

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DPTO. DE DERECHO DEL TRABAJO Y TRABAJO SOCIAL



Tesis Doctoral

**EL DERECHO A LA IGUALDAD SIN DISCRIMINACIÓN POR SEXO EN
EL CONTRATO DE TRABAJO: LA VERSIÓN PORTUGUESA DE UN
RETO COMUNITARIO**

SÉRGIO MIGUEL TENREIRO TOMÁS

Directora: D. María José Nevado Fernández

**Maio
2012**

Universidad de Salamanca

Tesis Doctoral: El derecho a la igualdad sin discriminación por sexo en el contrato de trabajo: La versión portuguesa de un reto comunitario.

Sérgio Miguel Tenreiro Tomás

Directora de Tesis: María José Nevado Fernández

SUMARIO

SUMARIO	1
ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN	5
PARTE I EL DERECHO A LA IGUALDAD SIN DISCRIMINACIÓN POR SEXO.....	15
CAPITULO I LA IGUALDAD <i>VERSUS</i> EL SEXO COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN	15
I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.....	15
I.1 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	15
I.2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN	20
I.3. LA VERSIÓN FORMAL DEL DERECHO PORTUGUÉS: DEL CONSTITUCIONALISMO AL CÓDIGO CIVIL.	28
II. LA ESENCIA DE LAS PRIMERAS POLITICAS EN IGUALDAD	56
II.1. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.....	56
II.2. LA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN.....	72
CAPITULO II LAS ACCIONES PARA LA IGUALDAD REAL.....	100
I. LA INSUFICIENCIA DE LA CONSAGRACIÓN DE LA IGUALDAD FORMAL	100
II. LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON LA IGUALDAD REAL.....	106
II.1. SU DEFINICIÓN Y FINALIDAD.....	106
II.2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA CON ORIGEN EN EL ESTADO	126
II.3. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA CON ORIGEN EN LOS PARTICULARES.....	133
II.4. LAS MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL DERECHO COMUNITARIO	137
PARTE II LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EN LA CONSTRUCCIÓN EN LA IGUALDAD REAL	178
CAPITULO III LA IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO	178
I. EL ACCESO AL TRABAJO.....	178
I.1. INFORMACIONES RELATIVAS AL ESTADO DE EMBARAZO. .	179
I.2. RESTRICCIONES AL ACCESO AL EMPLEO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA O LACTANTE	186
I.3. RECHAZO DE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORA EMBARAZADA PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PROHIBIDAS O CONDICIONADAS. EFICACIA DEL CONTRATO DE TRABAJO	190
II. EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN LABORAL.....	197
II.1. LA TRABAJADORA EMBARAZADA O LACTANTE Y LA RETRIBUCIÓN.....	197
II.2. LA MUJER TRABAJADORA Y EL TIEMPO DE TRABAJO.....	200
II.2.1. TRABAJO NOCTURNO	200
II.2.2. HORAS EXTRAORDINARIAS	203

