría a ser la “exigencia formulada por un superior, normalmente pero no siempre, de sexo masculino, a un subordinado suyo, normalmente pero no siempre, de sexo femenino, para que se preste a una actividad sexual si quiere conseguir o conservar ciertos beneficios laborales (...así como) aquellas incitaciones sexuales importunas, de una sollicitación sexual o de otras manifestaciones verbales, no verbales o físicas de índole sexual, con la finalidad o el efecto de coartar sin razón la actuación laboral de una persona o de crear un entorno de trabajo ofensivo, hostil, de intimidación o de abuso”.⁷⁹ La primera manifestación se denomina acoso sexual *quid pro quo* (literalmente esto por aquello). En este supuesto, la actividad ilícita es jurídicamente un chantaje, lo que posibilita su sanción penal. En este caso, el hecho típico estaría compuesto por todas aquellas conductas de una persona que valiéndose de su poder de mando en la empresa, pretenda obtener favores sexuales bajo amenaza expresa o tácita de alterar las condiciones de trabajo o negar el acceso al empleo. La segunda manifestación ha sido englobada bajo el término de *hostigamiento sexual*, que refiere a un entorno de trabajo ofensivo y hostil, y no necesariamente está vinculado al acceso o mantenimiento del empleo o las promociones o ascensos laborales.

Este segundo tipo de conductas son tan o más frecuentes que el chantaje sexual, lo que ha llevado a que varias legislaciones lo contemplen expresamente. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, aprobó en enero de 1992 la Recomendación General n. 19 sobre violencia contra la mujer, que define el acoso sexual de la siguiente manera:⁸⁰

“17. La igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se somete a las mujeres a violencia dirigida concretamente a ellas, por su condición de tales, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.

18. El hostigamiento sexual incluye conductas de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibiciones de pornografía, y exigencias sexuales ya sea verbales o de hecho. Ese tipo de conducta puede ser

⁷⁷ Arts. 19 y 22.

⁷⁸ Vid. María del Mar Serna Calvo. Acoso sexual en las relaciones laborales. Revista Relaciones Laborales en América Latina - Cono Sur (RELASUR), n. 2. Oficina Internacional del Trabajo - Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de España. Montevideo, 1994, p. 39.

⁷⁹ HUSBANDS citado por CARBALLO, 2000, 72.

⁸⁰ AEBERHARD-HODGES, 1999, 550.

humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa le podría causar problemas en relación con su trabajo, incluso la contratación o el ascenso, o cuando crea un medio de trabajo hostil” .

Una importante diferencia entre el acoso sexual *quid pro quo* y el hostigamiento sexual, es que este último para producirse no se requiere el elemento de situación de poder. El hostigamiento sexual lo pueden ocasionar pares del trabajador y, en este caso, el patrono es culpable de no remediar o evitar la situación.

En opinión de Cesar Carballo, la legislación venezolana sólo ha regulado una vertiente del acoso sexual, el chantaje sexual. Dicha regulación presenta el inconveniente de que el uso que se hace de la locución *acoso u hostigamiento sexual* pareciera sugerir la idea de recurrencia o reiteración de actos, es decir, no susceptibles de perfeccionarse en un acto único. De ahí, que dicho autor considere que la regulación legal restringe las posibilidades de reparar plenamente a las victimas de este tipo de conductas antijurídicas.⁸¹

En nuestra opinión, ambos tipos de acoso sexual están regulados, pero con técnicas y fines diferentes. Tanto el acoso sexual *quid pro quo* o chantaje sexual como el hostigamiento sexual o medio ambiente hostil están prohibidos por la Constitución de 1999, los tratados y convenios internacionales, la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer y la Ley Orgánica del Trabajo. El chantaje sexual tiene una regulación como tipo penal y como supuesto de retiro justificado del trabajo. En los casos de hostigamiento sexual, el legislador no tomó un camino determinado para atacar este tipo de conductas, dejando un amplio campo a la acción de la jurisprudencia, a las regulaciones convencionales o a las medidas que pueda impulsar la Defensoría de la Mujer. Es importante destacar que en caso de chantaje sexual, las sanciones pecuniarias al empleador negligente están tasadas por ley. En cambio, en los supuestos de hostigamiento o medio ambiente hostil, el juez tiene plena libertad para imponerlas y también para sancionar al acosador, pudiendo pensarse en indemnizaciones pagadas por el patrono y por el o los acosadores. El hostigamiento sexual por ser una conducta inmoral en el trabajo, violatoria del deber de probidad es causal de despido justificado en nuestra legislación laboral.

La jurisprudencia nacional sobre acoso sexual es reciente y las demandas y sentencias por este hecho son escasas en el país. En este aspecto queda aún, por tanto, un largo camino por recorrer, pues incluso en otras jurisdicciones con más tradición en la persecución de este tipo de conducta antijurídica, los casos son pocos y los resultados han sido inciertos. Algunos comentaristas afirman que la jurisprudencia ha tardado mucho en fomentar la protección contra el acosos sexual en el lugar de trabajo. Otros consideran que el uso de la legislación y los tribunales en vez de favorecer la lucha por la igualdad de las mujeres puede llevar a que los trabajadores hombres reduzcan al mínimo su trato con las trabajadoras a objeto de evitar acusaciones falsas.⁸²

⁸¹ CARBALLO, 2000.

⁸² AEBERHARD-HODGES, 1996, 575.

El acoso sexual es un tema clave para lograr la igualdad entre sexos y refleja las relaciones de poder en una sociedad. De ahí, que su erradicación del sitio de trabajo es parte de la lucha por lograr un puesto de trabajo en condiciones de igualdad con respeto a la dignidad del otro. Es parte de la democratización de las relaciones de poder en los centros de trabajo.

6. A modo de conclusión

1. La regulación constitucional permite avanzar en la obtención de la igualdad real. La acción positiva, la equidad de género en el acceso al empleo y la protección del trabajo del hogar posibilitan profundizar la democratización de los espacios sociales y por ende hacer más equitativa nuestra sociedad.

La protección del trabajo del hogar se inscribe dentro esa tendencia democratizadora, que desde hace tiempo se manifiesta tanto en la actual concepción de la familia como en el mundo del trabajo. Hoy la consagración de varios derechos laborales, tales como el derecho a la información, a la participación en la gestión, el tripartismo y el diálogo social, posibilitan el ejercicio de la ciudadanía en los centros de trabajo. En la actual concepción de la familia, basada en el principio de igualdad y con estructura horizontal, la valoración jurídica del trabajo doméstico no remunerado cambia y se lo visualiza como una actividad económica que crea valor agregado y es socialmente útil. De ahí, que quien ejecute esta labor tenga derechos laborales.

2. La protección de la maternidad y la paternidad son obligaciones estatales de igual rango, pues el cuidado de la reproducción de la especie es una responsabilidad social. Por ello, el texto constitucional establece prestaciones de la seguridad social para cubrir ambas contingencias. Ello posibilita la creación de un régimen de protección de la paternidad con derecho a licencia y estabilidad. Así, la seguridad social puede convertirse en una herramienta muy útil para avanzar en la obtención de la equidad de género en los mercados laborales.

3. La LIOM es sin duda el intento más acabado para avanzar en la equidad de género en las relaciones de trabajo. En primer lugar, esta ley ha ordenado remover todas las normas jurídicas que afecten la capacidad jurídica de la mujer. En segundo lugar, la orden no sólo se refiere a normas sino que abarca la existencia de circunstancia o situaciones fácticas que desmejoren la condición de la mujer, y en tercer lugar, el mandato legal también significa que se deben llenar los vacíos o deficiencias legales que obstruyan o nieguen la participación de la mujer. En materia laboral, establece una serie de disposiciones legales destinadas a promover la plena incorporación de la mujer en el mundo del trabajo, pero que tienen la peculiaridad de que son directrices que no establecen derechos subjetivos y tampoco obligaciones en concreto de los órganos estatales o de los empleadores. Son lo que en doctrina se ha denominado normas programáticas, que contemplan una serie de deberes genéricos que deben ser desarrollados con regulaciones de casos específicos. Así, por ejemplo, la orden de remover obstáculo no tiene sentido sino se toman medidas concretas, como el establecimiento

de mínimos legales para la contratación, preferencias en el ascenso, regulaciones de los problemas de la salud, condiciones especiales para la capacitación, entre otras.

4. Un régimen para los trabajadores con responsabilidades familiares es un complemento indispensable de la igualdad de oportunidades y de trato. Acá también encontramos directrices que deben ser desarrolladas.

5. Los instrumentos para lograr la igualdad son múltiples. En los mercados laborales, el dialogo social y la negociación colectiva tienen ventajas insuperables frente a los mecanismos heterónomos. Por ello, los principios constitucionales y legales que enuncian un camino para obtener la igualdad de oportunidades y de trato son un marco que puede tomar la negociación colectiva para avanzar en la búsqueda de la equidad en el trabajo, aprovechando el hecho de que la acción positiva tiene rango constitucional en Venezuela.

MUJER Y TRABAJO A TIEMPO PARCIAL EN LA U.E. Y EN ESPAÑA

José Luis Goñi Sein

*Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Pública de Navarra – Espanha*

Elisa Sierra Hernáiz

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universida Pública de Navarra – Espanha*

I. Introducción

Las actuales transformaciones en el proceso productivo están llevando a las empresas a adoptar nuevas formas de organización del tiempo de trabajo y de relación laboral, distintas del trabajo a tiempo completo, que les permita reducir costes de producción y adaptar la producción a los requerimientos de la demanda.

En el centro de este debate sobre la mayor flexibilidad en la gestión de la mano de obra, se sitúa el trabajo a tiempo parcial, que es un “mecanismo especialmente apropiado para proporcionar a las organizaciones empresariales amplias posibilidades de adaptación del tiempo de trabajo a las necesidades del mercado”.¹ El contrato a tiempo parcial permite a las empresas diseñar sus puestos de trabajo y ajustar sus jornadas a las necesidades reales de producción con horarios diversificados, evitando la infrautilización de sus recursos y mejorando así su competitividad. Pero, también es un mecanismo a tener presente desde el punto de vista de los intereses de los trabajadores, pues permite atender a las demandas de éstos de compaginar su vida laboral con sus necesidades de carácter familiar, formativo y profesional.

Ahora bien, los efectos de su utilización sobre la mujer – único aspecto que aquí interesa indagar – son, sin embargo, tremendamente ambiguos. Puede resultar una medida eficaz como elemento potenciador de la incorporación de las mujeres al trabajo, y como mecanismo que posibilita un fácil ajuste entre los deseos de la mujer trabajadora y las posibilidades de elección. No se oculta que el trabajo a tiempo parcial puede jugar un papel relevante creando oportunidades de empleo a aquellas mujeres que bajo un diseño de trabajo a tiempo completo, probablemente no accederían nunca al empleo, dada la dificultad de compaginar – a la vez y a tiempo completo – el empleo retribuido con la actividad de cuidado y atención de hijos y familiares. Asimismo, es una forma natural de converger en las estrategias, ya que en él confluyen, por un lado, la voluntad del empresario de diseñar los puestos de trabajo para ser desempeñados a tiempo parcial y, por otro, el deseo de la mujer de trabajar a tiempo parcial durante los periodos de nacimiento y cuidado de hijos o de formación.

Pero se advierten también efectos negativos que hacen que este mecanismo sea observado con cierto recelo. El empleo a tiempo parcial supone en la mayoría de

¹ Cfr., Fdo. VALDÉS DAL-RE, El trabajo a tiempo parcial: la (im)posible convivencia entre flexibilidad y seguridad, Relaciones Laborales, Vol. I, 2002, p. 64.

los supuestos una forma marginal y precaria de empleo, en la medida en que se reduce a una gama más bien baja de ocupaciones e implica una menor consideración social, unos sueldos más bajos que los trabajadores a tiempo completo y unos derechos limitados. Además se caracteriza porque las posibilidades de elección son muy reducidas, siendo un tipo de empleo que rara vez se corresponde con los deseos de las trabajadoras.

El fomento de la contratación a tiempo parcial puede abrir, así, a las mujeres mayores oportunidades de inserción laboral, pero también puede resultar una opción bastante regresiva, que lleve a perpetuar los papeles tradicionales del hombre y de la mujer.

Se plantea, pues, un difícil dilema entre las ventajas y desventajas que para la mujer representa este mecanismo, de tal manera que, aun cuando sea voluntario y constituya una preferencia expresa de la mujer, cabe preguntarse “si es ventajoso para ella o si refuerza su situación en general desventajosa en el trabajo y perpetúa su posición económicamente subordinada en el hogar”.²

Esta es la perspectiva de análisis que se adopta en este estudio, y lo único que se pretende es, partiendo de un conocimiento más preciso y estadístico del empleo a tiempo parcial, reparar en las intervenciones legales que se han producido en la materia, y ver el impacto que están causando en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

A tal fin, se han seleccionado los dos ámbitos de actuación normativa de incidencia en el mismo: uno, el que compone la Unión europea, en el que se pasará revista a las dos directivas de aplicación sobre la materia; a saber: la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial y la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental; y dos, el marco normativo interno español, en el que la atención se concentrará sobre la regulación del trabajo a tiempo parcial³ y las medidas legales de conciliación de la vida familiar y laboral de la persona trabajadora introducidas por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, en el Estatuto de los Trabajadores.

Conviene aclarar que, aunque no sea una noción comúnmente aceptada, se ha acogido aquí un concepto amplio de empleo a tiempo parcial, entendiendo por tal cualquier forma de trabajo por un tiempo inferior al ordinario o al tiempo completo. Se incluye, así, no sólo el tipo contractual de trabajo a tiempo parcial, sino la jornada reducida, que puede resultar de una limitación normativa, convencional o de un acuerdo individual entre el empresario y la trabajadora. Y ello porque el trabajo a tiempo parcial ha dejado de percibirse, incluso por el ET⁴ que obvia los límites temporales, como una forma definida y permanente de relación, y se concibe más como una figura capaz de garantizar unos amplios niveles de flexibilidad tanto a los empresarios como a los trabajadores.

² S. MCRAE, *El trabajo a tiempo parcial en la Unión Europea*, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Trabajo, Irlanda, 1996, p. 10.

³ Art. 12 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/995, de 24 de marzo.

⁴ Art. 12.

2. Situación sociolaboral de la mujer y trabajo a tiempo parcial

En los últimos tiempos, se ha producido un cambio importante en la situación sociolaboral de la mujer, como consecuencia de un proceso de transformaciones culturales y sociales que han ido modificando sustancialmente el papel de la mujer en la familia.

No obstante, y a pesar de ese avance social de la mujer, que se aprecia claramente en la fuerte incorporación de la mujer al mercado de trabajo, existen áreas de participación de la mujer que presentan desajustes, en concreto, en el ámbito de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, de las condiciones de trabajo y de la posición dentro del hogar familiar.⁵

En la actualidad, la tasa de empleo femenina en la Unión Europea es del 55,6 por ciento, mientras que la del varón es del 72,8 por ciento; es decir, un 17 por ciento inferior a la masculina. Las diferencias se incrementan en el caso de las mujeres con edades más avanzadas, menor nivel educativo o con hijos pequeños. Así, mujeres con hijos pequeños presentan una tasa media de empleo de un 12,7 por ciento inferior a la de las mujeres sin hijos, mientras que los hombres con hijos presentan tasas de empleo un 9,5 por ciento superiores a la de los hombres sin hijos. Por otra parte, la tasa de desempleo de la mujer es más elevada que la del hombre: 8,7 y 6,9 respectivamente.

Junto al empleo y el paro existen otros desajustes relativos a las condiciones laborales. Así, las diferencias salariales entre hombres y mujeres siguen siendo del 16 por ciento de media. Además, el mercado de trabajo está fuertemente segmentado por sexos, tanto en la segregación ocupacional que llega a ser del 25 por ciento, como en la sectorial que alcanza el 18 por ciento.

*Ello al margen, las mujeres siguen haciéndose cargo de las tareas familiares, lo que redundaría en sus condiciones de trabajo. En este sentido, las mujeres interrumpen más su carrera y desempeñan más trabajo a tiempo parcial y de peor cualificación, con claro perjuicio para sus carreras, salarios y pensiones. Esta situación se ve agravada en el caso de mujeres con niños pequeños.*⁶

Por lo que respecta a la situación española, los desajustes son aún mayores: la tasa de actividad femenina es un 25 por ciento inferior a la masculina, es decir 7 puntos superior a la diferencia media comunitaria; y el paro femenino alcanza un 15,9 por ciento, mientras que la de los hombres es de un 8,2 por ciento, o sea, la tasa de desempleo supera a la del varón en 7 puntos, cuando la media comunitaria es de algo más de 2 puntos.

En cuanto a la conciliación de la vida laboral y familiar, al igual que sus homólogas europeas, las mujeres españolas sufren la doble carga de ser las principales responsables de atender ambas facetas. Además, las mujeres con hijos pequeños o dos o

⁵ Vid. CES, "La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombre y mujeres", Madrid, 2003, p. 15.

⁶ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la igualdad entre hombres y mujeres en el año 2003. COM (2004) 115 final, de 19 de febrero de 2004.

más hijos presentan mayores altas de desempleo o inactividad, siendo un 6,4 por ciento superior a la media europea.

Por lo que se refiere al trabajo a tiempo parcial, en la mayoría de los países europeos ofrece un carácter predominantemente femenino. Lo que significa que hay un volumen proporcionalmente mayor de mujeres que de hombres empleados a tiempo parcial. La tasa de parcialidad de trabajo femenino es del 34 por ciento mientras que la del trabajo masculino es del 7 por ciento, sobre el total de la población asalariada.

España, aunque presenta tasas de empleo a tiempo parcial muy reducidas (sólo alcanza el 8 por ciento frente al 16 por ciento de la media europea), muestra una estructura muy similar en relación con los distintos sexos. El porcentaje de mujeres que prestan una jornada a tiempo parcial ha ido creciendo hasta alcanzar en 2002 un 18 por ciento, que es una tasa muy superior a la del trabajo masculino que se sitúa en el 2,5 por ciento. Esto supone que más del 80 por ciento de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres.

Además de este rasgo, de los estudios realizados se desprende que dentro del colectivo de mujeres, este tipo de trabajo a tiempo parcial se concentra en mujeres de más de 30 años, casadas con hijos de más de seis años y con bajo nivel de estudios.⁷

En ese sentido, una primera diferencia por razón de sexo se aprecia en cuanto a los grupos de edad. El empleo a tiempo parcial, que en los varones tiene su mayor incidencia en las edades extremas (15 a 24 años y a partir de los 65 años), sin embargo, en las mujeres adquiere más importancia conforme avanza la edad a partir de los 30 años. Se observa así una voluntad de continuidad y mayor permanencia en las trabajadoras.

Por otra parte, la mayor tasa de parcialidad femenina se da entre las cónyuges. El ocupado a tiempo parcial no suele ser lo que las estadísticas de población activa denominan ahora “persona de referencia” y que antes designaban como “cabeza de familia” o “sustentador principal”. El 60 por ciento de las ocupadas a tiempo parcial son cónyuges frente al 40 por ciento de las ocupadas a tiempo completo. Este dato ilustra claramente acerca del carácter de “mano de obra secundaria” que tiene la trabajadora a tiempo parcial y del doble papel – el rol familiar y el trabajo a tiempo parcial – que tiene asignado la mujer.

No obstante, si se atiende a la incidencia del estado civil o de la edad de los hijos, se observa una escasa relación entre el trabajo a tiempo parcial y la maternidad o la crianza. No hay tasas de parcialidad más elevadas en situaciones que corresponderían a esa situación vital, ni aparecen tasas de parcialidad altas en los hogares donde hay hijos menores de 2 años. Esto desmiente de alguna manera la creencia de que la mujer en esas situaciones opta por retirarse parcialmente para posteriormente retornar al trabajo a tiempo completo. El estado civil o la existencia de hijos no influye, o influye menos de lo que parece en la elección de este tipo de empleo, al menos entre quienes prestan

⁷ Así lo señala el CES en su “Informe sobre el trabajo a tiempo parcial”, aprobado por el Pleno del Consejo Económico y Social el día 18 de septiembre de 1996. Aunque sus datos han podido quedar un poco anticuados, los rasgos más significativos se mantienen, como lo confirman estudios posteriores, como por ejemplo el de M. GONZALEZ RENDÓN, I. FLÓREZ SABRIDO, “El trabajo a tiempo parcial en España y la Unión Europea: evolución y características generales”, *Temas Laborales*, n. 55, 200, p. 187-207.

algún tipo de actividad económica. No obstante, puede resultar engañoso, pues lo que no analizan los estudios es hasta qué punto la existencia de hijos o las responsabilidades familiares está determinando algo peor, cual es la renuncia a entrar al mercado de trabajo por motivos familiares, porque no se debe olvidar que hay un número elevado de mujeres que se dedican exclusivamente a los trabajos del hogar y al cuidado de familiares.

El trabajo a tiempo parcial se caracteriza, también, por presentar una fuerte concentración sectorial. La mujer con jornada reducida se emplea preferentemente en el servicio doméstico (rama de actividad que absorbe al 58 por ciento), servicios empresariales, hostelería, educación y limpieza, mientras que el varón, lo hace en la agricultura, hostelería y comercio al por menor.

Por último, es particularmente significativa la diferencia de trato que por razón de sexo se aprecia en relación con el nivel de estudios. Las mujeres a tiempo parcial presentan en su mayoría un nivel más bajo de estudios que los varones, que mayoritariamente tienen estudios superiores. Este dato sugiere “que la oferta existente de empleados cualificados a tiempo parcial se ocupa preferentemente por trabajadores masculinos (o a ellos va dirigida)”.⁸

3. Estrategias de adopción del empleo a tiempo parcial

En la descrita situación de la mujer a tiempo parcial intervienen diversos factores sociales, familiares y culturales. El principal es sin duda la distribución desequilibrada de responsabilidades familiares. La modalidad de trabajo a tiempo parcial, que ofrece la ventaja de poder compatibilizar el trabajo con las obligaciones familiares, se ha convertido en una modalidad de género femenino, como consecuencia de la tradicional división de trabajo, que asigna a la mujer el desempeño de las tareas domésticas. La presencia abrumadoramente mayoritaria de la mujer en el trabajo a tiempo parcial responde en gran medida a este planteamiento sexista de distribución de obligaciones familiares.

No obstante, sería incorrecto suponer que en todos los casos, la decisión de trabajar tiene un carácter no opcional o que venga motivada por una anacrónica concepción familiar y un deseo no personal. Hay un porcentaje significativo de trabajadoras a tiempo parcial – y más aún de trabajadores (72,5% en el ámbito europeo) – que desarrollan este tipo de trabajo de forma voluntaria.

En todo caso, la decisión personal de trabajar a tiempo parcial o de reducir la jornada está determinada por las razones por las que los empresarios introducen en sus centros de trabajo el empleo a tiempo parcial.

En este sentido, cabe advertir, según un estudio realizado por la Fundación Europea para la Mejora de las condiciones de vida y de trabajo, una doble estrategia en la utilización por las empresas del trabajo a tiempo parcial; a saber: uno, de interés

⁸ VALDÉS DAL-RE, Fdo. El trabajo a tiempo parcial: la (im) posible convivencia entre flexibilidad y..., cit., p. 52.

empresarial, articulada sobre las necesidades organizativas y económicas de la empresa; y otra, de interés de los trabajadores, que atiende a los deseos del personal.⁹

La contratación a tiempo parcial constituye en el primero de los supuestos, una opción organizativa más del empresario. En cualquier empresa puede surgir la necesidad de ocupar determinados puestos de trabajo mediante contratación de trabajadores por una duración inferior a la ordinaria, o mediante fórmulas de empleo de duración variable. Es una estrategia que interesa al empresario porque facilita el ajuste entre el flujo de producción y el flujo de ventas, y permite, además, reducir costes relativos a los periodos de inactividad. Los centros que adoptan esta estrategia “se caracterizan porque los trabajadores adaptan su oferta de trabajo a las demandas de los empresarios, y porque los directivos consideran que el trabajo a tiempo parcial ofrece ventajas considerables para su organización y pocos inconvenientes”.¹⁰ El empleo a tiempo parcial suele ser más elevado en este tipo de centros que adoptan esta medida por razones de exigencias económicas y organizativas.

La segunda estrategia responde, sin embargo, al designio de los trabajadores a tiempo completo de reducir sus horas de trabajo, y de atender, por tanto, a sus intereses personales. Hoy asistimos a diversos cambios sociales (aumento de familias monoparentales, mayor esperanza de vida, nuevos requerimientos formativos, etc.), “lo que unido a las mayores posibilidades de elección que ofrece el aumento de niveles de vida hacen que un número creciente de trabajadores deseen, o en el peor de los casos, ofrezcan menos resistencia a la realización de jornadas atípicas”.¹¹ Las empresas, que cada vez son más sensibles a estos cambios, están adoptando esta estrategia, tratando de responder de alguna manera también al deseo de los trabajadores, permitiéndoles ajustar sus actividades de empleo a la menor jornada deseada.

Esta segunda forma de empleo a tiempo parcial ofrece más inconvenientes que ventajas para la empresa y, por tanto, es menos utilizado. Sin embargo, cabe considerarlo como un mecanismo de igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer porque es voluntario y permite un más fácil retorno al horario completo. Tiene, en este sentido, una mayor capacidad de actuar de forma acertada en el trabajo y en la familia, a diferencia de la primera modalidad de empleo a tiempo parcial que se configura más identificada con los intereses de la empresa.

4. El derecho comunitario y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

4.1. Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre, “relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES”

El trabajo a tiempo parcial ha sido objeto de regulación en el ámbito de la Unión Europea, mediante la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre,

⁹ Vid. S. MCRAE, El trabajo a tiempo parcial en la Unión Europea..., cit., p. 26 y ss.

¹⁰ Ibid., p. 65

¹¹ FINA SANGLAS, L. L. Mercado de Trabajo y Políticas de Empleo, CES, Madrid, 2001, p. 67.

que recoge el “Acuerdo Marco sobre Trabajo a Tiempo Parcial”, firmado entre la representación sindical (CES) y las representaciones empresariales (UNICE y CEEP) de ámbito comunitario.

La decisión comunitaria de intervenir en la regulación del trabajo a tiempo parcial vino motivada por varias razones, entre otras por la necesidad de armonizar las diferentes legislaciones nacionales, dadas sus divergencias, y por su importancia como instrumento al servicio de la flexibilidad laboral o de la política de empleo. Pero, quizás la razón más influyente fue la necesidad de regular el impacto adverso que este tipo de trabajo tiene sobre las mujeres.¹² En este sentido, la actuación comunitaria pretende ser una respuesta adecuada, por un lado, a los intereses de las empresas que desean activar esta modalidad contractual y, por otro, al de las trabajadoras, para que no se convierta en un instrumento de discriminación o segregación del trabajo femenino, ya que muchas mujeres se ven obligadas a trabajar a tiempo parcial para poder compaginar la vida laboral con la familiar.¹³

En cuanto al contenido del Acuerdo, sus prioridades pasan por establecer un marco general para la eliminación de la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial y por contribuir al desarrollo del trabajo a tiempo parcial, de tal manera que beneficie tanto a los empresarios como a los trabajadores.

Como consecuencia de dichas prioridades, en la Cláusula primera se fijan los dos objetivos del Acuerdo marco: de una parte, eliminar las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar, al mismo tiempo, la calidad de este tipo de trabajo; y, de otra, garantizar el carácter voluntario del trabajo a tiempo parcial teniendo en cuenta las necesidades de los empresarios y trabajadores.

A lo largo de su articulado se delimitan varias cuestiones, como el ámbito de aplicación de la Directiva,¹⁴ las definiciones de trabajador a tiempo parcial y de trabajador a tiempo completo comparable,¹⁵ las posibilidades de trabajo a tiempo parcial¹⁶ y las diversas disposiciones de aplicación.¹⁷

De todas las cláusulas, la más relevante a nuestros efectos, es la Cláusula 4, que sanciona el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo. Así, se establece un principio general, según el cual no se podrá tratar a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable por el simple hecho de trabajar a tiempo parcial respecto a las condiciones de trabajo.

Esta regla tiene, no obstante, sus propias excepciones, ya que la diferencia de trato puede estar justificada, bien por razones objetivas,¹⁸ bien por la aplicación del

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. Trabajo a tiempo parcial y derecho comunitario, *Relaciones Laborales*, vol. II (1998), p. 174 y ss.

¹³ CABEZA PEREIRO, J. La Directiva 97/81, del Consejo, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, *Actualidad Laboral*, n. 20 (2000), p. 338 y ss.

¹⁴ Cláusula 2.

¹⁵ Cláusula 3.

¹⁶ Cláusula 5.

¹⁷ Cláusula 6.

¹⁸ Cláusula 4.1.

principio *pro rata temporis*,¹⁹ o bien porque cabe subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales, siempre que existen razones objetivas que lo justifiquen y sean revisadas periódicamente.²⁰

Quizás la excepción más importante sea la que se basa en razones objetivas. La razón de su importancia radica en la interpretación restrictiva que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (T.J.U.E) ha hecho de esta excepción por la aplicación del concepto de discriminación indirecta. Este concepto se ha convertido en uno de los pilares de la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral, a partir de la doctrina del T.J.U.E., sentada en la Sentencia Bilka, de 13 de mayo de 1986, y, recogida, después, en el derecho comunitario, merced a la Directiva 97/80/CEE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo y, fundamentalmente, a la Directiva 2002/73/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, 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, y a las condiciones de trabajo.²¹

Así, a diferencia de la discriminación directa, que se produce en cuanto el sexo es el factor que directamente ha sido tomado en consideración por el empresario para adoptar una decisión o conducta discriminatoria, la discriminación indirecta se define como:²²

“La situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Esta noción hay que integrarla con la inversión de la carga de la prueba que establece el art. 4.1. de la Directiva 97/80/CEE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo:

“Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

¹⁹ Cláusula 4.2.

²⁰ Cláusula 4.4.

²¹ Consúltese al respecto: SÁEZ LARA, C. *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. Madrid: C.E.S., 1994.; CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona: Aranzadi, 1997.; J. Cabeza Pereiro, El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 104 (2001), p. 195-225.

²² Art. 2.2. de la Directiva 2002/73.

La aplicación de la Directiva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el trabajo de la mujer.

