

NOTAS SOBRE LA EVOLUCION RECIENTE DE LA NORMATIVA  
ANTIDISCRIMINATORIA: una perspectiva internacional.

María Fernanda Fernández López  
Universidad de Sevilla

1.-- La prohibición de discriminación en el marco internacional.

La prohibición de discriminación es una aportación externa al derecho de la UE Proviene de textos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 16 diciembre 1966 ; El pacto internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y culturales. 16 diciembre 1966 ; El Convenio número 111 OIT (al que se debe primordialmente

(conceptualmente). el concepto que se maneja) de 25 de junio de 1958 <sup>1</sup>. El Convenio para la eliminación todas las formas de discriminación contra la mujer (18 diciembre 1979)<sup>2</sup>; El convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965<sup>3</sup>;

---

**Artículo 1** 1. A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) 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; b) 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, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. 3. A los efectos de este Convenio, los términos "empleo" y "ocupación" incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo. 1. A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) 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; b) 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, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. 3. A los efectos de este Convenio, los términos "empleo" y "ocupación" incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

<sup>2</sup> **Artículo 1** A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará 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.

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará 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.

<sup>3</sup> **Artículo 1** 1. En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública." 2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones,

En el ámbito europeo: Convenio Europeo para la Defensa de los Derechos Humanos<sup>4</sup>; Carta Social Europea<sup>5</sup>. Y, sobre todo, las Cartas Comunitarias de derechos de los ciudadanos y de Derechos Sociales, de diversa suerte jurídica y hoy incorporadas a la Parte II del Proyecto de Tratado que instituye una Constitución Europea<sup>6</sup>

---

exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos. 3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular. 4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

<sup>4</sup> **Artículo 14. Prohibición de discriminación.** El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

<sup>5</sup> No tiene una proclamación general del derecho a la igualdad, pero sí declaraciones parciales en relación con determinados colectivos (mujeres, discapacitados, arts. 8 y 15

**Artículo 8. Derecho de las trabajadoras a protección.** Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a protección, las partes contratantes se comprometen: A regular el trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales. B) A prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre. C) A prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre. D) A regular el trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales.

**Artículo 15. Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social** Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las partes contratantes se comprometen: A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas. 2.- A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.

## <sup>6</sup> CAPITULO III IGUALDAD.

### **Artículo II- 20 Igualdad ante la ley.**

Todas las personas son iguales ante la ley.

### **Artículo II.-21 No discriminación.**

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

En todas ellas se trata de conceptos mutuamente relacionados, pero con un alcance diferente, que permite señalar como base fundamental su carácter evolutivo (han tenido una noción a) que se ha ido desarrollando hasta b) y que puede seguir desarrollándose)

Por ello: es un claro voluntarismo tratar de exponer un concepto de discriminación o de igualdad, si con ello se quiere decir que equivale a concepto teórico inmutable, fuera del cual una cosa puede ser otra distinta. Partiendo de esta limitación, más que distinguir – como es usual—entre Tratados por razón de su origen es mejor diferenciar los Tratados en razón de la opción teórica por la que se decantan, a la vista de la interrelación mutua de que se hablado.

A)) en su concepción original , el punto de partida es la Declaración Universal de Derechos Humanos: igualdad equivalía a igualdad en el disfrute de derechos, de los derechos reconocidos en el Tratado de que se hablase, fundamentalmente se trata de una tutela frente a la desigualdad en la ley, en que la discriminación constituye sólo una forma añadida de protección en este goce igual de derechos. Es el caso sobre todo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2) , y, en el plano europeo, del Convenio para la Protección de Derechos del Hombre, art. 14 (en adelante, CEDH). Y es el caso de los Pactos de las Naciones Unidas ambos de 1966.

B) El punto de inflexión clave lo constituye el Convenio 111 de la OIT, sobre prohibición de todas las formas de discriminación en el empleo (1958), art. 1, por varios motivos:

- i. El primero, que se refiere a la discriminación con un concepto propio, en que no existe referencia a la igualdad en o ante la ley. Probablemente ello se deba a que se trata de elaborar una noción en el ámbito de una relación privada, predominantemente, como es la propia del empleo.
- ii. El segundo, que elabora una noción descriptiva de la discriminación, sin darla por sabida: es toda “exclusión, distinción o preferencia”, que tenga un determinado efecto: “anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación”, sin que se entienda incluida en la noción la toma en consideración de “distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado”
- iii. El tercero, que la noción de discriminación se genera cuando los comportamientos descritos tengan como fundamento una serie de motivos enunciados en el Convenio (“raza, color, sexo, religión, opinión

---

2.Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

#### **Artículo II-22 Diversidad cultural, religiosa y lingüística.**

La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

#### **Artículo II-23 Igualdad entre hombres y mujeres.**

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 en favor del sexo menos representado.

política, ascendencia nacional u origen social”) , sea cual sea el propósito de quien la pone en práctica, incluso sin voluntad discriminatoria (se centra la definición en el resultado) .

C) los Tratados posteriores al Convenio 111 no siempre acogen la noción que éste da, por ello por ejemplo, los Pactos de la ONU son reconducibles a la noción originaria de la Declaración. Pero algunos se hacen eco de ella, incluso en el contexto de las Naciones Unidas: es el señalado caso de sus Convenios para eliminación de la discriminación racial (1965) y de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Y hasta cierto punto, es también el caso de la Carta Social Europea (1961), que no contiene una declaración general sobre la igualdad o la prohibición de discriminación, pero que claramente se reconduce a la noción real de discriminación en la medida en que contiene normas de tutela de determinados colectivos tradicionalmente discriminados, como las mujeres o los discapacitados. (arts. 8 y 15).

La elaboración conceptual no ha cesado en el marco de las organizaciones que han elaborado estos Tratados, en particular de aquellas que han previsto formas efectivas jurisdiccionales de tutela de los derechos que reconocen. Por lo que ahora nos importa, merece ser destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), que en sucesivas resoluciones ha matizado y perfeccionado la definición inicial, si bien sin separarse de la aproximación formal que se contiene en el CEDH. Esta jurisprudencia es especialmente importante entre nosotros, si se tiene en cuenta que el TEDH es un referente clásico del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), y el propio Proyecto de Tratado de la Constitución Europea no duda en remitir a la interpretación del TEDH para la interpretación de sus preceptos en lo que hace a los derechos fundamentales coincidentes. 67.

El punto de partida de esta jurisprudencia del TEDH se centra en la idea de que el art. 14 carece de sentido propio –“la garantía enunciada por este artículo (el 14 CEDH) no tiene...existencia independiente en el sentido de que se refiere únicamente, en los términos de esta disposición, a “los derechos y libertades reconocidos en el...Convenio”<sup>7</sup>, y constituye más bien un mecanismo para completar el reconocimiento de derechos contenido en los restantes preceptos, de tal modo que conductas que, considerados éstos aisladamente, no constituirían violaciones de su contenido, pueden considerarse contrarias al TEDH interpretando el precepto de que se trate en combinación con el art. 14 CEDH. El mandato de goce igual es, pues, una cota imprescindible en el régimen jurídico de los derechos del Convenio. En palabras del TEDH el art. 14 CEDH juega «un papel importante de complemento de las otras disposiciones del Convenio y de los Protocolos, puesto que protege a los individuos, colocados en situaciones análogas, contra toda discriminación en el goce de los derechos enunciados en esas otras disposiciones», por eso, cuando el Tribunal ha constado una violación separada de una cláusula normativa de la Convención, invocada ante él a la vez como tal y conjuntamente con el art. 14 no es preciso examinar este último aspecto, si bien “muy otra es la situación si una desigualdad de trato del derecho en causa constituye un aspecto fundamental del litigio”<sup>8</sup> . Más concretamente, el TEDH

---

<sup>7</sup> Sentencia Rekveny/Hungría, de 20 de mayo de 1999, .

<sup>8</sup> Sentencia Chassagnou y otros/Francia, 29 abril 1999, FJ 89, que a su vez remite a la dictada en el caso Dudgeon/Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, FJ 67). En el mismo sentido, Sentencias Mazurek/Francia, de 1 de febrero de 2000, FJ 46; Hoffmann/Austria, 23 junio 1993, FJ 31; Karlheinz Schmidt/Alemania, 18 julio 1994, FJ 24.

admite la posibilidad de que pueda existir una vulneración autónoma del art. 14, pero, incluso admitido esto, se descarta la posibilidad de aplicación al margen de alguno de los restantes preceptos del CEDH<sup>9</sup>

Con este límite, sostiene el Tribunal que no toda desigualdad es discriminatoria; al contrario, los Estados gozan de una libertad de apreciación que les permite apreciar la existencia de situaciones diferentes que requieren un trato diferente, de este modo, sólo existirá discriminación cuando la desigualdad “carece de justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo o cuando no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”<sup>10</sup>. De ese modo, las causas de discriminación expresamente enunciadas en el art. 14 CEDH no poseen una virtualidad limitativa de toda otra causa de diferenciación irrazonable. Al contrario, la lista es abierta al menos en dos sentidos: en cuanto a la posibilidad de que se incluyan otras causas no previstas inicialmente<sup>11</sup>; y en cuanto a la propia interpretación que se haya de dar a las causas que sí se han previsto<sup>12</sup> a la luz de la evolución del marco social y legislativo nacional e internacional.

---

<sup>9</sup> « 29. La Cour rappelle que l'article 14 de la Convention complète les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Il n'a pas d'existence indépendante, puisqu'il vaut uniquement pour « la jouissance des droits et libertés » qu'elles garantissent. Certes, il peut entrer en jeu même sans un manquement à leurs exigences, et dans cette mesure, il possède une portée autonome, mais il ne saurait trouver à s'appliquer si les faits du litige ne tombent pas sous l'empire de l'une au moins desdites clauses (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Van Raalte c. Pays-Bas* du 21 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, p. 184, § 33, et *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, n° 28369/95, CEDH 2000-X, § 34) ». Asunto Palau Martínez/Francia, 16 diciembre de 2003.

<sup>10</sup> Sentencia Chassagnou cit., FJ 91. Para un caso de discriminación que lo es por desproporcionada, pese a perseguirse un fin legítimo, ver Sentencia Palau Martínez/Francia, de 16 de diciembre de 2003. Siendo legítima la finalidad de protección de la infancia, “ 42. La Cour relève tout d'abord que, dans son arrêt, la cour d'appel n'énonça, dans les deux paragraphes précités, que des généralités relatives aux témoins de Jéhovah. Elle note l'absence de tout élément concret et direct démontrant l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne de ses deux enfants et notamment la mention, qui, selon le Gouvernement, figurerait dans l'arrêt de la cour d'appel, du fait que la requérante emmène ses enfants avec elle lorsqu'elle tente de propager sa foi. Dans ce cadre, la Cour ne saurait se contenter du constat fait par la cour d'appel lorsqu'elle a relevé que la requérante « ne dénie pas son appartenance aux Témoins de Jéhovah pas plus que le fait que les deux enfants recevaient auprès d'elle une éducation conforme aux pratiques de cette religion ». Elle constate également que la cour d'appel n'a pas cru devoir accéder à la demande de la requérante de faire procéder à une enquête sociale, pratique courante en matière de garde d'enfants ; or celle-ci aurait sans doute permis de réunir des éléments concrets sur la vie des enfants avec l'un et l'autre de leurs parents, et sur les incidences éventuelles de la pratique religieuse de leur mère sur leur vie et sur leur éducation, pendant les années où ils avaient vécu avec elle après le départ de leur père. La Cour estime dès lors qu'en l'espèce la cour d'appel s'est prononcée *in abstracto* et en fonction de considérations de caractère général, sans établir de lien entre les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et leur intérêt réel. Cette motivation, bien que pertinente, n'apparaît pas suffisante aux yeux de la Cour. »

<sup>11</sup> En la propia Sentencia Chassagnou, la diferenciación estimada ilegítima se funda en la dimensión de los terrenos de los que resultan ser propietarios los agricultores a efectos de aplicación de límites para gestión eficiente de recursos cinegéticos (párrafo 985: “en la medida en que la diferencia de tratamiento operada entre los grandes y los pequeños propietarios tiene como consecuencia reservar solamente a los primeros la facultad de afectar su terreno a un uso conforme a su elección...constituye una discriminación fundada sobre la fortuna “focnière” en el sentido del art. 14” del CEDH. En el caso Larkos/Chipre, de 18 de febrero de 1999, no se estima legítima la diferencia de trato entre arrendatarios de locales de propiedad estatal y de locales de propiedad privada.

<sup>12</sup> En el caso Inze/Austria, de 28 de octubre de 1987, en cuanto al régimen jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio, es preciso evaluar la evolución al respecto del derecho de los países miembros y del ordenamiento internacional, FJ 41: “La Cour rappelle à ce propos que la Convention est un instrument vivant, à interpréter à la

Como recuerda el TEDH, « el Convenio es un instrumento vivo, que se ha de interpretar a la luz de las condiciones actuales », en que evolucionan los ordenamientos de los Estados miembros, y el propio ordenamiento internacional. Esta flexibilidad conceptual ha producido la necesaria adaptación de una noción vinculada a la sociedad que se toma como punto de referencia con la evolución de esa misma sociedad. En algún momento, además, pudo apreciarse un desglose en la apreciación de la “fuerza” de los razonamientos o los motivos alegados por los Estados para justificar las diferencias de trato, de modo que la argumentación —que es siempre exigible en virtud de la doctrina que se acaba de citar—había de ser especialmente “fuerte” cuando se apreciase una potencial discriminación por alguna de las causas expresamente enunciadas<sup>13</sup>. Estas afirmaciones judiciales, sin embargo, no se han confirmado en una jurisprudencia que ha considerado discriminatorias las conductas más dispares.