II.2.3. FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PERIODO NORMAL DE PRESTACIÓN DE TRABAJO	205
II. 2.4. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	207
II.2.5. HORARIO FLEXIBLE.....	209
II.2.6. JORNADA CONTINUA.....	211
II.3 LA MUJER TRABAJADORA Y EL TIEMPO DE NO TRABAJO .	211
II.3.1. LICENCIAS PARENTALES	211
II.3.1.1. LICENCIA POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD	213
II.3.1.2. LICENCIA POR ADOPCIÓN	228
II.3.1.3. LICENCIA PARENTAL PARA ASISTENCIA A HIJO Y ADOPTADO	231
II.3.1.4. LICENCIA ESPECIAL PARA ASISTENCIA A HIJO Y ADOPTADO	233
II.3.1.5. LICENCIA PARA ASISTENCIA A DISCAPACITADO MENOR Y ENFERMOS CRÓNICOS	235
II.3.2. DISPENSAS Y FALTAS	236
II.3.2.1. DISPENSA PARA CONSULTAS, AMAMANTAMIENTO O LACTANCIA	236
II.3.2.2 FALTAS PARA ASISTENCIA A MENORES, A PERSONAS CON DISCAPACIDAD O ENFERMEDAD CRÓNICA.....	243
II. 3.2.3. FALTAS POR ASISTENCIA A OTROS FAMILIARES	249
II.3.2.4. FALTAS PARA ASISTENCIA A NIETOS	251
III LA CESACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	253
III.1. PARECER PREVIO AL DESPIDO	256
III.2. CADUCIDAD DEL CONTRATO A TÉRMINO.	259
III.3. EL PERIODO DE PRUEBA.....	261
III.4. SUSPENSIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO.....	264
III.5. PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE JUSTA CAUSA.....	264
III.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ILICITUD DEL DESPIDO	264
CAPITULO IV LA IGUALDAD EN LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. DEL SISTEMA UNIVERSALISTA Y SIN GÉNERO	266
I. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO COMUNITARIO.....	267
II. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO PORTUGUÉS.....	281
II.1. PENSIÓN DE SUPERVIVENCIA.....	282
II.2. DESEMPLEO.....	288
II.3. PENSIÓN DE INVALIDEZ Y VEJEZ	291
CONCLUSIONES.....	299
BIBLIOGRAFIA	312

ABREVIATURAS

AJA – *Actualidad Jurídica Aranzadi*

AL – *Actualidad Laboral*

AS – *Aranzadi Social*

BFDUC – *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*

CEE – Comunidad Económica Europea

CITE – Comisión para la Igualdad en el Trabajo y Empleo.

CL – *Carta Laboral*

CP – Código Penal

CRP – Constitución de la República Portuguesa

CT – Código del Trabajo

CTT – Contrato Colectivo de Trabajo

CMLR – *Common Market Law Review*

DL – *Documentación Laboral*

DOCE – Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DS – *Droit Social*

DUDH – Declaración Universal de los Derechos Humanos

EEE – Espacio Económico Europeo

EFTA – Asociación Europea de Libre Comercio

ELRev. – *European Law Review*

ILJ – *Industrial Law Journal*

JSWL – *Journal of Social Welfare and Family Law*

LPMP – Ley de la Protección de la Maternidad y Paternidad

MTAS – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

OIT – Organización Internacional del Trabajo

QL – *Questões Laborais*

RCT – Reglamentación del Código del Trabajo

RDES – *Revista de Direito e de Estudos Sociais*

RDS – *Revista de Derecho Social*

REDA – *Revista Española de Derecho Administrativo*

REDC – *Revista Española de Derecho Constitucional*

REDT – *Revista Española de Derecho del Trabajo*

RL – *Relaciones Laborales*

RMP – *Revista do Ministério Público*

RT – *Revista de Trabajo*

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

STJ – Sentencia del Tribunal de Justicia

STJCE – Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TC – Tribunal Constitucional

TCE – Tratado de la Comunidad Europea

TCEE – Tratado de la Comunidad Económica Europea

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TL – *Temas Laborales*

TS – *Tribuna Social*

TUE – Tratado de la Unión Europea

UE – Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad es indiscutiblemente un de los pilares fundamentales de los Estados de derecho, donde se incluye naturalmente el portugués. La igualdad en la aplicación del derecho continúa siendo una de las vertientes elementales del principio de la igualdad constitucionalmente previsto, asumiendo particular importancia en el ámbito de la aplicación igual de la ley por parte de los órganos de administración y los tribunales. En el derecho portugués la Constitución de 1976, destinataria de siete revisiones constitucionales, empezó por consagrar de una forma genérica el principio de la igualdad, asociándolo materialmente a la dignidad de la persona humana reconociendo en su artículo 13, recogido en la Parte I – *Derechos y deberes fundamentales*, que «todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley». La afirmación *ante la ley* significa tradicionalmente la exigencia de igualdad en la aplicación del derecho.