Sobre este panorama normativo, los casos que se han planteado en relación con el trabajo a tiempo parcial se refieren fundamentalmente a la discriminación indirecta por razón de sexo. Ello implica que el Tribunal ha de determinar, en primer lugar, si la medida objeto de análisis produce un impacto adverso sobre el colectivo femenino, para lo cual debe valorar, fundamentalmente, el porcentaje de mujeres que trabajan a tiempo parcial, y en segundo lugar, si la justificación de la medidas es objetiva, razonable y legítima, y, por lo tanto, si se justifica el impacto adverso que tiene sobre el colectivo femenino en base a lo dispuesto en el art. 2.2. de la Directiva 2002/73.

A continuación, se recogen algunos de los casos más significativos resueltos por el Tribunal de Justicia sobre esta materia, para observar la efectividad del referido principio de no discriminación indirecta por razón de sexo en el trabajo a tiempo parcial.

4.1.1. Pensión de jubilación

En la sentencia del TJUE de 23 de octubre de 2003, acumulados 4/02 y 5/02, caso *Schoönheit*, se estudia un posible supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo en el cálculo de la pensión de jubilación de los funcionarios alemanes que durante una parte de su carrera trabajaron a tiempo parcial, aunque el número de horas totales trabajadas fuese igual a la de un trabajador a tiempo completo pero en un período de tiempo más largo.

El Tribunal tiene en cuenta el mayor porcentaje de funcionarias que trabajan a tiempo parcial para afirmar que son las más afectadas por dicha medida. Partiendo de este dato, intenta buscar una justificación a esta decisión en factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

El Tribunal rechaza el argumento presentado por el Gobierno alemán, según el cual esta norma se fundamenta en decisiones presupuestarias, ya que ello supondría que el principio de igualdad entre hombres y mujeres podría variar, en el tiempo y en el espacio, según la situación de las finanzas públicas de los estados miembros.²³ Tampoco admite que la reducción se justifique por considerar que sea un trabajo menos importante o que los funcionarios a tiempo parcial resulten beneficiados frente a los funcionarios a tiempo completo.

4.1.2. Acceso al trabajo a tiempo parcial

En el caso *Steinicke*, asunto 77/02, de 11 de septiembre de 2003, el TJUE declara que una norma que únicamente conceda el régimen de trabajo a tiempo parci-

²³ En idéntico sentido se pronuncia en el Caso 226/98, de 6 de abril de 2000, Asunto *Jorgensen*, aunque en este caso el Tribunal afirma que sí que podría admitirse como justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato medidas que pretendan garantizar una buena gestión de gasto público destinado a los cuidados médicos especializados, así como el acceso de la población a estos cuidados, siempre y cuando respondan a un objetivo legítimo de la política social y se revelen aptas y necesarias para alcanzarlo.

al por razón de edad a los funcionarios que hayan trabajado a tiempo completo durante tres años dentro de los cinco años inmediatamente anteriores, da lugar a una discriminación indirecta por razón de sexo, cuando existan muchas más mujeres que hombres que trabajen a tiempo parcial. Se aportó como dato que alrededor del 90% de los trabajadores a tiempo parcial en la función pública alemana son mujeres. Tampoco en este caso el Tribunal admite como válida las justificaciones de tipo económico o presupuestario que alega el Gobierno alemán para justificar la norma.

4.1.3. Despido

En el caso *Kachelmann*, C-333/98, resuelto en la sentencia de 26 de septiembre de 2000, se afronta la cuestión de si es o no legal discriminar entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en cuanto a las condiciones de despido. En este supuesto, el Tribunal entiende que el Derecho comunitario no se opone a una normativa que diferencia entre trabajadores a tiempo parcial y completo a efectos de la selección social que el empresario debe efectuar en caso de supresión de un empleo a tiempo parcial por causas económicas, ya que no son trabajadores comparables.

4.1.4. Plus de convenio

La Sentencia, C-281/97, de 9 de septiembre de 1999, asunto *Kruger*, estima la existencia de discriminación indirecta en el caso de un convenio colectivo que excluye de la concesión de una prima especial anual a los trabajadores con un horario inferior a quince horas semanales puesto que afecta, de hecho, a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres. El Tribunal considera que la exclusión de este colectivo de trabajadores del seguro social obligatorio no legitima su exclusión de los beneficios establecidos en un convenio colectivo.

4.1.5. Ascensos

En el caso, C-243/95, de 17 de junio de 1998, asunto *Hill y Stapleton*, se analiza la diferencia de trato entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo en los ascensos. El T.J.U.E. declara contraria al derecho comunitario una normativa nacional que implica un retroceso en la escala de ascensos por producir un impacto adverso sobre las trabajadoras. En este caso, la norma permitía a un empresario adscribir a un trabajador que pasa de tiempo parcial a tiempo completo a una categoría profesional inferior a la de la escala retributiva correspondiente, que tenía anteriormente en la jornada inferior, como consecuencia de la aplicación del criterio de servicio calculado en términos de tiempo efectivamente trabajado. Ello suponía que se perjudicaba a los trabajadores que pasan de jornada compartida a completa en relación con quienes han trabajado en jornada completa el mismo número de años.

4.1.6. Antigüedad

El asunto litigioso resuelto en la sentencia del Tribunal, C-1/95, de 2 de octubre de 1997, asunto Gerster, recae sobre el cómputo de la antigüedad de los trabajadores a tiempo parcial. Se discute si en el derecho comunitario tiene cabida una normativa que establece que si el tiempo de trabajo equivale, como mínimo, a la mitad de la jornada habitual, se considerará, a dichos efectos, que el trabajador trabaja dos tercios de aquélla, mientras que, si el tiempo de trabajo es inferior a la mitad de la jornada habitual, las horas trabajadas no son computables en absoluto para el cálculo de la antigüedad. El Tribunal considera que esta disposición es contraria a Derecho comunitario porque perjudica a los trabajadores a tiempo parcial, ya que al progresar más lentamente en la antigüedad no podrán ser promovidos hasta una fecha posterior, y porque, además, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo al ser el 87 por cien de los trabajadores a tiempo parcial mujeres.

4.2. Directiva 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio, “relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental concluido por la UNICE, el CEEP y la CES”

Dentro de las intervenciones comunitarias en el ámbito del empleo a tiempo parcial, es preciso mencionar la Directiva 96/34/CE relativa al permiso parental, que no es concebible – como la anterior – como medida al servicio de una organización flexible, sino que se entiende en una lógica distinta, la de permitir adoptar decisiones de reducción del trabajo en respuesta a una necesidad individual de carácter familiar.

La Directiva viene a establecer las disposiciones mínimas que los Estados miembros deben adoptar sobre el permiso parental y sobre la ausencia al trabajo por motivos de fuerza mayor para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional y promover, a su vez, la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.²⁴ Objeto, en consecuencia, de la Directiva es la regulación de los aspectos relacionados con el cuidado de hijos y también de familiares para evitar que, sobre la base de su tradicional adscripción a la mujer, éstos se conviertan en un motivo de discriminación y expulsión de aquélla del mercado de trabajo.²⁵

Su cláusula 2 viene a establecer las siguientes reglas:

– *primera*: el permiso parental es un derecho individual – no transferible – de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción.

– *segunda*: el período de disfrute puede comprender desde los tres meses hasta un máximo de ocho años, dejando libertad para que cada Estado miembro y/o los interlocutores sociales definan el tiempo exacto.

– *tercera*: existe libertad en cuanto a la determinación de las siguientes aspectos: el tipo de jornada; si es necesario tener antigüedad en la empresa (sin que en todo caso se pueda superar el plazo de un año); su adaptación a la adopción; la fijación de períodos de preaviso; si el empresario se puede negar a conceder el disfrute; y la

²⁴ Expresamente queda excluido de esta norma el permiso por maternidad.

²⁵ SIERRA HERNÁNIZ, E. Comentario a la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, *Actualidad Laboral*, n. 44 (2000), p. 715-721.

posible adaptación a las necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas.

– *cuarta*: los trabajadores deben quedar protegidos contra el despido si ejercen su derecho al permiso.

– *quinta*: debe garantizarse la reserva del puesto de trabajo.

– *sexta*: los derechos adquiridos o en curso de adquisición se mantendrán sin modificaciones;

– *séptima*: se tiene que definir el régimen del contrato de trabajo o de la situación laboral durante el disfrute del permiso;

– *octava*: debe haber continuidad de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social (aunque no se impone obligación ninguna al respecto).

En cuanto a la *ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor*, la cláusula 3 señala las causas que motivan este derecho, siendo una de ellas por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador.

Por último, en la *Disposición final 2º* se establece que la aplicación del Acuerdo por las autoridades nacionales no puede servir para justificar una reducción del nivel general mínimo de protección de los trabajadores.

Las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el permiso parental

Hasta el presente momento, el T.J.U.E. tan solo se ha pronunciado en una ocasión sobre la aplicación de la Directiva 96/34 y lo ha hecho también sobre un problema de discriminación indirecta por razón de sexo.

En el asunto 333/97, de 21 de octubre de 1999, caso Lewen, el Tribunal analizó si los trabajadores que disfrutaban de un permiso parental tienen o no derecho a una gratificación de carácter voluntario concedida por el empresario en navidad como incentivo al trabajo futuro y/o a la fidelidad de la empresa. El problema se planteó cuando el empresario se negó a pagar dicha gratificación a una trabajadora que había estado disfrutando primero de un permiso de maternidad y, más tarde, de un permiso parental.

El T.J.U.E. analiza si estamos ante una conducta empresarial que dé lugar a una discriminación indirecta ya que, a pesar de ser una medida formalmente neutra, perjudica a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, puesto que ellas son las que recurren, con mucha mayor frecuencia que los hombres, al permiso parental.

El órgano judicial encuentra discriminatoria la no concesión empresarial cuando la gratificación tiene por objeto retribuir retroactivamente el trabajo realizado durante ese año y en este sentido defiende que los períodos de descanso de maternidad deben considerarse períodos trabajados. Sin embargo, no la considera discriminatoria cuando dicha cantidad económica está sujeta a la condición de que el trabajador se encuentre en activo en el momento de su concesión, puesto que la situación de los trabajadores que disfrutaban de un permiso parental no puede asimilarse a la de un hombre o una mujer que trabajan.

5. El derecho español

5.1. El contrato de trabajo a tiempo parcial

La regulación jurídica del trabajo a tiempo parcial entendida como mecanismo al servicio de una organización flexible, se encuentra en el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.), fruto de la reforma del mercado de trabajo llevada a cabo por la Ley 12/2001, de 9 de junio que regula las medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad. El objetivo del legislador es fomentar un empleo más estable y de mayor calidad. Para ello, y entre otras medidas, busca dar un mayor impulso y dinamismo al trabajo a tiempo parcial dado que es un instrumento adecuado para crear empleo estable y facilitar la adaptación de las necesidades de los empresarios y trabajadores.²⁶

En líneas generales el contrato a tiempo parcial queda regulado de la siguiente manera en el art. 12. E.T. El dato esencial es la reducción del tiempo de trabajo en comparación con lo habitual en la actividad de que se trate, esto es, cuando se trabaje “durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable” (art. 12.1). El contrato de trabajo puede celebrarse desde su inicio o bien proceder a una reducción del tiempo pactado en un contrato anterior, siempre y cuando dicha reducción no sea impuesta de manera unilateral por el empresario. En este último caso, el trabajador goza de preferencia para retornar al puesto de trabajo a tiempo completo.²⁷ A su vez, el contrato a tiempo parcial puede celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada.²⁸

Como manifestación concreta del principio de igualdad y no discriminación, el trabajador a tiempo parcial tiene reconocidos los mismos derechos que el trabajador a tiempo completo, aunque, en función del tiempo trabajado, dichos derechos serán reconocidos de manera proporcional al tiempo trabajado.²⁹ Por último, en el art. 12.5 se regulan las horas complementarias que son aquellas que el trabajador podrá realizar, previa conformidad, para completar la jornada habitual de trabajo.

De la lectura del precepto se puede deducir que la actual regulación del trabajo a tiempo parcial no tiene como objetivo específico fomentar la presencia de la mujer en el mercado de trabajo o favorecer la igualdad de oportunidades entre sexos, si bien indirectamente se favorece el trabajo a tiempo parcial indefinido en la regulación del fomento del empleo.

²⁶ Sobre el impacto de la Reforma del año 2001 en el contrato de trabajo a tiempo parcial: J. L. Goñi Sein, La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial tras la reforma de 2001 en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coordinador), *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002*, Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 81-127.

²⁷ Art. 12, 4, e.

²⁸ Art. 12, 2.

²⁹ Art. 12, 4, d.

El contrato de trabajo se ha introducido sobre todo en respuesta a las necesidades organizativas o económicas de la empresa, pero permite atender también a los deseos de los trabajadores. En este sentido, hay un intento de disponer que la jornada a tiempo parcial forme parte de la estrategia individual del trabajador. Sólo así se entiende la referida facultad del trabajador de convertir un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial y, a la inversa, de recuperar la jornada ordinaria.

5.2. Las medidas legales de reducción de jornada que responden a estrategias individuales de trabajo a tiempo parcial

En el ordenamiento jurídico español existen también otras fórmulas de empleo a tiempo parcial que se han incorporado en atención a los deseos del personal. Se trata de las reducciones de jornada previstas con el básico objetivo de atender a la familia. Están recogidas en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores y son consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 96/34/CEE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, que se llevó a cabo en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras.³⁰ La finalidad de estas reducciones de jornada, algunas con derecho a mantener el salario, es facilitar la compaginación de la vida laboral y familiar, tanto por el nacimiento o cuidado de un hijo, como de un familiar directo.

El primer derecho es la reducción de la jornada de trabajo por *lactancia* de un hijo menor de 9 meses. En el art. 37.4 E.T. se reconoce el derecho de las trabajadoras a una hora de ausencia del trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones, o a una reducción de la jornada en media hora, por lactancia de un hijo menor de nueve meses.³¹ En el caso de que el padre y la madre trabajen este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por cualquiera de los dos.

El segundo derecho repara en el nacimiento de *hijos prematuros* o que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. En este caso, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora o bien solicitar reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con una disminución proporcional del salario en este último caso.³² En este supuesto, el art. 5.2.b) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada,³³ establece la posibilidad de celebrar

³⁰ Sobre la importancia de esta Ley: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. La conciliación de la vida laboral y familiar (I), *Relaciones Laborales*, n. 17 (1999), p. 1 y ss.; La conciliación de la vida laboral y familiar (II), *Relaciones Laborales*, n. 18 (1999), p. 1 y ss.; La conciliación de la vida laboral y familiar (y III), *Relaciones Laborales*, n.º 19 (1999), p. 1 y ss.

³¹ El derecho se extingue cuando el hijo alcance la edad de nueve meses, con lo que el derecho sólo se disfruta el tiempo que reste hasta alcanzar esa edad, una vez descontado el periodo de descanso por maternidad.

³² Art. 37.4. bis. BALLESTER PASTOR, M. A. Permisos y derechos relacionados con la hospitalización del hijo: innovaciones y carencias de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 12/2001 en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (coordinador), *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002*. Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 165-180.

³³ B.O.E. de 8 de enero de 1999.

contratos de interinidad a tiempo parcial, posibilidad que se amplía a los supuestos de reducción de jornada por guarda legal de un menor o de un familiar directo y, también, para los trabajadores que disfruten a tiempo parcial de los permisos de maternidad, adopción o acogimiento regulados en el art. 48.4. E.T.

En último lugar, el art. 37.5. E.T. reconoce el derecho del trabajador a una reducción de su jornada, entre al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla, por guarda legal para atender a un menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida. El fundamento de este derecho es proporcionar a los padres o tutores la posibilidad de seguir atendiendo, bien al disminuido ilimitadamente, o bien al niño en los primeros años de su vida sin interrumpir la carrera laboral.

Asimismo, también se reconoce el mismo derecho a quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe una actividad retribuida. Esta medida legal se basa en el hecho de que la atención a los mayores enfermos es causa muchas veces de las deserciones laborales de las mujeres, y trata de evitarlo. En este supuesto como en el anterior, se produce una reducción proporcional del salario en correspondencia a la reducción de la jornada.³⁴

El principal problema que plantea la actual redacción de tales medidas es la titularidad del derecho, fundamentalmente en el permiso por lactancia ya que se delimita como un derecho de titularidad femenina; o sea, es la madre la que decide si cede o no el disfrute del derecho al padre. Esta regulación puede producir unos efectos contraproducentes si se atiende al objetivo paritario pretendido por el legislador³⁵. Así, puede dar lugar a una discriminación directa contra el padre, ya que la mujer podría solicitar sin ningún problema este permiso siempre que esté trabajando. En cambio, no sucede lo mismo con la situación inversa, esto es, si únicamente trabaja el padre, puesto que para que pueda hacer uso de él obligatoriamente tiene que estar trabajando la madre. Esta situación puede verse agravada en las familias monoparentales en las que el cabeza de familia sea el padre.

Por lo que se refiere a los otros dos derechos, la reducción de jornada por hospitalización de un hijo recién nacido o por guarda legal, la regulación parece correcta desde la perspectiva de género. En el caso de hospitalización se reconoce de manera alternativa al padre o la madre, y en la reducción de jornada, el art. 37.5 lo regula expresamente como un derecho de titularidad individual de los trabajadores, hombres o mujeres, que puede ser ejercido indistintamente por cualquiera de ellos, o bien simultáneamente por ambos. Su efectivo ejercicio únicamente podrá ser limitado por el empresario si ambos progenitores trabajan en la misma empresa y alegando razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

³⁴ LÓPEZ TERRADA, E. El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: Identificación de los sujetos protegidos. Valencia: Tirant lo Blach, 2003, p. 45 y ss.

³⁵ SIERRA HERNÁNIZ, E. Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo, *Aranzadi Social*, n. 22 (1999), p. 75 y ss.

En suma, la norma es suficientemente flexible como para que el peso de la responsabilidades de guarda y atención familiar no recaiga exclusivamente en la mujer como viene ocurriendo tradicionalmente.

6. El impacto de las medidas legales de empleo a tiempo parcial en el empleo femenino

Para ver los efectos que el trabajo a tiempo parcial como modalidad de contrato está provocando en la incorporación y condiciones de trabajo de la mujer en el mercado de trabajo, hemos de partir del análisis crítico realizado sobre la situación de la mujer en el empleo a tiempo parcial, así como de los datos preocupantes puestos de manifiesto por los diversos informes elaborados por las Instituciones europeas y españolas. De todo ello se concluye que hasta el momento el trabajo a tiempo parcial no es una modalidad de trabajo a la cual se acogen voluntariamente las mujeres, sino que más bien, en muchos casos, es la única posibilidad que tienen de acceder al mercado de trabajo o permanecer en él. La razón de ello se encuentra en que el trabajo a tiempo parcial se utiliza como instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar, tarea que – como se ha observado antes – principalmente sigue recayendo sobre la trabajadoras.

En este sentido se mantienen “vínculos retroalimentados” del empleo a tiempo parcial en la medida en que este tipo de trabajo se propone o se impone con carácter prioritario a la mujer, precisamente en consideración a su preferente dedicación familiar. Lo que contribuye a perpetuar el papel tradicional de la mujer, haciéndola responsable principal de las tareas familiares y discriminándola respecto de la independencia económica y la carrera profesional.

Paralelamente a esta situación, la calidad del trabajo a tiempo parcial también presenta graves deficiencias, ya que exhibe altas cotas de segregación laboral y de discriminación salarial, así como de menores oportunidades de formación, que pueden tener su origen en esa fuerte feminización. Ello, a su vez, produce una serie de perjuicios indirectos como las desigualdades económicas, no ya salariales, sino en el grado de protección social de los trabajadoras a tiempo parcial.

Efectuando la valoración desde la otra perspectiva en cuanto instrumento de uso intercambiable en atención a las necesidades de los trabajadores, el impacto de las medidas legales diseñadas a satisfacer esas solicitudes – posiblemente por tiempo limitado – de reducción de jornada de los trabajadores, no es tampoco muy positivo, porque se observan importantes carencias, que hacen albergar cierta desconfianza en cuanto a su efectividad.

Ya en relación con la posibilidad prevista en el art. 12.4, g) ET de transformación del contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial, que tiene la virtualidad de permitir el ejercicio de la reducción de la jornada en todos aquellos supuestos excluidos del art. 37.5 ET, se encuentra bastante limitada, toda vez que aparece supeditada al reconocimiento en convenio colectivo de tal posibilidad, de tal manera que cuando no está contemplada en convenio colectivo no existe obligación

legal del empresario de autorizar tal conversión y se considera un acto totalmente discrecional del mismo.

Lo mismo cabe decir de la recuperación de la jornada ordinaria. El retorno al trabajo a tiempo completo está condicionado por las vacantes disponibles y los procedimientos y referencias establecidas, en su caso, en el convenio colectivo, y por tanto, supeditado, en su defecto, a la voluntad del empresario.

También, en la utilización de la reducción de la jornada³⁶ para el cuidado directo de familiares o hijos, se advierten algunos fallas, que restan virtualidad práctica a tales mediadas. Así, el derecho no alcanza a cubrir algunas posibles situaciones de necesidad como por ejemplo el cuidado de la pareja de hecho, el cuidado de los hijos mayores de 6 años, el de los familiares enfermos o minusválidos en algún grado inferior a la gran invalidez, (grado al que parece remitir el requisito legal de que “el familiar no pueda valerse por sí mismo”), o el cuidado de los familiares necesitados de atención y que viven solos, ya que se exige “el cuidado directo”, impidiendo que puedan acogerse a este derecho quienes se ocupan pero no conviven en el domicilio del familiar necesitado. Aparte, y por lo que se refiere a los cónyuges que trabajan para un mismo empresario, resulta criticable que se conceda al empresario la facultad de limitar el ejercicio simultáneo de estos dos trabajadores por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, haciendo imposible un eficaz reparto de responsabilidades por la pareja.

Con todo, el mayor inconveniente que presentan las modalidades de reducción de empleo que reflejan una estrategia individual, es la ausencia de una prestación económica sustitutiva del salario que se deja de percibir, lo que redundaría casi siempre en perjuicio de la mujer, pues la elección y la posibilidad de goce compartido viene también condicionado por el diferente nivel salarial de la pareja. Normalmente, quien hace uso de esta posibilidad es quien percibe un salario menor, y éste suele ser por lo general la mujer con lo que no ofrece una igualdad de oportunidades para ésta.

Unido a ello, hay otro inconveniente y es que la transformación del trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial para dedicación a la familia, implica un menor grado de protección social, como ya se ha señalado. Así, por ejemplo, no genera derecho a la prestación de desempleo, al no tratarse de una pérdida involuntaria de parte del empleo y no configurarse como una situación legal de desempleo. Por otra parte, la menor cotización tiene efectos directos en la base reguladora de las distintas prestaciones de seguridad social, de manera que para mantener un mismo nivel contributivo hay que suscribir un convenio especial, asumiendo el coste económico que ello supone.

En suma, todos estos impedimentos no permiten afirmar que las medidas legales de empleo a tiempo parcial constituyan todavía formas adecuadas de compatibilizar el trabajo retribuido con las obligaciones familiares sin distinción de sexo. Por una u otra razón a la mujer se ve como el destinatario de estas medidas, ya que sobre ella recaen las tareas familiares, y lo que fomentan es la idea de que ésta “puede com-

³⁶ Ex art. 37, 5 ET.

binar fácilmente el empleo retribuido y las responsabilidades domésticas”, perpetuando los papeles tradicionales.

7. Las políticas adecuadas de fomento del trabajo a tiempo parcial desde la perspectiva de género

El trabajo a tiempo parcial puede ser un instrumento coyuntural válido para incrementar la actividad de ocupación femenina, e incluso – como hemos visto – una vía de respuesta a las necesidades y preferencias personales de los trabajadores. Pero lo que resulta inaceptable es el carácter involuntario, el que la mujer acceda a él de forma no deseada. Es necesario quebrar la pauta de presencia involuntaria de la mujer en el empleo a tiempo parcial, convirtiendo en un mecanismo normal de empleo, tanto para hombres como para mujeres sin distinción de sexo, ante determinadas necesidades

Para llegar a esta situación hay que adoptar políticas activas de promoción, en primer lugar, de integración laboral de la mujer al mismo nivel que el varón. Solo en la medida en que la mujer acceda y trabaje en igualdad de condiciones con el varón se podrán adoptar libremente estrategias individuales de trabajo a tiempo parcial. Porque lo que empuja hoy a la mujer al empleo a tiempo parcial es su precaria situación laboral frente al varón. En condiciones de igualdad debería desaparecer la segregación sexual.

Al mismo tiempo se debe promover la distribución equitativa del cuidado de la familia entre ambos sexos, lo que implica que los hombres participen más en estas tareas. Para ello, todos los derechos de cuidado y atención a la familia deberían de ser de titularidad individual, salvo en aspectos unidos a cuestiones físicas como puede ser el parto.

También debería regularse que ciertos derechos parentales pudieran ser disfrutados a tiempo parcial y evitar, de este modo, que las trabajadoras salgan del mercado de trabajo. Por ejemplo, que durante el tiempo de excedencia por cuidado de un hijo o familiar el trabajador o la trabajadora pudiese trabajar horas a tiempo parcial. Con ello se evitaría no sólo su expulsión del mercado de trabajo durante un tiempo sino también que expectativas económicas o sus derechos sociales no se viesen afectados por esta situación, lo que podría animar a muchos hombres a disfrutar de estos derechos.

También podría pensarse en medidas que permitiesen reorganizar los tiempos y superar la actual incompatibilidad entre vida familiar y laboral que tiene muchas mujeres. Así, en la organización del tiempo de trabajo podría compatibilizarse el trabajo parcial con los horarios flexibles y las jornadas irregulares de trabajo. A su vez, el trabajo a tiempo parcial debería convertirse en un instrumento de igualdad de oportunidades para fomentar la incorporación de las mujeres al mercado laboral en sectores con alta demanda de mano de obra sobre la base del art. 141. 4 del Tratado de Amsterdam, que reconoce la igualdad salarial por un trabajo igual o de igual valor y la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva.

Por último es necesario hacer referencia a dos cuestiones. En primer lugar, los Estados de la Unión Europea deberían retocar sus sistemas de protección social para

proteger a los trabajadores a tiempo parcial si se quiere hacer del empleo a tiempo parcial un instrumento de igualdad de oportunidades y de conciliación de la vida laboral y familiar. Así por ejemplo la reducción de jornada no debería afectar a los derechos en materia de seguridad social. En casos de reducción de jornada por el cuidado de familiares se debería computar, al menos, como periodo cotizado el tiempo que el trabajador permanezca disfrutando de tal derecho de reducción de jornada.

En segundo lugar, los agentes sociales, a través de la negociación colectiva, deberían de tomar mayor conciencia de este problema articulando, por un lado, medidas que superen las discriminaciones salariales y la segregación laboral y, por otro, fomentando el trabajo a tiempo parcial como medida de igualdad de oportunidades. Algunas posibilidades convencionales como la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, muy útiles para desarrollar estrategias individuales, continúan en agraz.

LEGISLAÇÃO, EQUIDADE DE GÊNERO E CULTURA PATRIARCAL BRASILEIRA: UMA RELAÇÃO DIFÍCIL

Laís de Oliveira Penido

Analista Processual na PRT – 18ª Região

Especialista em Direito Processual Civil e em Direito e Processo do Trabalho pela UFG

Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca – Espanha

I. Dados estatísticos

Considerando o censo de 2000,¹ do total da população brasileira, 47,9% estava economicamente ativa, sendo que, desse número, 37,74% eram mulheres e 62,25%, homens. Entre a população empregada, 41,67% das mulheres trabalhavam com carteira assinada e no caso dos homens o percentual subia para 58,32%; 3,5% da população ocupada tinha dois ou mais serviços, sendo 4,1% das mulheres e 3,2% dos homens. Trabalhando por conta própria eram 16,48% das mulheres e 27% dos homens. As mulheres economicamente ativas concentravam-se em quatro grupos: domésticas, áreas da saúde, serviços sociais, comércio e vendas. A população ocupada em serviços domésticos era composta por 92,5% de mulheres, 77,9% em educação, 72,2% em saúde e serviços sociais, 59,3% das trabalhadoras em serviços administrativos e 57,2% das trabalhadoras em serviços, vendedoras do comércio e lojas. No outro extremo estava a construção civil, com 3,7% de mulheres; a indústria extrativa, com 7,2%, e a pesca, com 8,3%.

As mulheres, em 2000, eram 52% da população ativa, contudo o seu percentual na população economicamente ativa era de 40%; portanto, seu número na população economicamente inativa é de 60% do número total de ativos, considerando homens e mulheres. A taxa de inatividade entre as próprias mulheres é muito superior à dos homens; 41%² das mulheres ativas³ estão inativas e somente 11% dos homens estão na mesma situação.

No que tange ao número de horas de trabalho semanais, cerca de 24% da população economicamente ativa trabalhava, na principal atividade, menos de 40 horas semanais, sendo que 35,1% desse percentual era constituído pela população feminina e 16,5% pela masculina. Desse dado pode-se fazer a ilação de que as mulheres ocupam um percentual muito maior de trabalhos a tempo parcial.

Entre a população economicamente ativa que ganhava até um salário mínimo, havia 39,9% de trabalhadores sem instrução ou contando com menos de quatro

¹ Resultado por amostragem, das pessoas com dez ou mais anos de idade. Entre as crianças de dez a quatorze anos de idade ocupadas, 48,8% trabalhavam como não remuneradas em ajuda a membro do domicílio ou trabalhadores na produção para o próprio consumo. Insta ressaltar o art. 7º, inciso XXXIII, da CF, *verbis*: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

² Neste percentual foi levada em consideração a população ativa entre os vinte e 59 anos de idade.

³ A definição tradicional de população ativa é o conjunto de pessoas que constituem a oferta de mão-de-obra para a produção de bens e serviços.

anos de estudo; entre eles 53,37% eram mulheres e 46,63%, homens. No outro extremo, entre as pessoas com o grau superior completo, o percentual de mulheres é de 56% e o de homens, 45%. Com mestrado e doutorado, o percentual de mulheres baixa para 52% e o de homens sobe para 48%. O nível de instrução da população ocupada com relação às mulheres era mais elevado do que o dos homens. No entanto, o aumento do nível de escolaridade das mulheres não lhe garante igualdade de remuneração no mercado de trabalho e nem mesmo a diminuição das diferenças, na mesma proporção do crescimento da instrução. Por outro lado, o número de mulheres que ganham salário mínimo é maior que o de homens com o mesmo nível de instrução.