## 2.- La discriminación en el marco legislativo de la Unión europea

El punto de partida remonta, como es sabido, a 1957, al art. 119 del Tratado de Roma, en la medida en que garantiza la igualdad salarial entre hombres y mujeres que desarrollen el mismo trabajo. Y sabido es también cómo el limitado texto inicial es superado por una tarea de jurisprudencia y legislación derivada que ha llegado a alterar seriamente las bases normativas del Tratado, generando una verdadera política transversal anticipatoria de desarrollos futuros. La discriminación por razón de sexo ha sido el vehículo que ha servido de cauce para estos avances, y de hecho continúa

---

lumière des conditions actuelles (voir notamment l'arrêt Johnston et autres du 18 décembre 1986, série A n° 112, p. 25, § 53). Or les Etats membres du Conseil de l'Europe attachent de nos jours de l'importance à l'égalité, en matière de droits de caractère civil, entre enfants issus du mariage et enfants nés hors mariage. En témoigne la Convention européenne de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, qui lie présentement neuf d'entre eux. La République d'Autriche l'a ratifiée le 28 mai 1980, avec une réserve étrangère aux faits de la cause (paragraphe 21 ci-dessus). Seules donc de très fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali précité, série A n° 94, p. 38, § 78) ».

<sup>13</sup> Por todas, resulta especialmente sintomático el razonamiento en la Sentencia Sindicato Nacional de Policía/Bélgica, 27 octubre 1975, FJ 46-47: “46. Toute inégalité ne constitue pourtant pas une discrimination. Dans son arrêt précité, la Cour a déclaré que “malgré le libellé très général de sa version française (‘sans distinction aucune’), l’article 14 (art. 14) n’interdit pas toute distinction de traitement dans l’exercice des droits et libertés reconnus”. Soucieuse de dégager “les critères qui permettent de déterminer si une distinction de traitement donnée (...) contrevient ou non à l’article 14 (art. 14)”, elle a retenu “que l’égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable”, “l’existence d’une pareille justification” devant “s’apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques”. La Cour a précisé en outre qu’“une distinction de traitement dans l’exercice d’un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime: l’article 14 (art. 14) est également violé lorsqu’il est clairement établi qu’il n’existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé” (ibidem, p. 34, par. 10). 47. Il incombe à la Cour de rechercher si les différences de traitement litigieuses revêtent un tel caractère discriminatoire. En procédant à cet examen, elle “ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes”, lesquelles “demeurent libres de choisir les mesures qu’elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention”; “le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention” (ibidem, p. 35, par. 10) ». La generosidad formalmente abierta en la Sentencia anterior se endurece, sin embargo, cuando se enfrenta el Tribunal a alguna de las causas de discriminación expresamente previstas en el CEDH. Este endurecimiento del control se hace patente, por ejemplo, en la Sentencia Abdulaziz, Cabales y Balkandali/Reino Unido, de 28 de mayo de 1985: “74. Au sujet de la discrimination sexuelle alléguée, nul ne conteste que les règles de 1980 permettaient plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu’à une femme dans la même situation d’obtenir, pour son conjoint non national, l’autorisation d’entrer ou rester dans le pays à demeure (paragraphe 23-25 ci-dessus). Le débat se concentre sur le point de savoir si cette distinction avait une justification objective et raisonnable...78.-... Or quant au problème en jeu, on peut relever que la progression vers l’égalité des sexes constitue aujourd’hui un objectif important des Etats membres du Conseil de l’Europe. Partant, seules des raisons très fortes pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur le sexe ». Un argumento « muy fuerte » que en el caso el Gobierno Británico no da, de ahí la estimación de las demandas por este concreto motivo.

siéndolo, en la medida en que las recientes Directivas 43 y 78/2000, al referirse a la discriminación en relación con otras numerosas causas, remiten la tutela y hasta las bases mismas del concepto a las elaboraciones previas realizadas por el legislador y la jurisprudencia comunitarios. Por eso ha de destacarse desde ahora que, aunque la enunciación de los rasgos conceptuales de discriminación y sus figuras conexas se trate de elaborar con alcance general, la inmensa mayoría de las normas y las resoluciones judiciales citadas se fundan en la discriminación por razón de sexo, que sigue siendo la pauta orientativa en este contexto.

### 2.1.-El concepto de discriminación. La discriminación directa

La normativa comunitaria derivada, y aún la jurisprudencia dictada en su aplicación, no suelen hacer referencia a otras fuentes internacionales de referencia que no sean el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, no se ha limitado el Tribunal de Justicia a reproducir las tesis del Tribunal de Estrasburgo, sino que ha ido más allá en una línea que recuerda más fielmente a las aportaciones del Convenio 111 de la OIT.

Curiosamente, y a pesar de la importancia que han tenido en la evolución del concepto de discriminación a escala comunitaria, las Directivas más clásicas no han contenido un concepto de discriminación. Al contrario, en todas ellas se parte de una noción de discriminación que, en cierta medida, se tiene por sabida, para prohibirla. La preocupación predominante de estas normas, en un principio, se concentra más en determinar y puntualizar el alcance de sus reglas en relación con elementos accesorios a la prohibición: tipo de sujetos protegidos<sup>14</sup>; ámbito de las relaciones jurídicas en que se produce la prohibición<sup>15</sup>; en fin, causa de la discriminación y fórmulas de protección frente a ella<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Es lo que sucede, por ejemplo, en la Directiva 97/96, que reforma la anterior Directiva 86/378 dando nueva redacción a su art. 3: «Artículo 3.-La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores autónomos, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario, y a las personas que busquen empleo, a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos, así como a los derechohabientes de dichos trabajadores, de conformidad con la legislación o a las prácticas nacionales.», por supuesto, esto es lo que sucedía también en la anterior redacción.

<sup>15</sup> Así el art. 2 de la directiva 378/86 “1. Se consideran regímenes profesionales de seguridad social los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, encuadrados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama industrial o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa. 2. La presente Directiva no se aplicará: a) a los contratos individuales; b) a los regímenes de un solo miembro; c) en el caso de trabajadores por cuenta ajena, a los contratos de seguro en los que no participe el empresario; d) a las disposiciones opcionales de los regímenes profesionales que se ofrezcan individualmente a los participantes con el fin de garantizarles: - bien sea prestaciones complementarias - bien la elección de la fecha inicial de percepción de las prestaciones normales, o la elección entre varias prestaciones En parecido sentido se decanta el nuevo art. 2 redactado por la Directiva 97/96 citada: “**Artículo 1.** La Directiva 86/378 quedará modificada como sigue: 1) El artículo 2 se sustituirá por el texto siguiente: «Artículo 2 1. Se consideran "regímenes profesionales de seguridad social" los regímenes no regulados por la Directiva 79/7, cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa. 2. La presente Directiva no se aplicará: a) a los contratos individuales de los trabajadores autónomos; b) a los regímenes de los trabajadores autónomos de un solo miembro; c) en el caso de trabajadores por cuenta ajena, a los contratos de seguro en los que no participe el empresario; d) a las disposiciones opcionales de los regímenes profesionales que se ofrezcan individualmente a los participantes con el fin de garantizarles: - bien prestaciones complementarias, - bien la elección de la fecha inicial de percepción de las prestaciones normales de los trabajadores autónomos, o la elección entre varias

A la vista de la doctrina del TJCE, las Directivas 43 y 78/2000 aportan una noción comunitaria de discriminación en el marco del derecho derivado, que se articula sobre la base de distinguir entre dos clases de discriminación: directa e indirecta. La directa existirá “*cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados*” en el propio texto de la Directiva, entre ellos el sexo. Se trata sin duda de un apreciable intento de definición y síntesis, pero queda frustrado en cuanto no recoge la riqueza de matices que se desprende de la jurisprudencia del TJCE en el que sin duda este precepto encuentra su directo antecedente.

En efecto una precisión inicial debe hacerse en relación con el tipo de comportamiento que se prohíbe: la Directiva citada centra la definición en la diferenciación de trato, sin embargo ésta no siempre es necesaria, pues a veces basta con un tratamiento desfavorable de un determinado sujeto sin que exista término de comparación. Las Sentencias relativas a la protección de la trabajadora embarazada son una muestra de esta peculiaridad interpretativa. Así, STJCE 53/2003, de 27 de febrero, estima que “**39...**si el empresario toma en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, se produce una discriminación directa por razón de sexo”, en la misma línea de la doctrina sentada en Sentencias anteriores que la propia Sentencia enuncia: sentencia **Dekker** (8 noviembre 1990): 1) Un empresario viola directamente el principio de igualdad de trato enunciado en el apartado 1 del artículo 2 y en el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 febrero 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada y que tienen su origen en normas promulgadas por las autoridades públicas en materia de incapacidad laboral que asimilan la incapacidad para ejercer una actividad por causa de maternidad a la incapacidad para ejercer una actividad por causa de enfermedad. 2) La circunstancia de que ningún candidato del sexo masculino se haya presentado al puesto de trabajo que se debía proveer no puede modificar la respuesta que se ha dado a la primera cuestión”. Razonamiento éste con el que queda descartada la relevancia del elemento comparativo, como se ratifica en la Sentencia Jimenez Melgar, de 4 octubre 2001 “**46...**como han señalado tanto el Abogado General...como la Comisión, en determinadas circunstancias, el hecho de no renovar un contrato de duración determinada puede considerarse una negativa de contratación. Pues bien, según jurisprudencia reiterada, una negativa de contratación de una trabajadora, considerada por lo demás apta para ejercer la actividad de que se trate, debido a su embarazo constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la directiva 76/207...Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si la falta de renovación de un contrato de trabajo, cuando éste forma parte de una sucesión de contratos de duración determinada, ha estado efectivamente motivada por el embarazo de la trabajadora.”

---

prestaciones; e) a los regímenes profesionales en la medida en que las prestaciones se financien a partir de las contribuciones abonadas por los trabajadores con carácter voluntario”.

<sup>16</sup> Es el notorio caso de las Directivas 43 y 78/2000, de las que se hablará en otras intervenciones de este seminario.



En principio, el tratamiento peyorativo puede consistir en la privación de un derecho, en su reducción o en su no reconocimiento, en la amplia casuística de la jurisprudencia del TJCE. No existe demasiado formalismo a la hora de delimitar el supuesto de hecho, ni se exige la pertenencia previa del derecho o una determinada naturaleza jurídica del acto discriminatorio. A estos efectos, despido puede ser equivalente a no contratación; la noción de “salario” a estos efectos es enormemente flexible; y el trato discriminatorio puede consistir en el no reconocimiento de un derecho que no se poseía ni se había generado un derecho ineludible a poseerlo. Incluso, que el empresario podía discrecionalmente conceder o no. La aparición de un motivo discriminatorio genera la prohibición, convirtiendo en obligado lo que en otras circunstancias podría ser discrecional y no concederse legítimamente. Ciertamente, la evolución del derecho derivado ha sido crucial a estos efectos, en especial por lo que hace a las Directivas de 1975 y 1976 y a sus generosas definiciones de salario, empleo y condiciones de trabajo.

En estricta conexión con lo que se acaba de decir –y con la noción de discriminación elaborada en el seno de la OIT— el tratamiento discriminatorio lo es por el efecto que causa, por sus consecuencias de desconocimiento del derecho del sujeto discriminado. No es relevante la intención que persiguiera el sujeto discriminador: puede tener motivos incluso admisibles y razonados –como sucede, por ejemplo, en el caso Tele Danmark, en que por razón del embarazo la trabajadora no iba a poder prestar sus servicios en la actividad contratada–, y puede incluso no conocer siquiera la concurrencia del motivo de la discriminación, exceso éste vinculado a la protección de la mujer embarazada de dudosa extensión a otros casos<sup>17</sup> pero que en todo caso descarta la posibilidad de que el empresario pueda alegar su error en la contratación motivado por la concurrencia de esta circunstancia en la trabajadora .

Otro rasgo, aunque no afirmado expresamente, es la vinculación entre la discriminación prohibida y alguna de las causas enunciadas como tales en los Tratados o en el derecho derivado. Probablemente por el principio de atribución, y la subsidiariedad obligada de la intervención comunitaria que de él se deriva, no se admite la posibilidad de que se aprecien otras causas de discriminación no listadas, como se desprende con toda contundencia del razonamiento de la sentencia Grant y la orientación sexual como nueva causa de discriminación, Sentencia 17 febrero 1998, que, a la luz del marco internacional en relación con la orientación sexual como causa de discriminación<sup>18</sup>,

---

<sup>17</sup> (Sentencia Busch, 27 de febrero de 2003, fallo: “1 El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207... 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una trabajadora que, con el consentimiento de su empresario, desea reincorporarse a su puesto de trabajo antes de finalizar su permiso parental para crianza, esté obligada a informar a éste de su embarazo cuando, a causa de determinadas prohibiciones legales de trabajo, no pueda ejercer algunas de sus funciones”. En el mismo sentido, Sentencia Tele Danmark, cit., Fallo: “1) Los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 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, y 10 de la Directiva 92/85..., 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 (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), deben interpretarse en el sentido de que se oponen al despido de una trabajadora por causa de embarazo: -cuando esta última fue contratada por un período determinado, -no informó a su empresario de su embarazo, a pesar de que ya lo conocía en el momento en que se celebró el contrato de trabajo, -y, debido a dicho estado, no va a poder trabajar durante una parte significativa de la duración de dicho contrato.”

<sup>18</sup> “43.-Sin embargo, la señora Grant estima que, al igual que ciertas disposiciones de Derecho nacional o de Convenios internacionales, las disposiciones comunitarias en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres

concluye afirmando que : “una observación de este tipo, que además no parece reflejar la interpretación generalmente admitida hoy día del concepto de discriminación por razón de sexo que figura en diferentes instrumentos internacionales en materia de protección de los derechos fundamentales, no puede, en cualquier caso, llevar al Tribunal de Justicia a ampliar el alcance del artículo 119 del Tratado. En tales circunstancias, el alcance de este artículo, como el de toda disposición de Derecho comunitario, sólo puede determinarse teniendo en cuenta su tenor literal y su objetivo, así como el lugar que ocupa en el sistema del Tratado y el contexto jurídico en el que se integra dicha disposición. Pues bien, de las consideraciones expuestas resulta que, en su estado actual, el Derecho comunitario no se aplica a una discriminación basada en la orientación sexual, como la que es objeto del litigio principal (FJ 47)”. Y ello aunque, como reconoce en el siguiente fundamento jurídico, el propio ordenamiento comunitario se encuentra en fase de transformación en el sentido que propugna la demandante.