También la Unión Europea y el Derecho comunitario han desempeñado un importante role relativamente al tema de la igualdad. El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha reconocido su carácter de derecho fundamental y de principio general del Derecho. Ha sido de este modo, con naturalidad, que con la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 12 de diciembre de 2007, se haya finalmente consagrado su carácter vinculante para la mayoría de sus países miembros, significando que la Unión, cuando actúa como legislador, estará sometida al referido principio, pudiendo asimismo velar por su respecto por parte de aquéllos, ya que su obediencia es una condición esencial para su pertenencia a la Unión.

El carácter vinculante de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y más concretamente el derecho a la igualdad, ha

sido el culminar de un largo precurso iniciado por el Tribunal de Justicia que a través de su jurisprudencia ha desarrollado de forma determinante la importancia de aquella en lo que respecta a la esfera labora y más concretamente con una de sus principales manifestaciones: la igualdad de trato por razón de sexo. El mismo tribunal ha destacado por diversas veces la importancia de este tema cuando consideró en algunas de sus sentencias que la igualdad entre hombres y mujeres se beneficia de la regla según la cual la interpretación de la legislación comunitaria no debe conducir a resultados que sean incompatibles con aquella¹. Es todavía comprensible que solamente con el Tratado de Ámsterdam se haya reconocido la prohibición de discriminación por razón de sexo, lo que veo permitir la adopción de legislación comunitaria al respecto, ya que los fines perseguidos inicialmente con la construcción de la Comunidad Europea eran tan solamente de índole económica con el fin de asegurar la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y trabajadores, creyéndose que el funcionamiento del mercado conllevaría a una mejoría del nivel de vida de los ciudadanos de los Países miembros y a una desaparición progresivo de la discriminación. No obstante esta perspectiva inicial la verdad es que las motivaciones económicas terminaron por prohibir la discriminación en asuntos relacionados con las relaciones laborales como resultado de la preocupación con el «dumping social». Gradualmente se ha tomado consciencia que la constitución y desarrollo de una comunidad supranacional basada únicamente en preocupaciones económicas difícilmente sería aceptada por parte de los ciudadanos, pasando a adoptarse una nueva visión que se interesaba por una Europa social, concretizada con la institución de una ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht y más tarde con la preocupación de aprobarse una Constitución Europea.

¹ SSTJCE de 21 de septiembre de 1989, Hoechst, asunto 46/87 y de 17 de octubre de 1989, Dow y otros, asuntos acumulados 85/87, 97/87 y 99/87.

Sobre el tema del Derecho a la igualdad sin discriminación por sexo es importante destacar el ámbito laboral, que por su complejidad, actualidad e importancia hace con que continúe a ser un tema actual, siendo incuestionable la urgencia de terminarse con las desigualdades históricamente enraizadas. Siendo verdad que la igualdad es un derecho fundamental no estrictamente laboral termina por tener aquí un papel crucial porque procura garantizar un derecho del trabajador a obtener de su empleador un trato igual en relación al resto de los trabajadores con el fin de alcanzarse la igualdad real.

En el desarrollo de este trabajo, dedicado al tema de la igualdad sin discriminación por sexo en el contrato de trabajo, se procuró analizarlo desde una perspectiva del derecho portugués bajo la influencia del derecho comunitario. En primero lugar se consideró oportuno empezar con algunas nociones fundamentales del principio de la igualdad y de la no discriminación por razón de sexo, con un especial enfoque sobre la versión formal del Derecho Portugués. Se reconoce que la igualdad ha sufrido una gran evolución al lo largo de los tiempos con un contribuyo decisivo del derecho constitucional, donde fue visible una progresiva tendencia en implementar derechos a todos los ciudadanos que les permitiese tener en sus esferas el pleno derecho a la igualdad entre todos. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués ha considerado además que «la diferenciación de trato de situaciones aparentemente iguales tendrán que justificarse, al menos, por cualquier fundamento material o razón no arbitraria o poco razonable, por ser contrario a la justicia y consecuentemente a la igualdad, de modo que la legislación no se traduzca en impulsos esporádicos o caprichosos sin sentido y consecuencias».