Complementando esses dados, a desigualdade na remuneração é mais acentuada entre os trabalhadores com carteira assinada que têm nível superior. Enquanto 52,8% dos homens com este grau de instrução recebem mais de dez salários mínimos, apenas 30,1% das mulheres atingem o mesmo patamar salarial. Ademais 58,5% das mulheres que concluíram o ensino médio recebem até três salários mínimos mensais, enquanto 45% dos homens nessa faixa de instrução recebem acima de três e até dez salários mínimos. 79,6% das mulheres analfabetas ganham até três salários mínimos, percentual superior ao dos homens, 75,4%.

O valor nominal do salário mínimo no mês de referência (julho) era de R\$ 151,00.⁴ O rendimento mediano do trabalho principal das mulheres ocupadas era por volta de 35% inferior ao dos homens; só não foi superado pelo dos homens nas seções de organismos internacionais e outras instituições extraterritoriais. Em todas as outras posições na ocupação e categorias de emprego, o rendimento mediano do trabalho principal dos homens suplantou o das mulheres.

Outro dado bastante elucidativo é que o homem desempregado demorava, em média, quinze meses para voltar ao trabalho, já as trabalhadoras brasileiras levavam até 23 meses para conseguir um novo emprego.⁵ Quanto mais alto for o patamar salarial menor será o percentual de inserção da mulher nesse mercado de trabalho. As desigualdades sociais tornam-se mais graves quando se inclui o componente racial: as negras correspondem a 44% da população feminina e as famílias chefiadas por elas são as mais pobres do Brasil. São as mulheres pobres e negras as que têm a maior dificuldade de inserção no mercado de trabalho brasileiro. As empresas brasileiras contratam eminentemente homens brancos.

Além das dificuldades para conseguir emprego, as mulheres estão sujeitas a trabalhar em postos mais vulneráveis do que os homens. A proporção de mulheres com vínculos de trabalho precários, sem garantia de acesso a qualquer benefício social (sem carteira assinada, autônomas que prestam serviços, empregadas domésticas e trabalhadoras familiares não-remuneradas) é sistematicamente superior à dos homens.

O percentual de famílias cuja pessoa responsável pelo domicílio era a mulher, em 2000, era de 12,8 milhões de indivíduos, isto é, 17,3% das famílias. No mesmo ano, segundo dados do Perfil das Mulheres Responsáveis pelos Domicílios no Brasil,⁶ a

⁴ Censo Demográfico de 2000.

⁵ Estudo do IBGE concluído no início do ano 2000.

⁶ IBGE.

mulher recebe o correspondente a 71,5% do salário do homem responsável pela família. Atualmente 32% dos domicílios brasileiros são providos principalmente por mulheres, em outros 44% dos domicílios, as mulheres também participam como um segundo provedor dessa família, chegando-se assim à participação da mulher na composição da renda familiar de 76% dos lares.

Nos doze meses anteriores a setembro do ano 2000, dos 283.995 executivos cadastrados no Grupo Catho, 27,6% eram mulheres. Ainda que, nos últimos cinco anos, todas as funções executivas tiveram um grande aumento na participação das mulheres, os percentuais ainda são considerados baixos. Na função de presidente, executivo principal, gerente geral ou equivalente, as mulheres, no mesmo ano, representavam 13% do mencionado universo. Os percentuais femininos nos seguintes cargos são: supervisor, 25,2%; chefe, 28%; encarregado, 40,4%; coordenador, 39,6%.

Analisando sob outro aspecto, pelo ângulo da posição da mulher na hierarquia das empresas, somente 15% dos cargos de chefia ou gerência são ocupados por mulheres e 85% desses cargos pertencem aos homens.⁷ A partir de dados coletados no decorrer de 2001, em 45 grandes corporações no Brasil, dos 371 mil postos de trabalho, 110 mil eram ocupados por mulheres, isto é, 29,6%. Insta ressaltar que a receita anual de aludidas empresas era da ordem de 163 bilhões de reais, mais de 10% do Produto Interno Bruto brasileiro.

Outros dados apontam o perfil salarial médio realizado em 36 empresas em 2000. O salário médio dos homens brancos que ocupavam os cargos de diretoria era de R\$ 19.268, enquanto o das mulheres brancas era no patamar de R\$ 11.617. Não houve registro de mulheres negras e pardas ocupando cargos de diretoria.⁸

Na esfera pública, o crescimento do número de mulheres em cargos políticos ocorre de forma mais lenta. Atualmente, os percentuais de mulheres ocupando cargos no Poder Legislativo são 8,2% de senadoras e 12% de deputadas federais.⁹ Nas Câmaras Municipais de todo o país foram eleitas 11,6% de vereadoras. Já no Poder Executivo os números são: duas ministras de Estado,¹⁰ duas governadoras e 6% dos prefeitos eleitos. Na cúpula do Poder Judiciário: no Supremo Tribunal Federal, uma ministra;¹¹ no Su-

⁷ Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas – IBASE. Disponível em: <<http://www.ibase.org.br>>.

⁸ Números incluídos na publicação *Desigualdade racial em números*: coletânea de indicadores das desigualdades raciais e de gênero no Brasil, organizada pela coordenadora-geral da ONG Criola, Jurema Werneck. Merece ser mencionado que nessa pesquisa a remuneração média de homens negros chegou a R\$ 16.677.

⁹ Sessenta por cento da bancada feminina eleita pertence ao Partido dos Trabalhadores. O Brasil ficou em 16º lugar em um *ranking* elaborado em 18 países da América Latina, perde para a Guatemala, cuja representação feminina foi de 8,2% nas eleições de 2003, e para Honduras, que em 2001 elegeu mulheres para 5,5% das cadeiras (Relatório Democracia na América Latina). De acordo com o levantamento da União Parlamentar realizado em 2002, o parlamento com maior representação feminina é o de Ruanda: lá, elas ocupam 48,8% das cadeiras. No Brasil, as mulheres são 7% dos parlamentares (Objetivos de Desenvolvimento do Milênio).

Segundo as estimativas da OIT, a participação feminina nos cargos mais altos e poderosos só será igual a dos homens, nos Estados Unidos, no ano de 2064 e no mundo inteiro isso só deverá ocorrer por volta do ano 2472.

¹⁰ Ministério do Meio Ambiente (ministra Marina Silva) e Ministério de Minas e Energia (ministra Dilma Rousseff).

¹¹ Ellen Gracie Northfleet.

perior Tribunal de Justiça, quatro ministras;¹² no Tribunal Superior do Trabalho, uma ministra¹³ e no Tribunal Superior Eleitoral, nenhuma.

Já na magistratura do trabalho o quadro é diferente: 41% dos juízes do trabalho são mulheres. Dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho, onze estão presididos por mulheres.

2. A conscientização internacional da discriminação da mulher e o princípio da equidade de gênero refletido nos documentos internacionais

O reconhecimento da equidade de direitos entre homens e mulheres é bastante recente. Surge no final da primeira guerra mundial com a instituição da Sociedade das Nações¹⁴ e a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919. Nessa época não havia a conscientização das inter-relações entre a cultura patriarcal e a equidade de gênero. O art. 7º do Pacto das Nações aduz que “todas as funções da sociedade ou dos serviços que a ela se prendem, incluída a Secretaria, são igualmente acessíveis a homens como a mulheres”, bem como o n. 1, do art. 23, obriga os membros da sociedade a esforçarem-se “por assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, a mulher e a criança nos seus próprios territórios, assim como em todos os países aos quais se estendam suas relações de comércio e indústria e, com esse fim, por fundar e sustentar as organizações internacionais necessárias”.

O processo de internacionalização do direito do trabalho materializou-se no Tratado de Versalles, resultado da Conferência de Paz, após a Primeira Guerra Mundial, culminando esse processo com a criação da Organização Internacional do Trabalho, nos artigos 387 a 427 do mencionado Tratado. A Conferência Geral da OIT, em 1944, adota a Declaração relativa a seus fins e objetivos, mais conhecida como Declaração da Filadélfia. Dentre as solenes obrigações assumidas pela instituição, constou a de fomentar, entre todas as nações do mundo, programas que permitam garantir a igualdade de oportunidades educacionais e profissionais. Cabe observar que não houve uma preocupação na menção de homens e mulheres nesse primeiro texto.

Com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945, a OIT passa a ser, em 1946, um organismo especializado a ela vinculado. A OIT e a ONU, ao longo de suas existências, têm sido muito atuantes na defesa dos direitos da mulher. Em vários documentos emanados de suas reuniões, está manifestada a preocupação com a continuidade da discriminação da mulher.

O primeiro instrumento que traz, no seu preâmbulo, expressamente estabelecido o princípio de igualdade de direitos entre homens e mulheres foi a Carta das Nações Unidas, de 1945.¹⁵ Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de

¹² Eliana Calmon Alves, Fátima Nancy Andrighi, Laurita Hilário Vaz, Denise Martins Arruda.

¹³ Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

¹⁴ O Brasil foi um dos membros fundadores da Sociedade das Nações Signatários do Tratado de Paz.

¹⁵ “Nós, os povos das Nações Unidas, decididos: a reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas”.

1948, houve o reconhecimento, no art. 2º,¹⁶ da igualdade formal, como um direito fundamental. Um grande avanço.

Posteriormente, em 1951, a Conferência Geral da OIT, após haver adotado diversas proposições relativas ao princípio da igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor, sem, contudo, obter muito êxito na adoção desse princípio por seus membros em suas legislações internas, decidiu que mencionadas proposições revestissem a forma de uma convenção internacional.¹⁷ Em 1958, baseando-se nos princípios inseridos na Declaração da Filadélfia¹⁸ e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, resolveu adotar o Convênio relativo à discriminação no emprego e na ocupação e do princípio da igualdade de remuneração entre a mão-de-obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor.

A Recomendação n. 111 da OIT, sobre a discriminação no emprego e ocupação, do mesmo ano da Convenção, vai muito mais longe. Recomenda a formulação e aplicação de uma política nacional, por todos os seus membros, orientada a proibir a discriminação nas matérias de emprego e ocupação, mencionando como princípios fundamentais: “[...] b) todas as pessoas, sem discriminação, deveriam gozar de igualdade de oportunidades e de tratamento em relação às seguintes questões: [...] IV – remuneração por um trabalho de igual valor; [...] d) os empregadores não deveriam praticar nem tolerar discriminações ao contratar, formar, ascender ou conservar o emprego a qualquer pessoa ou quando fixar as condições de trabalho. Ao praticar esse princípio, os empregadores não deveriam ser objeto de nenhuma obstrução ou intervenção, seja direta ou indireta, por parte de pessoas ou organizações”.

A Assembléia Geral da ONU, em 1954, reconheceu que havia mulheres ainda sujeitas a antigas leis, costumes e práticas que estavam em contradição com o conteúdo da Declaração Universal de Direitos Humanos. Via de conseqüência aclamou a sua abolição aos Estados que ainda as preservavam. Em 1963, esse organismo internacional explicitou que a discriminação contra a mulher ainda continuava existindo em muitos países, portanto convocou os países-membros a elaborar um documento inicial para uma Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Em 1967, a ONU dedica toda uma declaração ao problema da discriminação contra a mulher: a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Mencionada declaração assevera constituir a discriminação contra a mulher uma ofensa à dignidade humana, por negar ou limitar a igualdade de direitos com o homem.¹⁹ Portanto, “deverão ser tomadas todas as medidas apropriadas para educar a opinião pública e dirigir as aspirações nacionais para a erradicação do preconceito e abolição

¹⁶ “Todos os seres humanos têm direitos e liberdades iguais perante a lei, sem distinção de nenhum tipo, seja raça, cor, sexo...”

¹⁷ A Convenção n. 100 sobre igualdade de remuneração, de 1951.

¹⁸ “Todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, tem direito de perseguir seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade, dignidade, de segurança econômica e em igualdade de oportunidades”.

¹⁹ Artigo 1º da Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

dos costumes e de todas as outras práticas que estejam baseadas na idéia de inferioridade da mulher”.²⁰ Ademais, “deverão ser tomadas todas as medidas necessárias para assegurar à mulher, casada ou não, os mesmos direitos que ao homem, na esfera da vida econômica e social, e em particular: o direito a igual remuneração com o homem e a igualdade de remuneração em relação a um trabalho de igual valor”.²¹

Na Proclamação de Teerã, documento elaborado no final da Conferência Internacional de Direitos Humanos, em 1968, os participantes desse conclave declararam ser indispensável que a comunidade internacional cumpra sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem distinção nenhuma por motivos, dentre outros, de sexo.²² Reconhecem que “a discriminação da qual a mulher ainda segue sendo vítima em distintas regiões do mundo deve ser eliminada. A aplicação cabal da Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher é uma necessidade para o progresso da humanidade”.²³

A Conferência Mundial sobre a População em Bucareste (1974), ao absorver o impacto dos seus trabalhos, registra que a mulher tem direito a uma integração completa no processo de desenvolvimento, particularmente por meio de igual acesso à educação e participação na vida social, econômica, cultural e política. Consigna, ainda, que medidas devam ser tomadas a fim de facilitar essa integração com as responsabilidades familiares, as que devem ser divididas entre os cônjuges, além de assinalar que a paternidade responsável surge como a chave-mestra do planejamento familiar.

Além de os Estados-Partes, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,²⁴ comprometerem-se a garantir que os direitos enunciados nesse pacto se exercerão sem discriminação alguma por motivo de sexo,” também se comprometem a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais. Reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção. As mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e receber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; igual oportunidade de serem promovidas, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade.²⁵

Em 1993, a ONU novamente faz constar na Declaração e Programa de Ação de Viena a profunda preocupação dos dignitários presentes na Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos, “com as diversas formas de discriminação e violência às quais as mulheres continuam expostas em todo o mundo”. Declara que “os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”. São objetivos prioritários da comunidade

²⁰ Artigo 3º.

²¹ Artigo 10º, §1º, b.

²² Item 1.

²³ Item 5.

²⁴ Decreto Legislativo n. 226(1), de 12 de dezembro de 1991.

²⁵ Ver artigos 2º, 2; 3º, 7, i, c, e 18.

internacional a plena participação das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural nos níveis regionais, nacionais e internacional e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo.²⁶

A Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, ocorrida em 1994, no Cairo, reconhece que a conquista de poder e responsabilidade por parte da mulher é fundamental para o desenvolvimento integral das sociedades.

A Declaração e o Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, de Copenhague, em 1995, contém diversas questões relativas à mulher. Na Declaração²⁷ os Estados fazem o compromisso de proporcionarem, além de um enquadramento jurídico estável, no qual seja incluída a promoção da igualdade e da equidade entre os homens e as mulheres, deve também estar expressa a eliminação de todas as formas de discriminação. Para que seja obtido um ambiente de trabalho saudável e seguro, é prioritário que seja eliminada a exploração de um setor da população. Além disso, deve-se estabelecer o princípio da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres como base para as políticas de emprego, para promover a sensibilização das diferenças de tratamento em função do sexo, a fim de eliminar o preconceito contra o emprego da mulher e eliminar a discriminação de gênero, tomando medidas firmes, quando necessárias, quanto à contratação, aos salários, ao acesso ao crédito, aos empréstimos, às promoções, ao aumento das perspectivas de carreira, à atribuição de emprego, às condições de trabalho, à segurança no emprego e às prestações de segurança social. Por conseguinte, existe a necessidade urgente de assegurar a igualdade e a equidade entre os sexos e de fortalecer o papel da mulher dentro da sociedade para que seja eliminada todas as formas de violência contra a mulher.

No Programa da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento, os Estados reconhecem não ser possível assegurar um desenvolvimento social e econômico sustentável sem a plena participação da mulher, sendo que a igualdade e a equidade entre a mulher e o homem constituem uma prioridade para a comunidade internacional e, como tal, devem estar inseridas no centro do desenvolvimento econômico e social dos países. Para isso deve ser estabelecido um enquadramento para a ação, sendo imprescindível promover o respeito universal, a observância e proteção de todos os direitos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao desenvolvimento; promover o exercício efetivo desses direitos e o cumprimento das responsabilidades em todos os níveis da sociedade.²⁸ Portanto, comprometeram-se a criar um meio econômico, político, social, cultural e legal que permita alcançar o desenvolvimento social integral.²⁹ Com esse fim, no plano nacional deverá priorizar o foco de atenção ao acesso da mulher ao emprego, à proteção da sua posição no mercado de trabalho e à promoção da igualdade de tratamento entre homem e mulher, particularmente no que diz respeito à remuneração.

²⁶ Artigo 18.

²⁷ Nos itens 16, a; 55, a; e 70, a e b.

²⁸ Nos artigos 7^o e 26, j.

²⁹ Primeiro compromisso.

3. Os óbices culturais patriarcais que impedem a efetividade da eqüidade de gênero

Conforme pode ser observado, tão-só o reconhecimento formal da igualdade não faz que esse princípio seja recepcionado e obedecido no seio social, tornando-se uma realidade. A proibição da discriminação em razão do gênero foi regulada tanto em textos internacionais como em nacionais, desde a década de 1950, contudo sem resultados práticos efetivos. Essa triste constatação traz no seu âmago um questionamento: o que torna a legislação vigente ineficaz, sem que haja o seu efetivo respaldo na realidade social?

A resposta a esse questionamento já foi consignada em diversos documentos e declarações internacionais.³⁰ Entre os fatores apresentados serão analisados os culturais com os seus inevitáveis reflexos sociais, políticos e econômicos.

As mudanças legislativas são as mais eficazes quando feitas dentro de uma estrutura global de suporte que promova mudanças simultâneas nas esferas cultural e social e, via de consequência, na esfera político-econômica.³¹

Esse campo de estudo compõe-se de uma mistura de elementos cognitivos, valorativos e afetivos, cuja manifestação tem como ponto médio as opiniões e atitudes de abrangência coletiva. Esse enfoque, inusual no ramo do direito, causará grande polêmica, contudo pode privilegiar a percepção de fenômenos que permanecem submersos na psique humana e pouco alterados, mesmo considerando as revolucionárias mudanças do seu entorno.

Um dos obstáculos fundamentais à igualdade das mulheres é a persistência da discriminação, da desigualdade de fato e no *status* das mulheres.³² Esses obstáculos, na prática, são causados por uma variedade de combinações que derivam majoritariamente de fatores socioculturais.

Neste estágio torna-se imprescindível desvendar uma noção descritiva de cultura. “*Se entiende por cultura el programa extragenético que guía y ordena los comportamientos sociales e ideológicos. Sobre dicho programa atua mecanismos de la praxis que supone una relación estructural y dialéctica en la mente-ideológica del individuo y su realidad eco-social*”.³³

Como é de conhecimento geral, desde o descobrimento do Brasil a contribuição do pensamento moral, propagado pela Igreja Católica, foi notável no desenvolvimento social do nosso país. Em virtude disso, esses conceitos foram incorporados e impregnados na cultura do país. Portanto, vige a cultura patriarcal propagada pela Igreja Católica, tendo sido influenciada pelos princípios racionais e

³⁰ Proclamação de Teerã de 1968; A Conferência Mundial de População de Bucareste, em 1974; As conferências das Nações Unidas sobre a mulher, 1992 – Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, 1995; Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, 1993; Declaração da Cúpula do Milênio das Nações Unidas, 2000 dentre outras.

³¹ Estratégias Encaminhadas para o Futuro do Avanço da Mulher, parágrafo 51.

³² *Ibidem*, parágrafo 45.

³³ REY, María Jesús Buxó. *Antropología de la mujer*. 2ª reimpressão. Barcelona: Anthropos, 1991. p. 10.

iluministas³⁴ do liberalismo, difundidos pela Revolução Francesa sempre atribuiu uma relevância notável na praxe cultural e ideológica³⁵ cotidiana.

O patriarcado é uma forma de organização e dominação social. Nele a autoridade está centrada no patriarca de uma comunidade familiar-doméstica. Esse sistema institucionaliza e legitima o domínio masculino sobre as outras parcelas sociais: as mulheres e as crianças. Já o sexismo é a ideologia da supremacia masculina.

No discurso ilustrado patriarcal, o varão foi estabelecido como o tipo representativo característico da espécie. Há uma ausência³⁶ da mulher nesse discurso. A partir dele, a identidade masculina foi historicamente pautada no ideal de virilidade, o homem sempre se definiu como sendo o ser humano superior, dotado de algo ausente no sexo feminino: a racionalidade. Distinguiu-se: o intelecto, masculino, e a emoção, feminina. Eles são a mente e nós o corpo.

As características associadas à feminilidade foram: a irracionalidade, a emotividade e a dependência. A castidade, o decoro, o recato e a sobriedade eram as virtudes mais desejadas e recomendadas. Por outro lado, eram considerados atributos masculinos: a racionalidade, o cientificismo e a independência. As atribuições conferidas às mulheres e aos homens foram moldadas com características e qualidades bastante precisas e contrapostas, assim como foram invertidas as cargas valorativas às qualidades deferidas, sendo positivas as masculinas e negativas as femininas.

Como conceito racional, as diferenças biológicas entre homens e mulheres foram usadas dentro do pensamento teórico determinante do patriarcado com fundamento para atribuir à mulher um papel diferente do homem dentro da sociedade. A função biológica da maternidade foi apresentada como um fato universal e atemporal, sendo considerada um acontecimento histórico-biológico insuperável. A função ideológica desse arrazoado consistia em apresentar o modelo moral de comportamento ideal da mulher conferido como um aspecto da própria natureza. Foi a associação conceitual da mulher com a natureza. Conforme preleciona essa ideologia ter filhos, criá-los e cuidar dos afazeres domésticos e familiares constitui o núcleo da vocação

³⁴ No século XVIII, a ilustração apresenta um discurso que preconiza a igualdade. Sem embargo, esse discurso, elaborado pelo homem, termina justificando a inferioridade das mulheres.

³⁵ A religião foi o alicerce ideológico que justificou o uso político de valores morais-religiosos para justificar o regime de repressão e submissão secular da mulher.

Gênesis 16 – “E à mulher disse: Multiplicarei grandemente a tua dor, e a tua conceição; com dor darás à luz filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará” [grifo nosso].

Rerum Novarum: “Certos tipos de trabalho não são adequados às mulheres, feitas por natureza para os trabalhos domésticos, os quais são uma proteção à honestidade do sexo fraco e têm natural correspondência com a educação dos filhos e com o bem-estar do lar. [...] trabalhos há também que se não adaptam tanto à mulher, à qual a natureza destina de preferência os arranjos domésticos, que, por outro lado, salvaguardam admiravelmente a honestidade do sexo, que corresponde melhor a sua natureza, ao que pede a boa educação dos filhos e a prosperidade da família”.

³⁶ “Es la ausencia que ni siquiera puede ser detectada como ausencia porque ni siquiera su lugar vacío se encuentra en ninguna parte. [...] En la Edad Media la naturaleza es presentada como aquello que ha de ser redimido, rescatado por la gracia sobrenatural, y la mujer, en consecuencia, será identificada con la carne y el pecado” (AMORÓS, Celia. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. Barcelona: Anthopos, 1985. Grupo A. p. 27 e 32).

natural³⁷ das mulheres, sendo enaltecido pelo discurso oficial como um dos róis mais nobres a serem desempenhados pelo ser humano. À mulher também foi adjudicada ser a representante da honra e moral familiares. Igual a mulher, a família era também apresentada como uma instituição natural, estável e onipotente.³⁸

A construção ideológica desse conceito de natureza foi elaborada em função dos interesses e aspirações da burguesia, a nova classe social em ascensão. Foi a institucionalização da idéia de natureza como paradigma legitimador para que fosse sancionado como lugar da mulher um lugar igual ao da natureza, aquele que deve ser “domesticado, controlado e dominado”. A mulher foi considerada natureza por natureza, contudo uma natureza perversa que deveria ser reprimida e redimida.

Houve uma redefinição dos papéis femininos e masculinos que alterou o lugar que os mesmos ocupavam na organização e estruturação da produção e reprodução. Para que fosse justificado social e politicamente essa divisão de atribuições entre produção e reprodução, foram adjudicados aos homens e às mulheres características psicológicas diferentes. Aludida mentalidade determinou os tipos de personalidades adequados para os dois sexos dentro da sociedade e estabeleceu papéis específicos para ambos. O que a sociedade considera um comportamento próprio do homem e da mulher influi na idéia que eles têm de si mesmos, do que devem ser atitudes masculinas e femininas, bem como o comportamento adequado correspondente a eles. Desta forma, partindo das inegáveis diferenças psico-biológicas, foram explicadas e explicitadas a designação de papéis diferentes para ambos os sexos, o que, por sua vez, desencadeou e legitimou a construção dos estereótipos de gênero.³⁹

A separação entre as dimensões sociais – pública e privada – se consolida, distinguindo-se meteticulosamente a sociedade política da sociedade civil. Às mulheres, sendo de índole privada e doméstica, ligadas mais a natureza, que estão a mercê do seu corpo e das suas emoções, foi negada a possibilidade de realizar qualquer outra função dentro da sociedade que não a reprodutiva, justificando com isso que as mulheres deveriam dedicar-se à casa, aos filhos e aos maridos, em resumo, deveriam dedicar-se ao mundo do privado, pois incapazes de lidar com o espaço público. Ao espaço público, próprio dos homens, compete a esfera do poder político e econômico, em que são tomadas as decisões. Portanto, as relações de gênero são basicamente relações de poder, desigualdade e hierarquia.

Uma vez incorporado esse arcabouço conceitual e ideológico à cultura, a corrente era construída da seguinte forma: casamento (constituição da família), maternidade (reprodução); o confinamento no espaço privado, somado à ausência de produção no conceito capitalista (portanto ausência de renda), conseqüentemente, desigualdade social. As estruturas institucionais patriarcais fizeram que as esposas e as viúvas dependessem das relações patriarcais de parentesco para a sua sobrevivência e o seu bem-estar material.

³⁷ As três estruturas designadas como papéis naturais da mulher na família: a reprodução, a sexualidade e a socialização dos filhos.

³⁸ Contudo a instituição familiar assume formas diversas e é uma criação cultural.

³⁹ WILLIAM, J. E.; BEST, D. L. *Measuring sex stereotypes: a multinational study*. Neubury Park: Sage, 1990.

As idéias culturalmente estabelecidas sobre a feminilidade e a masculinidade supuseram a posição predominante do homem na sociedade e a opressão das mulheres. A principal estratégia do patriarcado foi a exclusão das mulheres do espaço público. Nesse âmbito à mulher foi imposta uma posição subalterna, de marginalização, de segregação e de subordinação. Em decorrência dessas idéias surgiu uma divisão social de atividades em masculinas e femininas. Muitas atividades sociais vinculadas, pela ideologia patriarcal, aos papéis sociais designados para serem desempenhados por cada sexo, contudo, não são identificadas por si mesmas com mencionados papéis. A separação artificial de homens e mulheres em diferentes ocupações relaciona-se muito mais com as expectativas sociais em matérias de gênero do que com a aptidão das pessoas para desempenharem essas atividades. As carreiras técnicas pré-determinadas para as mulheres foram estabelecidas dentro da organização ocupacional semelhante aos rôis de esposa e mãe no seio da família. As habilidades requeridas para o desempenho das atividades profissionais foram ficticiamente associadas às características culturalmente classificadas como femininas ou masculinas; não dependem das reais necessidade de cada trabalho. Por conseguinte, a elas foram e ainda são designados os postos mais baixos na cadeia de produção, os quais são normalmente postos subordinados ou auxiliares aos dos masculinos.

O liberalismo clássico separou a produção para consumo familiar e para o consumo público. O trabalho realizado dentro do âmbito familiar converteu-se em serviços privados não remunerados e o trabalho realizado na fábrica em produção de valores de uso destinado ao mercado, isto é, no trabalho socialmente valorado. O capitalismo reforçou o caráter privado do trabalho doméstico, bem como a separação geográfica⁴⁰ e física dos dois tipos de trabalho acima descritos. Dessa forma o trabalho doméstico foi separado do processo de produção de bens e serviços, passando o primeiro a ser totalmente desvalorizado, até o ponto de ser considerado como não-trabalho. Em uma economia capitalista que funciona com a divisão do trabalho com base no gênero, em que o trabalho doméstico não é remunerado e, no mercado, vige a desigualdade salarial e de poder, o processo de acumulação de capital e o exercício do poder não chegam até as mulheres. Assim foi construído o sistema sexo-gênero estreitamente relacionado com a divisão do trabalho entre homens e mulheres.

A perpetuação dos estereótipos nos papéis produtivo e reprodutivo tem marginalizado as mulheres do desenvolvimento, mesmo onde algum progresso foi conseguido.⁴¹ O progresso social deve focar-se em outro plano, no papel de suporte das mulheres na sociedade, conferindo-lhes, o seu real valor. Isso permitirá que as mulheres assumam uma posição justa na estrutura social. Elas devem participar ativa e decisivamente nas estratégias adotadas para efetuar as mudanças necessárias para promover e

⁴⁰ No sistema medieval de produção, a base da produção era realizada pela família no mesmo local, tanto a produção para o consumo como a produção para o exterior.

⁴¹ Estratégias Encaminhadas para o Futuro do Avanço da Mulher, parágrafo 93.

sustentar o desenvolvimento.⁴² A igualdade é importante para o desenvolvimento quanto para a paz, porque as injustiças perpetuam e aumentam as tensões de todos os tipos.⁴³

Para que a verdadeira igualdade transforme-se em realidade para mulheres, deve ser inserido dentro de uma estratégia governamental o compartilhar do poder em termos iguais com os homens.⁴⁴ Não basta a eliminação da discriminação somente na legislação; há a necessidade da sua eliminação de fato. Portanto, os obstáculos à igualdade das mulheres criados pelas percepções e atitudes estereotipadas em relação as mulheres devem ser totalmente removidos. A eliminação desses obstáculos requererá, além da legislação, incluindo os meios de comunicação, as organizações não-governamentais, as plataformas políticas dos partidos e a ação executiva.⁴⁵

Algumas medidas devem ser projetadas para tornar o contexto social mais receptivo e com menos obstáculos. Essas medidas incluem a eliminação dos estereótipos de gênero, que estão na raiz da discriminação continuada.⁴⁶

4. Conclusão

Ao longo do século XX, várias instituições internacionais, tais como OIT, ONU, OEA reconheceram, em diversos documentos, a existência da discriminação em razão do gênero, por isso vêm inserindo a proteção da equidade de gênero nos seus instrumentos internacionais.

A princípio a constatação da desigualdade socio-política da mulher não foi relacionada com a sua discriminação nos vários espaços sociais e com o rol desempenhado pelos gêneros nas relações familiares e interpessoais. Isso somente ocorreu na década 1970. Esses conceitos foram sendo compreendidos, aprimorados e agregados aos diversos documentos internacionais promulgados ao longo do século XX.