Lo anterior no obstante, es posible la interpretación amplia de los elementos que forman parte del concepto. Y eso ha sucedido en relación con las causas de discriminación que el TJCE ha manejado, como la nacionalidad, o el sexo, admitiendo como supuestos de discriminación por este motivo a circunstancias no exactamente reconducibles a las originariamente contempladas en el Tratado. El tratamiento de la transexualidad, equiparada al sexo a efectos de discriminación es una muestra perfecta de lo dicho. Así, siguiendo la estela de la Sentencia P contra S, se afirma en la Sentencia de 7 enero 2004 caso K.B. (fallo): “El artículo 141 TCE se opone, en principio, a una legislación contraria al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que impide que una pareja como K. B. y R. cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro. Incumbe al juez nacional comprobar si, en un caso como el del litigio principal, una persona en la situación de K. B. puede invocar el artículo 141 CE para que se le reconozca el derecho a que su compañero pueda disfrutar de una pensión de supervivencia”.

El concepto amplio de “sexo” que se manejó en P contra S –Sentencia de 30 de abril de 1996—es, por lo tanto, una muestra de esta tendencia de ampliación “**16.**-Hay que señalar...que, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «se entiende usualmente por "transexuales" aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equívoca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología. Los transexuales operados forman, por consiguiente, un grupo bien determinado y definible» (Sentencia Rees, de 17 octubre 1986, serie A, volumen 106, apartado 38). Motivo por el que “**20...**el ámbito de

---

deben interpretarse en el sentido de que abarcan las discriminaciones basadas en la orientación sexual. A este respecto, la demandante en el litigio principal hace referencia especialmente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 (Recueil des traités des Nations Unies, vol. 999, pg. 171), en el que, según el Comité de Derechos Humanos establecido de conformidad con su artículo 28, el concepto de «sexo» se refiere también a las preferencias sexuales (Comunicación núm. 488/1992, Toonen c. Australia, opiniones aprobadas el 31 de marzo de 1994 en el 50.º período de sesiones, apartado 8.7).

**44.**-Sobre este extremo, procede recordar que dicho Pacto figura entre los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta para la aplicación de principios generales del Derecho comunitario (véanse, por ejemplo, las Sentencias de 18 octubre 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. pg. 3283, apartado 31, y de 18 octubre 1990, Dzodzi, asuntos acumulados C-297/88 y C-197/89, Rec. pg. I-3763, apartado 68”).

aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado”.

Como quiera que sea, ha de tenerse en cuenta que, en estos supuestos ampliatorios, el TJCE tiende a vincularse con la interpretación dada por el TEDH en la aplicación del carácter evolutivo del CEDH. Este seguimiento y la falta de jurisprudencia al respecto del TEDH es lo que explica, probablemente, que en el caso Grant se desestimara lo que se admitió en P contra S y en K.B.

Incluso, en esta línea de ampliación de la noción de sexo a efectos de discriminación, el TJCE llega a pronunciamientos discutibles en esencia, que generan cierta bilateralidad de la prohibición de discriminación, originándose una jurisprudencia del “varón discriminado” que, iniciada en el caso Barber (Sentencia 17 mayo 1990), alcanza otra de sus manifestaciones más llamativas en la jurisprudencia Kalanke (Sentencia 17 octubre 1995) y las numerosas que se han derivado de ella.

Finalmente, la discriminación directa puede ser abierta, en la medida en que no se desfigura ni el resultado desfavorable ni el criterio que ha servido para alcanzarlo, pero puede ser también oculta, y lo será cada vez más, a medida que el perfeccionamiento de los medios técnicos de lucha contra la discriminación vaya exigiendo una mayor sofisticación en las medidas en que consiste la conducta prohibida. Por citar un ejemplo tomado de la jurisprudencia constitucional española: STC 145/91, de 1 de julio, en ella se trataba de un Convenio con una tabla salarial en que el “personal de limpieza” tenía un sueldo inferior al de los “peones”, a pesar de realizar trabajos idénticos. La discriminación es directa, pues la medida peyorativa es perceptible sin necesidad de mecanismos comparativos complejos, lo que sucede es que —como por lo demás sucede con demasiada frecuencia en nuestra negociación colectiva— la causa de la discriminación, el género de los trabajadores, ha pasado a un segundo plano, ocultándose tras una terminología neutra. Este tipo de discriminaciones es más difícil de detectar, obviamente, pero la dificultad añadida no cambia su verdadera naturaleza.

## 2.2.- Las discriminaciones indirectas.

Su introducción en la doctrina del TJCE fue bastante más dificultosa que lo fue la de la discriminación directa (pues suponía un grado de intervención judicial inicialmente complicado en el marco normativo comunitario, a la altura de la primera Sentencia Defrenne), pero una vez afirmada la prohibición de estas conductas la línea jurisprudencial ha sido continua hasta la recepción del concepto por las Directivas de 2000 citadas, que lo asumen en la forma siguiente: “*existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:*

*i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios;”.*

Asume la Directiva la noción de “impacto adverso” de la jurisprudencia norteamericana, y afronta una figura de compleja articulación práctica, que se integra con los elementos siguientes:

-en primer lugar, una obviedad: una discriminación indirecta es ante todo una discriminación, lo que supone que se atrae sobre ella el aparato conceptual propio de la que se ha dado en llamar discriminación directa: un tratamiento peyorativo sobre sujetos cualificados por alguna de las causas enunciadas como causas de discriminación, que tiene un resultado desfavorable para el cual resulta indiferente si ha habido motivación o no en el sujeto que discrimina.

-lo que caracteriza a la discriminación indirecta es el mecanismo a través del cual se alcanza ese resultado (que ya se ha visto antes que es el elemento cualificador de la discriminación). Consiste en la aplicación de una medida objetivamente neutra, o sea, no caracterizada por su vinculación con alguna de las causas prohibidas de discriminación (realmente neutra, no camuflada, supuesto en que la discriminación no sería indirecta, sino directa oculta), que sin embargo, posee una virtualidad perjudicial sensiblemente mayor para el colectivo discriminado que para el resto de los tomados en consideración. Obsérvese: sensiblemente mayor, no incondicionalmente mayor, lo que significa que la discriminación indirecta no dejará de serlo porque ocasionalmente algún sujeto perteneciente a los colectivos no discriminados pueda ser también afectado por la medida, y, como éstos, sufra también sus consecuencias. No estamos en un área en que se contemple la situación de los individuos caso por caso; se trata de comparar colectivos que se encuentran en situación semejante y que experimentan diferencias de trato, por lo que la suerte singular de algún sujeto no es relevante si el conjunto cumple la regla descrita.

Las manifestaciones de esta forma de discriminación son muy abundantes, y exigen del órgano judicial, o de la autoridad que tenga encomendada su persecución, una especial sensibilidad y un especial conocimiento de las circunstancias del caso, que alejen su juicio de los prejuicios de uno u otro signo y lo fundamenten en la real apreciación de lo sucedido. Por citar algunos de los casos más notorios en la jurisprudencia comunitaria, veamos dos casos:

- a) el primero de ellos consiste en la jurisprudencia de los trabajadores a tiempo parcial, cuando este colectivo se encuentra mayoritariamente constituido por sujetos de una categoría victimizada (en la jurisprudencia comunitaria, mujeres), en relación con determinadas ventajas laborales o de Seguridad Social que se reservan a trabajadores que posean un contrato a tiempo completo. En ese caso la medida diferenciadora es neutra en sí misma, porque lo es la naturaleza del contrato de trabajo que se posee, pero su impacto es muy superior en relación con las mujeres que en relación con los hombres, minoritarios en la categoría de trabajadores a tiempo parcial, de modo que sustancialmente la menor retribución o la menor ventaja es de hecho un efecto que se consigue frente a las mujeres. Pues bien, en una jurisprudencia que sigue en nuestros días, el TJCE ha afirmado sin matices la naturaleza discriminatoria de estos comportamientos. Como sostiene en el asunto Jenkins (sent. 31 marzo 1981), en un caso en que existía una considerable diferencia de salarios entre trabajadores a tiempo completo y

a tiempo parcial, dándose la circunstancia de que a tiempo parcial trabajaban únicamente mujeres, el TJCE admite que en sí mismo, no es discriminatorio diferenciar entre ambas categorías de trabajadores pues la diferencia existe y es objetiva. Ahora bien, “si se comprueba que un porcentaje considerablemente mayor de trabajadoras efectúa el número mínimo de horas de trabajo por semana, la práctica salarial de la empresa en cuestión no puede explicarse por otros factores que no sean el sexo”<sup>19</sup>

- b) el segundo vector jurisprudencial resulta especialmente notorio porque se conecta con el texto de la Directiva 75/117, y la igual retribución para trabajos de igual valor. La discriminación salarial puede tener lugar de muchas maneras, ser directa y abierta u oculta (las mujeres cobran menos que los hombres; el “personal de limpieza” cobra menos que los “peones”), pero también puede ser indirecta la fórmula escogida por el empresario o por los negociadores. Puede que, en un sistema de transparencia en la valoración del trabajo, se reconozca más valor a elementos “sexualmente cualificados”, por incidir mayoritariamente en un sexo y no en el otro. La Sentencia Rummler-Dato Druck (1 julio 1986) resume esta argumentación: “el principio de igualdad de remuneraciones exige la toma en consideración objetiva de la naturaleza del trabajo a cumplir. En consecuencia, un mismo trabajo, o un trabajo al que se le atribuya un valor igual, debe ser remunerado de la misma forma, ya lo realice un hombre o una mujer. Cuando para la determinación de la remuneración se aplica un sistema de clasificación profesional, es preciso que éste, por una parte, utilice criterios que no sean distintos según que el trabajo lo realice un hombre o una mujer y, por otra parte, que no esté organizado de una forma tal que conduzca, de hecho, a una discriminación general de trabajadores de un sexo por relación al otro (13)”. En el caso el Tribunal entiende que no es discriminatorio valorar la penosidad a la hora de evaluar los salarios, pero concluye “basar (esta apreciación) sobre valores correspondientes a caracteres medios de trabajadores de un solo sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido, también es una Sentencia histórica sobre la discriminación indirecta la dictada en el caso Bilka-Kaufhaus, de 13 de mayo de 1986. Referida no al salario, sino a las prestaciones de protección social, la Sentencia Ruzius (13 diciembre 1989) apostilla que el ar. 4.1 de la Directiva 79/7 “debe ser interpretado en el sentido de que, en el marco de una legislación nacional que garantice un mínimo social a los asegurados afectados por una incapacidad laboral, se opone a que una disposición establezca una excepción a dicho principio, en relación a a asegurados que hayan trabajado antes a tiempo parcial y limite el importe de la prestación al salario percibido con anterioridad, cuando dicha medida afecte a un número mucho mayor de mujeres que de hombres a no ser que la referida legislación se justifique por factores objetivos y ajenos a cualquier tipo de discriminación por razón de sexo” (fallo apartado 1). En la Sentencia Nimer (7 noviembre 1991) se concluye en el mismo sentido respecto de incrementos retributivos basados en la antigüedad, que requieren un mayor esfuerzo para los trabajadores a tiempo parcial, entre los que se encuentran predominantemente las mujeres, incidiendo en este colectivo de forma especialmente perjudicial”.

ocasiona una fatiga o es físicamente penoso, constituye una forma de discriminación fundada en el sexo (17)”.

y queda hacer referencia a la complejísima jurisprudencia generada en torno a las extinciones por absentismo y su proyección sobre las trabajadoras embarazadas, que a consecuencia del embarazo han de faltar más al trabajo por enfermedades concurrentes. Concretamente, en un caso planteado por una legislación británica que autorizaba el despido de los trabajadores que faltaran un número determinado de semanas al trabajo (número que podría ser cubierto por la duración de la licencia por maternidad) el TJCE descartó que se tratase de una norma discriminatoria. La prueba de esta situación en relación con el canon de la discriminación indirecta era compleja, pero sin duda la lectura de la Sentencia deja la impresión de que se trata de un intento fallido en que la Sala ha caído en la propia dificultad de la noción. , y ha debido corregir la dura doctrina sentada en el caso Larson<sup>20</sup> acerca de la posibilidad de despedir a una trabajadora por ausencias al trabajo generadas por una enfermedad causada por el embarazo, admitiéndolo así expresamente y descartando esta posibilidad en sentencia posterior<sup>21</sup> , al menos respecto de las enfermedades en periodos anteriores al final del permiso de maternidad.

Claro que, como se desprende de la propia definición comunitaria, el impacto adverso puede estar justificado por razones suficientes y desconectadas por completo del sexo de los trabajadores ( de la causa de discriminación que se esté contemplando). Se trata de una suavización de la regla inicial que se ha ido perfilando en la doctrina del TJCE y que recuerda mucho a las “razones muy fuertes” que la jurisprudencia del TEDH exigía para justificar los comportamientos discriminatorios. Ya hemos visto en un caso (Rummler) cómo la penosidad real y efectiva de un trabajo puede ser un elemento adecuado para valorarlo sin incurrir en un comportamiento discriminatorio. Sin embargo, valorando la jurisprudencia del TJCE en su conjunto con el apoyo que supone la recepción en el texto de las Directivas antidiscriminatorias, ha de interpretarse esta regla alterando un poco su sentido literal. Esto es: no se trata de justificar un comportamiento discriminatorio

---

<sup>20</sup> Sentencia 29 mayo 1997, fallo: “sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional adoptadas de acuerdo con el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, el apartado 1 del artículo 5, en relación con el apartado 1 del artículo 2 de esta Directiva, no se opone a los despidos que son consecuencia de ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, aunque dicha enfermedad haya aparecido durante el embarazo y se haya prolongado durante y después de transcurrido el período de descanso por maternidad.”