No obstante los principios constitucionales garantizaren desde temprano la igualdad formal de los portugueses, importa referir que los textos constitucionales no eran entendido como el mismo valor de los días de hoy, estando revestidos de un contenido político y reservando a

la ley toda la reglamentación de los derechos civiles, lo que justifica que el primero Código Civil Portugués, aprobado el 1 de julio de 1867, haya retirado derechos individuales esenciales a las mujeres sin que los mismos hayan sido considerados inconstitucionales. Esta realidad ha cambiado con las diversas alteraciones que el Código Civil ha sufrido, razón por la cual se consideró importante analizar aquí el desarrollo de la ley civil portuguesa hasta los días de hoy.

El primero capítulo realiza también un estudio dedicado al derecho comunitario sobre algunos puntos fundamentales de la igualdad de sexo en la esfera laboral, analizándose a la postre su impacto en el ordenamiento jurídico portugués. Así, se hizo el análisis de la igualdad en el acceso al trabajo, más concretamente la igualdad de oportunidades, con destaque para la Directiva 76/207/CEE, que determinaba que la aplicación del principio de igualdad de trato suponía «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles de la jerarquía profesional»². Para la concretización de estos objetivos, los Estados miembros deberán suprimir las disposiciones legales contrarias al principio de igualdad de trato, incluso las que figurasen en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas y en los estatutos de las profesiones independientes. Esta Directiva ha sido importante ya que supuso por primera vez la consagración de un principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres, aislado del objetivo de salvaguarda de las condiciones de competencia económica que inspiró la legislación salarial igualitaria, significando un paso más

² Cfr. MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo», *AL*, n° 41, 2000, pp. 677 y ss. y DÚRAN LÓPEZ, F., «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976», *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* (Estudios homenaje al profesor Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990, pp. 392-430.

allá del objetivo inicial asociado a la creación de una comunidad económica europea.

En el ordenamiento jurídico portugués, no obstante la Constitución de la República Portuguesa (CRP) prever desde el año de 1976 la igualdad en razón de sexo, la igualdad en el acceso al trabajo solamente ha sido consagrada a través del Decreto-ley 392/79, aprobado el 31 de julio de 1979, donde se reconoció que persistían discriminaciones sobre la mujer que la impedían de ejercer una ciudadanía plena, incluso al nivel laboral, y que la igualdad entre hombres y mujeres no se lograría solamente a través de la ley. Uno de los retos de esta legislación ha sido crear un conjunto de normas que adecuase los principios constitucionales protectores de la igualdad de género a la realidad laboral de aquellos días, proporcionando a todas las mujeres una igualdad de oportunidades y aproximando de este modo la orden jurídica portuguesa a otras órdenes jurídicas más desarrolladas, cumpliendo así las exigencias de las organizaciones internacionales a las que Portugal se encontraba vinculado, reconociendo al mismo tiempo que el derecho al trabajo significaría la ausencia de cualquier discriminación basada en el sexo. La misma legislación ha declarado como nulas y sin efecto todas las disposiciones que limitasen por cualquier forma el acceso a cualquier empleo, profesión o puesto de trabajo.

También la igualdad en el desarrollo de la relación laboral ha sido merecedora de destaque, con un especial enfoque a la igualdad de retribución por se considerar determinante y controversia. El Tratado de Roma en su art. 119 (hoy art. 157 pos Tratado de Lisboa) ha previsto en el derecho comunitario la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un mismo trabajo con la Directiva 75/117/CEE, años más tarde, a introducir la expresión: «para un trabajo al que se atribuye un mismo valor», que veo finalmente a ser

recogida en el derecho originario por el art. 141 pos Tratado de Ámsterdam y objeto de significativa jurisprudencia del TJCE.