Considerando o senso de 2000, as mulheres eram 52% da população ativa, sendo o seu número na população economicamente inativa 60% do número total de ativos. A taxa de inatividade entre as próprias mulheres é muito superior a dos homens, bem como as mulheres ocupam um percentual muito maior nos postos de trabalhos a tempo parcial. Ademais estão sujeitas a trabalhar em postos mais precários, no setor informal e com uma elevada taxa de mobilidade.

A desigualdade na remuneração entre mulheres e homens pode ser verificada em todos os níveis e categorias ocupacionais, contudo é mais acentuada entre os empregados com nível superior. O salário da mulher é em média 35% inferior ao do varão. O percentual de mulheres analfabetas que ganha salário mínimo é superior ao de homens na mesma faixa salarial e com o mesmo grau de escolaridade. Por outro lado, quanto mais altos forem os cargos a serem ocupados menor será a inserção da mulher nesse mercado de trabalho, bem como o lapso temporal para adquirir um novo

⁴² Ibid., parágrafo 21.

⁴³ Ibid., parágrafo 11.

⁴⁴ Ibid., parágrafo 51.

⁴⁵ Ibid., parágrafo 56.

⁴⁶ Ibid., parágrafo 39.

emprego é menor quando se trata de um homem. As desigualdades sociais tornam-se mais graves quando se inclui o componente racial.

A partir dessa desigual distribuição dos ganhos provenientes do trabalho, os homens recebem os benefícios dessa divisão sexual do trabalho. Portanto, o fato de que são os homens que têm acesso aos cargos de direção e controlam a maior parte das empresas e das grandes fortunas não é um acidente estatístico, mas sim um aspecto da criação social do patriarcado e de seus valores.

Da análise acurada das estatísticas deflui que um dos principais obstáculos que impedem a igualdade plena das mulheres no trabalho é a persistência da desigualdade de fato e no *status* das mulheres dentro do contexto social, em outras palavras, a discriminação velada de gênero. Esses obstáculos são originados pelo pensamento tradicional vigente na nossa sociedade, isto é, pelo pensamento patriarcal propagado pela Igreja Católica, impregnado pelos princípios racionais e iluministas.

Houve, no discurso ilustrado patriarcal, uma redefinição dos papéis que o homem e a mulher deveriam desempenhar na emergente sociedade, sendo portanto também alterado o lugar que cada sexo deveria ocupar na organização da produção e da reprodução. Em decorrência dessas idéias surgiu uma divisão social de atividades em masculinas e femininas. A principal estratégia do patriarcado foi a exclusão das mulheres do espaço público. À mulher foi reservado o espaço doméstico e ao homem o âmbito público. Quando estava inserida no mercado de trabalho, ficou reservada para a mulher uma posição subalterna, de marginalização, de segregação e de subordinação. Muitas atividades vinculadas, pela ideologia patriarcal, ao papel social designado para ser desempenhado pelo sexo feminino tinham uma estreita correlação com as atividades domésticas.

A construção ideológica do conceito de feminilidade no patriarcado foi a institucionalização da idéia de inferioridade física e psíquica da mulher. A ela são associadas características negativas, como emotiva, irracional e dependente. Os conceitos sobre a feminilidade e masculinidade, culturalmente estabelecidos, supuseram a posição predominante do homem na sociedade e a opressão das mulheres.

LACTANCIA Y SALUD LABORAL: CRÓNICA DE UNA SITUACIÓN INSUFICIENTEMENTE PROTEGIDA

Mercedes Sánchez Castillo

Profesora de Derecho del Trabajo

Universidad Miguel Hernández Elche – Alicante – Espanha

I. Consideraciones previas

El ordenamiento jurídico laboral, desde sus inicios, consciente de la necesidad de conciliar la maternidad con la vida laboral, ha tratado de tutelar el bienestar del recién nacido garantizando, a través de permisos laborales retribuidos – en un primer momento exclusivamente a la madre y posteriormente también al padre –,¹ no sólo la atención de las necesidades afectivas del menor sino, sobre todo, la tarea de proporcionarle atención alimenticia.²

Sin embargo, si la protección de la fase de lactancia a través del establecimiento de medidas laborales ha sido una constante en la normativa tanto nacional como internacional, no ha seguido el mismo devenir histórico su tutela desde el punto de vista de la salud laboral. La Directiva 92/85/CEE, del Consejo, 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 trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia es la primera norma que establece una protección conjunta del proceso por maternidad, incluida la lactancia, a través de una serie de medidas de naturaleza preventiva – adaptación del puesto de trabajo, cambio de funciones e incluso dispensa del trabajo – encaminadas a evitar la exposición de la trabajadora a determinadas condiciones, procedimientos o sustancias presentes en el ambiente de trabajo que pueden alterar la cualidades de la leche materna y repercutir negativamente en el recién nacido, procurando, asimismo, que tal situación no suponga una merma de los derechos laborales de la trabajadora.

A pesar de estas previsiones, nuestro ordenamiento jurídico, después de casi una década, continúa vulnerando el mandato expreso de la mencionada Directiva sobre la posibilidad de dispensar del trabajo a la trabajadora lactante cuando se detecte la existencia de riesgos y no sea posible su traslado a un puesto de trabajo exento de ellos. Si inexplicable fue la parcial e insuficiente transposición por la Ley 31/1995, de

¹ La inclusión del padre como beneficiario del derecho al permiso por lactancia se produjo por la reforma del texto estatutario llevada a cabo por la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

² Alimentación, en unos casos, a través de la lactancia natural, y, en otros, bien por imposibilidad física (a causa de anomalías anatómicas en las mamas, infecciones como la mastitis, enfermedades contagiosas e incluso enfermedades crónicas graves de la madre en las que no es conveniente añadirle la sobrecarga que supone la lactancia como neuropatías, cardiopatías, tumoraciones, etc.), bien por otras causas (trabajo fuera de la ciudad de residencia, motivos estéticos falsos como aumento de peso, deformidad del busto, envejecimiento, etc.), a través de preparados lácteos elaborados industrialmente.

8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL),³ más incomprensible resultó ser el hecho de que cuatro años más tarde, a través de su modificación por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante LCVFL), se introdujera tal medida, incluido el derecho a una prestación social, para la situación de riesgo durante el embarazo y se siguiera obviando para la situación de riesgo durante la lactancia; escenario que se mantiene hasta la actualidad.⁴

Cabe preguntarse cuáles han podido ser los motivos que han llevado al legislador a contravenir el espíritu comunitario; si descartamos el simple olvido –⁵ aunque no se desprenda, así, de los términos tan rotundos y triunfalistas en que aquél se expresa en la Exposición de Motivos de la LCVFL –,⁶ el desinterés legislativo puede tener su origen, posiblemente, en la conjunción de varios condicionantes, unos de índole socio-lógica, otros, presupuestaria, y junto a éstos, otros de signo fiscalizador en pro de evitar situaciones fraudulentas debido a la enorme dificultad del control de esta situación.

Desde las épocas más antiguas, la lactancia a través de la leche materna ha constituido la única forma de alimentación del recién nacido.⁷ Sin embargo, a partir de los años treinta, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, se ha venido produciendo un abandono casi masivo de la lactancia natural consecuencia de un cúmulo variado y complejo de motivaciones sociales y culturales. De un lado, debido al convencimiento de que la leche materna estaba superada al ser similar a la artificial a consecuencia de los grandes avances en la elaboración de leches industriales; de otro, a la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral y el consiguiente cambio en sus costumbres, sin olvidar la creencia, en esta sociedad de la imagen, de que el amantamiento ocasiona perjuicios estéticos. Si a este contexto social se unen, de una parte, motivos presupuestarios que normalmente provocan que el legislador seleccione

³ Entre otros, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del trabajo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Novena Edición, Madrid, 2001, pág. 957; y NEVADO FERNÁNDEZ, M. J. *El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de Seguridad Social)(I)*, Revista Española de Derecho del Trabajo, n. 105, pág. 386.

⁴ Para el profesor ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Situación protegida y prestación económica por riesgo durante el embarazo*, Carta Laboral n. 39, noviembre 2000, pág. 4, se trata de “una muestra de desprotección y de insuficiente transposición de la Directiva 92/85”.

⁵ En esta línea, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGARTUA MIRÓ, M. T. *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 122; J. F. Lousada Arochena, *El riesgo durante el embarazo (I)*, Actualidad Laboral n. 27, julio 2001, págs. 565 y siguiente; y CRUZ VILLALÓN, J. *El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. extraordinario, 1999, pág. 98.

⁶ Recordemos que expresamente se indica en ella que “mediante la presente Ley se completa la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los mínimos de protección previstos en las mismas”. Por su parte, la referencia a la lactancia también parece olvidarse en el art. 37.3 g) del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, pues al enumerar las funciones del personal sanitario de los servicios de prevención menciona el estudio y valoración especial de los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras únicamente en situación de embarazo o parto reciente.

⁷ Pudiendo proceder de la madre, de una nodriza o ama de cría (método hoy prácticamente abandonado) o más recientemente a través de bancos de leche (lactarios).

las situaciones a las que dispensar cobertura y, por tanto, priorizar aquéllas con más repercusión social, y, de otra, las dificultades de control de la existencia de esta situación al no manifestarse externamente de manera evidente, se pone de manifiesto el escaso valor que al ordenamiento jurídico le merece la situación de riesgo durante la lactancia, desembocando, desde el punto de vista preventivo, en una insuficiente desprotección y en una no socialización del riesgo por el Estado a través de la Seguridad Social.

En cualquier caso, ni la reducida utilización de la lactancia natural – cada vez más potenciada, por otra parte –⁸ ni los motivos económicos, ni la dificultad de su control justifican, en modo alguno, la insuficiencia protectora y la pasividad del legislador ante una situación en la que se están vulnerando derechos reconocidos constitucionalmente y de los que son titulares tanto la trabajadora como el menor.⁹

De nuevo la maternidad, en pleno siglo XXI, sigue causando situaciones de desigualdad en el ámbito laboral respecto de la mujer que, ante la imposibilidad de continuar prestando servicios por la presencia de riesgos para su salud y la de su hijo en el puesto de trabajo, se ve obligada a elegir entre renunciar a su derecho a amamantarlo, con las consabidas ventajas que le aporta este modo de alimentación,¹⁰ o asumir el coste de la “medida preventiva” solicitando una excedencia por cuidado de los hijos, con la merma de capacidad económica que ello comporta.

⁸ De hecho, los problemas de tipo infeccioso, gastrointestinales y de desarrollo del recién nacido que han puesto de manifiesto las autoridades sanitarias han logrado que, nuevamente, se vuelva, aunque lentamente, a la lactancia materna; vid. PRIETO VEIGA, J. *Pediatría*. Tomo I, Ed. Luzán 5, Madrid, 1987, pág. 177; En el mismo sentido, *Lactancia Materna. Manual para profesionales*. Royal College of Midwives, 1ª Edición 1988, traducido y difundido en España por ACPAM (Associació Catalana Pro Alletament Matern). En la actualidad son numerosas las asociaciones y grupos de apoyo a la lactancia natural tanto a nivel nacional como internacional, entre otras, Asociación de madres “Vía Láctea” en Zaragoza, “Liga de la Leche” en Bilbao, “ACPAM” en Barcelona, Asociación “G.A.I.A.” en Alicante o La Leche League Internacional.

⁹ Es importante tener presente el mandato del art. 39 del texto constitucional sobre la protección integral de los hijos y la obligación de los padres de prestarles asistencia de todo orden. Junto a ello, el derecho a la salud reconocido en el art. 43 y el derecho a la vida establecido en el art. 15.

¹⁰ Se ha demostrado que la alimentación de un niño con leche materna constituye la ideal para el desarrollo óptimo del bebé y que la ciencia aún no ha podido imitar. Es el único alimento homólogo adaptado a la nutrición del lactante y a las exigencias de su crecimiento. Podemos sintetizar las ventajas de la leche materna en las siguientes:

- Psicológicas: mejora el equilibrio mental del bebé al ser más intensas las relaciones afectivas con la madre.
- Biológicas: su composición a base de proteínas, sales minerales, vitaminas, grasas y azúcares, entre otros nutrientes se adapta a las características digestivas y metabólicas del lactante, mejorando la digestión y absorción, y reduciendo la patología alérgica al no contener la *betalactoglobulina* (sustancia que está acusada de producir alergias y que sí se encuentra en la leche de vaca). Existen importantes ventajas inmunológicas al abundar los anticuerpos que no pueden ser igualados por ninguna otra leche, lo que proporciona una mayor resistencia a las infecciones. También contiene *alfalactoalbúmina*, una proteína que posee una estructura molecular activa que bloquea la proliferación de células malignas.
- Higiénicas: el alimento es totalmente estéril, está a la temperatura adecuada y no precisa preparación con lo que se evitan posibles errores.
- Sociales: es gratuita frente a las leches industriales.
- También presenta ventajas para la salud de la madre. La succión del niño estimula la producción de una hormona, la *oxitocina*, que favorece la contracciones del útero y, con ello, la vuelta a sus dimensiones normales de forma más rápida. Además reduce sustancialmente el riesgo de cáncer de mama y brinda protección contra el cáncer ovárico. Vid. PRIETO VEIGA, J. *Pediatría*, cit., pág. 180 y 181.

2. La influencia de los riesgos laborales en la lactancia materna

La lactancia es un proceso fisiológico que aparece en la mujer de forma natural después del parto al desencadenarse la producción y circulación de leche en las glándulas mamarias.¹¹ El período de lactancia puede prolongarse durante un período importante de tiempo y, por ello, es normal que la trabajadora, tras agotar el periodo de descanso por maternidad, se reincorpore, de nuevo, a su puesto de trabajo y continúe amamantando a su hijo. Sin embargo, los cambios hormonales, fisiológicos y psicológicos sufridos durante la gestación y después del parto continúan afectando a la mujer durante la lactancia (aunque de forma más atenuada que durante el embarazo), ocasionándole un estado de cierta vulnerabilidad.

El desarrollo de ciertas actividades laborales pueden afectar a la mujer durante dicho período hasta el punto de influir en la capacidad para lactar llegando a provocar insuficiencia de leche (*hipogalactia*) pero, quizás, lo más preocupante sea el hecho de que la leche materna es la principal vía para transmitir al recién nacido determinados agentes o sustancias presentes en algunos ambientes de trabajo que pueden acarrearle consecuencias especialmente dañinas.

Las aportaciones de los diversos estudios científicos ponen de manifiesto que algunos agentes físicos como las radiaciones ionizantes – catalogadas como agentes teratógenos y carcinógenos –, presentes, sobre todo, en actividades sanitarias pueden contaminar a la madre bien a través de la piel, por manipulación de líquidos o polvos radiactivos, o bien al ser inhalados o ingeridos y transmitirse a la leche, pudiendo quedar afectado cualquier tejido biológico; asimismo, el trabajo en condiciones extremas de calor puede perjudicar a la lactancia a causa de la deshidratación. La leche también puede quedar afectada por la acción de agentes químicos como los pesticidas (el DDT) presentes en trabajos agrícolas o los disolventes orgánicos como el benceno o sus compuestos; asimismo, el mercurio orgánico, utilizado en laboratorios o el plomo y sus derivados, utilizado, sobre todo, en industrias cerámicas, metalúrgicas, fabricación de barnices y pinturas, pueden provocar el envenenamiento de la madre a través de la sangre y contaminar al bebé. Las experiencias llevadas a cabo con mujeres lactantes demuestran que el recién nacido es más susceptible al envenenamiento por mercurio que los adultos aún con concentraciones bajas de éste en la leche, el niño acumulaba cantidades importantes en la sangre. Igualmente, una exposición importante al plomo, sobre todo, a los compuestos de plomo orgánico, antes y durante el embarazo puede repercutir en la lactancia al eliminarse por el organismo humano de forma muy lenta, provocando problemas de desarrollo especialmente del sistema nervioso y de los órganos de formación de la sangre. También la preparación de ciertos medicamentos antimitóticos por el personal de farmacia o de enfermería absorbidos por inhalación o a través de la piel pueden llegar a causar cáncer; o la utilización de los bifenilos policlo-

¹¹ El mecanismo de producción de la leche, es bastante complejo. Son básicamente dos las hormonas responsables: la prolactina, responsable de la producción y la oxitocina, responsable de la salida de la leche al exterior. Tras el parto, se desencadena la producción y circulación de dichas hormonas con la ayuda la succión del bebé y el contacto con él.

rados (PCBs), también cancerígenos, usados en la fabricación de papel cartón, compuestos plásticos, fundición de carcasas de cera y moldes, etc., son absorbidos fácilmente por el organismo quedando acumulados, sobre todo, en los lípidos, y, de esta forma, a través de la leche, pasar al recién nacido.¹²

Junto a los agentes que acabamos de mencionar – sin ánimo exhaustivo –, la ejecución de una actividad laboral en determinadas condiciones también pueden producir consecuencias negativas. A diferencia de los agentes y sustancias arriba señalados que afectan a todas las trabajadoras por igual, en el caso de las condiciones de trabajo su repercusión en la trabajadora en cuestión dependerá de sus circunstancias individuales y de su historial médico personal. La organización del tiempo de trabajo (jornadas de trabajo prolongadas, el trabajo nocturno, los turnos irregulares, la realización de horas extraordinarias), e incluso un ritmo de trabajo intensivo con la sobrecarga física o psíquica que conlleva pueden llegar a afectar a la salud de cualquier trabajador, sea hombre o mujer. Pero si a ello unimos la situación específica de la mujer en el período puerperal – más sensible que el resto debido a los cambios experimentados – junto a posibles factores médicos y psicosociales que rodeen a la trabajadora pueden provocar consecuencias graves como estrés, fatiga, ansiedad e incluso depresión y, con ello, reducir e incluso llegar a anular su capacidad de lactar.

3. Aproximación histórico-normativa a las medidas de salud laboral dispensadas a la situación de lactancia

Constituyendo el período de lactancia el último de los estadios del proceso de maternidad, es lógico que su protección haya estado unida a lo largo del tiempo a la dispensada al resto de etapas o fases que comprenden dicho período como el embarazo y el parto.

Sabido es que, desde los inicios del Derecho del Trabajo, una de las prioridades del legislador ha sido la protección de la mujer trabajadora y, en particular, en situación de maternidad frente a los riesgos que pudieran afectarle como consecuencia del desarrollo de su trabajo. Prueba de ello es el marcado carácter proteccionista de la primera normativa laboral, tanto internacional – a través de la incipiente y extensa labor de la OIT – como nacional. Así, las normas meramente prohibitivas del trabajo femenino por su condición de mujer se combinaban con otras encaminadas a proteger la maternidad propiamente dicha en las que ya se regulaba el permiso por lactancia como un derecho exclusivo de la madre trabajadora.¹³

¹² Vid. MARCUELLO VICIEN, M. P.; SANCHEZ BELLIDO, A. y LÓPEZ IBÁÑEZ, A. *Riesgos y enfermedades profesionales desde la perspectiva de la mujer*, Secretaría de la Mujer de CCOO-US-Aragón, Zaragoza, 1994, pág. 10 y ss. También, BALLESTER PASTOR, M. A. y PÉREZ DEL RÍO, T. *Mujer y Salud Laboral*, Biblioteca de Prevención de Riesgos Laborales, Ed. La Ley, Madrid, 2000, págs. 19 y ss.

¹³ Es destacable, en relación a la lactancia, el Convenio n. 3 de la OIT, de 1919, relativo al empleo de mujeres antes y después del parto, que ya reconoce el derecho a un permiso de lactancia consistente en dos descansos de media hora. En España, tuvo especial trascendencia, la Ley de 13 de marzo de 1900 que regulaba con carácter general las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños que ya estableció el derecho a disfrutar de un período de lactancia con carácter retribuido de una hora al día fraccionable en dos períodos.

Será a partir de los años cincuenta cuando se produzca un cambio sustancial de orientación en la actuación normativa internacional, en concreto de la OIT, en relación a la protección de la maternidad. Se introdujeron nuevas técnicas de protección de la seguridad y de la salud basadas en la adaptación del trabajo a la persona en función de sus particulares condiciones físicas o biológicas. Su finalidad no era otra que la de conjugar el hecho de que la maternidad es un proceso biológico exclusivamente femenino con los nuevos retos de libertad y de igualdad entre hombres y mujeres. Prueba de ello resultó ser la Recomendación n. 95, de 1952, sobre protección de la maternidad, que desarrollaba el Convenio de la OIT n. 103 del mismo año, primer instrumento normativo que, aunque no vinculante para los Estados miembros, estableció ya verdaderas medidas preventivas para la salud laboral de la trabajadora en situación de lactancia como la adaptación del trabajo o el posible cambio de puesto de la trabajadora si su trabajo era declarado peligroso para su salud.

Este contexto normativo y su progresiva evolución constituyó un pilar fundamental para la actuación comunitaria en materia de prevención de riesgos laborales durante el período de maternidad y específicamente durante la lactancia. Será la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio, sobre medidas para promover la mejora de la salud de los trabajadores en el trabajo, el punto de arranque de una extensa normativa comunitaria específica de desarrollo entre la que destaca, a efectos de nuestro estudio, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o esté en período de lactancia.¹⁴ Es ésta la primera norma comunitaria que regula un sistema de protección integral de la maternidad a través de la instauración, sin condicionamiento alguno, de un conjunto de medidas preventivas con objeto de tutelar la salud y la seguridad laboral de los mencionados colectivos de trabajadoras que ha de dispensar obligatoriamente el empresario si los resultados de la evaluación de riesgos muestran la presencia de alguno que pueda repercutirles negativamente. Medidas que, de acuerdo con su art. 5, comprenden no sólo la adaptación provisional de las condiciones y/o del tiempo de trabajo sino también el cambio de puesto de trabajo si la adaptación no resultase técnica u objetivamente posible o no pudiese razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados e incluso la dispensa del trabajo de la trabajadora afectada si el cambio de puesto no pudiese realizarse por esas mismas causas. Junto a estas medidas, y con la finalidad de dotarlas de eficacia, se arbitran otras, de contenido propiamente laboral, encaminadas no sólo a la protección del empleo de la trabajadora prohibiendo el despido por motivos relacionados con su estado sino también

¹⁴ Sobre esta Directiva, vid., in extenso, PÉREZ ALENCART, A. *El derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, págs. 162 y ss.; MORENO GENÉ, J.; ROMERO BURILLO, A. M. y PARDELL VEÀ, A. *La protección de la maternidad: De la Directiva 92/85 a la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi Social, Tomo V, 1997, págs. 27 a 31; MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M. y SEMPERE NAVARRO, A. V. *Derecho Social Europeo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, págs. 116 y 117; y CAVAS MARTÍNEZ, F. *Maternidad y salud laboral (Comentario a la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia)*, Noticias de la Unión Europea n. 127-128, agosto/septiembre 1995.

de su capacidad económica mediante el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo.¹⁵

Por lo que respecta a nuestro derecho interno, la protección de la salud laboral de la trabajadora en situación de lactancia es bastante tardía. Salvo normas puntuales prohibiendo la exposición a riesgos específicos, habrá que esperar hasta a la década de los ochenta para encontrar una mención expresa a la situación de lactancia como merecedora de medidas preventivas específicas, si bien, ya veremos, en una norma no propiamente de seguridad laboral como es la Ley General de Sanidad de 14 de abril de 1986.

El período de lactancia ha sido objeto de protección en nuestro ordenamiento jurídico, básicamente, a través de medidas estrictamente laborales haciéndose cada vez más patente el importante vacío normativo en materia preventiva de que adolecía y que vulneraba abiertamente el mandato internacional y comunitario. La dispersa regulación existente sobre la materia resultaba, además, insuficiente, reduciéndose, de una parte, a un conjunto de normas sobre riesgos específicos que prohibían la realización de determinados trabajos en los que la trabajadora lactante quedaba expuesta a sustancias nocivas o peligrosas, como el benceno,¹⁶ el plomo metálico¹⁷ o las radiaciones ionizantes,¹⁸ y, de otra, a lo dispuesto en el art. 21.1 c) de la Ley General de Sanidad que establecía la obligación de vigilar las condiciones de trabajo y ambientales que pudieran resultar nocivas o insalubres durante los periodos de embarazo y lactancia de la mujer trabajadora, así como la posibilidad de “acomodar” su actividad laboral, si fuese necesario, a un trabajo compatible durante los referidos periodos. A pesar de la exigua regulación y de que no se trata de una disposición de seguridad laboral propiamente

¹⁵ Así, ya su Preámbulo anuncia que *“la trabajadora embarazada, parturienta o lactante debe considerarse, por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, debiéndose tomar medidas relativas a su salud y seguridad”*, sin que ello pueda *“desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo ni atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres”*. Junto a la Directiva 92/85/CEE, se aprobaron otras que también protegen a la trabajadora lactante, si bien frente a riesgos específicos, como la Directiva 89/654/CEE sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo que prevé la posibilidad de que descansen tumbadas en condiciones adecuadas; la Directiva 96/29/EURATOM del Consejo, de 13 de mayo, por la que se establecen normas básicas relativas a la protección sanitaria de los trabajadores y de la población contra riesgos que resultan de las radiaciones ionizantes, dedica su art. 10 a la *“protección especial durante el embarazo y lactancia”*; o la Directiva 98/24/CE del Consejo, de 7 de abril, relativa a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores contra los riesgos relacionados con agentes químicos durante el trabajo.

¹⁶ Resolución de 15 de febrero de 1977, de las Direcciones Generales de Trabajo, sobre el empleo de disolventes y otros compuestos que contengan benceno, disponía en su art. 10 que no se consideran aptas para trabajar temporalmente en tareas que entrañen exposición al benceno o productos que contengan benceno, las trabajadoras embarazadas o lactantes durante todo el período de gestación o lactancia.

¹⁷ OM de 9 de abril de 1986, por la que se aprobó el Reglamento para la prevención y protección de la salud de los trabajadores por la presencia de plomo metálico y sus componentes iónicos, dictada en cumplimiento de la Directiva 82/605 CEE de 28 de julio, en su art. 6.2 establecía la obligación de separación de los puestos de trabajo con exposición al plomo para las mujeres en período de gestación y lactancia.

¹⁸ RD 53/1992, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección sanitaria contra las radiaciones ionizantes, que desarrolló reglamentariamente la Ley 25/1964 de Energía Nuclear y transpuso la Directiva 80/836 EURATOM del Consejo, de 15 de julio, establecía la prohibición de trabajo, para las mujeres gestantes o en condiciones de procrear, en puestos con posibilidad de exposición a radiación por encima de determinadas dosis, estableciendo, además, como infracción muy grave la inobservancia de los preceptos relativos a la protección de mujeres en condiciones de procrear o en periodos de embarazo o lactancia.

dicha, es la primera norma interna que hace referencia expresa a medidas de prevención durante el período de lactancia y en la que, aunque de forma aislada y genérica, se plasma el principio de adaptación del puesto de trabajo a la persona por razón de sus circunstancias biológicas. No obstante, esta norma no tuvo un desarrollo inmediato, de tal modo que, durante casi una década, hasta que se aprobó la LPRL, la dispensa de tales medidas dependía prácticamente del criterio del facultativo.¹⁹

4. La situación de lactancia en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

El panorama normativo antes descrito se remedió, en parte, por la LPRL que vino a dar respuesta no sólo a la exigencia de ordenar y actualizar la normativa de salud laboral a la nueva realidad social y política de nuestro país tras la aprobación de la Constitución de 1978 sino, también, a la necesidad de incorporar los compromisos contraídos con la OIT junto a la de armonizar y adecuar nuestra legislación al acervo comunitario sobre la materia.²⁰ En concreto, la Directiva 92/85/CEE quedó incorporada en el art. 26 LPRL, a través del cual el legislador estableció un conjunto de medidas preventivas dirigidas a la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, de parto reciente o en período de lactancia, aunque, desafortunadamente, el contenido de dicho precepto distaba mucho de ser completo, preciso y acorde con el mandato comunitario. Así, la redacción inicial del art. 26 de la LPRL no preveía la dispensa de trabajo como última medida protectora en caso de embarazo y lactancia si no resultaba posible el traslado de puesto de trabajo de la trabajadora; deficiencia transpositiva que, cuatro años más tarde, se subsanó, aunque parcialmente, a través de la LCVFL que corrigió el desajuste normativo aunque sólo respecto a la trabajadora en situación de embarazo²¹ sin hacer referencia alguna a la situación de lactancia,²² manteniéndose en la actualidad con la deficitaria regulación original de 1995. Pero, además

¹⁹ En este sentido, BALLESTER PASTOR, M. A. *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 207, considera que, mientras se produce la adaptación a la Directiva 92/85, “la única tutela de la que puede beneficiarse la mujer (...) en lactancia para obtener el traslado depende del criterio médico y del dictamen emitido al respecto para los supuestos de disminución fisiológica de la capacidad del trabajador”.

²⁰ Sobre las razones de política legislativa para la promulgación de la LPRL, vide in extenso, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. *El nuevo marco jurídico de la prevención de riesgos laborales: La Ley 31/1995, de 8 de noviembre*, Actualidad Laboral, n. 8, febrero 1996.

²¹ A tal fin, se produjo una reforma múltiple para dar cobertura a las previsiones que establece la Directiva 92/85/CEE y que afectó a una pluralidad de textos legales como el RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; el RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social o el Relegislativo 2/1995, de 7 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, entre otros.

²² El Consejo Económico y Social en su *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, aprobado en Sesión extraordinaria del Pleno de 28 de abril de 1999, ya manifestó su disconformidad señalando que “si de lo que se trata es de atender a un más preciso cumplimiento de la Directiva, debería haberse incluido la situación de riesgo para la trabajadora en situación de lactancia, que junto al embarazo, es considerada también situación de riesgo con iguales efectos por la Directiva 92/85/CEE (...). Por otra parte, dado que el riesgo para la salud en determinados puestos de trabajo puede afectar por igual a la embarazada y al feto y a la trabajadora que haya dado a luz y a la lactancia, la protección debería ser la

de ésta, sin duda la más grave, son diversas las cuestiones que plantea la regulación actual de la lactancia en sede preventiva, derivadas, unas, de la turbia redacción de la norma transpositiva y, otras, de la incorrecta recepción de la disposición comunitaria, como tendremos ocasión de comprobar.