<sup>21</sup> “ Sentencia 30 junio 1998, caso Brown “**27**.- Resulta asimismo de todas las consideraciones que preceden que, contrariamente a lo declarado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 29 mayo 1997) , Larsson (C-400/1995, Rec. pg. I-2757), apartado 23, cuando una trabajadora está ausente debido a una enfermedad causada por el embarazo o el parto, en el supuesto de que esa enfermedad haya sido contraída durante el embarazo y se haya prolongado durante y después del permiso de maternidad, dicha ausencia, no sólo durante el permiso de maternidad, sino también durante el período comprendido entre el inicio de su embarazo y el inicio del permiso de maternidad, no puede tenerse en cuenta para el cálculo del período que justifica su despido según el Derecho nacional. En cuanto a la ausencia de la trabajadora posterior al permiso de maternidad, podrá tenerse en cuenta en las mismas condiciones que la ausencia de un hombre a causa de una incapacidad laboral de idéntica duración”.

demostrado. Como se ha visto antes, este tipo de comportamientos, por lo mismo que se encuentran radicalmente prohibidos, no se pueden justificar. La justificación opera en un momento anterior, a la hora de valorar si efectivamente, ante la falta de factores concurrentes, el sexo se erige en el elemento determinante de la diferenciación de trato; si esos elementos existen, y el sexo aparece ajeno a la motivación de la medida, no es que se justifique una medida discriminatoria; es que la discriminación misma no existe. Por ejemplo, la valoración proporcional del salario de los trabajadores a tiempo parcial no es cuestionada, en la medida en que existe una conexión inmediata y directa entre el trabajo prestado y lo que se ha de percibir por él en el sinalagma propio del contrato de trabajo. No existe ninguna Sentencia del TJCE que declare que esta diferencia de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo sea contraria a la prohibición de discriminación. En los casos en que el TJCE se ha pronunciado declarando existente la discriminación el fundamento ha sido que en el tratamiento diferente no existía esa relación sinalagmática porque se estaba compensando valores, o bienes o necesidades que compartían por igual los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, ya se tratara de prestaciones mínimas asistenciales, o de medir la edad de acceso a la jubilación, o el acceso a cursos de formación, etc. Descargado el elemento sinalagmático, sólo quedaba en pie el dato del trabajo a tiempo parcial, que adquiriría relevancia por su especial incidencia sobre las mujeres y no sobre los hombres.

Esta matización a mi juicio ha de ser extensiva a todas las formas y a todas las causas de discriminación, por razones conceptuales sin duda, pero también para evitar el *efecto boomerang* que un entendimiento radical de la discriminación indirecta y sus presupuestos pueda traer sobre los trabajadores que se quiere proteger.

En el ámbito de las nuevas Directivas, y las causas de discriminación que se contemplan, hay un espinoso problema que, sin embargo, la norma comunitaria ha zanjado optando por suprimirlo de raíz: se trata de los casos de discriminación indirecta que pueden ocultarse bajo la referencia a la nacionalidad en el ejercicio por los Estados de sus facultades sobre control de fronteras o extranjería, que no se discuten por las normas comunitarias. De todos es conocido cómo determinada nacionalidad o serie de nacionalidades pueden conllevar casi inevitablemente diferencias de trato a los nacionales de los Estados contemplados, cuando éstos, además de la nacionalidad, poseen rasgos raciales o religiosos peculiares, mayoritariamente: ciudadanos de China, de los países del Magreb, de países árabes, etc. Son ciudadanos de esos países a efectos de la normativa de extranjería, sin duda, pero además serán probablemente de una mayoritaria raza o etnia, y sus creencias religiosas mayoritarias no coincidirán, posiblemente, con las dominantes en los países de acogida.

La concurrencia de este problema fue percibida desde la propia ONU, que en el art. 1 del Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, dejaba a salvo las competencias de los Estados en la materia comprometida: “3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular.” Y las Directivas comunitarias de 2000 hacen la misma salvedad, incluso, en materia de discriminación religiosa, aluden a la compleja situación interna de algún país miembro OJO BUSCAR.

Se trata, pues, de supuestos potenciales de discriminación indirecta que quedan neutralizados desde las mismas normas que establecen la prohibición. Pero, precisamente porque conceptualmente no presentan diferencias con las discriminaciones indirectas prohibidas, la interpretación de estas reglas debe hacerse de forma restrictiva, de modo que se aprecie de forma evidente la conexión de la regla que se considere con las normas generales, y no discriminatorias en sí mismas, que el Estado adopte en materia de nacionalidad. En otras palabras: la entrada de extranjeros puede estar limitada, y su permanencia en el Estado sometida a reglas propias de tutela de la salud o el orden público o de la política migratoria de aquél, que no se encuentra en principio cohibida. Pero no es razonable, o entra en los límites de lo discutible, que las normas de migración impongan condiciones que recaigan de manera desproporcionada sobre ciudadanos de otros países con determinadas creencias religiosas, o con una raza propia y distinta. Si este vínculo secundario con las causas prohibidas se detectara, las medidas adoptadas podrían ser consideradas constituyentes de una discriminación prohibida, de carácter indirecto. Ese es el sentido de la prohibición de discriminación dentro de la desigualdad de las normas al respecto, si bien, como es perceptible, se trata de una prohibición con un juego práctico extremadamente complejo.

### 2.3.- Discriminación y cualificaciones para el puesto de trabajo.

Por su origen especializado, no es extraño que la primera norma que se refiriese a este problema fuese el Convenio 111 de la OIT, que excluyó que las cualificaciones requeridas para un trabajo, componentes de la aptitud, pudieran ser calificadas como discriminatorias. Y la normativa comunitaria, igual que la jurisprudencia del TJCE han seguido la pauta marcada.

El presupuesto de esta excepción parece lógico: hay determinados trabajos (piénsese en los clásicos de actor/actriz o modelo) que requieren inexcusablemente por su propia naturaleza que los desempeñe un sujeto de un sexo determinado, de modo que la exigencia de que se posea ese atributo no alcanza a constituir un supuesto de discriminación, sino que se trata de una diferencia de trato legítima al no basarse en una diferenciación odiosa sino en la peculiaridad misma del trabajo lícito pactado.

La jurisprudencia comunitaria recoge casos de esta índole en relativa abundancia, y en este sentido sólo hay que dar cuenta de esta jurisprudencia y de su existencia<sup>22</sup>

pero a la hora de valorar la inherencia del sexo, o la raza, o la religión, etc., como condicionante de la aptitud para el desempeño de un determinado puesto de trabajo, ha

---

<sup>22</sup> Por ejemplo, en relación con la reserva del acceso a puestos militares con posibilidad de empleo de las armas para hombres con fundamentos que no pueden reconducirse a la salvaguardia de la seguridad pública o a la defensa, declara la naturaleza discriminatoria de la restricción de acceso a las mujeres fundada en una hipotética necesidad de mayor protección de éstas la STJCE 11 enero 2000, caso Kreil “30. Por último, en lo que respecta a la posible aplicación del artículo 2, apartado 3, de la Directiva (207/76), también invocado por el Gobierno alemán, dicha disposición, como señaló el Tribunal de Justicia en el apartado 44 de la Sentencia Johnston, antes citada, pretende garantizar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, las especiales relaciones entre la mujer y su hijo. Así pues, dicha disposición no permite excluir a las mujeres de un empleo basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer como las expresamente mencionadas.” Aplica semejante doctrina la Sentencia 26 octubre 1999, caso Sirdar. En general, sobre esta jurisprudencia, De Sande Pérez Bedmar, M., “Reseña de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el primer semestre de 2000”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 37, págs. 161 y ss. Sobre la prohibición no justificada del trabajo nocturno de las mujeres, Sentencia 25 julio 1991, Stoeckel; 4 diciembre 1997 Comisión contra Italia, entre otras.



de tenerse presente que se está manejando un criterio diferenciador bajo sospecha de ser discriminatorio, de ahí que se imponga una valoración restrictiva de los supuestos en que tal criterio puede ser empleado, ciñéndolos a los casos en que la prestación no sería concebible si desempeñada por persona de otra raza o de otro sexo, etc., lo que de algún modo reduce sustancialmente los casos de necesidad imperiosa, arrumbando con necesidades que no son tales o que tienen su origen en tradiciones o costumbres que en sí mismas pueden ser discriminatorias.

Como quiera que sea, éste sigue siendo un tema difícil, en que resulta complejo dar soluciones uniformes y definitivas, estando sometido profundamente al análisis casuístico. Quizás por ello produzca alguna insatisfacción la jurisprudencia comunitaria al respecto.

#### 2.4.-Los efectos de la discriminación. Compensaciones de la situación discriminatoria y “acciones positivas”.

Muy sintéticamente, del conjunto de Directivas comunitarias en materia de discriminación podrían deducirse las siguientes series de consecuencias (con los lógicos matices jurisprudenciales en atención a los concretos casos):

a) nulidad e ineficacia de los comportamientos y de sus consecuencias en la situación profesional del o la trabajadora afectados, que es una sanción que se apareja frente a los actos discriminatorios en todas las Directivas de esta serie<sup>23</sup>;

b) restitución de las cosas al ser y estado en que se encontraban, suprimiendo las consecuencias del comportamiento discriminatorio y evitándose su reiteración.

c) resarcimiento frente a los daños de toda índole (morales y materiales) generados por el comportamiento prohibido, teniendo presente que las indemnizaciones, si la tutela que en un determinado país se concreta en ellas, han de ser, por su cuantía y condiciones de reconocimiento efectivamente disuasorias<sup>24</sup>;

d) protección de la víctima del acoso contra las represalias que pudieran derivarse del ejercicio de sus derechos de tutela<sup>25</sup>;

e) en caso de reclamación judicial, alivio de la posición probatoria de la víctima del acoso. Ya la Directiva comunitaria 97/80 habla explícitamente de inversión de la carga de la prueba (art. 4), pero la sola lectura del precepto demuestra que en realidad lo que se persigue es la suavización probatoria que se ha dicho, semejante en su juego a la prueba de indicios o, mejor aún, al principio de prueba. Y es adecuada esta matización si se tiene en cuenta que, al entrar en ámbitos sancionadores administrativos o penales la inversión pura de la carga de la prueba podría chocar con la consagración generalizada de la

---

<sup>23</sup> Véanse arts. 2, 3 y 4 de la Directiva 75/117; 2, 3 y 4 de la directiva 76/207; arts. 5 a 9 de la Directiva 86/378, en relación con los Regímenes Profesionales de Seguridad Social; arts. 4 a 9 de la Directiva 86/613, en relación con los trabajadores autónomos y la protección de la maternidad; arts. 9 a 14 Directiva 78/2000 y arts. 7 a 12 de la Directiva 43/2000.

<sup>25</sup> Se trata también de una cláusula de estilo de todas las Directivas antidiscriminatorias que consagran el derecho al trato igual en relaciones privadas, pareja a la consagración del derecho de las víctimas de la discriminación a solicitar su defensa, en último término, ante los Tribunales. Vid. Arts.11 Directiva 78/2000; 9 Directiva 43/2000; 7 Directiva 76/207; 11 Directiva 86/378.

presunción de inocencia. Las Directivas 43 y 78/2000, por su parte, asumen el principio expresamente, y lo proyectan sobre todas las reclamaciones por discriminación directa o indirecta (art. 10 Dir. 78/2000 y art. 8 Dir. 43/2000)

Ahora bien, sentado lo anterior –sobre lo que términos generales, suele haber acuerdo– una de las cuestiones técnicas complejas que se plantean al hilo de la delimitación del ámbito de la discriminación, directa o indirecta, es la posibilidad de incorporar un derecho desigual igualatorio. Un juego de palabras que conecta directamente con lo que se conoce como “acción positiva”, es decir, el conjunto de medidas antidiscriminatorias que tiene como objetivo uno de estos dos: a) compensar al colectivo discriminado por las consecuencias perjudiciales que la situación prolongada de discriminación les ha causado; y b) además, aventajar su posición en el mercado de trabajo (por lo que nos interesa) con el objetivo de acelerar el proceso de integración e inserción mixta en los mercados laborales en que se produzcan supuestos de infra representación.

La figura, como ha analizado entre nosotros Sierra Hernaiz<sup>26</sup>, tiene su origen en el ordenamiento norteamericano, y ha generado una tortuosa jurisprudencia que se prolonga en sus vaivenes hasta nuestros días para equilibrar las desigualdades que la acción positiva crea, y para limitar o hacer proporcionales los sacrificios a los que deben someterse los individuos del grupo de no discriminados en aras de la igualdad global –el “hombre blanco inocente” que resulta preterido, de la doctrina norteamericana--. Probablemente por la influencia norteamericana, la posibilidad de medidas de acción positiva ha tenido acceso a la normativa internacional en la materia, sobre todo de la normativa más altamente especializada.

Desde luego, es el caso del Convenio num. 111 de la OIT, que, si bien de forma indirecta y cautelosa declara que “todo Miembro..., previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan”, puede adoptar medidas consistentes en “definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial.” (art. 5.2). Un texto que parece orientarse a la legitimación de las medidas compensatorias (de ahí la referencia a las “necesidades particulares”) pero que en principio no sería contrario tampoco a medidas positivas en el sentido estricto de favorecimiento en el empleo o la ocupación a los colectivos desfavorecidos tradicionalmente para compensar la discriminación.

Es también el caso de la normativa especializada de la ONU en relación con la raza y el sexo como causas de discriminación. De este modo, el Convenio para la erradicación de todas las formas de discriminación racial establece que “art. 1.4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.” Y

---

<sup>26</sup> Sierra Hernaiz, E., “Acción positiva y empleo de la mujer”, CES, Madrid, 1999.

en parecidos términos se pronuncia el Convenio para erradicar la discriminación contra la mujer, cuyo art. 4 establece que ” 1. La adopción por 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 discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”

La normativa comunitaria añadió la noción de discriminación positiva en fecha relativamente reciente, sobre todo a través de la reforma del párrafo 4 del art. 141 TCE. Y recogen la noción las Directivas de 2000, que de alguna manera tratan de resumir la evolución al respecto del ordenamiento comunitario. De este modo, dispone la Directiva 43/2000, art. 5, que “con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto”. En tanto que el art. 6 de la Directiva 78/2000 dispone que “los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios». Y, más concretamente, eleva al mismo nivel de delimitación del concepto la afirmación expresa de la posibilidad de que los Estados incorporen “medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”, en relación con discapacitados (art. 1.2.b) ii).