En el ordenamiento portugués desde 1976 que la CRP veo consagrar que todos los trabajadores, sin distinción de sexo, tienen derecho a la retribución del trabajo bajo el principio “*trabajo igual salario igual*”, completado años más tarde por el derecho derivado que acompañó esta iniciativa con el Decreto-ley 392/79, que pasó a prever la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un trabajo igual o de valor igual prestado a la misma entidad patronal, considerando además que las variaciones salariales efectivas no constituían discriminación desde que basados en criterios objetivos de atribución, comunes a hombres y mujeres. Sin embargo esta preocupación por parte del legislador comunitario y nacional la realidad actual es que queda aún un largo camino por alcanzar como lo demuestran los datos estadísticos al respecto, no solamente de Portugal como los demás Estados-miembros de la Unión Europea.

El segundo capítulo es dedicado a las acciones para la igualdad real. En este ámbito es crucial tener presente el concepto de igualdad formal y el reconocimiento que esta no es suficiente, por lo que importa hablarse de la igualdad material. Un de los principales instrumentos para alcanzar-se la deseable igualdad real respecta a la discriminación positiva basada en una preferencia garantizada al sexo menos representado en el sentido de alcanzar determinado puesto de trabajo y que tiene como requisito la existencia de habilitaciones semejantes entre los candidatos a determinado beneficio. Se pasarán a denominar aquí como medidas de discriminación positiva moderadas como forma de distinguirlas del sistema rígido de cuotas, que se denominará como medidas de discriminación positiva o solamente como «discriminación positiva» ya que las primeras no permiten que un candidato con menores capacidades sea elegido en lugar del candidato del sexo suprarrepresentado, al contrario de lo que sucede en el sistema de

cuotas.

El derecho comunitario originario ha abierto la puerta para la puesta práctica de medidas de acción positiva donde se destaca el Protocolo sobre Política Social que el Tratado de Maastricht ha anexoado y que en el apartado 3 del art. 6 afirma que el principio de igualdad de trato: «no impedirá que cada Estado Miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales»³.

Más tarde, el Tratado de Ámsterdam dio una nueva redacción al art. 141 TCE, disponiendo en su apartado 4 que: «con el objetivo 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». Esta previsión tiene su origen en el principio de la igualdad substancial que defiende la eliminación de las desigualdades de hecho que impiden el logro de una verdadera igualdad entre los sexos en el mercado de trabajo. La referencia a «la plena igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral» termina con las dudas sobre la aplicación de la discriminación positiva solamente en el ámbito de la igualdad de oportunidades, alargando así el ámbito de su aplicación. Con el TFUE no se ha introducido ningún cambio relevante quedándose lo dispuesto en el art. 157.4.

Ante la no definición por parte del derecho comunitario original y derivado para definir con exactitud el contenido y los límites de la discriminación positiva, la jurisprudencia del TJCE ha desempeñado

³ Véase al respecto: WATSON, PHILIPPA «Social Policy after Maastricht», *Common market law review*, Leiden. Vol. 30, n° 3, junio 1993, p. 499.

una importante función aclaradora al declarar cuáles son sus demarcaciones y objetivos, intentado impedir arbitrariedades y que la aquellas medidas justifiquen más allá de lo que sea legítimo.

La intervención del Tribunal Comunitario ni siempre ha sido la más favorable en los asuntos relacionados con la aplicación de este tipo de medidas, ni tampoco aceptada de forma pacífica sus decisiones sobre las mismas, con algunos de sus fallos a generaren controversia y críticas por parte de algunos cuadrantes de la sociedad, por lo que he considerado importante analizar aquí los asuntos más pertinentes y que ayudan a comprender la complejidad del tema.

En la continuación de este trabajo se decidió enfocar la protección de la trabajadora en la construcción de la igualdad real con especial atención con las repercusiones del embarazo y licencias, dispensas y faltas relacionadas con el apoyo a la familia bajo la perspectiva del derecho portugués y comunitario, optándose por desarrollársela en tres momentos distintos: antes de la celebración del contrato de trabajo, durante su ejecución y finalmente en el momento de su cesación.