4.1. Delimitación de la situación protegida

El art. 26. 4 LPRL – en respuesta al mandato establecido en el art. 25 LPRL²³ dispensa protección a la situación de lactancia por tratarse de una fase de la maternidad en la que la trabajadora lactante y, en especial, el recién nacido se configuran como un grupo especial de riesgo que precisa de una protección específica. De ahí que, aunque la trabajadora sea la destinataria mediata de las medidas de tutela, el hijo sea, sin duda, el principal sujeto beneficiario de la protección,²⁴ otorgándose ésta por vía indirecta al tratar de evitarse la exposición de la madre a sustancias o elementos nocivos así como a determinadas condiciones de trabajo que puedan afectar negativamente a la cantidad o calidad de la leche. Es más, la trabajadora ya queda genéricamente protegida como cualquier trabajador por la propia Ley; sin embargo, en cuanto trabajadora que se encuentra en cualquiera de las situaciones amparadas por el art. 26 LPRL – en este caso, por lactancia de su hijo –, el ordenamiento jurídico le dispensa una protección “selectiva” y “reforzada”²⁵ porque de lo que se trata es de salvaguardar su salud²⁶ y, a través de ésta, la de otra persona, el recién nacido, que exclusivamente puede ser protegida a través de su madre.

Conviene destacar, asimismo, que la protección de la salud de la madre lactante y de su hijo, principal objetivo de la norma preventiva, es lo que distingue la regulación contenida en la LPRL de la recogida en el art. 37.4 LET que regula el permiso por lactancia. Ambas normas tienen en común la tutela del valor social que representa la maternidad, sus contenidos confluyen sobre una misma situación, la lactancia, y su

misma. Esta observación se hace extensible a los demás preceptos del Anteproyecto en los que se contempla la nueva situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, en consonancia con la finalidad protectora que se persigue y, para una mejor adaptación de la normativa comunitaria. En tal sentido, debería incorporarse igualmente (...) la extensión de la protección al feto y a la lactancia”. En el mismo sentido, puede verse enmienda núm. 54 del Grupo Socialista del Congreso, BOCG Serie A, núm. 172-5, de 29 de junio de 1999, sobre la necesidad de contemplar también la suspensión de la relación laboral en el supuesto de riesgo durante la lactancia.

²³ El mencionado precepto establece la obligación genérica de “protección de (los) trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”.

²⁴ Vid. VALLE MUÑOZ, F.A. *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Ed. Colex, Madrid, 1999, pág.131.

²⁵ Calificativos utilizados por RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y PÉREZ BORREGO, G. *Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, en AA.VV. (Coordinadores, Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M.R. y Rodríguez Ramos, M.J.): *La Prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 406 y 408.

²⁶ Téngase en cuenta que aunque la trabajadora durante la lactancia se encuentra en una situación de especial sensibilidad y los posibles riesgos laborales pueden afectarle más intensamente que al resto, es el bebé el más expuesto a sufrir patologías causadas, precisamente, por el contacto de la madre con sustancias nocivas que le pueden ser transmitidas a través de la alimentación.

destinatario es el mismo, el menor; sin embargo, es la distinta finalidad perseguida por cada una de ellas la base de su diferente configuración. El precepto estatutario, por un lado, regula una medida con naturaleza de permiso laboral cuya finalidad principal es la atención alimenticia del menor y cuyo ejercicio resulta independiente de que el puesto de trabajo ocupado por la trabajadora presente riesgos incompatibles con el estado de lactancia, por otro lado, consiste, exclusivamente, en una reducción de la jornada de trabajo, frente a la pluralidad de medidas que se prevén en sede preventiva y cuya duración no puede abarcar un período superior a nueve meses frente a la indeterminación de la norma preventiva que conlleva la prolongación mientras persista el riesgo. Y, finalmente, señalar que la medida estatutaria puede ser disfrutada por ambos progenitores – de ahí que se entienda incluida en su ámbito la lactancia artificial – a diferencia de la medida prevista en la LPRL, cuya titularidad corresponde en exclusiva a la madre, única que puede ser causante de perjuicios al hijo, a través de la leche materna, por la toxicidad o insalubridad de su ambiente de trabajo.

Por tanto, tal y como hemos anunciado brevemente con anterioridad, se podría delimitar conceptualmente la situación de lactancia, a efectos del art. 26.4 LPRL, como la situación en la que se encuentra la trabajadora lactante, en la que el puesto de trabajo que desempeña, de acuerdo con el resultado de la evaluación, representa un riesgo para su salud o la del recién nacido y así lo certifica el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asiste facultativamente a la trabajadora.²⁷

Tres parecen ser, pues, las condiciones que el legislador requiere que confluayan en el supuesto de hecho para que la situación sea objeto de tutela por la norma, dos de ellas de carácter material o de fondo y la otra de carácter formal. Se precisa, en primer lugar, que la trabajadora amamante a su hijo y tal situación sea conocida por el empresario; asimismo, que el puesto de trabajo, de acuerdo con el resultado de la evaluación, represente un riesgo para la salud de la mujer o, a través de la leche materna, para el recién nacido. Exigiéndose, finalmente, la formalidad de que dicha incompatibilidad sea certificada por el médico que, en el régimen de la Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora.

4.1.1. Necesidad de que la trabajadora se encuentre encuadrada en el grupo de riesgo

La LPRL, en concreto el art. 26, exige, a efectos de dispensar la protección, que la trabajadora se halle comprendida en el grupo de riesgo o lo que es lo mismo, que la trabajadora alimente a su hijo con leche materna y no por lactancia artificial²⁸ y, además, que su empresario tenga conocimiento de tal situación.

²⁷ Cabe advertir que, a tenor de la literalidad del precepto, la norma sólo ampara a la trabajadora que amamanta a su propio hijo y no a la que lacta al de otra mujer o bien dona su leche para un lactario. En este último supuesto, cabría preguntarse si la norma cubre la situación de la trabajadora que ha dado a luz prematuramente y quiere guardar su leche para cuando su hijo esté en condiciones de tomarla.

²⁸ Según GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos*, en AA.VV. (Coord. Casas Baamonde, M.E., Palomeque López, M.C. y Valdés Dal-Ré, F): *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Ed. La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pág. 43, debe entenderse

Si la principal finalidad del art. 26 de la LPRL es la protección de la seguridad y la salud, en este caso, de la trabajadora en período de lactancia y, sobre todo, del hijo frente a los riesgos que pueda presentar el puesto de trabajo solamente la madre, a través de la leche materna, puede ser el vehículo conductor de tales peligros. Queda excluida, obviamente, la alimentación artificial a través de la cual ningún riesgo derivado del trabajo puede transmitirse al recién nacido, quedando la trabajadora protegida genéricamente y de forma equivalente a cualquier otro trabajador. Esta circunstancia conlleva que al ser la lactancia un hecho biológico que exclusivamente puede afectar a la mujer, resulta indiscutible que el sujeto destinatario de las medidas protectoras que se arbitran en los apartados 1 y 2 del el art. 26 LPRL sea la mujer trabajadora que se encuentre en dicha situación, sin que el padre, al no poder ejercer tal función y, por tanto, ni sufrir ni ser transmisor de riesgo alguno, pueda beneficiarse de ellas.²⁹ Muestra de ello es la alusión única y expresa a la madre que la norma establece en el punto primero con expresiones como “*posible repercusión sobre (...) la lactancia de las citadas trabajadoras*” y “*trabajadora afectada*”, sin hacer mención alguna a la figura paterna como destinataria de la norma, como sí menciona expresamente el art. 37.4 LET al referirse al permiso por lactancia, cuyo disfrute es de titularidad compartida al admitirse por la norma estatutaria tanto la lactancia natural como la artificial.

Sin embargo, la circunstancia de que la trabajadora amamante a su hijo es una condición necesaria pero insuficiente para que cobre virtualidad práctica el contenido de los referidos apartados del art. 26 LPRL siendo preciso el cumplimiento de un requisito adicional cuya observancia, en pro de la activación de las medidas previstas, incumbe, en principio, a la propia trabajadora, cual es la necesidad de que el empresario conozca su situación de trabajadora lactante; en caso contrario, el desconocimiento de la situación a proteger exime a aquél de cualquier responsabilidad. Al respecto, hay que advertir una disonancia entre la norma española y comunitaria en relación a la definición de “*trabajadora en situación de lactancia*”. De acuerdo con el art. 2 de la Directiva 92/85/CEE tendrá tal consideración la trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo tal comunicación un condicionante para su inclusión en el ámbito de aplicación de la norma, si bien, no fija la forma de llevarla a cabo, remitiendo tal extremo a las legislaciones o prácticas nacionales. Por su parte, el art. 26 de la LPRL no establece definición alguna quedando, en principio, indeterminada la obligación de comunicar tal situación. Esta omisión de la norma española, desde luego, no significa que la trabajadora esté exenta del deber de comunicación al empresario. Una interpretación del art. 26 de la LPRL a la luz de lo dispuesto en el art. 29.2.4 del mismo cuerpo legal nos conduce a la conclusión de que, aunque aquél no es mencionado de modo explícito, es plenamente exigible al formar parte del genérico deber de colaboración

“protegida la lactancia natural, pues el art. 26 LPRL no tiene como finalidad proteger o cuidar las relaciones materno-filiales y, a efectos de seguridad y salud laborales, un trabajador o trabajadora en período de lactancia artificial con su hijo es igual que un trabajador o trabajadora que no se hallen en ese período”.

²⁹ Sin que tal circunstancia suponga discriminación respecto al varón, como apunta GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La protección por maternidad*, cit., pág. 285, en relación a la regulación del riesgo durante el embarazo. En el mismo sentido, VALLE MUÑOZ, F.A. *La protección laboral de la maternidad...*, cit., pág. 131.

del trabajador que, en materia de prevención de riesgos laborales, le impone la Ley, debiendo colaborar con las personas responsables en materia preventiva informando, de inmediato, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe un riesgo para la salud y la seguridad. No obstante, aunque se trata de una obligación exigible jurídicamente a tenor de lo dispuesto en el apartado tercero del art. 29 de la LPRL,³⁰ en cierta medida, se encuentra condicionada a la formación recibida por la trabajadora en materia preventiva, ex art. 18 LPRL, y a la concreta información sobre los resultados de la evaluación de riesgos que debe ser proporcionada por el empresario.³¹ En cualquier caso, si la trabajadora no informa al empresario de tal situación, éste, a tenor de lo dispuesto en el art. 14.4 LPRL,³² no puede privar a ella ni a su hijo de la protección y, por tanto, tan pronto como tenga conocimiento, por cualquier medio, de la situación, deberá adoptar las medidas previstas por la Ley.

No obstante, el caso de la lactancia entraña ciertas dificultades para que el empresario pueda conocer tal situación por vías distintas a la manifestación expresa por parte de la propia trabajadora, pues, a diferencia del embarazo o parto en el que la notoriedad es suficiente para su conocimiento, la lactancia no muestra signo externo alguno. Más aún, ni tan siquiera el disfrute del permiso laboral significa, de forma fehaciente, que la trabajadora esté alimentando a su hijo de forma natural. Y a ello hay que unir, como veremos en el próximo apartado, la exigencia legal de presentación de un certificado médico sobre los efectos negativos que puede ocasionarle el desarrollo de su trabajo como requisito para activar la protección, con lo cual, indirectamente, se está exigiendo una comunicación formal de tal situación. Por ello, lo más conveniente para evitar situaciones indeseadas debiera ser que, la trabajadora, conocidos los riesgos que pueden afectarle, comunique expresamente su situación al empresario cuanto antes e incluso con anterioridad al término del permiso por maternidad, a fin de que el empresario planifique las medidas oportunas con la suficiente antelación y puedan estar dispuestas en el momento de la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo.

4.1.2. Necesidad de la existencia de riesgo potencial en el puesto de trabajo

No toda situación de lactancia de una trabajadora cae en el supuesto fáctico de la norma y da lugar al despliegue de los distintos instrumentos preventivos. Resta el

³⁰ Hay que tener en cuenta los importantes intereses en juego como son la salud y el bienestar del menor, de cuya protección es sujeto responsable el empresario y que son puestos en peligro por la trabajadora con dicho incumplimiento. Sobre la posibilidad de sancionar a la trabajadora, si bien por ocultar el estado de embarazo, NEVADO FERNÁNDEZ, M. J. *El cuidado legal...*, cit., pág. 91. Asimismo, LOUSADA AROCHENA, J. F en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Ed. Comares, Granada, 1998, pág. 161.; y PANIZO ROBLES, J.A. *Una nueva prestación de la Seguridad Social (A propósito de la Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)*, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número extra, 1999, pág. 130.

³¹ En términos semejantes si bien en relación a la situación de embarazo, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGARTUA MIRÓ, M^a T. *Las prestaciones por maternidad...*, cit., pág.103.

³² Según el cual *“las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley (...) complementaran las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento del deber en esta materia...”*.

cumplimiento de una segunda variable: sólo van a quedar incorporadas en el ámbito del art. 26 de la LPRL las trabajadoras en período de lactancia que, además, puedan sufrir en su puesto de trabajo un riesgo que repercuta negativamente en su salud o en la de su hijo. No se pretende, por tanto, proteger la salud de la trabajadora lactante frente a las posibles molestias o afecciones que dicho estado le puede ocasionar,³³ ni se pretende atender la necesidades alimenticias del recién nacido o potenciar las relaciones materno-filiales que ya son cubiertas legalmente a través del permiso por lactancia regulado en el art. 37.4 LET sino que la situación que se intenta preservar a través del art. 26 LPRL es producto de la realización de una determinada actividad, en definitiva, del ambiente laboral, no entendiéndose fuera de él. Por esta razón, los dispositivos protectores no operan automáticamente³⁴ sino que se exige la certeza o, cuanto menos, la mera posibilidad de que un riesgo laboral pueda actualizarse³⁵ perjudicando a la trabajadora y, por ende, al recién nacido. A tal fin, el apartado primero del art. 26 de la LPRL, y como punto de partida, requiere la evaluación específica de los riesgos que presenta el puesto de trabajo y cuyo resultado revelará la existencia de cuales son aquéllos que afectan a la salud de la trabajadora o la del menor, con el fin de que, a partir de esa información, dispensar los mecanismos necesarios para tratar de evitar la exposición a los mismos.

La referida evaluación constituye una evaluación adicional³⁶ que viene a unirse a la inicial y general de todas las actividades de la empresa prevista en el art. 16 de la LPRL, que incluirá el análisis de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de la trabajadora a los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan tener una influencia nociva en la misma. Es éste uno de los numerosos aspectos confusos de la regulación española respecto de la norma comunitaria, pues la imprecisión de la que adolece impide que se tenga constancia precisa no sólo de los factores que constituyen un riesgo específico y de los valores límite de exposición de las trabajadoras a los mismos sino, también, del momento para llevar a cabo tal evaluación e, incluso, surge la incertidumbre de que sea obligatoria su realización en relación a la situación de lactancia.

³³ Tales situaciones como una posible mastitis o grietas en el pezón ya quedan protegidas a través de la prestación de asistencia sanitaria y de suspensión del contrato por incapacidad temporal en el caso de que la trabajadora se viese impedida para desarrollar su actividad transitoriamente.

³⁴ Vid. RIVASVALLEJO, M. P. *Los permisos retribuidos*, cit., pág. 47.

³⁵ En este sentido la norma dispensa una protección frente a cualquier tipo de riesgo y además independientemente de su entidad y de la certeza o mera posibilidad de que el daño se produzca. Como señala SAGARDOY DE SIMÓN, I. *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 145, “el legislador ha querido proteger a la trabajadora (...) de cualquier riesgo, por mínimo que sea” no limitándose a “protegerla respecto de los riesgos efectivamente conocidos, sino también de las situaciones que puedan suponer algún riesgo; esto es, contra riesgos probables y no certeros, que finalmente pueden producirse o no”. Vid. también, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, pág. 172; MORENO GENÉ, J. y M. ROMERO BURILLO, A. *Maternidad*, cit., y *Salud Laboral*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 45; GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La protección por maternidad*, pág. 290; y MELLA MÉNDEZ, L. *Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social*, Aranzadi Social n. 21, 2000, pág. 49.

³⁶ Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J.; GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M. *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Ed. Cívitas, Madrid, 2001, pág. 229.

Esta duda sobre la obligatoriedad o no de realizar la evaluación de riesgos viene motivada precisamente por la parquedad redactora del legislador que ha omitido mencionar expresamente la situación de lactancia, al contrario que la de embarazo y parto reciente, al identificar las categorías de trabajadoras en las que es necesario proceder a la evaluación. De forma más evidente y rotunda, continúa el precepto señalando a la trabajadora y al feto como únicos posibles perjudicados por la exposición a los riesgos presentes en el puesto de trabajo, no haciendo referencia alguna al hijo recién nacido. Otra prueba más que hace dudar sobre la exigencia de la evaluación podría ser, como veremos más adelante, la necesidad de un certificado médico para acreditar la influencia negativa de las condiciones de trabajo en la trabajadora y, hacer depender de su resultado, la adopción o no de las medidas preventivas previstas. En cualquier caso, la omisión – probablemente, inconsciente – del legislador es subsanada de inmediato al obligar al empresario a adoptar las medidas necesarias si existiese “*una posible repercusión sobre (...) la lactancia de las citadas trabajadoras*”.

Respecto a los posibles factores de riesgo, hay que destacar que estamos ante una nueva deficiencia legal, que ahonda en la incompleta transposición de la norma comunitaria al no especificar a qué agentes, procedimientos o condiciones no puede estar sometida, en particular, la trabajadora embarazada o lactante ni, en su caso, en qué intensidad o dosis.³⁷ A estas alturas, todavía no han sido objeto de transposición, los Anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE³⁸ que sí determinan la primera de las cuestiones.³⁹

Por otro lado, tampoco queda claro que esta evaluación deba realizarse teniendo en cuenta tanto las situaciones previstas en el art. 26 LPRL ya actualizadas (en este caso, trabajadoras ya en período de lactancia), como, también, las que puedan producirse en un momento posterior (trabajadoras en edad fértil). La Directiva 92/85 es más clara al respecto al establecer en su art. 4.2 el deber de informar sobre los resultados de la evaluación no sólo a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia sino también a las que en un futuro “ *puedan encontrarse en una de las situaciones citadas*”, de lo que se concluye que esa obligación surgiría para el empresario con anterioridad, incluso, al conocimiento de tales situaciones. Es más,

³⁷ De gran utilidad resulta, sin duda, la Guía para la evaluación de riesgos referida en el art. 3.2 de la Directiva 92/85/CEE, que fue objeto de aprobación por la Comisión Europea mediante la Comunicación de 5 de octubre de 2000, en la que se establecen las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia.

³⁸ Recordemos que el Grupo parlamentario de Izquierda Unida presentó una enmienda, la número 13, en la que se solicitaba la inclusión de dichos Anexos en la Ley 39/1999. Ver BOCG del Congreso de los Diputados, n. 172-5, de 29 de junio de 1999. Por su parte la doctrina aporta soluciones, así, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...*, cit., pág. 172, consideran que, en tanto la transposición no se lleve a cabo, los Anexos resultan útiles a título orientativo. Mucho más lejos llega el profesor, L. E. Nores Torres, *Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Actualidad Laboral n. 16, abril 1998, pág. 306, al afirmar que “el transcurso del plazo para proceder a la transposición unido a la suficiente concreción de los Anexos permitirían el efecto directo de la Directiva en este punto”.

³⁹ El Anexo II, sección B enumera los agentes químicos (plomo y sus derivados) y las condiciones de trabajo (trabajos de minería subterráneos) cuya exposición está totalmente prohibida para la trabajadora lactante.

cuando el empresario tenga conocimiento de la situación de embarazo o de lactancia debiera proceder a una nueva evaluación en la que se tomaran en consideración las particulares condiciones personales de la trabajadora afectada a fin de conocer los “riesgos subjetivos”⁴⁰ inherentes a su puesto de trabajo que puedan afectarle en particular.⁴¹ Sin embargo, la ambigüedad de los términos en que está redactado el apartado primero del mencionado art. 26 no permite afirmar con rotundidad que la interpretación arriba expuesta sea la que se lleva a cabo en la práctica, siendo habitual que el empresario proceda a evaluar específicamente los riesgos a partir del momento en que le consta el estado de embarazo o de lactancia de la trabajadora.⁴²

Una vez que ha concluido el proceso de evaluación de un puesto de trabajo de acuerdo con el art. 26.1 de la LPRL, el paso siguiente que debe acometer el empresario es informar a la trabajadora afectada de los resultados de la evaluación y de las medidas a adoptar exigido expresamente en el art. 4.2 de la Directiva 92/85/CEE, que al deber general de información a todos los trabajadores une la obligación adicional de informar a las trabajadoras afectadas o que puedan estarlo en un futuro. A pesar de ello, el art. 26.1 de la LPRL no hace referencia expresa a tal obligación, sin embargo, por aplicación del art. 18.1 de la LPRL,⁴³ la trabajadora deberá tener conocimiento de tales extremos. Quizás el legislador consideró que la inclusión del deber de información, de nuevo, en el art. 26 LPRL hubiese sido una reiteración innecesaria al tener que interpretarse dicha disposición en su contexto normativo. No obstante, a pesar de que la obligación de informar a la trabajadora está prevista, y, por tanto, no debe calificarse propiamente como una falta de transposición de la Directiva, sí puede considerarse una insuficiencia transpositiva ya que, hubiese sido conveniente hacer constar explícitamente ese deber de información particular en los mismos términos que lo hace la norma comunitaria, no sólo para clarificar más el momento de realizar la evaluación, sino para concienciar a las trabajadoras de los riesgos que pueden afectarles en un futuro y contribuir con ello a la comunicación cuanto antes de su situación al empresario, evitando de esta forma riesgos innecesarios a sus hijos.

4.1.3. Necesidad del cumplimiento de un requisito formal para iniciar la protección. La certificación médica

Una vez concluida la evaluación de riesgos, de acuerdo con el punto primero del art. 26 LPRL, si sus resultados “*revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre (...) la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo*”. Sin embargo, a pesar de la

⁴⁰ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. *Maternidad y Salud Laboral*, cit., pág. 43.

⁴¹ En este sentido la propia Comunicación de 5 de octubre de 2000 de la Comisión Europea, establece que “*además de la evaluación general de los riesgos exigida por la Directiva Marco y por la Directiva 92/85/CEE, tras conocer que una trabajadora está embarazada se debe evaluar los riesgos específicos para esa trabajadora y adoptar las medidas necesarias para evitar toda exposición...*”.

⁴² De esta opinión MELLA MÉNDEZ, L. *Situación riesgos durante el embarazo...*, cit., pág. 49.

⁴³ De acuerdo con él “*...deberá informarse directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos*”.

dicción legal, la adopción de tales medidas, una vez actualizada la situación⁴⁴, va a estar condicionada por la presencia de un requisito adicional, de carácter formal que establezca el apartado cuarto y que unido a los anteriormente examinados completa la configuración jurídica del supuesto de hecho. Se trata de la exigencia de un certificado médico que constatare la influencia negativa de las condiciones de trabajo en la salud de la trabajadora o del hijo.

Tal certificado debe ser expedido por el facultativo que, “*en el régimen de la Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora*” y su contenido debe expresar, lógicamente, el estado de lactancia de la trabajadora junto con dicha repercusión. Tarea, en principio, difícil para el facultativo, pues si hacer constar la situación de lactancia no representa dificultad alguna, al contrario, forma parte de sus cometidos el seguimiento del estado puerperal de la trabajadora y de la evolución del recién nacido en sus primeros meses de vida, no puede decirse lo mismo de la obligación de reflejar la influencia negativa de las condiciones de trabajo sobre ellos, al tratarse, generalmente, de personal facultativo externo a la empresa sin experiencia en materia preventiva, y sin conocimientos específicos sobre evaluación de riesgos.⁴⁵ Ante la falta de previsión normativa, serán las manifestaciones de la trabajadora, basadas en la información recibida sobre el resultado de la evaluación de los riesgos, el único punto de apoyo con que contará el facultativo para emitir el certificado.

Por otra parte, la norma ha optado por una intervención médica exclusivamente pública si dar opción al facultativo de la sanidad privada que asista habitualmente a la trabajadora. La razón habría que buscarla en la mayor dosis de control que el legislador pretende introducir a través de “la seriedad y oficialidad de la apreciación médica”⁴⁶ de un facultativo de la sanidad pública.⁴⁷ De esta forma, la trabajadora que acuda a una consulta privada no tendrá más remedio que, bien renunciar al uso de la medicina privada o bien duplicar las visitas, efectuando un segundo reconocimiento por el médico de la sanidad pública, con la duplicidad de ausencias al trabajo que conlleva si el horario de visitas coincide con el laboral.⁴⁸

La necesidad de aportación de este certificado por la trabajadora requerido por el apartado cuatro del art. 26 LPRL es, quizás, uno de los puntos más conflictivos de la regulación española en materia de protección de la lactancia, no sólo por las dificultades interpretativas que entraña delimitar el alcance del precepto dada su com-

⁴⁴ La profesora RIVAS VALLEJO, M. P. *Los permisos retribuidos*, cit., pág. 47, considera que “la lactancia puede ser futura –así se contempla en el número 1 del art. 26 –, en cuyo caso el estado de la trabajadora es el de embarazo, como actual –la prevista en el número 3 (número 4, en la actualidad) del mismo artículo”.

⁴⁵ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. *La suspensión del contrato de trabajo...*, cit., pág. 32, en relación al riesgo durante el embarazo, se pregunta si el facultativo debe emitir el informe sólo a partir de las manifestaciones de la interesada, si es la empresa la que debe proporcionar cuantos elementos informativos precise el médico o bien si éste se puede personar a inspeccionar el lugar de trabajo. Ante el silencio de la norma, finaliza señalando que “la buena fe y el sentido común de todos los implicados habrán de ser ingredientes necesarios para llevar a buen término la precisión”.

⁴⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Protección de trabajadores especialmente sensibles*, cit., pág. 46.

⁴⁷ Al igual que ocurre con el informe médico exigido para proceder a la movilidad funcional en la situación de riesgo durante el embarazo o los partes de baja de la Incapacidad Temporal.

⁴⁸ Vid. RIVAS VALLEJO, M. P. *Los permisos retribuidos*, cit., p. 48.

pleja redacción sino también por su posible falta de adecuación al dictado comunitario. Dicho apartado establece literalmente que *“lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certificase el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora”*. Las dudas que surgen después de la lectura del precepto son múltiples y de toda índole, de ahí que sean varias las interpretaciones que, sobre el alcance de su contenido, se pueden extraer.

En primer lugar, cabría preguntarse si, en el contexto del referido punto cuarto, la expresión *“condiciones de trabajo”* hay que entenderla en el sentido amplio del art. 4.7 LPRL, esto es, como *“cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos...”* y, por tanto, incluidos en ella a los posibles agentes o procedimientos de trabajo, o si, por el contrario, de acuerdo con la diferenciación que realiza el apartado 1 del art. 26 quedan excluidos los agentes y procedimientos. La interpretación de dicha acepción en uno u otro sentido puede situar la exigencia del certificado dentro o fuera del marco comunitario.

Si mantenemos una interpretación restrictiva del concepto de *“condiciones de trabajo”*, la exigencia de certificación médica puede resultar un requisito que innova el mandato comunitario, mejorándolo. En tal concepto no se incluirían los agentes físicos, químicos o biológicos ni los procedimientos de trabajo a los que pudiera estar sometida la trabajadora, pues, como vimos, suelen afectar por igual a todas las trabajadoras lactantes, y de ahí que, quizás, el apartado cuarto no considere necesario certificación médica alguna que haga constar su influencia negativa pues ya ha quedado constatada en la evaluación previa. Podría resultar que el texto legal, al igual que el comunitario en relación al trabajo nocturno, exija el certificado debido a que las condiciones en que se desarrolla una determinada actividad (la organización del tiempo de trabajo, el ritmo y la intensidad del mismo o la naturaleza, duración y frecuencia de las tareas, los movimientos o posturas) pudieran no representar un riesgo, a priori, para la lactancia, sin embargo, a una trabajadora en concreto, por sus particulares características fisiológicas o personales, sí puedan influirle negativamente, provocándole determinados estados psicofísicos, como fatiga, estrés o ansiedad. Efectivamente, no todas las mujeres se ven afectadas de la misma forma, por ello, en este caso, es el facultativo que asiste a la trabajadora el que mejor conoce su estado y la influencia negativa que la conjunción de todos los factores presentes pudieran tener sobre su capacidad para amamantar a su hijo. De esta forma, podríamos concluir que el apartado cuarto vendría a ser una matización del primero, en el que se prevé una evaluación personificada, basada en el dictamen del facultativo, que confirmaría la necesidad de establecer las medidas para protegerla, resultando, desde este punto de vista, una redacción de la norma más beneficiosa.

Si, por el contrario, mantenemos la interpretación del concepto de *“condiciones de trabajo”* ex art. 4.7 LPRL, como se viene realizando,⁴⁹ debemos interpretar, a su

⁴⁹ Entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995*, cit., pág. 172.

vez, que el apartado cuarto establece la obligatoriedad del certificado médico para dar fe de la influencia negativa tanto de agentes, procedimientos como condiciones de trabajo propiamente dichas. Siendo así, es obvio que se trata de un requisito adicional que añade trabas e inconvenientes a la dispensa de las medidas previstas, condicionándola al cumplimiento de una formalidad, y, por tanto, apartándose frontalmente del mandato comunitario que, como sabemos, no contempla exigencia formal alguna para la protección de la situación de lactancia ni para las demás.⁵⁰ Pero, es más, en el propio contexto del art. 26 LPRL y en relación al riesgo durante el embarazo,⁵¹ el certificado, igualmente, supone una obligación que discrimina la tutela de una situación respecto de la otra. La norma contempla la vía de la certificación en caso de la situación de embarazo sólo para hacer constar la insuficiencia de la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y por tanto, la persistencia del riesgo, y así, habilitar a la trabajadora para solicitar el cambio de puesto de trabajo. Pero, en ningún caso, la norma precisa certificado médico para activar el primer nivel protector (la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo) ni tan siquiera para proceder a la dispensa del trabajo. Sin embargo, en el caso de la lactancia es necesario la certificación para activar todos los niveles de protección previstos.

Por otra parte, en segundo lugar, ¿significa que el despliegue de las medidas previstas debe solicitarse por la trabajadora lactante a partir de la presentación de aquél y que el empresario no está legitimado para ponerlas en marcha hasta entonces? De la literalidad de la norma así se trasluce, de manera que el sujeto legitimado para iniciar el proceso preventivo será la trabajadora a través de su propia solicitud y no el empresario que, a pesar de conocer los resultados de la evaluación y la situación de lactancia, no estaría obligado legalmente a adoptar medida alguna hasta que no se las requiriese la trabajadora mediante la presentación del certificado.