Se trata de un reconocimiento discontinuo, que se vincula con una polémica judicial iniciada en 1995, con el caso Kalanke, y sólo formalmente resuelta en la Sentencia citada y en las que la sucedieron. Ello porque en el fondo, la jurisprudencia de la acción positiva es una jurisprudencia de desactivación de la acción positiva, de deslegitimación de su implantación desde la perspectiva de un reconocimiento de la igualdad de alcance fundamentalmente formal, de ahí que se le impongan a las medidas tales requisitos y condicionamientos que vacíen en realidad su esencia.

No otro puede ser el significado de unas Sentencias que, interpretando el art. 141 del TCE (antiguo art. 119) y la Directiva 76/207 en su redacción original, concluían, en una especie de “sí pero no”, que era posible implantar medidas de acceso prioritario al empleo de mujeres en áreas laborales en que estuvieran infrarrepresentadas, siempre que las favorecidas poseyeran capacitación suficiente – elemento éste que no se discute ya en el marco de la acción positiva— “cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos”<sup>27</sup> y que se “tenga(n) en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”<sup>28</sup>, en unas circunstancias de indeterminación que pueden dar al traste directamente con la medida promocional, pues en esencia, ésta

---

<sup>27</sup> Sentencia TJCE 6 julio 2000, Abrahamson, fundamento 56, por todas.

<sup>28</sup> STJCE 28 marzo 2000, fallo.1 caso Badeck.

no contempla el acceso al puesto del mejor puntuado en el baremo de que se trate –en cuyo caso no sería acción positiva sino puro y simple mérito—sino el juego conjunto de una puntuación “suficiente”, que descarte la pura y simple incompetencia, y la pertenencia al colectivo discriminado, como elemento a valorar que haga decantarse la elección por este último, aunque en el colectivo no discriminado pudieran existir sujetos con mayor puntuación a la luz del respectivo baremo. Puede cuestionarse su licitud, pero una vez que se afirma la existencia lícita de la acción positiva, no puede alterarse su juego, hasta vaciar en la práctica su efecto rompedor. Y este efecto concurre o debe concurrir, tanto si se fijan cuotas como si se fijan metas en la medida favorecedora.

A pesar de la básica continuidad jurisprudencial, el ordenamiento comunitario no ha permanecido inalterado. Al contrario, probablemente como reflejo de la doctrina Kalanke y sucesivas, la primera alteración normativa significativa resulta ser la redacción del actual art. 141 TCE, apartado 4 por el Tratado de Ámsterdam, de 1997<sup>29</sup>, que incorpora un apartado 4 que admite 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 el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Y, en este contexto, las Directivas de 2000, y la reforma de la Directiva 76/207 en realidad, y aunque se reclaman a la jurisprudencia comunitaria, son profundamente correctoras de la misma, en la medida en que levantan el juicio de irregularidad a priori de la desigualdad de trato, y limitan la intervención judicial a la evaluación de la proporcionalidad o no de una medida que es lícita por sí misma. Y a la duración de la misma, que sólo se justifica en la medida en que permanezca la situación de infrarrepresentación. Así pues, y aunque la flexibilización operada en los textos originarios y derivados no haya sido acogida en sus propios términos por una jurisprudencia comunitaria que continúa cerrada en sí misma, hay motivos que permiten prever un cambio suavizador de las condiciones de ejercicio de la acción positiva.

### 3.- La prohibición de acoso.

En un marco que quiere ser exhaustivo, las Directivas de 2000 llevan a su texto la prohibición de acoso, sexual y moral en el trabajo, cuando dicho acoso se encuentra caracterizado por un componente en cierta medida discriminatorio, vinculado a las causas de discriminación frente a las que las Directivas tratan de proteger. Ambas lo hacen con textos muy semejantes entre sí, y constituyen en este punto además reglas pioneras en el Derecho comunitario, que serían seguidas tiempo después por la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre, que, al modificar la Directiva 76/207 incorporó la definición<sup>30</sup>. Así se desprende del art. 2.3 de ambas Directivas, que

---

<sup>29</sup> La modificación añadida resulta especialmente significativa: vid. el antecedente inmediato, el art. 119 TCE original, según el cual “Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo”.

<sup>30</sup> “Art. 1.2) El artículo 2 se sustituirá por el texto siguiente: "Artículo 2  
1. A efectos de las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda

reproducen las líneas esenciales de la definición en términos sustanciales fieles a las recomendaciones emanadas al efecto de los órganos comunitarios, bajo la influencia de la experiencia norteamericana y del llamado Informe Rubinstein, que constituyó una primera toma de contacto con el concepto de acoso y con las medidas a adoptar contra él.

Partiendo de esa base conceptual, los textos comunitarios definen dos tipos de acoso:

- a) acoso sexual
- b) acoso moral, o mobbing, asociado causalmente a alguno de los motivos contemplados como discriminatorios en los respectivos textos.

La común denominación de acoso parece unificar globalmente el régimen al que han de someterse estas conductas, pero existen diferencias suficientes como para contemplarlas por separado.

### 3.1.- La prohibición de acoso sexual

El Código de Conducta comunitario <sup>31</sup> adoptado para combatir el acoso sexual describió este comportamiento como :”*la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados. Por consiguiente hay, un tipo amplio de comportamiento que puede ser considerado como acoso sexual y resulta inaceptable si: dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional o al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo y/o dicha conducta*

---

discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- "discriminación directa": la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo,

- "discriminación indirecta": 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 pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios,

- 'acoso': la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo,

- 'acoso sexual': la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

3. El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y, por lo tanto, se prohibirán.

El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte....”

5. Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo.

...

Por su parte, el art. 2.3 de la Directiva 78/2000, establece lo siguiente: “3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.”

<sup>31</sup> El Código de conducta se presenta de conformidad con la Resolución del Consejo de Ministros de 20 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (90/C167/02).

*crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma.*

*La principal característica del acoso sexual es que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo. La atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, si bien un único incidente de acoso puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave. Lo que distingue el acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo”.*

La prolija definición –más una descripción que una definición--permite desglosar una serie de elementos que ayudan a delimitar la conducta:

-el primero la naturaleza sexual de la conducta, directa o por referencia a hechos, o comentarios, o incluso a comportamientos no verbales (miradas, gestos, etc.) de naturaleza sexual.

-el segundo, la naturaleza no deseada del comportamiento por parte de la víctima del mismo. Este elemento resulta esencial, pero puede deducirse de forma expresa y abierta (por haber hecho constar la víctima su disconformidad con estos comportamientos de forma manifiesta), o implícita, por el sostenimiento de un comportamiento que permita deducir razonablemente que dichos comportamientos no son bienvenidos. Por supuesto, el carácter no deseado de los comportamientos será afirmado cuando éstos sean de tal naturaleza que, teniendo en cuenta las convenciones morales y sociales sea evidente para cualquier persona que serán rechazados. La víctima o las costumbres sociales marcan las pautas razonables del comportamiento de acoso, sin otros añadidos de conducta –como la defensa a ultranza por parte de la víctima—que en la jurisprudencia de algunos países ha aparecido como adherencia no exigida en la Documentación comunitaria sobre estos comportamientos.

Por supuesto, el consentimiento de la víctima priva de todo carácter censurable al comportamiento no delictivo desde la perspectiva laboral. Dicho lo cual, ha de señalarse que el consentimiento ha de ser deducido de hechos o dichos inequívocos en este sentido, o de comportamientos concluyentes, sin que pueda presumirse.

-en tercer lugar, la consecuencia del acoso: atentar contra la dignidad de la persona –que es un efecto que siempre se ha de entender producido por la naturaleza misma del comportamiento contemplado—y generar un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante en perjuicio de aquella –un efecto éste normalmente producido, aunque el comportamiento acosatorio fuese aislado, pues siempre cabe la posibilidad abstracta de que se repita--.

Importa destacar que el acoso, a pesar de que su índole es muchas veces abiertamente sexual, no protege sólo el bien jurídico propio de la libertad sexual de su víctima, aunque también se alcance ese efecto con su prohibición. El bien jurídico básicamente defendido es, como hace tiempo puso de relieve del Rey Guanter, y las primeras reformas legislativas en España, la dignidad de la persona que trabaja, su valoración y autoestima como persona y como trabajadora, que no tiene por qué verse sometida a comportamientos vejatorios en términos generales. Por eso, para que exista un comportamiento de acoso no es preciso que en la víctima concurra ningún elemento específico (que sea mujer, hombre, blanco, negro, de una determinada creencia o de otra), salvo su propia condición de persona asistida de los derechos y valores que le son inherentes. El acoso sexual no distingue géneros para estar prohibido, en suma.

Ello sin perjuicio de que, como ha sucedido en las normas comunitarias, el comportamiento de acoso pueda además estar teñido de componentes discriminatorios, cuando tiene su origen en el desprecio que pueden merecer al acosador los individuos pertenecientes a colectivos discriminados. En estos casos el acoso, que lo es en todos sus términos, puede ser constitutivo, además, de una conducta discriminatoria; ser el tratamiento peyorativo que se asigna a las víctimas de la discriminación. Pero este efecto no siempre se ha de producir, y conviene tener este elemento muy presente, para evitar reducciones injustificadas del concepto y vaciarlo parcialmente de su carga protectora.

Estos elementos son comunes a las clases de acoso que se han detectado en los estudios doctrinales: el llamado **acoso de intercambio, quid pro quo o “chantaje sexual”**<sup>32</sup>, y el **acoso “ambiental”**. El primero se caracteriza porque la sumisión al comportamiento de acoso se erige en contraprestación o condición para la permanencia en el empleo, ó el progreso en la carrera ó la conservación o adquisición de condiciones de trabajo, por lo que suele asociarse a relaciones desiguales jerárquicamente, en las que el acosador está revestido de autoridad. El segundo se caracteriza por la presión que sobre la víctima del acoso pueden generar comportamientos de jefes y/o compañeros de trabajo, con reiteradas alusiones a cuestiones de naturaleza sexual, o con comportamientos de esta índole generalizados.

Resulta clara la influencia que estas definiciones han tenido sobre los textos comunitarios que se consideran, hasta el extremo que podría pensarse que incurren en reiteraciones no justificadas si no se empieza a distinguir terminológicamente entre “sexo” y “género” a efectos de describir estos comportamientos y el tipo de infracción en que consisten..

En primer lugar, este efecto se detecta sin dudas en la Directiva 2002/73, que modifica la Directiva 76/207, y que distingue dos tipos de acoso: el acoso de índole sexual que se acaba de describir, y el acoso discriminatorio con base en el género de la persona, aunque el comportamiento del acosador no tenga índole sexual, que puede considerarse como una derivación al ámbito del género del comportamiento llamado de acoso moral o “mobbing”. Ambos comportamientos son técnicamente distintos y en teoría debieran diferenciarse también desde el punto de vista práctico, aunque, como veremos, las Directivas recaen en un cierto tipo de simplificación. Y se vuelve a detectar en la Directiva 2000/43, que distingue entre comportamientos de acoso sexual y de acoso simple de origen discriminatorio fundados en la raza o el origen étnico. La Directiva 78/2000, en cambio, ciñe su análisis sólo al acoso moral, probablemente con razón, puesto que el comportamiento de acoso sexual ya ha sido prohibido en el contexto de la nueva redacción de la Directiva 76/207 con carácter general, sin que se haga precisa una condena duplicada.

Ciñendo el análisis al acoso sexual, además de enunciar en qué consiste el comportamiento, las Directivas que lo regulan –la 76/207 y la 43/2000 citadas—utilizan una curiosa técnica para aparejar las consecuencias que se derivan de su prohibición: el acoso es considerado un comportamiento discriminatorio. Lo cual significa al menos dos cosas:

---

<sup>32</sup> Especialmente gráfica esta calificación es de uso frecuente en el ámbito sindical, vid. CCOO “Guía sindical para abordar el acoso sexual en el trabajo”, Madrid, 2003.

-la primera, que las Directivas reducen innecesariamente la noción de acoso únicamente al fundado en comportamientos que sean, además, discriminatorios, lo que conducirá a lagunas de protección a no ser que una jurisprudencia cuidadosa las colme (piénsese en un supuesto de acoso sexual a un hombre blanco con creencias religiosas, políticas, sindicales, etc. mayoritarias y no discapacitado: ¿qué precepto comunitario le ampara?: no es un supuesto de tutela de la mujer como víctima de la discriminación y por tanto no entraría en el área de la Directiva 76/207, y . al no relacionarse con ninguna de las causas específicas de discriminación de las Directivas de 2000 tampoco le protegerían éstas, a no ser que se reacomode el mandato comunitario vinculando la prohibición al acoso sexual sea cual sea el género del acosado). Si no se produce este efecto ampliatorio –que hay que reconocer que es usual en el ámbito de la lucha contra la discriminación—deberá ser la legislación de cada país la que salve la laguna, como ha sucedido en España desde los años 80.

-la segunda, que, cuando el acoso sea además discriminatorio por las razones expuestas, la tutela del mismo se ha de producir deduciéndola por remisión: es decir, habrá que adaptar a las características del acoso las reglas de tutela antidiscriminatoria establecidas en las Directivas al respecto y en la jurisprudencia y normativa previa sobre discriminación por razón de sexo, que es el paradigma de la tutela comunitaria frente a la discriminación. Una advertencia concreta cabe hacer: no existe una proclamación general de la necesidad de que se establezcan respuestas procedimentales específicas en casos de acoso, pero tampoco cabe olvidar que las directivas 43 y 78/2000 ponen un énfasis especial en el diseño por los Estados y en su caso por los interlocutores sociales de procedimientos específicos en la lucha contra las conductas prohibidas –también los acosos, en cuanto discriminaciones a efectos de su persecución y erradicación—y por la intervención en este ámbito de organismos públicos o privados especializados en estas materias (arts. 9, 13 y 14 de la Directiva 78/2000 y 7, 11, 12 y 13 de la Directiva 43/2000).

o 3.2.- La prohibición de acoso moral.