Sobre el primer momento se hace un particular análisis sobre las informaciones relativas al embarazo y sus implicaciones a la hora de contratar, así como se aborda las restricciones al acceso al empleo de una trabajadora embarazada o lactante y el rechazo de la contratación de trabajadora embarazada para el ejercicio de actividades prohibidas o condicionadas basado en la existencia de una norma nacional que prohíba o condicione a las mujeres embarazadas, puérperas o lactantes a desempeñar determinadas funciones.

El aspecto retributivo ha también sido merecedor de especial atención, no se debiendo olvidar que una de las principales cuestiones relativas a la discriminación de las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes respecta a la pérdida de los premios de asiduidad,

productividad o en la participación de los resultados en la secuencia de las faltas justificadas para consultas pre natales, del gozo de licencia por maternidad o dispensa para la lactancia. En consonancia con la Directiva 76/207/CEE, alterada por la Directiva 2002/73/CE y revocada posteriormente por la Directiva 2006/54/CE, que previa que «el tratamiento menos favorable de una mujer en el cuadro del embarazo o de la licencia por maternidad (...) constituye una discriminación en función de sexo», el Código del Trabajo (CT) portugués veo consagrar que «las licencias, faltas o dispensas relativas a la protección en la parentalidad no pueden fundamentar diferencias en la retribución de los trabajadores» (art. 31.4).

Sobre el tercero momento se destaca una vez más la Directiva 76/207/CE, relativamente a la aplicación del principio de la igualdad de trato a las condiciones de empleo y de trabajo, explicitando que esta incluye las condiciones de despido, permitiendo así concluir que el despido relacionado con el estado de embarazo, puerperio o lactante constituye una discriminación directa en función de sexo, en la medida en que respecta solamente a las mujeres, siendo por lo tanto contrario al derecho comunitario. En el ordenamiento jurídico portugués la protección en el despido se encuentra previsto actualmente en el CT, siendo aplicable a las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes, así como al trabajador en el gozo de la licencia parental, declarando que el despido por hecho imputable al trabajador que se encuentre en una de las referidas situaciones se presume hecho sin justa causa.

En la última parte de la tesis se analiza la igualdad en las prestaciones de la Seguridad Social, con especial enfoque sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario y, a la postre, un estudio sobre la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho portugués donde se señala la importancia que el derecho de la seguridad social podrá contribuir para que la igualdad real entre hombres y mujeres pueda

concretarse, ya que su posición privilegiada debe contribuir para terminar con algunas injusticias sociales que se han verificado a lo largo de los años. En ese sentido se ha optado por analizar y recomendar algunas medidas que considero importantes en lo que respecta a las pensiones de sobrevivencia, desempleo e invalidez y vejez.

PARTE I EL DERECHO A LA IGUALDAD SIN DISCRIMINACIÓN POR SEXO

CAPITULO I LA IGUALDAD VERSUS EL SEXO COMO FACTOR DE DISCRIMINACIÓN.

I. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO.

I.1 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

Para discutir la noción de la discriminación que nos ocupa, importa hablar primero del principio de igualdad y comprender la interacción existente entre estos dos conceptos. La igualdad, siendo una de las ideas morales más intuitivas e intrínsecas del individuo, es incompatible con cualquier comportamiento que sea contrario a sus criterios, soliendo originar la desaprobación por parte de las personas de determinada sociedad, de toda la vez que sea violada. La igualdad constituye también uno de los principios estructuradores del régimen general de los derechos fundamentales, uno de los valores fundamentales de las sociedades modernas y una valía substancial y fundamental de la democracia. La igualdad tiene sus raíces en la Filosofía, aunque posteriormente haya sido recogida por otros campos del conocimiento humano, como el Derecho⁴, donde alcanza su auge con el establecimiento del primer constitucionalismo del Estado de Derecho.