La tercera cuestión que puede plantearse es si resulta suficiente la aportación del certificado médico para desencadenar la adopción de las medidas recogidas en los apartados 1 y 2 del art. 26 LPRL independientemente de que se haya realizado la evaluación y de los resultados que la misma arroje. La duda es fruto, como ya venimos señalando, de la imprecisión y vaguedad de la redacción dada a los distintos apartados del art. 26 LPRL, en este caso al apartado primero y cuarto. Ya vimos como la norma no incluye a la trabajadora lactante entre las categorías de trabajadoras a las que se debe tener en cuenta para la realización de la evaluación de riesgos. Si, además, esta omisión se pone en relación con la literalidad del apartado cuatro que establece que lo dispuesto en los apartados 1 y 2 “*será también de aplicación al período de lactancia...*”, parece desprenderse que se está refiriendo a las medidas previstas en ellos y no a la obligación de evaluación, bastando, por tanto, la certificación de la influencia negativa de las con-

⁵⁰ Si colocamos como telón de fondo el art. 5 de la Directiva, el despliegue de las diversas medidas protectoras debe realizarse cuando los resultados de la evaluación revelen su necesidad.

⁵¹ Recordemos que, de acuerdo con el apartado 2º del art. 26 LPRL, sólo se exige certificación de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, para hacer constar la insuficiencia de la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo y, así, proceder al traslado de puesto de trabajo.

diciones de trabajo para aplicarlas. A pesar de ello, la obligatoriedad de la evaluación de riesgos, creemos, está fuera de toda duda no sólo porque la norma enmienda la omisión a renglón seguido, como ya hemos referido, sino, sobre todo, porque constituye el punto de partida del régimen de protección de la maternidad establecido tanto en el art. 26 LPRL como en la norma comunitaria. Sentada, pues, la obligatoriedad de la evaluación, ¿qué ocurre si los resultados de la misma no revelan la existencia de riesgo alguno?, ¿es suficiente la certificación médica si acredita la presencia de algún riesgo no detectado en la evaluación? Aunque se trata de una hipótesis que difícilmente se puede plantear, llegado el caso, creemos que el empresario, en virtud del mandato legal de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, contenido en el art. 14 LPRL, debe acometer, sin ningún tipo de dilación, las medidas necesarias para evitar la exposición de la trabajadora a riesgo alguno. Como hemos mencionado anteriormente, el certificado se convertiría, en este caso, en una *segunda evaluación* individualizada a las circunstancias personales de la trabajadora y, por tanto, garantista de su derecho a la protección.

Como última cuestión, se ha llegado a interpretar el apartado 4 del art. 26 LPRL, de acuerdo con su redacción dada por el texto inicial de 1995, en el sentido de que siendo obligatoria la previa evaluación de riesgos, el certificado médico sólo tendría operatividad para proceder a la movilidad funcional cuando no fuera posible la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran seguir influyendo negativamente en la salud de la mujer o del hijo⁵². Y como postura más drástica, inclusive, se ha llegado a la conclusión que la exigencia del certificado en la Ley, al no estar prevista en la Directiva, se debe tener por no puesta en atención a la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno.⁵³

A pesar de lo dicho, hemos de intentar bucear en la intencionalidad del legislador buscando los posibles motivos que le han inducido a introducir el requisito del certificado médico sin que ello suponga, tan abiertamente, una inobservancia del dictado comunitario. ¿Acaso el certificado médico responde a alguna finalidad no explicada en la Ley?

Pudiera resultar que sí. Por un lado, la de servir de instrumento idóneo para realizar una *evaluación individualizada* en la que se concreten los potenciales riesgos subjetivos a fin de complementar la evaluación propiamente dicha, al ser el facultativo que viene asistiendo a la trabajadora, probablemente desde el comienzo del embarazo, el que mejor puede conocer sus particulares circunstancias personales, y, por tanto, será quien más acertadamente pueda determinar la entidad de la repercusión de los riesgos de su puesto de trabajo. Si la intención de la norma es ésta, no vemos inconveniente en tal exigencia e, incluso, podría ser una garantía para la trabajadora en caso de que los resultados de la evaluación no revelen, a priori, algún riesgo para ella o su hijo. Y, por otro lado, la certificación médica puede aportar seguridad jurídica a ambas partes,

⁵² Vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. *Maternidad y Salud Laboral*, cit., pág. 43.

⁵³ Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F. *La protección de la salud laboral...*, cit., pág. 718.

empresario y trabajadora: al primero, al servirle de medio de prueba para tener constancia fehaciente del estado de lactancia de la trabajadora a través de un procedimiento imparcial y objetivo, y no sólo por el testimonio personal de la trabajadora, sobre todo si tenemos en cuenta que el empresario debe asumir el coste económico y organizativo de las medidas protectoras y necesitará asegurarse de tal situación; y, a la segunda, al servirle tanto para acreditar formalmente su situación ante el empresario como, también, para tener constancia del momento preciso en que se le ha comunicado la situación, con el objeto de poder solicitar las medidas de forma inmediata y poder demandar en un futuro las responsabilidades que pudieran presentarse.

No obstante, si éstas hubiesen sido las intenciones del legislador, debería haber sido mucho más explícito y haber concretado estos extremos sobre la verdadera finalidad perseguida por el certificado para tratar de evitar interpretaciones equívocas. Será, por tanto, el futuro desarrollo reglamentario el que debe revelar esa intencionalidad del legislador y, en cualquier caso, la jurisprudencia a través de sus pronunciamientos.

4.2. Medidas preventivas previstas

El legislador ha establecido un conjunto de medidas de carácter preventivo, encaminadas a evitar la exposición de la trabajadora lactante a los riesgos inherentes a su puesto de trabajo, de cuyo cumplimiento es sujeto responsable el empresario,⁵⁴ aunque, deben ser asumidas, igualmente, por la trabajadora, al estar en juego no sólo su salud sino fundamentalmente la del recién nacido.

Característica esencial, predicable de todas ellas, es su naturaleza temporal, al depender su operatividad de una circunstancia transitoria como es la lactancia, de tal forma una vez concluida dicha situación dejarán de tener sentido.

Dicho esto, la cuestión que se plantea, ante el silencio legal, es cuándo debe entenderse concluido el período de lactancia y, por tanto, hasta qué momento deben ser dispensadas las medidas. No faltan autores que consideran que la referencia obligada es el art. 37.4 LET, prolongándose la efectividad de las medidas como máximo durante el período de nueve meses establecido en aquél.⁵⁵ Sin embargo, compartimos la opinión de otro sector doctrinal que considera que el art. 26.4 LPRL no habla del período *legal* de lactancia, por lo que no debe entenderse referido a la delimitación temporal establecida en la norma estatutaria, sino que parece referirse al período *natural* de lactancia, por lo que las medidas deben dispensarse durante todo el período que la madre amamante a su hijo⁵⁶ y persista el riesgo, independientemente de su duración.⁵⁷

⁵⁴ El art. 13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera como infracción muy grave el “no observar las normas específicas en materia de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras durante los períodos de embarazo y lactancia”.

⁵⁵ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...*, cit., pág. 175.

⁵⁶ Según la Organización Mundial de la Salud se recomienda que los niños sean alimentados exclusivamente con leche materna los seis primeros meses de vida, sin ningún otro tipo de suplementos; y, a partir de esta edad, seguir la lactancia complementada con otros alimentos, hasta los dos años. Vid. *Lactancia Materna: Lo natural*, folleto informativo editado por la Generalitat Valenciana, Direcció General per a la Salut Pública de la Conselleria de Sanitat, Server de Salut Infantil, 2001.

⁵⁷ Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Protección de trabajadores especialmente sensibles...*, cit., pág. 46; GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La protección por maternidad*, cit., pág. 302; MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. *Maternidad y Salud Laboral*, cit., pág. 39; PANIZO ROBLES, J. A., *La Ley sobre conciliación...*

Por otra parte, las medidas previstas se estructuran en dos niveles de protección de los tres previstos en el art. 26 LPRL, de intensidad ascendente y subordinados entre sí, dependiendo puesta en práctica de una serie de factores relacionados con la entidad del riesgo, la capacidad organizativa de la empresa e incluso con las características personales de la trabajadora⁵⁸ y desde luego condicionadas a la presentación de la certificación médica antes analizada.

4.2.1. Primer nivel protector: la adaptación del puesto y/o del tiempo de trabajo

Según el art. 26.1 LPRL la primera medida a tomar es “*la adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada*”, incluyendo, “*cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos*” para tratar de evitar su exposición al riesgo. La generalidad de los términos legales revela las amplias y diversas posibilidades de actuación empresarial que este nivel engloba,⁵⁹ pudiendo abarcar desde las simples adaptaciones de las condiciones de trabajo (modificaciones físicas o técnicas)⁶⁰ o del tiempo de trabajo (es decir, la reducción de la duración de la jornada durante el tiempo necesario para evitar una excesiva exposición cuantitativa a los agentes generadores del riesgo o la no realización de horas extraordinarias)⁶¹ e incluso de ambos a la vez hasta la máxima alteración de alguna de ellas, como las referidas al trabajo nocturno o a turnos respecto de los cuales se prevé su no realización. Será, por tanto, la naturaleza y la entidad del riesgo a que esté expuesta la trabajadora la circunstancia de la que dependerá la elección de una medida u otra, al no precisarse el alcance de la adaptación.⁶²

En todo caso, la adaptación del tiempo de trabajo que conlleve la realización de una menor jornada no implicará una reducción de las retribuciones a la trabajadora al no poder asumir el coste de la medida preventiva por mandato del art. 14.5 LPRL⁶³ y, asimismo, podría continuar disfrutando del permiso por lactancia reconocido en la LET en el tramo de jornada de trabajo efectivo. Aunque de trata de dos derechos con el mismo titular y beneficiario e idéntico contenido, su distinta naturaleza y finalidad es la circunstancia que hace posible la compatibilidad de su disfrute, al tener, en un

cit., pág. 89; LOUSADA AROCHENA, J.F. *La protección de la salud laboral...*, cit., pág. 719; VALLE MUÑOZ, F.A. *La protección laboral de la maternidad...*, cit., pág. 138; y PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M. P. *La protección de la maternidad...*, cit., pág. 826.

⁵⁸ Vid. MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. *Maternidad y Salud Laboral*, cit., pág. 46.

⁵⁹ En este sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J. La protección por maternidad, cit., pág. 291, reconoce que la regulación del art. 26.1 de la LPRL “dice más de lo que en principio puede suponerse, pues el ámbito de actuaciones del empresario es bastante amplio”.

⁶⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, A. *La protección por maternidad*, cit., pág. 18, considera que “la norma está haciendo referencia a posibles modificaciones de orden técnico que introducidas en el puesto de trabajo puedan anular el riesgo”.

⁶¹ Así estaba previsto en la Recomendación n. 95 de la OIT, de 1952.

⁶² En esta línea, PANIZO ROBLES, J.A. *La Ley sobre conciliación de la vida familiar...*, cit., pág. 70, señala que “la adaptación puede resultar de poca entidad o puede tener un carácter sustancial”. Y, también, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...*, cit., pág. 173.

⁶³ En este sentido la STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2000. Según la profesora RIVAS VALLEJO, M. P. *Los permisos retribuidos*, cit., pág. 53, “se trataría, pues, de una nueva modalidad de reducción de jornada por lactancia equiparable a la del art. 37.4 LET, con la categoría, si se permite la expresión, de permiso”.

caso, naturaleza preventiva y siendo su objeto la protección de la salud del menor y en el otro, naturaleza estrictamente laboral y con un objetivo claramente asistencial. Finalmente, resulta preciso señalar que la exigencia de certificación médica para evitar la realización de un trabajo nocturno no supondría, en este caso, una contradicción con la Directiva 92/85, al venir aquélla exigida, asimismo, en el art. 7 de la norma comunitaria.

En cualquier caso y como apunta la doctrina, la norma debería, por un lado, precisar más el alcance de la medida y, por otro, prever ayudas públicas para facilitar dicha adaptación⁶⁴ (como así están previstas en el caso de trabajadores minusválidos),⁶⁵ en pro de salvaguardar los derechos de la trabajadora que podría verse totalmente desprotegida, sobre todo, en pequeñas y medianas empresas, si el empresario, no pudiera asumir el coste económico u organizativo que supone la medida, ni proceder a la movilidad funcional de la trabajadora.

4.2.2. Segundo y último nivel protector: el cambio de puesto de trabajo

Llegados aquí, cuando los mecanismos previstos con carácter inicial, que acabamos de analizar, no son posibles o aún habiéndose adaptado el puesto de trabajo, permanece la situación de riesgo para la salud de la trabajadora o del hijo, se activa otra medida, de mayor intensidad que el anterior, que supone el segundo nivel de protección antes mencionado. En este caso, la norma prevé un cambio de funciones de la trabajadora a fin de compatibilizar sus responsabilidades laborales con el adecuado desarrollo de su proceso de lactancia que durará hasta que su estado le permita la reincorporación a su puesto anterior o hasta el momento en que desaparezcan los riesgos de éste.

Por tanto, el legislador subordina el recurso a la movilidad funcional a la existencia de alguna de estas circunstancias: bien que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no sea posible (entendida dicha imposibilidad como imposibilidad técnica y/u objetiva o como de razonable inexigibilidad,⁶⁶ es decir, tomando como posibles motivos justificativos de la decisión empresarial la situación económica, técnica u organizativa de la empresa), o bien que dicha adaptación resulte insuficiente, de forma que las condiciones de trabajo pudieran continuar influyendo negativamente a la trabajadora o al niño a pesar de la adaptación, situación ésta no prevista por la norma comunitaria y que supone una mejora técnica de la misma.⁶⁷ A tal efecto y para

⁶⁴ Según los profesores MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. *Maternidad y Salud Laboral*, cit., pág. 49, sería aconsejable algún tipo de medidas que desde instancias públicas fomenten la adaptación de las condiciones y/o tiempo de trabajo en las empresas. Poniendo de manifiesto la conveniencia y la dificultad de las mismas, también se manifiesta la profesora BALLESTER PASTOR, M. A. y PÉREZ DEL RÍO, T. *Mujer y Salud Laboral*, cit., pág. 55.

⁶⁵ De acuerdo con el art. 12 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, las empresas y, en su defecto, el propio trabajador podrán solicitar subvenciones destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales.

⁶⁶ Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Protección de trabajadores especialmente sensibles...*, cit., pág. 45. Por su parte el profesor L. E. Nores Torres, op. cit., pág. 308, invoca el efecto directo de la Directiva 92/85 en este punto.

⁶⁷ Según MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Familia y Trabajo. El Régimen Jurídico de su armonización*, Ed. Laborum, Murcia, 2001, pág. 138, “la regulación española no se desvía de la normativa comunitaria, sino que añade un nuevo supuesto, completando así lo dispuesto por la Directiva 92/85/CEE”.

comprobar la ineficacia de la adaptación se deben volver a valorar las concretas medidas preventivas adoptadas, y ponerlas en conexión con las eventuales circunstancias subjetivas de la trabajadora lactante que puedan ser relevantes.

La pregunta que surge de forma inmediata es cómo debemos interpretar la exigencia de la certificación médica del apartado cuarto en relación a la movilidad funcional. ¿Es necesaria la presentación de un nuevo certificado para proceder al cambio de puesto de trabajo o sólo se circunscribe a algún supuesto determinado? A pesar de la ambigüedad del precepto, consideramos que, en el caso de imposibilidad de adaptación de las condiciones de trabajo, no sería necesaria certificación médica alguna al resultar inútil constatar de nuevo la influencia negativa de las condiciones de trabajo; es obvio que al no haber sido posible la adaptación del puesto de trabajo, sigue existiendo la situación de riesgo debiendo el empresario proceder a la movilidad funcional sin más. Sin embargo, si la adaptación se ha realizado pero resulta insuficiente, la propia trabajadora podrá demostrar la ineficacia de las medidas y exigir el cambio formalmente a través de un nuevo informe médico en el que se haga constar que las condiciones de su puesto de trabajo, a pesar de la adaptación, continúan generando riesgos para la situación en la que aquélla se encuentra.⁶⁸ De esta manera, esta segunda posibilidad se configuraría como una garantía adicional en beneficio de la protección de la salud de la trabajadora y del hijo que va más allá de lo previsto en la norma comunitaria y, por tanto, la exigencia de certificación, en este supuesto, no supondría una contradicción respecto de aquélla.

Respecto al contenido de la medida, el art. 26.2 LPRL, desarrollando las previsiones de cambio de puesto de trabajo establecidas en la Directiva, afronta su puesta en práctica con expresa remisión a las reglas y criterios de índole laboral contenidos en el art. 39 de la norma estatutaria en relación a la movilidad funcional. No obstante, esta institución jurídica es utilizada con diferente finalidad en la norma preventiva. Efectivamente, como medida laboral, la movilidad funcional es una facultad del empresario manifestación de su poder de dirección y organización mientras que como medida preventiva, la movilidad responde al deber de protección de la salud y la seguridad que pesa sobre el empresario y, por tanto, tiene carácter preceptivo.

De este modo, la LPRL recurre al cambio de puesto de trabajo de manera escalonada y progresiva, a través de un doble mecanismo: la llamada “movilidad funcional libre”⁶⁹ u ordinaria, como punto de partida, esto es, el cambio a otro puesto de trabajo dentro del mismo grupo profesional o, en su caso, entre categorías profesionales equivalentes, y, si ésta no fuese posible, por no existir puesto o función compatible, el apartado tercero del art. 26 establece la posibilidad de recurrir a la movilidad funcional extraordinaria ya sin el límite de grupo o categoría profesional. Es quizás esta segunda posibilidad la que plantea más problemas interpretativos pues, de nuevo, la redacción legal induce a confusión sobre si este cambio resulta para el empresario obligatorio o,

⁶⁸ A la misma conclusión, si bien respecto a la situación de riesgo durante el embarazo, llegan GORELLI HERNÁNDEZ, J. y IGARTUA MIRÓ, M. T. *Las prestaciones por maternidad...*, cit., pág.109.

⁶⁹ Expresión utilizada por PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del trabajo*, cit., pág. 816.

por el contrario, meramente potestativo al utilizar la expresión “*podrá destinarse a la trabajadora*” y, además, por no estar referenciada, de forma expresa, este tipo de movilidad en la Directiva 92/85. Pese a ello, cabe entender que el precepto comunitario, al referirse genéricamente al cambio de puesto o función, está incluyendo cualquier clase de movilidad, debiéndose considerar, además, al igual que el resto, una medida obligatoria para el empresario, que debe acometer, necesariamente, cuando la anterior no fuese posible.⁷⁰

A su vez, esta movilidad extraordinaria encierra dos posibilidades por las que puede optar el empresario, bien trasladar la trabajadora a un grupo o categoría profesional inferior o bien a un grupo o categoría profesional superior. Esta situación no está exenta de conflictividad; así, se puede plantear la hipótesis de existir dos puestos de trabajo exentos de riesgo, encuadrados en categorías distintas, inferior y superior, a las de la propia de la trabajadora, de tal modo que, la posibilidad de opción entre una u otra, depende de la exclusiva voluntad del empresario. Es por ello, por lo que debería estar más delimitada la norma,⁷¹ pues, se trata, en última instancia, de una decisión que puede tener consecuencias importantes para la trabajadora al poder afectar a sus retribuciones y a su derecho a la promoción profesional, como vemos a continuación.

Por lo que respecta a la remuneración de la trabajadora, el art. 26.2 LPRL, en su párrafo tercero, establece la garantía expresa de que la trabajadora “*conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen*”. Entendemos que se está refiriendo al supuesto de cambio a funciones inferiores y peor retribuidas, puesto que si se trata de funciones superiores y con mayor salario, aunque nada se dice en la norma, por la expresa remisión al art. 39 LET, se entiende que la trabajadora tendrá derecho a las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente realizadas, pudiendo salir beneficiada con el cambio.⁷²

Y también puede afectar, como hemos apuntado, a nivel de promoción profesional, pues, conforme al punto 4 del art. 39 de la LET, la trabajadora que durante un determinado período de tiempo haya ejercido funciones superiores a las de su grupo o su categoría profesional, puede reclamar el ascenso, o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones realizadas. No faltan, sin embargo, argumentos para negar tal derecho a la trabajadora que por razones preventivas se encuentra en la situación descrita con anterioridad.⁷³ Sin embargo, consideramos que, independien-

⁷⁰ Al respecto, LOUSADA AROCHENA, J. F. *El riesgo durante el embarazo (I)*, cit., pág. 573.

⁷¹ Como observan GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...*, cit., pág. 175, la amplitud de estas posibilidades debería venir acompañada de unas mayores garantías, que impidieran que se utilizaran estas medidas, especialmente la movilidad descendente, como mecanismos de penalización de la situación de embarazo, parto y período de lactancia.

⁷² En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995...*, cit., pág. 175, consideran que “lo contrario equivaldría a un enriquecimiento injustificado del empresario y a una vulneración de las reglas legales en materia de movilidad funcional”.

⁷³ Según MORENO GENÉ, J. y M. ROMERO BURILLO, A. *Maternidad y Salud Laboral*, cit., pág. 54, “mientras que en la movilidad funcional prevista en el art. 39 LET la decisión y su duración se debe únicamente a la voluntad del empresario, en el art. 26 LPRL la decisión y duración de la movilidad dependen de decisiones ajenas a la voluntad del empresario y, por tanto, no parece razonable que sea este último el que tenga que soportar las consecuencias derivadas de dichas medidas, lo que podría comportar el efecto de retraer la contratación de trabajo femenino”.

temente de las razones a las que obedece el cambio de puesto o función, tanto unas como otras son de naturaleza coyuntural y por tanto provisionales; además, es necesario recordar que el art. 26.2 de la LPRL remite a las reglas de la movilidad funcional que establece el art. 39 LET sin excepción alguna y, por ello, no vemos motivo suficiente para privar de un derecho legítimo a la trabajadora que, ya por razones organizativas, ya por razones preventivas, desempeña durante cierto período de tiempo – que puede superar los nueve meses en un año – unas funciones superiores a las establecidas inicialmente en su contrato de trabajo⁷⁴.

Por otro lado, entendemos que no entrarían en las previsiones del precepto las posibilidades que brinda el art. 40 LET, sobre movilidad geográfica, por la repercusión negativa añadida que tal medida entrañaría.⁷⁵ No obstante, sí sería posible la movilidad de la trabajadora fuera del centro de trabajo si ello no implicase cambio de residencia; supuesto que queda extramuros dicho precepto y se circunscribe dentro de la facultad de dirección y organización del empresario al que se refieren los arts. 5.c y 20 de la LET.⁷⁶

5. Una manifiesta insuficiencia protectora

Si como acabamos de ver, el último instrumento protector que ofrece la Ley frente a cualquier situación de riesgo de la trabajadora lactante es el cambio de puesto de trabajo o de función, cabe preguntarse, al igual que se planteaba la doctrina en relación al riesgo durante el embarazo, ¿qué ocurre con la trabajadora si su puesto de trabajo entraña riesgos para lactar a su hijo y no es posible la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo ni el traslado a otro puesto exento de riesgo? El escenario puede ser más frecuente de lo que a priori parece, dado que el tejido empresarial de nuestro país mayoritariamente se asienta en la pequeña y mediana empresa, con escasos recursos económicos y organizativos,⁷⁷ y, por tanto, sin capacidad para asumir la adaptación del puesto de trabajo y sin estructura suficiente que facilite la movilidad funcional de la trabajadora. Como sabemos, el art. 26 LPRL no regula la posibilidad de dispensar a la trabajadora de prestar servicios tras el fracaso de las anteriores medidas previstas, generándose, de esta forma, una situación de desprotección para aquella y, en consecuencia, para su hijo que se aparta del dictado comunitario, pudiendo afirmar que esta falta de respuesta normativa es el más claro atentado contra el mandato del art. 5.3 de la Directiva 92/85/CEE que representa la regulación preventiva de la maternidad en la actualidad.

Pero si esta omisión es grave en sí misma, quizás lo sea más el hecho de que el legislador sí haya previsto la dispensa del trabajo para la situación de riesgo durante el embarazo, situación para la que se prevé la posible suspensión del contrato y además,

⁷⁴ En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La protección por maternidad*, cit., pág. 301.

⁷⁵ Entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, M. J. y PÉREZ BORREGO, G. *Grupos especiales de riesgo...*, cit., pág. 425, consideran que “ello sería contrario al espíritu de protección de la mujer embarazada de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

⁷⁶ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del trabajo*, cit., pág. 946.

⁷⁷ Vid. PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del trabajo*, cit., pág. 957.

con derecho a una prestación de Seguridad Social, de acuerdo con el apartado tercero del art. 26 LPRL y el art. 134 y 135 LGSS.⁷⁸ Resulta preocupante o cuanto menos, sorprendente, que el legislador regule un régimen preventivo para dos situaciones análogas, embarazo y lactancia, y lo conciba con distinta extensión e intensidad. Bien es cierto que en la situación de embarazo, más que en la de lactancia, se producen grandes cambios fisiológicos y psicológicos en la trabajadora, resultando mucho más vulnerables a los riesgos laborales, tanto ella como el *nasciturus*; pero, en cualquier caso, no hay que olvidar, que ambas situaciones forman parte de un mismo proceso biológico, el de maternidad, que afectan a los mismos sujetos, madre e hijo, y en las que el desarrollo de una determinada actividad laboral pone en juego los mismos bienes jurídicos, como son la salud, la maternidad como valor social y en último extremo, la propia vida, y por tanto, su tutela por el ordenamiento jurídico debiera ser la misma.

Ante este deficitario panorama normativo, el problema que se plantea es mayúsculo: la trabajadora no puede continuar desempeñando su puesto de trabajo ni existe causa legal para suspenderle su contrato de trabajo. Las soluciones que en su día fueron apuntadas por la doctrina para tratar de dar respuesta a la situación de abandono y de inseguridad jurídica en la que quedaba la trabajadora en relación a la situación de riesgo durante el embarazo, pueden traerse a colación, ahora, para la situación de riesgo durante la lactancia, con los mismos argumentos jurídicos a favor y en contra que en aquél momento se arguyeron. Propuestas, unas, que trataron de hacer recaer las consecuencias económicas de la insuficiencia protectora sobre el empresario, como la aplicación del supuesto de imposibilidad de la prestación laboral por impedimentos imputables al empresario del art. 30 LET,⁷⁹ o la interrupción de la actividad por la propia trabajadora en base a la situación de riesgo grave e inminente que regula el art. 21.2 LPRL en relación al art. 44 del mismo cuerpo legal.⁸⁰ Y, otras, sobre el Estado, como la asimilación de la situación planteada a un supuesto de suspensión del contrato por incapacidad temporal por enfermedad común.⁸¹ Sin embargo, todas ellas eran soluciones forzadas que adolecían de un difícil encaje jurídico y no llegaban a colmar plenamente los intereses de las partes, empresario y trabajadora. Las primeras, porque el empresario debía continuar pagando el salario a la trabajadora a pesar de no haber

⁷⁸ Desarrollados por el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

⁷⁹ Según GORELLI HERNÁNDEZ, J. *La protección por maternidad*, cit., pág. 305 y 306, “sería posible que en los supuestos de imposibilidad de facilitar a la trabajadora otro puesto de trabajo, podrá cesar en la prestación de trabajo, siendo retribuida pese a no realizar prestación laboral alguna”.

⁸⁰ Vid. PANIZO ROBLES, J. A. *La Ley sobre conciliación de la vida familiar...*, cit. pág. 78. Al respecto, GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M. T. *Las prestaciones por maternidad...*, cit., pág. 123, la consideran una vía poco atractiva para la trabajadora y ponen de relieve las dificultades prácticas y aplicativas así como la inseguridad respecto a la respuesta que los Tribunales vayan a dar en un futuro a su utilización.

⁸¹ En este sentido, GARCÍA NINET, L. *En tomo a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (VI y Final). Protección de la maternidad* (art. 26), Tribuna Social núms. 68 y 69, 1996, pág. 7, señala esta opción ha sido la llevada a cabo en la práctica. Por su parte, LOUSADA AROCHENA, J. F. *La protección de la salud laboral...*, cit., pág. 718 estima que se debía considerar como un incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Y, NORES TORRES, L. E. *Maternidad y trabajo...*, cit., págs. 312 y 313, aboga por una aplicación analógica del art. 128.1 b) LGSS sobre los períodos de observación por enfermedad profesional y de la Orden Ministerial de 12 de mayo de 1962.

incurrido en ningún incumplimiento legal y ello podría acarrear consecuencias negativas en la contratación futura de mujeres en edad fértil; y las segundas porque no estamos ante una alteración de la salud que imposibilite la asistencia al trabajo, pues la trabajadora no se encuentra enferma sino embarazada o lactando a su hijo, y la imposibilidad para el trabajo viene dada por el riesgo que, para su estado, supone continuar prestando servicios.⁸²

En relación a la situación de lactancia se pueden esgrimir, además, otras posibles soluciones a las que parece que quiere forzar el legislador; todas ellas con más inconvenientes que ventajas para la trabajadora; la más radical apunta a la opción por la lactancia artificial del niño renunciando, por tanto, a la natural. En este caso, aunque de trata de una opción que, a priori, se circunscribe en el ámbito de lo privado o personal, sí puede llegar a tener trascendencia jurídica si tenemos en cuenta que la trabajadora, ante el vacío legal, debe tomar una decisión forzada que no sólo está coartando su libertad individual sino también los derechos del menor al verse privado de una alimentación que, según los expertos, es la más adecuada durante los primeros meses de vida. Pero si la trabajadora no quiere renunciar a la oportunidad de amamantar a su hijo, le quedan otras salidas – si bien, enmascaradas a través de medidas propiamente laborales – como la excedencia por cuidado de los hijos ex art. 46.3 LET que puede solicitarse tras agotarse el período por maternidad, o bien la reducción de la jornada laboral por guarda legal ex art. 37.5 LET aunque, en este caso, siempre que el tiempo de reducción – entre un tercio y un medio de la jornada – sea suficiente para evitar la exposición cuantitativa a los factores productores del riesgo. Medidas que, aunque evitan el peligro a la trabajadora al cesar temporalmente en su actividad laboral, de forma completa o parcial, adolecen de un inconveniente insalvable al no percibir renta salarial ni prestación social alguna, por lo que, en último término, la trabajadora está asumiendo el coste de la “medida preventiva”.