Como se ha anticipado, las Directivas 78 y 43/2000 aluden al acoso también desde la perspectiva de acoso moral (ya hemos visto que la Directiva 76/207 ha resultado también modificada para añadir el acoso moral al capítulo de los comportamientos discriminatorios por razón de sexo). Y a este comportamiento se extiende también la prohibición y la calificación del mismo como “discriminación” a efectos de establecer las pautas para su tutela.

A la hora de delimitar el alcance de la prohibición ha de partirse de la idea de que, aunque en ambos casos se habla de acoso, el acoso moral sólo presenta un ligero parecido morfológico con el modelo clásico de acoso, el acoso sexual. El comportamiento de acoso moral, básicamente es difícil de reducir a unidad, siendo mucho más multiforme que el propio del acoso sexual. Por eso la definición de la que las Directivas de 2000 parten posee un manifiesto carácter genérico en el que se pierde casi totalmente la virtualidad definitoria --“(todo comportamiento) no deseado relacionado con (alguno de los motivos de discriminación)...que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (art. 2.3 Dir. 43/2000)--. En estas circunstancias de relativa vaguedad no es extraño que, so capa de autorizar a la legislación nacional a intervenir, realmente la Directiva remita a lo que en ella se diga –



“A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro”--.

De esta forma se genera un rodeo que ha de salvarse con la experiencia aplicativa en cada país, como la avanzada por algún autor entre nosotros sobre la base de la investigación en la experiencia judicial: se entiende por acoso moral “todos aquellos comportamientos, actos o conductas llevados a cabo por una o varias personas en el entorno laboral que, de forma persistente en el tiempo, tienen como objetivo intimidar, apocar, reducir, amilanar y consumir emocional e intelectualmente a la víctima, con vistas a forzar su salida de la organización o a satisfacer la necesidad patológica de agredir, controlar y destruir que suele presentar el hostigador como medio de reafirmación personal”<sup>33</sup>. Se trata de una definición exhaustiva, sin duda, pero que parece que reduce innecesariamente el marco abierto por la norma comunitaria, del que pueden extraerse los elementos conceptuales básicos de la conducta prohibida:

-el mobbing es un “comportamiento”, una línea de conducta que parece que ha de extenderse en el tiempo<sup>34</sup>, lo que lo diferenciaría de actos vejatorios aislados, igualmente prohibidos en el contexto normativo laboral, aunque con un tratamiento diferente. Como tal comportamiento, puede consistir en dichos, hechos y omisiones que adquieren su significado total en el marco global de la conducta<sup>35</sup>. Sujetos activos de este comportamiento son en principio los sujetos integrados junto a la víctima en el entorno laboral –jefes o compañeros, además del propio empresario—aunque no puede descartarse, como en el acoso sexual, la idoneidad como acosadores de terceros con los que el trabajador deba inexcusablemente relacionarse en el marco de la relación de trabajo (clientes, proveedores, etc.) si se deduce una directa conexión entre dicho comportamiento y las condiciones de trabajo (por ejemplo, porque el trabajador vejado deba ir disfrazado o vestido de una forma humillante como exigencia laboral).

-se trata de un comportamiento no deseado, por lo que cabe hacer aquí parecidas observaciones a las que se hicieron en relación con el acoso sexual: es indeseado porque por su propia naturaleza las convenciones sociales lo hacen desechable para cualquier persona, o porque, aunque no sea evidentemente rechazable, sí choca con las características y los deseos de la víctima, que ha de haberlo manifestado así expresa o implícitamente, mediante comportamientos concluyentes que no dejen duda acerca de su rechazo. Nuevamente, inequívoco no significa otra cosa que esto, rotundo, no ambiguo. No equivale a heroico ni exige de la víctima otro comportamiento que su negativa.

-se trata, asimismo, de un comportamiento contrario a la dignidad de la persona, a sus valores inherentes, que ésta no está obligada a soportar. El abanico de conductas es sumamente amplio e imponen al intérprete una cuidadosa tarea de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso, de las condiciones y del medio de trabajo, de las convenciones sociales generales y particulares, y del propio comportamiento previo y coetáneo de la víctima y del acosador. La dificultad de la tarea interpretativa es notable. Y a veces exige tomas de postura previas que no siempre son conscientes. Por ejemplo, hay comportamientos vejatorios, abiertamente contrarios a la dignidad de cualquier

---

<sup>33</sup> Cavas Martínez, F., “El acoso moral en el trabajo “mobbing”: delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo” Actualidad Jurídica Aranzadi num. 555-2002, pág. 3. Se adhiere a esta definición también Romero Ródenas, MJ., “Protección frente al acoso en el trabajo”, Muprespa. Madrid 2004, pág. 14. Sobre el mobbing y su multiforme tratamiento en nuestro ordenamiento, vid. mi trabajo “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación” Revista de Derecho Social num. 4 2002, págs. 57 y ss.

<sup>34</sup> Romero Ródenas, MJ, pág. 31 y ss.

<sup>35</sup> Vid. El estudio de Romero Ródenas, MJ “Protección frente al acoso..” cit. Págs. 28 y ss.

persona, pero conviven con otros en el marco de la prohibición en que su carácter humillante u ofensivo para la dignidad del trabajador ha de deducirse de elementos como la formación de éste, su rango jerárquico en el interior de la empresa, las costumbres obrantes en la empresa en las relaciones interpersonales, etc. Así, ordenar a un trabajador que ocupe un despacho compartido puede ser irrelevante en determinadas circunstancias y ambientes de trabajo, o ser una intolerable ofensa –y ser vivida como tal por el trabajador y por su entorno laboral—en otras circunstancias. Tomar una decisión al respecto y ajustar el mobbing a las circunstancias de tiempo y lugar y a los rituales profesionales, o no hacerlo, y mantenerse en el ámbito de los comportamientos objetivamente intolerables en todas las circunstancias posibles es algo que en cierta medida queda abierto en la normativa comunitaria, y, como veremos, posee una especial trascendencia en la comprensión de la doctrina de nuestros Tribunales. Obviamente, no se deja en manos de la víctima toda la capacidad tipificadora; el acto o la omisión en que el mobbing consiste tienen que ser idóneos para producir el resultado humillante y contrario a su dignidad. Lo que hay que subrayar es que la línea que separa un comportamiento de mobbing de otros lícitos es más difusa de lo que parece, y depende en buena parte del contexto social en que se han producido las conductas porque las “costumbres obreras” son o pueden ser determinantes de lo que se ha de entender por acto humillante en un determinado ambiente laboral.

-resulta relevante la intención que persigue el acosador o los acosadores<sup>36</sup>. Ello aunque, como se desprende de los estudios al respecto, puede tratarse de un comportamiento que ni siquiera es culpable, porque el sujeto que lo pone en práctica puede padecer trastornos siquiátricos más o menos graves. La relevancia se sitúa en la contemplación del resultado que se alcanza, y en el propio resultado, que consiste en convertir en hostil, intimidatorio o humillante el ambiente de trabajo, haciendo que a la víctima le resulte imposible o muy difícil permanecer en él. En los estudios originarios sobre el mobbing se hace hincapié en la relevancia de los trastornos psicológicos que comporta esta conducta para sus víctimas, pero en el marco comunitario esta relevancia no se exige, al menos si por tal se entiende que la víctima del mobbing haya sido conducida a padecimientos psicológicos o somáticos probados. Importa solamente la degradación en la calidad del ambiente de trabajo, objetivable a partir de las circunstancias concurrentes<sup>37</sup>. A pesar de que no parezca ser dudoso este requisito en el ámbito comunitario, y desde luego no lo sea en el ámbito español, cabría plantearse si es

---

<sup>36</sup> En el mismo sentido, Cavas Martínez, op. loc. cit., y Romero Ródenas, MJ “Protección...” págs. 30 y 31.

<sup>37</sup> Resolución de la comisión de 29 de mayo de 1990 sobre la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo (JO C 157, de 27 de junio) sintetiza los requisitos de la conducta en estos términos: “la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices y que resulta inaceptable si: (1) DO no L 39 de 14.2.1976, p. 40. (2) DO no L 331 de 19.12.1984, p. 34. (3) DO no C 176 de 14.7.1986, p. 73. (4) La dignidad de la mujer en el trabajo, Informe sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, octubre de 1987. (Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas).

a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional, al empleo, a la continuación del mismo, a los ascensos, al salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y/o c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma”. Importa el listado de elementos de esta Resolución en la medida en que, como veremos, el propio Tribunal Constitucional español se ha hecho eco de ellos en una de sus resoluciones para evaluar algo tan trascendente como la suficiencia de la negativa de la víctima.

acertada su exigencia, una vez que el resultado vejatorio para el trabajador/a y el ambiente degradado de trabajo se han producido realmente.

-tal y como está regulado en la actualidad, el mobbing prohibido a escala comunitaria es el que aparece causalmente vinculado a la pertenencia de la víctima a un colectivo discriminado –obsérvese la terminología de las Directivas “comportamiento...relacionado con el origen racial o étnico” (art. 2.3 Dir.43/2000); “relacionado con alguno de los motivos enunciados en el art. 1” (art. 2.3 Dir. 78/2000)—ya resida la vinculación sólo en la pertenencia de la víctima a esos colectivos<sup>38</sup>, ya resida, además, en la orientación racista o discriminatoria del comportamiento mismo<sup>39</sup>. En principio otros comportamientos calificables como acoso moral quedan excluidos del ámbito de la prohibición, por lo menos cuando se trate de comportamientos que, por ejemplo no se dirigen contra sujetos integrados en colectivos discriminados. La tutela frente al mobbing que se dispensa desde la normativa comunitaria es, como no podía ser menos, un diseño que se calca sobre los patrones propios de la represión de los comportamientos discriminatorios en términos semejantes a los que han examinado en relación con la discriminación por razón de sexo en el estudio del acoso sexual. Por eso pueden quedar remitidas las conclusiones al respecto a las que en su momento se expusieron.. Y todo ello sin olvidar que la norma comunitaria expresamente se declara mínima en este sentido, de donde que no reduzca ni pueda ser interpretada en el sentido de que reduzca, la tutela más intensa que pueda existir en un ordenamiento dado frente a estos comportamientos<sup>40</sup>

Dicho esto, ha de hacerse una observación adicional que parece de especial importancia: la noción de mobbing y la panoplia de reacciones frente a estos comportamientos se ha elaborado sobre la base normativa que ofrecen las normas comunitarias tantas veces citadas, y sobre esa misma base se ha producido la interiorización en nuestro país de la prohibición, sin apenas modificaciones. No puede perderse de vista este origen para entender que la prohibición comunitaria y de la norma de transposición se refiere sólo a una parte de las conductas –el mobbing que además sea discriminatorio en sentido amplio—y no a todas las que pueden calificarse como mobbing. Este comportamiento, como el acoso sexual, es relevante porque es contrario a la dignidad humana, contenga o no elementos de discriminación. Si éstos concurren, además de a la prohibición genérica de comportamientos contrarios a la dignidad humana que se desprende del propio art. 10 CE, se añadirán los elementos sancionadores propios y acuñados para la tutela antidiscriminatoria. Pero el mobbing, cualquiera que sea su finalidad, es una conducta prohibida, y si no por las normas comunitarias, nuestros Jueces y Tribunales han de aplicarse en su sanción, al amparo de las normas constitucionales y legales que, como no podían ser menos, declaran que el respeto a la dignidad del trabajador es un elemento clave, un derecho básico de éste en la relación de trabajo. En este sentido, sería un gravísimo error interpretativo asociar el carácter parcial de la norma comunitaria, derivado de los principios que justifican la intervención de la unión, con una cierta parcialidad en la prohibición del mobbing que, decididamente, no existe en nuestro derecho.

---

<sup>38</sup> Se someta a un comportamiento de mobbing a un individuo de raza negra, o de religión musulmana, por ejemplo.

<sup>39</sup> Por ejemplo, consista en exigir a un sujeto musulmán realizar actos que su religión le prohíbe, o en hacer comentarios despectivos sobre los ciudadanos de otra raza, por ejemplo.

<sup>40</sup> Sobre las modalidades de tutela frente al mobbing, vid. mi trabajo citado y recientemente Romero Ródenas, MJ., “Protección frente al acoso...”, págs. 35 y ss.

#### 4.- La discriminación en el ámbito del ordenamiento español.

No es posible realizar un análisis exhaustivo del tratamiento del fenómeno discriminatorio en el marco del Derecho español, dada la extensión que un estudio de esta naturaleza revestiría y la existencia en este mismo seminario de intervenciones que agotarán el tema desde perspectivas muy diversas. Por todo ello, se trata ahora de realizar una visión panorámica de la forma en que se ha producido la elaboración del concepto de discriminación y sus clases en nuestro derecho laboral, señaladamente a través de la obra de los Tribunales de Justicia.

Y es que, en principio, como es sabido, no existe en nuestra legalidad ordinaria ni constitucional una definición mínimamente precisa de lo que sea discriminación, que es figura que se da por sabida en el art. 14 CE, y en el art. 17.1 ET. Únicamente escapan de esta situación las normas en materia de libertad sindical –señaladamente los arts. 12 y 13 de la LOLS, y aún así éstas tienen un contenido más propio para definir comportamientos antisindicales que para definir comportamientos discriminatorios por motivos sindicales--. Así las cosas, el esfuerzo definitorio ha debido venir de la jurisprudencia, sobre todo, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha registrado en este ámbito un nivel de activismo importante.

Pues bien, en la jurisprudencia constitucional, y descartada una jurisprudencia inicial que hacía equivaler la discriminación a una forma especialmente grave de desigualdad, sin más, es a partir de 1987 cuando se transforma el panorama, y el TC asume como propias definiciones de discriminación que en buena parte recogen la experiencia internacional, en general, y la comunitaria en especial, de ahí la relevancia que la discriminación que en el ámbito comunitario ha sido más estudiada después de la fundada en la nacionalidad –la discriminación por razón de sexo—ha poseído en la jurisprudencia del intérprete supremo de la Constitución.