La igualdad como ideal surge con Sólon (640 – 560 AC)⁵ y obtiene particular importancia en la teoría de los pitagóricos, que entendían la Justicia como un número par, es decir, compuesto de partes iguales,

⁴ Sobre un enfoque pluridisciplinar del principio de igualdad vid., VALCÁRCEL, AMELIA (comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

⁵ Cfr. BARKER, E. *Greek Political Theory: Plato and his Predecessors*, Methuen, London, 1970, p. 49.

estando probablemente en esta consideración la base de la teoría de la justicia particular aristotélica⁶. Posteriormente Péricles (460 – 429 AC), según el testigo de Tucídides (460-400 AC), afirmó en uno de sus discursos, denominado «la oración a los muertos de la guerra de lo Peleponeso», que la igualdad imponía trato idéntico en las relaciones entre los particulares y, en la vida pública, la abolición de la pobreza, el ascenso a los cargos de gobierno y la consideración del mérito⁷.

No obstante la contribución dada por estos autores sobre la idea de igualdad, ha sido Platón (429-347 AC) uno de los primeros en ir más allá, por medio de su obra *Republicas*. Platón distinguía dos tipos de igualdad – la igualdad absoluta y la igualdad proporcional. La primera implicaba las mismas oportunidades de ascenso a los cargos públicos; la segunda significaba el rellenar de los puestos en el gobierno según los meritos de cada candidato. En la referida obra, el autor defendía también que la *igualdad de proporción* debería observarse por encima de todo y que la misma era sinónimo de justicia. En *Leyes*, Platón advierte, además, que cuando la igualdad es conferida a cosas desiguales, el resultado será desigual, a menos que se aplique la medida debida.

Más tarde, Aristóteles (384-322 AC) retoma el tema al aseverar precisamente que la justicia consiste en la igualdad y, más concretamente, que la igualdad, para ser justa, tiene que consistir en igualdad para los iguales, mientras que, a su vez, la desigualdad será justa para los desiguales⁸. Esta referencia a la igualdad implica concebir la igualdad como igualdad de trato; la igualdad justa consistirá en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Este razonamiento ha sido retomado por la Escolástica y por todas las otras corrientes posteriores, como Hobbes, Marx o Rawls.

⁶ BARKER, E. *Greek Political Theorys...*, cit., p.54.

⁷ TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Editorial Gredos, Madrid, 1990/1992, pp. 72 -79.

⁸ Al respecto vid., ARISTÓTELES, *Las Política*, Vol. II, Espasa Calpe, Madrid, 1985.

En la esfera del constitucionalismo moderno, que empieza con las constituciones americana de 1787 y francesa de 1793, la igualdad conoce nuevas líneas, siendo constituida en un principio jurídico-político: *el principio de la igualdad*. Ha sido en los Estados Unidos donde, por primera vez, los textos básicos consagraron constitucionalmente la igualdad. No obstante, la Constitución de 1787 se limitó a abolir los títulos de nobleza (art. 1, sección 9, *in fine*) : «Ningún título de nobleza será concedido por los Estados Unidos, o persona alguna, ejerciendo empleo de interés o confianza bajo la autoridad de los Estados Unidos, podrá aceptar, sin consentimiento del congreso, gratificación, emolumento, empleo o título, independiente de su naturaleza, de cualquier rey, príncipe, o estado extranjero», termino influenciando las constituciones de algunos estados americanos, que le añadieron piezas importantes al original. De este modo, en el *Hill of Rights* de la Virginia, aprobado separadamente de la Constitución, el 12 de junio de 1776, se reconocía que «todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes y tienen determinados derechos inherentes». Por su vez, la Constitución del Estado de la Carolina del Norte negaba a cualquier hombre, o grupo de hombres, el derecho a privilegios distintos o exclusivos, excepto «en consideración de los servicios hechos al público». Más allá fue la Constitución del Estado de Massachussets, aprobada el año de 1780, al declarar que «todos los hombres nacen libres y iguales, y tienen determinados derechos naturales, esenciales e inalienables, y que entre ellos se debe contar, en primera plaza, el derecho de gozar la vida y libertad, y de defender a una y a otra; después de estos, el derecho de adquirir propiedades, poseerlas y protegerlas; por fin, el derecho de obtener su seguridad y su felicidad». Los artículos subsecuentes contienen, además, varias manifestaciones del principio de la igualdad, que no obstante estar concebidos en sede de derechos esenciales e inalienables, implican de igual modo un encuadramiento en la esfera del deber.