En cualquier caso, es absolutamente necesario que las instancias legislativas subsanen esta omisión de forma expresa y plasmen normativamente la protección de la situación de riesgo durante la lactancia, situándola, al menos, al mismo nivel que la de riesgo durante el embarazo,⁸³ a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica y desprotección de la trabajadora y del menor y dar correcto cumplimiento al mandato comunitario e, incluso, constitucional.

⁸² Vid. al respecto NORES TORRES, L. E. *Maternidad y trabajo...*, cit., págs. 311.

⁸³ Recordemos que el legislador español no ha sido demasiado generoso a la hora de regular la prestación por riesgo durante el embarazo, pues, además de exigir a la trabajadora un período de carencia mínimo para tener derecho al subsidio, la cuantía de éste abarca el 75% y no el 100% de la base reguladora como es el caso de la prestación por maternidad.

DIFERENÇAS DE GÊNERO E DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO*

Thereza Cristina Gosdal

Procuradora do Trabalho

Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR

Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais

I. Diferenças de gênero e trabalho da mulher – uma perspectiva histórica, sociológica e antropológica

A análise do trabalho da mulher não pode se efetivar sem consideração às relações de gênero, em razão da vinculação da mulher ao âmbito doméstico e às funções de procriação e cuidado da prole, tarefas que lhe são atribuídas por um processo de naturalização de relações sociais entre homens e mulheres.

As mudanças jurídicas relativas ao papel da mulher, em face da família e do trabalho, não são percebidos como parte de um processo mais amplo de transformações culturais, econômicas e sociais, historicamente forjadas, que é absorvido como negativo, ligado à idéia de crise na sociedade. Daí a importância de se resgatar a contribuição da sociologia e da antropologia para a compreensão do tema proposto. Segundo Juliet Mitchel é necessário que se adote uma perspectiva multidisciplinar na análise da problemática do gênero:

A recente pesquisa antropológica realizada do ponto de vista das mulheres afirma que a divisão sexual do trabalho não pode ser vista apenas em termos estritamente econômicos ou biológicos: é preciso uma teoria do gênero, que ponha em evidência as variáveis e as constantes da opressão sexual e da exploração de classe.

A divisão sexual – social do trabalho deve ser ligada [...] a dinâmicas psíquicas profundas. A psicanálise, nesse quadro, deveria mostrar como os mecanismos de autoridade e de submissão entram nas pessoas e as forjam, segundo instâncias psicoafetivas primárias. Já a pesquisa antropológica deveria, antes de mais nada, especificar o papel que tem a ideologia na formação de estruturas psíquicas de consenso à subordinação social.¹

A discriminação da mulher é uma situação complexa, que precisa ser explicada tomando-se por base os diversos níveis da realidade, o biológico-cultural, o inconsciente, o simbólico, o econômico, o histórico etc. Apresenta a peculiaridade de sobrepujar as mudanças econômicas e de se reinventar sob o capitalismo, fundada nas diferentes capacidades sexual e afetiva reconhecidas a homens e mulheres, a partir do imaginário social.

* Texto elaborado a partir de apresentação intitulada Relações de Gênero e Trabalho da Mulher, painel no seminário nacional Discriminação e o Sistema Legal Brasileiro – Comemoração Dia do Zumbi dos Palmares, realizado em 20 de novembro de 2001, no Tribunal Superior do Trabalho, e do livro *Discriminação da mulher no emprego*. Curitiba: Genesis, 2003.

¹ Apud BANDEIRA, Maria Lourdes. Divisão sexual do trabalho: práticas simbólicas e práticas sociais. In: SIQUEIRA, Deis E.; POTENGY, Gisélia; CAPPELLIN, Paola. *Relações de trabalho, relações de poder*. Brasília: UnB, 1997. p. 155-175.

Como a vida social se organiza pelas regras culturalmente elaboradas, as mudanças relativas ao trabalho da mulher refletem novos padrões nas relações de gênero. As relações de gênero têm influência na inserção da mulher no trabalho, o qual sofre a interferência das transformações que se operam na cultura, na economia, na sociedade; por outro lado o trabalho da mulher produz transformações nas relações de gênero, num relacionamento de mútua interação e implicação.

O processo de naturalização da família abrange a divisão por sexo do trabalho e dos papéis, no seu interior. Conforme pondera Eunice Durham, é próprio do senso comum a compreensão das instituições que têm uma certa estabilidade na sociedade como formas naturais de organização social, não como produtos mutáveis da atividade social.² Os papéis e atividades femininas são encarados como derivações biológicas, que não devem ser modificados. A desigualdade entre os sexos é vista como uma condição natural necessária, não como um produto da cultura e da sociedade, que pode ser modificado. Por isso, para analisarmos o trabalho da mulher, precisamos primeiro romper com a “naturalidade” do gênero, compreendendo-o como resultante de formulações socioculturais, historicamente forjadas.

Não há como se negar a existência de diferenças biológicas na constituição dos sexos. Mas é difícil delimitar as determinações biológicas quando se fala de sociedades humanas, nas quais o desenvolvimento físico e cultural sempre estiveram reciprocamente implicados. É possível, contudo, observar-se que gestação, parto e amamentação das crianças estão ligados à mulher, constituindo fatos socialmente relevantes. Além da diferença no aspecto reprodutor, há outras diferenças biológicas, tais como a força física (de todo ainda discutíveis, pois há quem diga que os níveis hormonais sofrem maior influência dos estímulos ambientais do que o contrário). Todavia, a divisão sexual do trabalho não se restringe a estes aspectos gerais. “[...] a cultura organiza, orienta, modifica, ressalta ou suprime características que possuem fundamentação biológica”.³

Os homens, diferentemente dos demais animais, têm potencialidade para interpretar e alterar sua constituição biológica e regular seu comportamento, pela utilização de formas simbólicas, especialmente pela linguagem:

As atividades e os sentimentos humanos não são diretamente organizados pela biologia, mas sim pela interação das tendências biológicas com as várias expectativas culturais específicas, esquemas e símbolos que coordenam as nossas ações, permitindo assim nossa sobrevivência. A implicação de tal argumento para a compreensão dos papéis sexuais humanos, é que diferenças biológicas entre os sexos não necessariamente precisam ter implicações sociais e comportamentais. O que é ser homem ou o que é ser mulher dependerá das interpretações biológicas associadas a cada modo cultural de vida.⁴

A ligação que se faz entre a constituição biológica da mulher e seu papel submisso, secundário e doméstico, como se observa, não é natural nem necessária, no sentido de ser inevitável e imutável. A construção socioculturalmente elaborada da

² DURHAM, Eunice. *Família e reprodução humana: perspectivas antropológicas da mulher*. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 15.

³ *Ibidem*, p. 17.

⁴ ROSALDO, Michelle; LAMPHERE, Louise. *A mulher, a cultura e a sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 22.

diversidade biológica constitui o gênero. O sistema gênero–sexo é um modo de organização da realidade social, que é dividida simbolicamente e vivenciada. Conforme considera Johan Scott, o gênero não é uma essência, mas sim a organização social da diferença sexual. Este é um conceito que já se encontra difundido nas ciências sociais, mas que é ainda pouco empregado no direito. É um conceito importante, porque incorpora a dimensão de relações de poder presente nas relações estabelecidas entre homens e mulheres:

[...] *quando hablamos del género como “categoria”, nos referimos a una imagen intelectual, a un modo de considerar y estudiar a las personas, a una herramienta analítica que nos ayuda a descubrir áreas de la historia que han sido olvidadas. Es una forma conceptual de análisis sociocultural que desafía la ceguera que la tradición há demostrado respecto al sexo.*⁵

Beauvoir, em seu *O segundo sexo*, já afirmava que não se nasce mulher, mas torna-se mulher. A existência social exige uma afinidade de gênero, exercendo enorme constrictão sobre conformidade e desvio dos padrões estabelecidos, o que faz que a mulher, de alguma maneira, participe de sua própria opressão. A mulher é educada para que sua auto-estima se construa a partir da aprovação do pai, marido, companheiro, ou dos filhos, a partir de seu papel de esposa e mãe, responsável pelo âmbito doméstico. E da mesma maneira educa seus filhos, contribuindo para a manutenção das relações de gênero tais como as conhece.

À mulher são atribuídas as características da inconsistência, instabilidade emocional, de ser mais intuitiva que inteligente, menos propensa ao raciocínio espacial e pouco assertiva.⁶ Essas diferenças não são compreendidas como construções sociais e são empregadas para caracterizar inferioridades, discurso utilizado para explicar as limitações das mulheres no campo político e profissional. Esse ideário não leva em conta que as mulheres trabalham num sistema social que não abre espaço para seus objetivos e interesses, por estar condicionado pelo processo educativo e social, o que as leva a desenvolver modos de ver, “[...] sentir e pensar que parecem mais intuitivos, pois é a sensibilidade ao outro que permite sua sobrevivência”.⁷

Há uma tendência percebida pelos antropólogos, sociólogos e historiadores, em quase todos os grupamentos humanos, de se atribuir um *status* social secundário às mulheres, em relação àquele atribuído aos homens. As atividades masculinas recebem do sistema cultural maior poder e valor, sendo reconhecidas como mais importantes, sejam elas quais forem. Este padrão é projetado para o mundo do trabalho, onde as profissões feminizadas, que guardam alguma similitude com as tarefas domésticas e com o papel da mulher na família, como enfermeiras, professoras e secretárias, são socialmente desvalorizadas e mal remuneradas. Claro que não se podem desconsiderar

⁵ BOCK, Gisela, apud PETERSEN, Áurea T. Discutindo o uso da categoria gênero e as teorias que respaldam estudos de gênero. In: ROSO, Adriane; MATTOS, Flora Bojunga; WERBA, Graziela; STREY, Marlene Neves (Org.). *Gênero por escrito: saúde, identidade e trabalho*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. p. 17-18.

⁶ Conforme aponta Marlene Neves Strey (Será o século XXI o século das mulheres? In: STREY, Marlene Neves; MATTOS, Flora Bojunga; FENSTERSEIFER, Gilda Pilchério; WERBA, Graziela (Org.). *Construções e perspectivas de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 2000).

⁷ É o que afirma Michelle Zimbalist Rosaldo (A mulher, a cultura e a sociedade: uma revisão teórica. In: ROSALDO; LAMPHERE, *A mulher...*, cit.).

outras variáveis que interferem no processo de discriminação e exclusão social, como a raça, a classe, origem sociofamiliar, a presença de doenças crônicas como a Aids ou de deficiências físicas ou mentais, dentre outras.

Nas sociedades modernas, com o surgimento da economia, do Estado e da família nuclear, organiza-se a separação entre a esfera pública e a privada. No público se encontram o econômico, o político e o sistema jurídico; na esfera privada estão a sexualidade e a afeição. A integração, ou a separação destas esferas, como princípio de organização social próprio da modernidade e sua expressão ideológica, interfere no trabalho da mulher. O espaço privado é “naturalmente” atribuído à mulher.⁸ Para que as práticas discriminatórias da mulher no trabalho possam ser eliminadas, há necessidade de superação das limitações psicológicas e de rompimento com papéis e caracteres tradicionalmente atribuídos às mulheres.

Há que se considerar ainda que a separação do público e do privado também produz a separação do espaço do trabalho, o isolamento do trabalho e o disciplinamento do trabalhador, criando a dificuldade de se conciliar a realização das tarefas domésticas e de trato dos filhos e parentes dependentes, como idosos, doentes e portadores de deficiência, com o trabalho remunerado desenvolvido fora do espaço doméstico. Mesmo as mulheres que não estão adstritas à esfera doméstica, exercendo trabalho remunerado, permanecem vinculadas às atividades domésticas e ao trato com os filhos. Essa vinculação acaba por organizar o trabalho da mulher, desde a sua formação, até sua inserção no mercado e sua carreira profissional:

[...] a permanência desse afastamento (estrutural da posição de homens e mulheres) não pode ser totalmente compreendida se se perder de vista que qualquer comparação, mesmo estatística, entre homens e mulheres está, nos seus próprios fundamentos, distorcida. [...] a família não exerce o mesmo peso ideológico e prático sobre uns e sobre outras. Exorta-se os homens ao trabalho para suprirem as necessidades da família enquanto as mulheres são culpabilizadas por desleixarem essa mesma família a troco de um salário complementar. Os homens “fazem uma carreira”, as mulheres abandonam o lar. [...] é esse o *leitmotiv* do século XX: uma educação e um trabalho para as mulheres, sim, mas sob vigilância e sob condições, com a reserva de que nenhuma consequência daí resulte para a família [...].

O que se observa atualmente é que a sociedade mantém a vinculação da mulher ao espaço doméstico, ao mesmo tempo em que produz uma reestruturação do público, em que mulheres e homens são formalmente encarados como trabalhadores iguais. A mulher assume a conhecida “dupla jornada”, tendo a seu encargo as tarefas domésticas e o cuidado dos filhos, idosos e doentes, para além do trabalho remunerado que desenvolve fora do âmbito doméstico.

Além da separação das esferas pública e privada, alguns outros fatores que contribuíram para a mudança nas estruturas familiares e no trabalho da mulher merecem ser destacados. O surgimento da propriedade privada, da produção para a troca e da sociedade de classes interfere neste processo de transformação, assim como o crescimento do setor de serviços e as duas guerras mundiais.

⁸ Ibidem, p. 16.

No século XIX inicia-se de modo mais acentuado o processo de escolarização e profissionalização das mulheres. Nesse mesmo período se evidencia a figura da mulher trabalhadora, identificando-se o trabalho feminino com certos tipos de empregos e como mão-de-obra barata. O que permite concluir que a desigualdade de remuneração para trabalho de igual valor constituiu prática discriminatória que acompanhou a inserção da mulher no mundo do trabalho. Os salários dos homens eram encarados como essenciais à subsistência da família, enquanto os das mulheres eram suplementares, aos de seus pais e maridos.

Ricardo Antunes diz que a luta feminista emancipatória é pré-capitalista, porque a opressão antecede o capitalismo; e também poderá ser pós-capitalista, porque envolve aspectos que ultrapassam a sociedade de classes.⁹

O direito está inserido nesse processo de transformações da sociedade e diretamente relacionado à construção social do trabalho da mulher, promovendo a delimitação dos espaços masculino e feminino, pelo seu papel simbólico de regulação. O direito influencia os processos de mudança social, ao mesmo tempo em que é resultado de uma construção da sociedade, interagindo com ela de uma maneira conflituosa e dialética.

Lugar de conflitos internos, o Direito esbarra assim na sua aplicação com a resistência das mentalidades, a ignorância ou o desinteresse da maioria pelo jurídico, fazendo desse domínio tão sensível, coutada dos técnicos. As relações de força masculino/feminino fazem parte de um jogo de troca, de interpenetrações entre sistema social e jurídico, no próprio âmago das contradições.¹⁰

Em relação à sociedade o direito sempre manteve uma função ambivalente, constituindo em algumas circunstâncias instrumento de conservação do *status quo*, de paralisação das demandas da sociedade, e em outros momentos, tornando-se instrumento de promoção de mudanças. Seu papel em relação ao trabalho da mulher também apresenta essa ambivalência. A interferência da legislação protetora presente na Consolidação das Leis do Trabalho reforçou o estatuto secundário da mulher trabalhadora. Já a Constituição Federal de 1988 veio estabelecer a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

As desigualdades entre homens e mulheres no trabalho podem ser vislumbradas na concentração de mulheres em empregos socialmente menos valorizados e mais mal remunerados, na sua menor qualificação (muito embora as estatísticas atuais do IBGE evidenciem uma elevação significativa da escolarização e grau de instrução da mulher), na descontinuidade de sua inserção profissional, muitas vezes interrompida quando os filhos são pequenos, na busca por empregos de tempo parcial, ou que não envolvam disponibilidade para viagens. Essa organização estrutural desigual do trabalho não é alcançada pela aplicação das leis que coíbem a discriminação de gênero, que

⁹ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Boitempo, 2001. p. 258.

¹⁰ ARNAUD-DUC, 1995. p. 97.

somente podem atingir empregos comparáveis e situações concretas. Mas se o direito ainda não tem mecanismos para combater essa forma de discriminação indireta, sutil e eficaz, ao menos pode atuar nas práticas de discriminação da mulher no trabalho que chegam ao seu conhecimento com a consciência de que se inserem em um conjunto mais amplo de organização das relações sociais.

Para que se possa compreender diferenças, é preciso primeiro considerar a igualdade. O princípio igualitário foi afirmado pela Revolução Francesa, juntamente com a fraternidade e a liberdade. Esse movimento conquistou a mera positivação da igualdade, com a sua declaração. Como princípio, a igualdade adquiriu força prescritiva, constituindo valor a ser considerado em todas as relações jurídicas.

O direito à igualdade era inicialmente considerado natural, quer dizer, a natureza assumia a tarefa de construir a igualdade. Bastava nascer homem para ser igual, estando a igualdade vinculada à cidadania. O importante era que os homens se reconhecessem juridicamente iguais. Porém, reconhecer a todos como cidadãos em abstrato é não reconhecer a ninguém como cidadão em concreto, pois somente se reconhecem ficções, não seres humanos. “*La igualdad, pues, está elaborada formalmente mediante la proclamación de la universalidad de la categoría de sujeto, toma como modelo para su elaboración los intereses parciales del ciudadano – varón – propietario*”.¹¹ O que significa que o sujeito é universalizado com padrões masculinos. As mulheres ainda não puderam valer-se plenamente da igualdade formal, porque suas vidas materiais encontram-se marcadas por especificidades de gênero.

As leis produzidas sob essa concepção da igualdade acabaram por reproduzir a situação de desigualdade, de inferioridade e discriminação da mulher, reforçando uma imagem de fragilidade com a qual se justificava a proteção especial. Não se pretende com essas considerações afastar a importância histórica das construções da igualdade formal para o direito. Não se trata de repudiá-la, mas de voltar a compreender homens e mulheres em sua concretude, com suas diferenças, trazendo-se novamente as diferenças ao campo daquilo que é publicamente relevante.

Ao analisar as desigualdades de gênero do ponto de vista jurídico, Beatriz Kohen¹² identifica uma vertente da teoria feminista que entende que o direito tem uma orientação masculina, que se evidencia em todas as suas práticas. Para essa concepção o combate à discriminação da mulher pressupõe que se torne visível o caráter masculino da lei e se desenvolva um novo enfoque jurídico feminino. Os princípios da imparcialidade, neutralidade e objetividade são princípios masculinos, destinados ao mascaramento da parcialidade do direito e do caráter masculino da lei. Uma outra vertente identificada por esta autora trabalha com a idéia de que o direito em si é masculino, porque seus conceitos parciais e universalizantes são os estabelecidos pelos homens e porque os interesses nele representados são masculinos. Conceitos da teoria jurídica tradicional, como igualdade e racionalidade, devem ser revisados a partir de

¹¹ CASTRO, Ana Rubia. *Feminismo y ciudadanía*. Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer. Estudios, 8. p. 12.

¹² KOHEN, Beatriz. El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual. In: BIRGIN, Haidée (Comp.). *El Derecho en el género y el género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000. Colección Identidad, mujer y Derecho.

uma perspectiva crítica, que demonstre a complexidade da vida social e a diversidade da vida das mulheres e de outros segmentos discriminados, recusando concepções universalizantes. Essa vertente teórica reconhece, contudo, que o direito não representa os interesses masculinos de modo uniforme, o que importaria a suposição de uma coerência e consistência interna que ele não apresenta. O direito absorve a diversidade de modo complexo, apresentando contradições internas.

Essas propostas teóricas apontadas por Kohen são interessantes para se ter como perspectiva, sobretudo em relação à alteração do simbólico estabelecido como feminilidade e masculinidade e ao processo de formação de uma identidade feminina independente. Uma efetiva mudança somente ocorrerá quando a mulher alterar a compreensão que tem de si mesma e quando se redefinirem os papéis sociais de homens e mulheres. Em se tratando de realidade pátria o caminho para essa mudança ainda é longo, sendo bastante comuns as práticas de discriminação de gênero, especialmente ligadas ao estado de gravidez, considerando-se aqui apenas o âmbito das relações de trabalho.

Para Íris Marion Young, a teoria política moderna torna-se reducionista da complexidade social e das diferenças que lhe são inerentes, ao unificar os temas políticos e valorar o que é comum. A negação da diferença está na estrutura da razão ocidental. Também para esta autora os ideais de racionalidade, cidadania e igualdade são ideais masculinos. O ideal moral da imparcialidade, por exemplo, nega a diferença, ao propor que todas as situações sejam tratadas segundo as mesmas regras, possibilitando inclusive o imperialismo cultural, ao permitir que as experiências e as perspectivas de determinados grupos privilegiados sejam apresentados como se fossem universais. Essa percepção torna-se potencializada em face do desenvolvimento dos meios de comunicação, da informática, da globalização das relações econômicas e de trabalho. O grande desafio é que as diferenças sejam entendidas como particularidade, heterogeneidade do corpo e da afetividade, pluralidade de relações lingüísticas e sociais; que sejam entendidas como diversidade, não como inferioridade.

Segundo Ana Rubia Castro¹³ outros sujeitos reclamam sua participação no âmbito público da igualdade na sociedade contemporânea, pretendendo-a não apenas jurídica, nem apenas como princípio constitucional, mas como igualdade de direitos. Muitas vezes o único meio para promover a participação de determinados grupos é reconhecer-lhes direitos especiais. Pretender a diferença em interação com a igualdade importa um sistema jurídico abstrato e geral que comporte a existência social de homens e mulheres concretos, não de sujeitos abstratos.

Conforme nos lembra Haydée Birgin¹⁴ toda identidade se estabelece por relação, motivo pelo qual sua existência pressupõe a afirmação de uma diferença. A diferença se constrói na relação com o outro, ela não é inerente ao sujeito. As exigências de alguns grupos de minorias sexuais, nacionais, religiosas ou outras tendem a se chocar com as de outros grupos, o que torna necessário o recurso a princípios mais

¹³ CASTRO, *Feminismo...*, cit.

¹⁴ BIRGIN, *El Derecho...*, cit.

gerais. As relações entre grupos se constituem como relações de poder, o que significa que cada grupo não apenas é diferente, como faz dessa diferença o fundamento para a exclusão ou subordinação daquele que identifica como outro.

Para Callejon¹⁵ a base para a igualdade laboral e privada está na igualdade no poder, devendo a mulher ocupar diretamente espaços públicos de poder para que sejam estabelecidas novas condições sociais de integração da mulher na sociedade.

Ana Rubia Castro¹⁶ propõe a formação de uma identidade feminina específica, por constituírem as mulheres um grupo composto por um sexo diferente, privado de existência no sistema social dominante. Para ela as mulheres precisam de uma simbologia própria, de uma cultura própria, em que possam se reconhecer. A mulher aprendeu a mover-se e situar-se em discursos masculinos, a utilizá-los, mas ainda não aprendeu a construir um discurso próprio.

Do debate e das propostas anteriormente relatados, o que se pode concluir é que o combate à opressão, não apenas de mulheres, mas em função de raça, religião, idade, opção sexual etc., demanda um processo de transformações mais amplo, que envolve a valorização positiva dos interesses desses grupos e a implementação de possibilidades efetivas de sua participação no poder. Também requer a transformação da divisão hierárquica do trabalho, em direção a uma situação de poder mais equilibrada e democrática, na qual o trabalhador possa ter respeitados seus direitos fundamentais, como o direito à dignidade, incompatível com a discriminação de gênero.

Para que se combata a opressão é preciso que se admita a interação real de sujeitos com distintos pontos de vista. Também é preciso reconstruir o significado do público, que deve ser reconhecido como heterogêneo, aceitando-se as diferenças. É preciso, ainda, que se construam identidades positivas para as pessoas e grupos oprimidos, uma autodefinição positiva da diferença, compreendida de maneira relacional, como produto de processos sociais.

Essa mudança de paradigma não importa desnecessidade de manutenção de mecanismos de combate à discriminação da mulher no trabalho. As situações concretas que chegam ao conhecimento do Judiciário e do Ministério Público devem encontrar uma resposta por parte desses órgãos, que seja eficaz. Também é importante a manutenção e o aperfeiçoamento da legislação a respeito da matéria.

2. A evolução legislativa trabalhista em relação à mulher e o papel dos que atuam na seara trabalhista

As mudanças relativas às concepções de gênero verificadas nas últimas décadas autorizam que se fale em uma nova condição jurídica da mulher. Essas mudanças apontam em direção a um tratamento mais igualitário entre os gêneros, o que todavia não impede a manutenção dos mecanismos de exclusão e discriminação da mulher, já que essas tendências antagônicas convivem e inserem-se na dinâmica da vida social.

¹⁵ CALLEJON, Maria Luísa Balaguer. *La realidad y el Derecho*. Universidade de Malaga. Texto não publicado.

¹⁶ CASTRO, *Feminismo...*, cit.

As mulheres representam hoje um terço da força de trabalho no mundo. Não obstante, em âmbito mundial, as mulheres recebem em média 30% menos do que os homens e 70% delas estão inseridas em atividades tradicionalmente femininas.¹⁷

A postura do direito do trabalho em relação ao trabalho da mulher sofreu uma alteração de tendência no decorrer das últimas décadas, de um caráter protetor para um caráter de promoção da igualdade, como resposta às alterações da vida econômica e social e também às pressões do movimento feminista. Isso pode ser verificado a partir das convenções e recomendações internacionais, que demonstram essa mudança de orientação a partir da década de 1950. Assim, a Convenção n. 4 proíbe o trabalho noturno da mulher nas indústrias públicas ou privadas, a não ser que a obreira desenvolvesse sua atividade onde trabalhassem apenas membros da mesma família. A Convenção n. 45, de 1935, vedava o trabalho de mulheres na parte subterrânea das minas. A Recomendação n. 4, de 1919 e a Convenção n. 13 e a n. 136 (de 1921 e 1971 respectivamente) buscavam proteger a mulher do labor em condições insalubres e perigosas; essas convenções foram sendo gradualmente revistas.

Em 1951 foi instituída a Convenção n. 100, marco representativo da mudança de postura da OIT, tratando da igualdade de remuneração para trabalho de igual valor. Em 1958 foi adotada a Convenção n. 111, que versa sobre a discriminação no emprego ou profissão, que também foi ratificada pelo Brasil. Por fim, a Convenção n. 156, adotada em 1979, representa um avanço no plano da igualdade de oportunidades, ao tratar de trabalhadores com responsabilidades familiares, sem imputar tais responsabilidades e direitos apenas à mulher trabalhadora, mas aplicando-se indistintamente ao homem com responsabilidades familiares.

Os fundamentos para a proteção especial destinada à mulher eram das mais variadas ordens, de fisiológicos vinculados à reprodução, aos biológicos (maior fragilidade física), morais (ligados à sexualidade da mulher e à conduta dela esperada, de mulher “honesta”) e familiares (voltados à preservação da estrutura familiar e manutenção da autoridade marital). Todos inseridos dentro dos papéis e funções socialmente atribuídos à mulher, na perspectiva abordada no tópico anterior.

A mudança de postura produzida também se evidencia no curso do desenvolvimento da legislação interna. Verifica-se um processo de revisão das normas de proteção da mulher, mantendo-se apenas aquelas compreendidas como necessárias, porém não mais percebidas como proteção da mulher, mas da criança e do interesse social.

O Código Civil de 1917 considerava a mulher casada relativamente incapaz, equiparando-a aos menores entre 16 e 21 anos, silvícolas e pródigos. Apenas em 1962, com o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121), as mulheres foram excluídas do rol dos relativamente incapazes. Os dispositivos consolidados na CLT representavam esse caráter inicial protetivo, constituindo na verdade proibições e não regras que efetivamente protegessem a mulher de condições de trabalho desfavoráveis. Assim, o art. 379 proíbe o trabalho noturno da mulher; o art. 387, o trabalho de mulheres em subterrâ-

¹⁷ Segundo dados apresentados por Ana Torriente, em curso sobre Discriminação no Trabalho promovido pela OIT para membros do Ministério Público do Trabalho, em Brasília, em maio de 2000.

neos, mineração, subsolos, construção civil, atividades perigosas e insalubres. Esses dispositivos foram revogados pela Lei n. 7.855, de 1989. O art. 446, revogado pela Lei n. 4.121, de 1962, presumia autorizado o trabalho da mulher casada, facultando a ela o recurso ao Judiciário em caso de oposição conjugal, prevendo ainda em seu parágrafo único a possibilidade de o marido pleitear a rescisão do contrato de trabalho da mulher, se ameaçasse os vínculos familiares, ou as “condições peculiares da mulher”.

A Constituição Federal de 1988 veio alterar a postura em relação ao trabalho da mulher e em relação à família, estabelecendo no art. 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; no art. 7º, XXX, proíbe “diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. No art. 226, § 5º, ao tratar da família, estabelece que direitos e deveres relativos à sociedade conjugal devem ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Dilata a licença-maternidade de 84 para 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, estendendo-a à trabalhadora rural, à avulsa e à doméstica.

Assegura a estabilidade provisória no emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, vedando sua dispensa arbitrária, ou sem justa causa, nesse período (art. 10, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Também prevê a licença-paternidade, de cinco dias (art. 7º, XIX, e art. 10, § 1º, do ADCT) e a assistência gratuita aos filhos e dependentes do trabalhador, desde o nascimento até os seis anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV).

O art. 376 da CLT, que restringia a realização de horas extras pelas mulheres, embora fosse contrário à Constituição Federal e não mais observado na prática, somente foi expressamente revogado em 2001, pela Lei n. 10.244. Não foi expressamente revogado o art. 390 da CLT, que veda o trabalho da mulher em atividade que demande emprego de força muscular superior a vinte quilos para trabalho contínuo e 25 quilos para o trabalho ocasional, não se compreendendo na vedação a remoção feita por instrumentos mecânicos (por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carrinhos ou aparelho mecânico). Entende-se que o art. 384 da CLT (que prevê descanso especial quando há prorrogação de jornada da mulher) atrita-se com a Constituição Federal, arts. 5º, I, e 7º, XXX.

Em 1995 a Lei n. 9.029 veio proibir e penalizar qualquer prática discriminatória, contendo vários dispositivos específicos em relação à situação da mulher. No art. 2º tipifica como crime a exigência de atestado ou exame de esterilização ou gravidez e a adoção de medida de instigação à esterilização, o que significa que um mesmo ato do empregador pode ensejar o ilícito trabalhista e o criminal, em matéria de discriminação no emprego. No art. 4º prevê a possibilidade de o empregado optar, no caso de despedida discriminatória, pela readmissão ao emprego, com o pagamento dos salários do período de afastamento, ou pelo pagamento em dobro da remuneração do período do afastamento.