Por citar algunas de las más relevantes resoluciones, en la STC 128/87, de 16 de julio<sup>41</sup>, primera de la serie que atiende a las peculiaridades de la discriminación, se afirma que “5. El art. 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos, entre los que se encuentran los derivados del sexo de las personas. Esta referencia constitucional expresa no implica... la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C. E” “7. No obstante, no puede deducirse sin más de estas apreciaciones que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría que venga definido (entre otros factores concurrentes) por el sexo (en el caso de la Sentencia) resultará vulneradora del artículo constitucional citado. Sin duda, la presencia de ese elemento diferenciador debe llevar a un más cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación, al tratarse de una característica expresamente excluida como causa de discriminación por la disposición constitucional; pero ello no debe hacer olvidar que, por un lado, y como reiteradamente ha indicado este Tribunal, no toda desigualdad de trato resulta

---

<sup>41</sup> Se trata de una Sentencia de importancia crucial, múltiples veces citadas –de cita obligada, casi—en la jurisprudencia posterior, constitucional y ordinaria. Véanse, a título de ejemplo, SSTSJ Extremadura 4 abril 2003 (2553); Madrid 26 febrero 2003 (3015); País Vasco 10 octubre 1995 (3716); STS 17 junio 2003 (7287) y 7288 de la misma fecha; 30 noviembre 2001 (813) ó 6 octubre 2000 (8605).

contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y por otro, que, como este mismo Tribunal ha sostenido, el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» - STC 34/1981, de 10 de noviembre, fundamento jurídico 3.º; doctrina reiterada, entre otras, en la STC 3/1983, de 25 de enero, fundamento jurídico 3.º”-

La discriminación, de este modo, se erige en un comportamiento prohibido porque mantiene desigualdades sociales arraigadas, declaradas ilícitas por el constituyente –de ahí la peculiar lista de causas, típica de toda prohibición de discriminación--. De ahí la flexibilidad que es precisa para que los poderes públicos la detecten a pesar de su morfología cambiante. Así:

-la discriminación puede ser abierta y directa cuando se implanta una diferencia retributiva entre trabajadores de distinto sexo, que realizan idéntico trabajo (STC 145/91, de 1 de julio, por todas).

-pero también puede ser oculta, cuando no se acreditan los motivos que justifican una diferencia salarial, quedando el sexo de los trabajadores como único factor evidente (STC 276/94, de 27 de octubre).

-puede también ser indirecta, como argumenta la STC 203/2000, 24 de julio, FJ 6.- “Ciertamente, la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”, y así lo ha “declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de las trabajadoras (por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötzel, o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez)”.

-la causa de discriminación, aunque en la Constitución no se presenten en un elenco cerrado, ha de revestirse de los mismos caracteres de generalidad y socialidad que revisten las que sí se enuncian; ha de responder a patrones de diferenciación socialmente arraigados, contrarios por sus motivos a la dignidad y a la básica igualdad de las personas, por eso el juicio que estas causas merecen es negativo, y en principio no existe causa que justifique la diferencia, salvo casos excepcionales<sup>42</sup>. A pesar de lo cual, es posible que se haga una interpretación amplia y flexible de las causas de discriminación enunciadas en el texto constitucional, por eso, por ejemplo, junto al sexo y formando parte de ella se enuncian los supuestos de cuidado de hijos y las dificultades que a las mujeres puedan producirseles por estos motivos en su relación laboral son

---

<sup>42</sup> Un caso típico en la jurisprudencia constitucional de posible causa de discriminación no prevista expresamente en el art. 14 CE es la edad, valorada sin embargo como causa de discriminación con total normalidad en la jurisprudencia del TC, vid. SSTC 256/93, de 29 de noviembre; 359/93, de 29 de noviembre y 184/93, de 31 de mayo, las tres sobre razonabilidad o no de la implantación de límites de edad a diversos efectos prestacionales en el Derecho de la Seguridad Social.. O la condición de religiosa de la trabajadora, a la que por esa razón no le fue computado el tiempo de servicios a una determinada institución, STC 214/92, de 1 de diciembre.

reconducibles a esta causa<sup>43</sup>. En los mismos términos, se registra por ejemplo la ampliación al embarazo como causa de diferenciación, que es unánimemente calificada como discriminatoria<sup>44</sup>.

-el comportamiento discriminatorio se caracteriza, como en el precedente internacional, por el resultado peyorativo que genera en la posición laboral del afectado. Ese resultado puede ser extraordinariamente variado. Sin agotar el elenco puesto de manifiesto por la jurisprudencia constitucional, pueden citarse casos como el cese en el trabajo de una trabajadora en puesto de libre designación por razón de su embarazo (STC 98/2003, de 2 de junio); despido de trabajadora embarazada (STC 17/2003, de 30 de enero; ó 41/2002, de 25 de febrero, entre otras muchas); cese de funcionaria interina embarazada (STC 20/2001, de 29 de enero); salario diferenciado en razón de criterios sexualmente no neutros (SSTC 250/2000, de 30 de octubre, ó 83/2000, de 10 de julio); denegación a personal interino de excedencia por cuidado de hijos (STC 203/2000, cit.); jubilación anticipada para la mujer sin justificación (STC 16/95, de 24 de enero); “dote” por matrimonio (STC 317/94, de 28 de noviembre); ó conservación de normas protectoras que impiden el acceso de la mujer a trabajos subterráneos sin justificación (STC 229/92, 14 de diciembre), etc.

-a todo este elenco se ha de sumar la vinculación que el TC asume que generan las Directivas comunitarias en materia de igualdad, como Tratados susceptibles de contribuir a la interpretación del art. 14 CE, al amparo de la habilitación al respecto contenida en el art. 10.2 CE. Inicialmente no se plantearon excesivas dudas al respecto; de hecho se afirmó esta posibilidad en el seno de la prohibición de discriminación en el ámbito laboral a partir sobre todo de la citada STC 145/91, de 1 de julio, y se han seguido citando y manejando sin discusión en la doctrina posterior. Hasta la STC 41/2002, 25 febrero que sin demasiado argumento descarta esta posibilidad en un caso ciertamente dudoso (desde la perspectiva constitucional española) de una trabajadora embarazada despedida sin que al empresario le constara el embarazo. De este modo, por la complejidad del supuesto, los razonamientos sobre la idoneidad o no de las Directivas se combinan con otros sobre deficiencias probatorias en que ha incurrido la demandante, y por ello cabe duda cuánto de vinculante hay en esa negativa a la utilización interpretativa de las Directivas y de la jurisprudencia del TJCE.. Por eso no es de extrañar que el TC vuelva sobre su negativa y en una Sentencia posterior –STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3- cite sin ambages a las Directivas anti discriminación entre las normas internacionales con valor interpretativo de la Constitución al amparo del art. 10.2 CE<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Vid. SSTC 109/83, de 25 de marzo, FJ 6; 128/87 cit., FJ 10 y 203/200 cit.

<sup>44</sup> Por todas, SSTC 98/2003, de 2 de junio; 17/2003, de 30 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; ó 20/2001, de 29 de enero.

<sup>45</sup> Resulta sumamente expresivo a los efectos que nos interesan el razonamiento siguiente: “El examen de la normativa que, «ex» art. 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del art. 14 CE corrobora la amplitud de esa protección, como recordábamos en nuestra reciente STC 41/2002, de 25 de febrero. En efecto, el art. 5 d) del Convenio num. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, señala que el embarazo no constituirá causa justificada para la resolución de la relación de trabajo. El Ordenamiento comunitario recoge soluciones análogas. De la Directiva 76/207 se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto **Hertz**, y STJCE de 14 de julio de 1994, asunto **Webb**), aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto **Tele Danmark**). La protección de esa **Directiva** frente a perjuicios causados por razón de embarazo incluye, como es sabido, otras muchas situaciones aunque tengan menor conexión con el caso que ahora analizamos. Por ejemplo, protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo (STJCE 30 junio de 1998, asunto

También ha planteado algún problema interpretativo la definición de lo que se entienda por acoso sexual y moral en nuestra jurisprudencia. Básicamente, resulta central la STC 136/2001, de 18 de junio, en cuyo FJ 5 se afirma que “para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto». Son, pues, en primer término, la objetividad y la gravedad del comportamiento los presupuestos sobre los que asienta la doctrina constitucional la posible existencia de acoso sexual y, por tanto, los elementos que deberán ser valorados a la hora de suministrar los elementos iniciales de prueba que permitan al Juez presumir la posible existencia de los hechos discutidos.”.

Una tesis en que la Sentencia citada ratifica la anterior STC 224/99, de 13 de diciembre. Esta última es una Sentencia importante por sí misma, por cuanto enuncia la dimensión constitucional de las dos modalidades de acoso sexual, la ambiental y la *quid pro quo*, y, sobre todo, porque corrige cierta tendencia judicial a exigir de la víctima un comportamiento de defensa rotundo y directo que no está exigido en la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad del hombre y la mujer en el trabajo. En efecto, sostiene la Sala, en su FJ 4 que “como se ha dicho más arriba, la configuración constitucional del acoso sexual, como atentado a la intimidad personal del trabajador (art. 18.1 CE), protege exclusivamente frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los mismos. En tal sentido, como se sigue del código de conducta de la Recomendación de la Comisión ya citada, lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo. En consecuencia, parece razonable que, salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto como ocurrió en este caso sin que en consecuencia quepa hablar de tolerancia por su parte. Debe ser rechazado, pues, el razonamiento judicial, que parece imponer al eventual afectado por un acto de **acoso sexual** la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha Recomendación.”<sup>46</sup>

---

**Brown**); ampara a la empleada, siempre que aquél sea el fundamento extintivo, ya sea temporal o indefinido el contrato (STJCE 4 octubre de 2001, asunto **Tele Danmark**); prohíbe la no contratación debida al embarazo (STJCE 8 noviembre 1990, asunto **Dekker**) o la no renovación por esa causa (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto **Jiménez Melgar**), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE 3 febrero de 2000, asunto **Mahlburg**), y determina que será igualmente discriminatoria la ruptura del contrato fundada en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo (respecto del trabajo nocturno, STJCE 5 mayo de 1994, asunto **Habermann-Beltermann**).”

<sup>46</sup> De hecho, en palabras de la Sala del TSJ de Galicia, en la Sentencia impugnada, de 9 de febrero de 1995: “a juicio de la Sala, es exigible también la concurrencia de un segundo elemento esencial «cuál es la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario, pues en caso contrario, lo que para una persona puede ser ofensivo, para otra puede ser simplemente incómodo y para una tercera absolutamente indiferente. Y en este extremo la Sala entiende que la reacción de la trabajadora no es consecuente con su afirmación de persecución constante e intolerable por parte del empresario, por las razones que se expondrán a continuación”. Sobre el contenido de la citada Recomendación al respecto, vid. nota 34.

Por lo demás, en el área de acción de los Tribunales ordinarios la consolidación de la figura del mobbing y de los elementos que integran su concepto es ya una realidad admitida por todos. Por eso alguna Sala de Tribunal Superior de Justicia ha podido decir que “hoy día se admite por los Tribunales del Orden Social, entre otras enfermedades del trabajo, el llamado mobbing, caracterizado, como declaró este Tribunal en su Sentencia de 18 de mayo de 2001 ‘por ser una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atentan a los empleados (sic) con la consiguiente degradación del clima laboral’<sup>47</sup>”.

Esta figura consolidada recoge en gran medida los elementos que hemos visto se deducían del ámbito comunitario, quizás con alguna peculiaridad puramente local que, por serlo, merece ser destacada en estas líneas de cierre.

La primera observación a hacer versa sobre la insistente afirmación por nuestros Tribunales del carácter voluntario, deliberado del mobbing, que de ese modo resulta ineludiblemente calificado por un componente intencional. “El acoso moral o mobbing se integra por un elemento intencional lesivo, ya proceda del empleador o superiores jerárquicos (bossing) o por compañero (mobbing horizontal)”, precisamente en esto se diferencia de los antecedentes fácticos del síndrome de “burn out”<sup>48</sup>. Con mayor contundencia aún, sostiene la Sala del tribunal Superior de Justicia de Galicia (STSJ Galicia 16 enero 2003 (631) “Que, la esencia del mobbing, la tendenciosidad del comportamiento abyecto, es la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (abandono laboral o en su defecto la baja médica). Este elemento teleológico, es fundamental tenerlo siempre presente en toda definición de mobbing, pues si algo caracteriza a éste es el objetivo: que la persona se elimine laboralmente, mediante su ataque psicológico. De aquí se extrae, que el repudio por parte de la conciencia social laboral, deriva de dos vías, tanto por buscar la denigración laboral, como por buscar la autoeliminación.”. Y culmina su razonamiento la Sala del TSJ de Madrid afirmando que “puede ser considerado el mobbing como una situación en que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”<sup>49</sup>.

Sentado lo anterior, la centralidad del elemento intencional, el comportamiento de mobbing puede ser muy variado, y así se admite en teoría por nuestros Tribunales, que se hacen eco de las teorías psicológicas al uso, incidiendo en sus clasificaciones y divisiones internas. En este ámbito, se hace especial hincapié en las distinciones según que el mobbing haya sido puesto en práctica por jefes o compañeros de la víctima, y en la multiplicidad de fines que el comportamiento puede tener, que pueden sintetizarse en tres grandes grupos: a) ridiculizar a la víctima, haciéndola desmerecer en el respeto que como persona merece en sus compañeros y ante sí misma; b) atentar contra la víctima en el desarrollo concreto de su trabajo “encomendándole tareas de excesiva dificultad o trabajo en exceso o recriminándole por unos supuestos malos resultados de su tarea” y c) “manipulando su comunicación e información con los demás compañeros o superiores<sup>50</sup>”. Dicho comportamiento, en cualquiera de sus facetas, ha de acompañarse por su carácter sistemático, y continuado de presión psicológica sobre la

---

<sup>47</sup> STSJ Navarra 23 marzo 2004 (num. 81/2004, sin RA).

<sup>48</sup> STSJ Navarra 23 marzo 2004 (num. 81/2004), en la misma línea que sostiene Romero Ródenas, op. loc. cit.

<sup>49</sup> STSJ Madrid 27 enero 2004 (101751).

<sup>50</sup> STSJ Madrid 27 enero 2004 cit.



víctima<sup>51</sup>. Y aunque laboral en esencia, puede ser puesto en práctica por terceros, siempre que sea perceptible su connivencia con la empresa, que de alguna manera se apoya en ellos para alcanzar los objetivos de auto eliminación en que el mobbing consiste<sup>52</sup>.