Mais recentemente a Lei n. 9.799, de 1999, veio a complementar a Lei n. 9.029, de 1995, introduzindo diversos dispositivos na CLT, como a letra *a* ao art. 373, em que proíbe diversas práticas lesivas do direito à não-discriminação e à dignidade da trabalhadora, como a publicação de anúncio de emprego que mencione distinções proibi-

das e desvinculadas da natureza da atividade (sexo, cor, idade etc.); a recusa de emprego, promoção ou a dispensa com base nesses critérios; a consideração de sexo, idade, cor ou situação familiar como determinante da remuneração, formação e ascensão profissional; o impedimento de inscrição em concursos em razão de critérios infundados; a vedação de revistas íntimas. Por fim, acresceu o inciso II ao § 4º do art. 392 da CLT, para dispensar a empregada do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de seis consultas médicas e demais exames complementares, durante a gravidez.

Como se observa, a evolução da legislação no que tange à mulher tem se verificado no sentido da promoção da igualdade e do combate à discriminação. A discriminação que afeta as mulheres tem características específicas, apresentando-se sempre como um acréscimo às outras possíveis discriminações (por ser negra, portadora de deficiência, pela condição sociofamiliar etc.). As mulheres como grupo discriminado não constituem socialmente uma minoria, no sentido quantitativo do termo, mas sim no sentido do acesso ao poder, ao emprego, às oportunidades no trabalho. E a diferença em que se baseia a discriminação está revestida de um caráter “benigno”, ou seja, para romper com essa forma de discriminação é preciso romper com papéis e estereótipos de gênero que têm uma pretensa intenção protetora.

A igualdade real ainda não foi alcançada e para que isso ocorra a luta extrapola o campo do direito. Mas ao direito cabe assegurar a observância dos preceitos garantidores da não-discriminação e do direito à igualdade. É preciso combater a desigualdade de remuneração para função semelhante desempenhada por um homem; o desigual tratamento no acesso e permanência no emprego, nas oportunidades de ascensão e formação profissional e por fim o assédio sexual, pois, embora o conceito seja genérico, podendo ter como vítima tanto o homem como a mulher (sejam eles homo ou heterossexuais), ele tem por vítima muito mais freqüente a mulher, envolvendo também um caráter de dominação.

Ainda são comuns nas relações de trabalho os casos de mulheres que são despedidas em razão da gravidez, seja ao término da experiência, com a não-convalidação da experiência, seja durante o período estável, seja imediatamente após o retorno da licença-maternidade e término da estabilidade, como retaliação ou por mero receio do empregador de que engravide novamente. Ainda ocorrem casos de realização de exames de gravidez, diretamente na empresa ou por solicitação, embora a prática possa ter atualmente implicações criminais, para além das trabalhistas. Ainda há empresas que não contratam mulheres, ou as contratam apenas para setores burocráticos, não operacionais. Ainda são freqüentes as preterições de mulheres pelo empregador quando oferece possibilidades de qualificação e ascensão profissional.

Para essas situações é importante que o direito forneça uma resposta que não deixe desprotegidos aqueles que são vítimas de discriminação. Precisa coibi-las, acompanhando o desenvolvimento da sociedade e forçando os empregadores à observância do princípio da igualdade entre os sexos no que tange ao trabalho. Isso implica uma redefinição em termos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, da consciência de seus limites e responsabilidades em face da problemática do gênero e do trabalho da mulher. Implica uma atuação atenta e intensa do Ministério Público do Trabalho.

Às mudanças na lei, devem acompanhar mudanças no plano da sua aplicação, porque a dinâmica do direito se verifica na sua interpretação e aplicação cotidianas. As práticas discriminatórias que chegam ao conhecimento do Ministério Público e à apreciação do Judiciário devem ser investigadas e penalizadas, de modo a influir na alteração dos padrões sociais e garantir que não ocorram retrocessos.

Ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do disposto no art. 127 e no art. 129 da Constituição Federal e arts. 83 e 84 da Lei Complementar n. 75, de 1993, cabe investigar as práticas discriminatórias na seara trabalhista, por meio dos procedimentos investigatórios e do inquérito civil público. O inquérito civil público é instrumento instituído pelo art. 129, III, da Constituição Federal e pela Lei n. 7.347, de 1985, com finalidade investigatória e regido pelo princípio inquisitivo. É um procedimento administrativo e interno do MPT, destinado à apuração dos fatos que possam representar lesão a direito coletivo, difuso ou individual homogêneo, de natureza trabalhista.

Para que se compreenda a atuação do Ministério Público do Trabalho em matéria de discriminação, é preciso que se traga à compreensão os conceitos de preconceito e discriminação, ainda que resumidamente. O preconceito é uma atitude interior do indivíduo ou grupo, uma idéia preconcebida acerca de algo ou alguém, que pode conduzir à discriminação. A discriminação consiste em infligir a certas pessoas ou grupos um tratamento diferenciado e injusto. A discriminação sempre pressupõe uma ação, que provoca a exclusão, ou distinção, prejudicial a um indivíduo ou grupo. Em matéria trabalhista essa distinção, exclusão ou preferência estão fundadas em critérios que não têm relação com a necessidade do serviço que vai ser realizado.

A discriminação é uma conduta fundada num preconceito, não caracterizando, assim, apenas a ofensa ao direito individual, mas lesão potencial de todos os empregados que venham a se encontrar naquela determinada situação. Por isso a discriminação sempre tem caráter genérico. O empregador que hoje discrimina um negro, preterindo-o numa promoção em razão de sua cor, por exemplo, tenderá a ter o mesmo comportamento ao se deparar novamente com situação semelhante.

Nas hipóteses de discriminação os interesses tutelados são supra-individuais, ou seja, comuns a uma coletividade, exigindo uma solução homogênea para sua composição. Por isso, nesses casos há legitimidade para a atuação do Ministério Público do Trabalho.

Verificando-se nos procedimentos do Ministério Público a conduta lesiva, com elementos de prova, e não se obtendo o ajustamento da conduta pela realização do Termo de Ajuste de Conduta, incumbe ao Ministério Público do Trabalho o ajuizamento da ação correspondente. No caso da discriminação, a ação civil pública, ou a ação anulatória, quando o objeto seja cláusula discriminatória inserida em acordo ou convenção coletiva, além de eventuais medidas cautelares e outras que se façam necessárias.

Além da atuação como órgão agente, o Ministério Público do Trabalho pode atuar como órgão interveniente, emitindo parecer circunstanciado nos processos em que se discute a discriminação no emprego. Também é possível a manifestação em primeiro grau e o acompanhamento de audiências.

O combate à discriminação no emprego não interessa apenas aos empregados por ela diretamente atingidos. A pessoa que sofre a discriminação se sente atingida em sua dignidade e cidadania, mas a discriminação também traz prejuízos de ordem psicológica àquele que a pratica e de ordem econômica para a empresa e a sociedade como um todo. Ocorre uma perda econômica de não se utilizar plenamente a produtividade da mão-de-obra e não satisfazer inteiramente a procura.

Outro ponto que merece ser destacado é que, por suas características peculiares, a discriminação merece um tratamento diferenciado, seja do ponto de vista dos procedimentos do MPT, seja judicialmente, no mínimo de maior cuidado. É preciso ser repensada a distribuição do ônus da prova nesses casos. Não se pode atribuir ao empregado uma prova que lhe é impossível, sob pena de se deixar sem a tutela judicial devida a reparação da discriminação sofrida. Normalmente a discriminação ocorre de maneira sutil, não declarada. Como se prova, por exemplo, o assédio sexual, que ocorre entre assediador e assediado? Como se prova que o despedimento se deu em razão da gravidez, se normalmente isso não é dito expressamente e, quando é, certamente não ocorre na presença de testemunhas? Frequentemente a discriminação é mais presumida do que patente. A esse respeito, invoca-se a lição de Márcio Túlio Viana:

A prova da discriminação pode ser difícil. Raramente o empregador ou seu preposto irá admiti-la e, como ninguém é obrigado a dizer por que razão não contrata, bastará negar em silêncio.

Ainda assim ou por isso mesmo, a prova indiciária assume um peso maior. Em outras palavras, o juiz terá de valorizá-la bem mais do que nas situações comuns, sob pena de trair por linhas tortas o comando constitucional que garante o acesso à justiça.

[...] Cabe ao reclamante, naturalmente, demonstrar os indícios. Mas, como eles fazem presumir a prática do ato ilícito, têm o poder de inverter o ônus da prova. Terá o empregador, então, de apresentar uma justificativa qualquer para a sua recusa ou, no mínimo, demonstrar que não agiu daquele modo com intenção discriminatória.¹⁸

É preciso que todos os que atuam na matéria trabalhista estejam sensibilizados para o combate à discriminação da mulher, que o grau de conhecimento e de consciência alcançado por nossa sociedade não permite mais tolerar.

¹⁸ VIANA, Márcio Túlio. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 360-361.

MECANISMOS LEGALES DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO: UNA REVISIÓN CRÍTICA

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Universidad de Salamanca – Espanha

I. La paradoja de la tutela antidiscriminatoria: muchas normas y escasos resultados

Una de las paradojas más llamativas de la problemática relacionada con el tratamiento por parte del ordenamiento jurídico de la posición de la mujer en el mercado de trabajo se encuentra representada por la contradicción que existe entre la abundancia de normas dirigidas a asegurar el trato igualitario de la mujer respecto del varón y la persistencia de los datos que afirman que la misma se desenvuelve en el ámbito laboral en una posición de clara desventaja respecto de aquél.

En efecto, las normas dirigidas a tutelar la igualdad y no discriminación en el empleo y las condiciones de trabajo por razón de sexo son en la actualidad muy numerosas dentro del ordenamiento jurídico español. Así, si prescindimos de lo previsto por la normativa comunitaria sobre la materia y nos centramos en la de ámbito nacional, podemos mencionar los siguientes preceptos de alcance general, todos ellos dirigidos a proteger a la mujer del trato de desfavor:

A nivel constitucional

Artículo 14 CE: Proclamación del principio de igualdad ante la ley y prohibición de toda discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo.

Artículo 35 CE: Reconocimiento del derecho a una remuneración suficiente, “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

A nivel legal

Artículo 4.2.c ET: Reconocimiento del derecho de los trabajadores “a no ser discriminados para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo”.

Artículo 17.1 ET: Consideración como “nulos y sin efecto” de “los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan [...] discriminaciones favorables ó adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada o demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo”.

Artículos 22.4 y 24.2 ET: Indicación de que los “criterios de definición de las categorías y grupos” profesionales, así como “los criterios de ascenso en la empresa”, deberán acomodarse “a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”.

Artículo 28 ET: Establecimiento de la obligación del empresario de “pagar por la prestación de un trabajador de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en alguno de los elementos o condiciones de aquella”.

Naturalmente, siempre es posible decir más sobre la materia. Pero es difícil hacerlo de forma más clara y contundente que la expresada por las normas que se acaba de transcribir.

Aún así, es un lugar común afirmar que, aunque estas previsiones no están demás y se ha avanzado mucho desde su entrada en vigor en la garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y la igualdad de trato en el disfrute de las condiciones de trabajo por parte de las mujeres, los objetivos que han inspirado su incorporación al ordenamiento jurídico distan mucho de ser alcanzados.

Para tomar conciencia de hasta qué punto la afirmación que se acaba de realizar es exacta, basta con tener en cuenta que:

- Las mujeres en España tienen en la actualidad una tasa de desempleo que dobla la masculina: 15,79% frente a 7,95%. Es más, mientras la tasa de desempleo masculino es homologable en términos generales a la Europea, la femenina la duplica. Esto significa que, al menos en España, el desempleo es, esencialmente, un problema femenino.

- Las mujeres reciben en España salarios inferiores a los que obtienen por su trabajo los varones. Si se compara la ganancia salarial media de hombres y mujeres, se podrá comprobar que éstas últimas obtienen entre un 14 y un 30% menos de ingresos por hora trabajada. La cifra puede variar dependiendo de los estudios a los que se acuda o los criterios que se hayan tenido en cuenta para efectuar el cálculo, pero no así el resultado, que es siempre negativo. Es más, a diferencia del dato relativo al desempleo, este fenómeno, que recibe la denominación de “brecha salarial”, es común al conjunto de los países Europeos, en todos los cuales el promedio de lo que las mujeres obtienen por su trabajo es significativamente inferior al que corresponde a los varones.

Naturalmente, si los datos recién citados no son incorrectos, surgen inmediatamente numerosas preguntas. Entre ellas algunas tan evidentes como las siguientes: ¿por qué se sigue prefiriendo contratar hombres en vez de mujeres?, ¿por qué, cuando acceden a un empleo, las mujeres reciben peores salarios que los hombres por su trabajo?, o, en fin, ¿qué es posible hacer para revertir esta situación desde el Derecho del Trabajo, yendo más allá, naturalmente, de los mecanismos antes descritos, ya que éstos no se han mostrado capaces de conseguir por sí mismos dicho resultado?

A continuación intentaré dar mi personal respuesta a estas tres decisivas preguntas. Debo anticipar, no obstante, que la respuesta a cada una de ellas es siempre compleja, dada la variedad de factores a tener en cuenta, y también polémica, toda vez que depende de la valoración que se tenga de las causas que se sitúan en la base de las situaciones descritas.

2. ¿Por qué se contrata menos a las mujeres?

Entre las distintas explicaciones posibles de la preferencia a la hora de contratar trabajadores por los de sexo masculino, me inclino por conceder importancia a una sobre todas las demás: se opta por contratar hombres principalmente porque contratar mujeres puede resultar más oneroso para el empresario.

Esta afirmación parece contradecir lo afirmado antes en el sentido de que las mujeres perciben, en promedio, salarios inferiores a los hombres. No obstante, existen dos circunstancias diferenciales que, al menos en mi opinión, hacen más oneroso, pese a todo, contratar mujeres que hombres. Estas circunstancias son:

- El hecho diferencial de la maternidad.
- La asunción prioritaria por parte de las mujeres de las responsabilidades relacionadas con el cuidado de hijos y familiares.

Ambas son circunstancias de carácter biológico y social cuyas consecuencias vienen siendo en la actualidad soportadas esencialmente por los empresarios, en vez serlo por el conjunto de la sociedad, lo cual desalienta a estos a contratar mujeres.

Así, en el caso de la maternidad, el empresario debe soportar en la actualidad una doble carga:

- No disponer de los servicios de la trabajadora que da a luz.
- Tener que cotizar a la Seguridad Social por la trabajadora durante el período de suspensión del contrato de trabajo, a pesar de que ésta no presta servicios.

Otro tanto ocurre con el cuidado de los hijos y familiares. Desde la aprobación de la Ley 39/1999, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar, se ha dado un gran impulso a los mecanismos dirigidos a hacer posible una mejor compatibilización de ambas esferas de la existencia de las personas. La política de conciliación impulsada por esta ley, sin embargo, no ha estado dirigida a suplir las carencias existentes en materia de servicios e infraestructuras de apoyo para el cuidado de niños y personas dependientes. Antes bien, se ha centrado en la creación de una larga lista de permisos, reducciones de jornada, suspensiones contractuales y excedencias, que deben conceder los empresarios a sus trabajadores con el fin de permitirles atender dichas situaciones.

Salvo error u omisión, en la actualidad se encuentran previstos por la legislación vigente diez supuestos de este tipo. Estos son los siguientes:

Artículo 37.3.f ET: Permiso para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación para el parto.

Artículo 37.4 ET: Permiso por lactancia.

Artículo 37.4 bis ET: Permiso por mantenimiento de la hospitalización de los hijos con posterioridad al parto.

Artículo 37.5 ET: Reducción de jornada por guarda de menores de seis años o minusválidos.

Artículo 37.5 ET: Reducción de jornada por cuidado de familiares.

Artículo 45.1.d ET: Suspensión del contrato por maternidad.

Artículo 45.1.d ET: Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

Artículo 45.1.d ET: Suspensión del contrato por adopción o acogimiento de menores de 6 meses.

Artículo 46.3 ET: Excedencia por cuidado de hijos naturales, adoptivos o menores acogidos.

Artículo 46.3 ET: Excedencia por cuidado de familiares.

Naturalmente, con la sola excepción del riesgo durante el embarazo y la maternidad (en el período obligatorio posparto), ninguna de estas facilidades está prevista de forma exclusiva para las mujeres. Por el contrario, a todos ellos pueden acceder en condiciones de igualdad los hombres y las mujeres. Sin embargo, en la práctica los permisos, reducciones de jornadas, suspensiones y excedencias son solicitados casi de forma exclusiva por las mujeres, bien porque éstas siguen asumiendo al interior de las familias el grueso de las responsabilidades familiares, o bien porque, en caso de tener que decidirse por la continuidad en el trabajo de uno de los cónyuges, se suele optar por la del varón.

Lo anterior conduce a pesar que, pese a los buenos propósitos que, de seguro, inspiró la introducción de esta amplia gama de situaciones especiales, ésta ha contribuido, más a facilitar el mantenimiento del rol tradicionalmente subordinado de las mujeres que a liberarlas de él. Y, en consecuencia, más a penalizar el empleo de éstas que a fomentarlo.

Los empresarios y las mujeres lo saben. Los empresarios saben que, sólo si contratan mujeres, se tendrán que enfrentar con estas situaciones que merman su disponibilidad sobre el trabajador, en tanto que, si contratan hombres, no. Y las mujeres son conscientes de que, si desean salir adelante en sus carreras profesionales, deben olvidarse de recurrir a esta clase de medidas.

Naturalmente, mientras las cosas sigan siendo así, no será fácil que las mujeres puedan colocarse más. Salvo que opten por no tener hijos o que tengan la fortuna de contar con la ayuda de familiares o con recursos económicos para servirse del trabajo doméstico para atender a sus hijos y familiares, claro está.

De lo anterior se desprende la necesidad de dos tipos de medidas:

- Avanzar hacia la supresión de la cotización empresarial a la Seguridad Social durante el período de maternidad, haciendo que ese coste sea asumido por la sociedad en su conjunto y no solamente por el empresario.

- Desarrollar una amplia red pública de servicios de apoyo al cuidado de niños y personas dependientes, que libere a las mujeres la obligación social de atender directamente estas necesidades y convierta a los permisos, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias a conceder por los empresarios en una posibilidad más y no en la única forma de conciliar la atención de las necesidades familiares con la vida laboral.

En la actualidad se ha dado algún paso en la primera de dichas direcciones. El Programa de Fomento del Empleo para el año 2004, incluido en la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, prevé que los contratos de trabajo de las mujeres que sean suspendidos por maternidad y por excedencia por cuidado de hijos dan derecho a una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer

al trabajo, siempre que ésta se produzca dentro de los dos años siguientes a la reincorporación. Esto supone que, aunque la obligación empresarial de cotizar a la Seguridad Social se mantiene durante la suspensión, se bonifica la posterior reincorporación de la trabajadora tras el período de suspensión o excedencia.

Lo que ha progresado poco son los servicios de apoyo al cuidado de niños y personas mayores dependientes. Es cierto que se ha avanzado en la provisión de servicios educativos para los niños mayores de tres años. Las carencias siguen siendo importantísimas, sin embargo, tratándose de los menores de tres años y mayores dependientes.

Para concluir este apartado conviene destacar también la inclusión, dentro del citado Programa de Fomento del Empleo para el año 2004, de medidas dirigidas a fomentar económicamente la contratación de mujeres. Estas medidas, cuya presencia puede contribuir a mejorar la predisposición empresarial a recurrir a trabajadores del sexo femenino, se articulan en torno a dos supuestos:

- Contratación de mujeres desempleadas entre 16 y 45 años, caso en el que concede al empleador una bonificación de la cuota a abonar a la Seguridad Social del 25% durante dos años.
- Contratación de mujeres desempleadas durante los 24 meses siguientes al parto, supuesto en el que la citada bonificación alcanza al 100% durante un año.

3. ¿Por qué las mujeres reciben salarios inferiores a los de los hombres?

Expuesto lo anterior, podemos pasar a analizar el segundo de los problemas apuntados: ¿por qué existe una “brecha salarial” entre el trabajo de los hombres y de las mujeres?

La explicación de ese enojoso diferencial retributivo puede apoyarse en la confluencia de hasta tres factores de distinta naturaleza:

- Las mujeres tienen una tasa de temporalidad en el empleo y de trabajo a tiempo parcial superiores a los hombres. En concreto, 34,5% frente a 29,8% de tasa de temporalidad; y 80% frente a 20%, en cuanto al índice de trabajo a tiempo parcial. Y es bien sabido que los salarios de los trabajadores eventuales, lo mismo que los de los trabajadores a tiempo parcial, son inferiores a los de los trabajadores fijos o a tiempo completo.

- El trabajo de las mujeres se concentra en determinadas ocupaciones, caracterizadas por su inferior retribución. Los datos provenientes de la Encuesta de Población Activa revelan que en los últimos años se viene produciendo una polarización del empleo femenino, con arreglo a la cual, mientras una minoría de mujeres ocupa empleos cada vez más cualificados, la gran mayoría de ellas trabaja en labores de escasa cualificación. Es así como, en tanto que solamente un 7% de las mujeres accede a puestos de dirección en las empresas, más del 75% de ellas labora en ocho ocupaciones, todas ellas del sector servicios: comercio al por menor, enfermería, enseñanza, servicios a empresas, administración pública, servicio doméstico, hostelería y servicios personales. Esto supone que las mujeres hoy en día desarrollan mayoritariamente oficios que reproducen, en el ámbito profesional, las tareas que realizan en el hogar. Es

decir, las mujeres trabajan en España mayoritariamente como limpiadoras, cocineras, enfermeras, cuidadoras de personas mayores, enfermos y discapacitados, cuidadoras de niños en guarderías, empleadas de hogar, dependientas de comercio, etc. Esto es lo que se conoce como “segregación ocupacional” de la mujer y en ella encontramos, en buena medida, la explicación de la tantas veces aludida brecha salarial, ya que todas estas ocupaciones son por lo general peor remuneradas debido a que se sitúan en la cola de la jerarquía salarial, bien porque son poco cualificadas, o bien, precisamente, porque son realizadas por mujeres.

Esto último nos conduce al tercer y último factor de explicación:

- Actualmente existen todavía sistemas de clasificación profesional y de valoración de puestos de trabajo, en su mayoría heredados de las viejas ordenanzas laborales del franquismo, que encubren discriminaciones por razón de sexo, bien porque valoran más positivamente determinados atributos o competencias más propios de los varones, como por ejemplo el esfuerzo físico, o bien porque valoran menos los puestos en los que existe una concentración de mujeres.

De este diagnóstico es fácil deducir que la superación de los desniveles salariales que padecen las mujeres requiere de un “cóctel” de medidas bastante amplio, dentro del cual la mejora de los niveles de formación de las mujeres tiene, sin lugar a dudas, un papel estelar.

Dentro de este amplio espectro de medidas, me concentraré en aquellas que, a mi criterio, pueden ser adoptadas desde el propio Derecho del Trabajo.

En este ámbito, lo primero que habría que hacer es tratar de revertir la elevada tasa de temporalidad del empleo femenino. Para ello, convendría empezar por adoptar medidas más resueltas de lucha contra el abuso en la contratación temporal. Una reforma del régimen de los contratos temporales del artículo 15 ET, que limite de forma más clara y decidida su uso, o la introducción de cautelas frente a ciertas prácticas abusivas, como el encadenamiento de contratos, son, en este ámbito, una necesidad urgente. Estas medidas servirían para complementar la política de fomento de la contratación de mujeres mediante la bonificación de las cuotas empresariales actualmente en marcha. Una política que, como es evidente, sólo bonifica los contratos por tiempo indefinido.

Un segundo y decisivo terreno sobre el que habría que tratar de operar es el de la segregación ocupacional. Aquí seguramente es donde resulta más difícil actuar con medidas específicamente laborales. Pensar en cuotas o en preferencias para la contratación no es fácil, aunque habría que plantearse un debate sobre la cuestión. Entre tanto, sólo contamos con una medida específica en este ámbito: las bonificaciones a la contratación estable de mujeres desempleadas en sectores en los que existe un menor índice de empleo femenino. Estas bonificaciones alcanzan al 35% durante dos años de vigencia del contrato con carácter general, o al 70% el primer año y el 60% el segundo, si además la mujer lleva inscrita en la oficina de empleo al menos seis meses o es mayor de 45 años.

Finalmente, un tercer y no por ello menos importante frente a considerar es el de la lucha contra el sexismo en el diseño de los sistemas de clasificación profesional y

la valoración de los puestos de trabajo. Aquí es preciso reconocer que se ha avanzado bastante en la supresión en los convenios colectivos de referencias gramaticales al sexo a la hora de formular las categorías profesionales (del tipo de las de “limpiadoras” y “limpiadores”). En la negociación colectiva subsisten, sin embargo, supuestos más ocultos y sibilinos de discriminación retributiva basados en el sexo, que deberían ser igualmente proscritos.

Para tomar conciencia de cómo operan este tipo de cláusulas discriminatorias, quizá convenga hacer referencia, a modo de ejemplo, a un conocido supuesto de discriminación indirecta para cuyo desenmascaramiento fue preciso llegar hasta el propio Tribunal Constitucional, que se encargó de resolverlo a través de su Sentencia número 58/1994. En este caso, el debate giraba en tono a la licitud de la atribución de un mayor complemento de “calidad y cantidad” de trabajo a ciertas categorías de trabajadores, compuestas mayoritariamente por hombres, frente a otras categorías integradas preferentemente por mujeres, en función de su diferente ubicación en la cadena de producción (mientras las mujeres ocupaban las líneas de producción, los hombres las alimentaban; mientras las mujeres clasificaban y ordenaban los pedidos, los hombres los embalaban y cargaban). Para resolver la controversia, el alto tribunal partió de entender que la diferencia observada entre las retribuciones abonadas a ambas categorías no podía fundarse en la diferencia de tareas en sí misma, sino en el mayor valor del trabajo realizado por las categorías masculinizadas. De este modo, el máximo intérprete de la Constitución procedió a recoger la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas conforme a la cual el principio de no discriminación se aplica no sólo a los trabajos iguales, sino también a los trabajos de igual valor.

Naturalmente, dicho lo anterior, el problema pasaba a ser cómo medir el valor del trabajo. Para el Tribunal Constitucional, dicha valorización debe hacerse en base a criterios neutros, que no supongan una hipervaloración de características o aptitudes propias de uno de los sexos frente a las del otro. Como es evidente, esto excluía de plano la posibilidad de tener en cuenta como criterio de valoración el mayor esfuerzo físico, salvo en casos excepcionales (cuando el esfuerzo físico constituye un factor absolutamente determinante para el desarrollo de las tareas o cuando se lo tiene en cuenta junto con otros factores neutros). Nada de esto ocurriría, sin embargo, en el caso analizado, en el que el esfuerzo físico no era en sí mismo determinante y sin embargo era el motivo alejado para la distinción. Por ello, se llegó a la conclusión de que la diferenciación de categorías enmascaraba en realidad una infravaloración de los trabajos de igual valor que eran desarrollados por las mujeres.

Para avanzar con carácter general en esta indispensable dirección es necesario insistir en la necesidad de que los convenios colectivos adopten criterios objetivos de valoración de los puestos de trabajo, basados en una evaluación neutra de sus componentes desde la perspectiva del género. Esto supone que no deben sobre valorarse las competencias tradicionalmente consideradas como prototípicas del trabajo masculino, mientras se obvia tener en cuenta aquellas que se entienden innatas en las mujeres. A ello podría contribuir también la eliminación de ciertos complementos salariales de los cuales la mujer tiene menos posibilidades de beneficiarse, como ocurre por ejem-

plo con los complementos por antigüedad o por disponibilidad horaria, sustituyéndolos por otros que se relacionen de forma directa con la competencia y la productividad de quien trabaja.

4. Consideraciones finales

Lo hasta aquí expresado no pretende negar que los avances dados en las últimas dos décadas en cuanto a la integración de la mujer en el mercado de trabajo han sido muy importantes y abren una perspectiva de futuro esperanzadora.

A pesar de ello, tampoco puede ocultarse a nadie que queda aún un largo camino por recorrer hasta lograr una auténtica equiparación laboral de la mujer respecto del varón. Ello se debe en gran parte, como se ha puesto de manifiesto, a la existencia de hábitos sociales muy arraigados que favorecen el rol subalterno de la mujer. Pero también al hecho de que, como igualmente se ha podido poner de manifiesto, el sistema legal no sólo no contribuye a acabar con dicha situación sino que añade a los anteriores nuevos factores que hacen más difícil dicha equiparación, en vez de crear condiciones para favorecerla. De allí la importancia de asumir una perspectiva integral a la hora de enfocar el sentido de la intervención legislativa en este ámbito y de apuntar a la introducción de medidas complementarias que contribuyan a aligerar la presión que desde el conjunto de la sociedad se ejerce sobre la mujer para que esta atienda de forma simultánea obligaciones de carácter laboral y familiar.

Referencias bibliográficas

Para la preparación de la presente intervención han servido de eficaz complemento de la bibliografía jurídica disponible los informes del CES titulados *La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres* y *Segundo informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*, los cuales fueron aprobados en sus Sesiones de 22 de octubre y 10 de diciembre de 2003, respectivamente. Datos de singular importancia han sido extraídos, igualmente, de diversos números del *Boletín Panorama Sociolaboral de la Mujer en España*, elaborado por el Área de Estudios y Análisis del CES, y especialmente de su edición 34, dedicada a los cambios ocurridos en el patrón ocupacional de las mujeres entre 1994 y 2003. Las referencias a este fenómeno en la prensa diaria son, por lo demás, abundantes. Pueden citarse, por su especial interés, el artículo de Vicente Castelló publicado en la página 2 de la edición para la Comunidad Valenciana del *Diario El País* del 8 de marzo de 2003, titulado “En qué trabajan las mujeres”, o el informe elaborado por Soledad Alcaide y aparecido en la página 38 de la edición del *Diario El País* de 29 de febrero de 2004, bajo el título de “La encrucijada del trabajo femenino”. Finalmente, especialmente agudas en cuanto a los posibles efectos contraproducentes sobre la situación laboral de las mujeres de las medidas de compatibilización de la vida laboral y familiar son las reflexiones de María

José Nevado Fernández, contenidas en el estudio “El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social)”, publicado en los números 105 y 106 de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*.