La recepción del concepto, no obstante, parece que está lejana de significar una notable ampliación de los supuestos de comportamientos empresariales vejatorios existentes hasta el momento, o de incorporar al régimen de la relación de trabajo un aparato de respuestas

---

<sup>51</sup> La trascendencia de estos elementos lleva a razonamientos como éste, de la STSJ Castilla La Mancha de 23 de diciembre de 2003 (613), “**SEXTO** Sobre el concepto de acoso moral, esta Sala en sentencia de 22 de mayo de 2003 ha tenido ocasión de señalar que: «a) El acoso se define, en términos generales, como "el sometimiento sin reposo a pequeños ataques repetidos" o, también, desde un punto de vista laboral ya, como "una degradación deliberada de las condiciones de trabajo" (declaración de la Asamblea Nacional Francesa de 14 de diciembre de 1999).

b) En cualquier caso, el acoso moral debe tener, siempre, unos perfiles objetivos como son los de la sistematicidad, la reiteración y la frecuencia, y al propio tiempo, otros subjetivos como son los de la intencionalidad y el de la persecución de un fin.

Son, por tanto, elementos básicos de este anómalo proceder humano, de una parte, la intencionalidad o elemento subjetivo, orientado a conseguir el perjuicio moral de otro, requisito, éste, siempre exigido en este irregular comportamiento o actitud y, de otra parte, la reiteración de esa conducta de rechazo que se desarrolla de forma sistemática durante un período de tiempo.

c) Lo que caracteriza al acoso moral es, sin duda alguna, la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión.

d) Lo que verdaderamente cualifica al acoso laboral es la concurrencia en el desarrollo del contrato de trabajo de una efectiva y seria presión psicológica, bien sea ésta de un superior o de un compañero -acoso vertical y horizontal- que sea sentida y percibida por el trabajador acosado al que causa un daño psíquico real que le hace perder la posibilidad de una normal convivencia en su propio ámbito profesional. La presión psicológica es la que caracteriza, esencialmente, al acoso moral, lo que no excluye el que, la misma, se pueda hacer acompañar, también, de algún tipo de violencia física.

Pero esa presión psicológica ha de ir acompañada del elemento subjetivo de la intencionalidad y del elemento cronológico de la reiteración.

e) Naturalmente, no toda actitud destemplada en el desarrollo de la actividad laboral puede merecer el calificativo de acoso moral. Se impone, por consiguiente, distinguir, claramente, lo que constituyen conductas de verdadera hostilidad y persecución encubiertas de lo que puede constituir simple desacuerdo o exigencia rigurosa de determinado comportamiento laboral, que responden a inevitables y naturales confrontaciones en el ámbito de la relación humana y, más específicamente, de la surgida del contrato de trabajo».

<sup>52</sup> Resulta muy significativa en este sentido la STSJ Galicia de 16 de enero de 2004 (631), referida a un complejísimo supuesto de mobbing en un Colegio en que, parece, la empresa se apoya en la actuación de la APA del centro.” resultando probada la existencia de un hostigamiento por parte de la empresa, que es canalizado a través de diversos padres de alumnos justamente los de 2º y 4º de primaria, los cursos cuyos profesores resultan ser las actoras, cuya función docente en dichos cursos les fije impuesta por la dirección del centro tras la reincorporación de la IT, y tras la sentencia condenatoria dictada por el juzgado sobre vulneración de derechos fundamentales, hostigamiento tendencioso con la clara finalidad de que las actoras cesen en la actividad laboral, finalidad que es de la empresa, pues en definitiva sólo a ella le beneficia y que el centro se apoya en la APA para conseguir su finalidad -extinción del vínculo contractual- y al no haberlo entendido así, pese a entender la sentencia que existe hostigamiento frente a las actoras, pero no del centro, sino de la APA, procede la estimación del recurso interpuesto, la revocación de la sentencia de instancia y la estimación de la demanda y se declara extinguido el contrato de trabajo que unía a las actoras con la empresa, condenando a esta al abono de las indemnizaciones correspondientes al despido improcedente”.

indemnizatorias o sancionadoras que pongan término a comportamientos laborales no respetuosos con la dignidad de los trabajadores. En prueba de lo dicho se advierte la frecuencia en el recurso a conceptos ya conocidos, que en su día vaciaron prácticamente de contenido la virtualidad anti-vejatoria del art. 50 ET<sup>53</sup>. O la ciertamente frecuente doctrina judicial restrictiva de las indemnizaciones a las que puedan tener derecho los trabajadores a consecuencia de estos comportamientos. Ciertamente, resulta difícil la tarea judicial de distinguir, en el entramado

---

<sup>53</sup> Esta resistencia de las técnicas del art. 50 ET se manifiestan con relativa frecuencia en la jurisprudencia de nuestros Tribunales. Así, sin agotar los ejemplos STSJ País Vasco 24 septiembre 2002 (1839) “De tales hechos se deriva una no pacífica relación entre la actora y la empresa, plasmada fundamentalmente en unas modificaciones de horario que luego fueron solucionadas en conciliación, un descuento salarial por un permiso que la empresa consideró indebido pero luego reintegró, una sanción por una ausencia al trabajo y otra sanción por una queja de que se le había pagado 0,01 euro de menos en una nómina. No consta ninguna de las actitudes burlescas o humillantes a las que hace referencia la actora ni a una persecución por la empresa, sin que el normal y lógico funcionamiento de ésta pueda entenderse como acosador (nos referimos a las grabaciones ocasionales de las llamadas de los clientes, lo que tiene encaje en la actividad de control de la actividad laboral, sin que se entienda cómo ello puede afectar a la integridad moral de la actora; a modificaciones de horario que en ocasiones han afectado a la mayoría de los trabajadores y no sólo a la actora...). Por otra parte, el hecho de que la actora padezca una depresión reactiva no demuestra ni su origen ni su causa, sin que pueda de ello deducirse la existencia de ese acoso moral, como adecuadamente ha razonado el juzgador de instancia”, de ahí que se desestime su recurso; o la STSJ Cataluña 23 julio 2003 (num. 1804/2003). “Que las circunstancias relativas a que al trabajador se le ha adjudicado un despacho que no está en la planta .... ni en la .... sino en el entresuelo, no implica ninguna actitud de acoso al mismo, ni aparece como vejatoria, puesto que a la empresa le incumbe en virtud del ius dirigendi que se recoge en el art. 20 del ET, y ningún derecho se recoge en el Estatuto de los Trabajadores que exija la ubicación precisa de un trabajador, otra cosa hubiera sido que el despacho en el que se le instala estuviera extra muros de la empresa, o en un sótano sin ventilación (STS-3º 23 julio 2003 (8078)), lo que no acontece en el presente supuesto, lo mismo puede decirse respecto de las mamparas de separación, puesto que ninguna efectividad respecto de una supuesta forma de acoso, o que pueda considerarse vejatorio para el trabajador y ello porque en principio todo despacho está separado de los demás despachos, máxime en un trabajador de la categoría que conlleva una remuneración bruta mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 19.119 euros (unos tres millones doscientas de las antiguas pesetas), puesto que lo contrario, que se le hubiera ubicado en una sala general y no en un despacho independiente, sí aparece a juicio de la Sala como una actitud de demérito para el trabajador al que se refieren las presentes actuaciones. Que no puede dejar de señalarse que siendo cierto el incumplimiento de la empresa en no darle trabajo efectivo, no lo es menos que no aparece a juicio de la Sala ningún comportamiento de ésta que pueda incardinarse en el concepto de mobbing que se pretendía en la demanda y ha sido estimado por el Juzgador, no apareciendo ejercicio de violencia psicológica de forma sistemática y recurrente por parte de la empresa y durante un tiempo prolongado con la finalidad de destruir las redes de comunicación del actor con otros compañeros de trabajo, ni se ha realizado actividad alguna por parte de la empresa que intente destruir su reputación. Que tampoco puede ser sustancial para la definición de la figura citada la circunstancia de que el actor iniciara situación de IT por síndrome ansioso depresivo reactivo y ello porque además de que el propio Juzgador retrotrae el inicio de la citada situación a mediados de 2001 muy anterior a los hechos que se juzgan en los presentes autos, tampoco por la sola y simple circunstancia de que como reacción a ésta se ha agravado aquél, pueda entenderse la existencia del acoso. Que tampoco parece muy acorde con el pretendido acoso moral, la actitud de la empresa que le concede los días de licencias para asistir a otros menesteres derivados de su calidad de vocal o consejero de AENA, que igualmente le satisface el premio por 25 años de servicios en la empresa, sin discusión alguna, que no ha desconocido ninguno de sus derechos laborales como la mejora en situación de IT, ni tampoco ha puesto en tela de juicio su baja por enfermedad, tal como aconteció en el supuesto examinado por el TS en la sentencia antes mencionada. Que de todo ello se evidencia a juicio de la Sala que no se da en el presente supuesto la figura del acoso moral, sino un mero incumplimiento empresarial objetivado por la circunstancia objetivamente acreditada de no darle trabajo efectivo, por lo que procede estimar el recurso”, con lo que a la postre el acoso moral es aún más raro como comportamiento que el clásico trato vejatorio o el incumplimiento grave del empresario a los efectos del art. 50 ET; en relación con la cuantificación de los eventuales daños resulta especialmente significativa la STSJ Galicia de 15 de septiembre de 2003, RA 3047 (num. 4022/2003), en cuyo fundamento jurídico tercero desmonta sistemáticamente los argumentos del actor en el sentido de aumentar la indemnización solicitada atendiendo a una serie de elementos ciertamente no materiales, pero que pertenecen al área típica del mobbing, como “que el importe de indemnización, por daños patrimoniales y morales, que se le reconoce en la sentencia de instancia (18.000,00 €), se eleve a 150.000,00 € y se basa para ello en que dentro de los daños patrimoniales, deben incluirse tanto el daño emergente como el lucro cesante (pérdida salarial derivada de la situación de IT, cantidades «a mayores», que ya no percibe, y las resultantes de las horas extras que no realiza); en que, dentro de los daños patrimoniales deben incluirse los personales o corporales, sean físicos o psíquicos (incluso, por ejemplo, dentro de éstos que su convivencia conyugal y familiar resultó afectada); y en que, en cuanto a los daños morales, también deberían valorarse aquellos que afectan al prestigio personal y a su confianza y seguridad personal y profesional, a que las acciones de menosprecio y los tratos degradantes cobran mayor relevancia por su condición de socio y por realizarse en las instalaciones de la empresa, delante de sus compañeros; pero por la Sala -a la vista de los datos, que se ofrecen y se desprenden, al respecto de la resolución impugnada-, no se considera correcta tal pretensión.”;

complejo de relaciones interno a la empresa, lo patológico de lo usual; los conflictos normales en toda relación humana de la exacerbación del conflicto que conduce al acoso; el ejercicio por el empresario de sus poderes contractuales de modificación o alteración de condiciones de trabajo en aras del más adecuado funcionamiento de la empresa, y el uso de esos mismos poderes para empeorar la situación del trabajador concernido. En eso consiste la peculiaridad de una conducta o serie de conductas como éstas y no se puede reducir o simplificar su labor, si acaso poner de manifiesto hasta qué punto el origen “sicológico” de estos comportamientos recorta las posibilidades de respuesta y hasta qué punto una desviada utilización del control de la acción resolutoria del art. 50 ET pueden generar un sensible vaciamiento de la tutela de la dignidad del trabajador que está ínsita en la prohibición de acoso<sup>54</sup> ..

---

<sup>54</sup> Véanse, al respecto, los argumentos de la STSJ Andalucía (Sevilla) 9 octubre 2003 (num. 3084/2003) “es necesario establecer si el denominado hostigamiento o acoso laboral es causa de la acción ejercitada, y si en el caso de autos existe o no el mencionado hostigamiento. La constatación de la existencia en las empresas de trabajadores sometidos a un hostigamiento tal que incluso llegan a presentar síntomas psicossomáticos y reacciones anormales hacia el trabajo y el ambiente laboral, ha determinado la acuñación del término Mobbing para su calificación, acepción que literalmente significa atacar o atropellar y que ha sido traducido como hostigamiento psicológico en el trabajo, refiriéndose a aquella situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. Este término Mobbing ha sido empleado en la literatura psicológica internacional para descubrir una situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica y sistemática durante un período prolongado de tiempo sobre otra persona en el lugar de trabajo. El Mobbing podría considerarse como una forma característica de estrés laboral, que presenta la particularidad de que no ocurre exclusivamente por causas directamente relacionadas con el desempeño del trabajo o con su organización, sino que tiene su origen en las relaciones interpersonales que se establecen en cualquier empresa entre los distintos individuos. Una característica de la situación es la de ser un conflicto asimétrico entre las dos partes, donde la parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la del trabajador hostigado. Como expuso la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sus recientes sentencias de 30-4-2001 (AS 20011878 <AS2001 1878>) y 18-5-2001 (AS 20011821 <AS20011821>), la doctrina especializada en esta materia incluye en esta categoría de Mobbing las siguientes conductas: 1) Ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones. 2) Ataque mediante aislamiento social. 3) Ataques a la vida privada. 4) Agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona. 5) Rumores: criticar y difundir rumores contra esa persona. Como síntomas de las personas sometidas a Mobbing se señalan: ansiedad, pérdida de la autoestima, úlcera gastrointestinal y depresión. Ahora bien, la presencia de cualquier conflicto no determina la presencia de un hostigamiento laboral, porque, como sostiene la doctrina especializada, los conflictos son inevitables, pero no estamos hablando aquí sin embargo del conflicto, sino de un tipo de situación comunicativa que amenaza infligir al individuo perjuicios psíquicos y físicos. El Mobbing es un proceso de destrucción; se compone de una serie de actuaciones hostiles, que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos». Así pues, el concepto de Mobbing queda definido por el encuadramiento sobre un período de tiempo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas, por una o varias personas, hacia una tercera”. Ese es el comportamiento encuadrable en los incumplimientos empresariales ex art. 50 ET.