A pesar de la contribución del constitucionalismo americano, han sido los textos revolucionarios franceses los que, por primera vez, enuncian de forma explícita el principio de la igualdad ante la ley, a través del art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, al establecer que «la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, a la hora de proteger como de castigar. Todos los ciudadanos siendo iguales ante ella, son admisibles por igual a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos». A través de este artículo se pueden verificar las tres exigencias conexas que incluye el principio de igualdad ante la ley, en la concepción liberal: la igualdad política, la igualdad ante la ley, en sentido estricto, y la igualdad de acceso.

La igualdad ante la ley, en su sentido estricto, implicaba, en sus orígenes, el rechazo de las exenciones, privilegios e inmunidades del Antiguo Régimen. Todavía, los primeros textos constitucionales que establecían la igualdad, poseen un carácter meramente programático, no vinculando jurídicamente al legislador. La igualdad ante la ley tampoco se interpretaba como una exigencia de igualdad de trato en el contenido de la misma, una vez que se verificaba una primacía en los estados liberales del poder legislativo, cuyos actos no estaban sumisos a control. Estas razones, articuladas con el falso universalismo, que identifica al sujeto supuestamente universal en sus derechos con una determinada categoría de seres humanos (los varones, blancos, adultos y ciudadanos), explican el hecho de que por demasiado tiempo el principio de igualdad ante la ley haya coexistido con la exclusión de las mujeres de los derechos políticos y con su subordinación legal al esposo, situaciones que hoy se consideran incompatibles con el principio de igualdad ante la ley.

Con la aparición de los Estados constitucionales, se introduce jurídicamente la capacidad del principio de la igualdad para controlar el contenido de las leyes, consolidándose así una nueva dimensión de la igualdad ante la ley: la igualdad en el contenido de la ley, naciendo la subordinación del legislador al principio de la igualdad, teniendo por destinatarios los propios órganos de la creación del Derecho Constitucional⁹ y de la legislación ordinaria, significando al mismo tiempo que toda la ley de revisión constitucional y ordinaria debería obedecer a este principio¹⁰.

La vinculación del legislador lleva una larga tradición en el sistema norteamericano. La XIV Enmienda a la Constitución Americana, que entró en vigor en el lejano año de 1868, estableció que ningún Estado podría negar a cualquier persona que se encontrara dentro de sus límites jurisdiccionales «la igual protección de las leyes». En el constitucionalismo europeo, la capacidad del principio de igualdad para controlar el contenido de las leyes se impuso después de la Segunda Guerra Mundial, en la doctrina y en la jurisprudencia alemana y austriaca¹¹, difundiéndose posteriormente en el constitucionalismo contemporáneo de otros Países.

En el periodo pos-Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas han desempeñado un papel significativo en el reconocimiento de los derechos fundamentales y más concretamente del derecho de igualdad y su protección internacional. De esto son buenos ejemplos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹², el Pacto

⁹ Al respecto de la revisión constitucional portuguesa vid., MIRANDA, JORGE *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 200 y ss..

¹⁰ Desde la revisión de 1989 que la Constitución Portuguesa enuncia expresamente el respecto del principio de la igualdad por los órganos y agentes administrativos a par con los principios de la proporcionalidad, justicia e imparcialidad (art. 266, n° 2).

¹¹ Aunque hay precedentes anteriores en el Derecho suizo y en la doctrina de Leibholz (Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán después de la Segunda Guerra Mundial).

¹² Así, la DUDH dispone en su art. 1 que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». La invocación del principio de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación surge, después, reafirmada en el art. 7.

Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Aún en el ámbito de las Naciones Unidas, pero ahora en la esfera específica del derecho laboral, hay que destacar los trabajos desarrollados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organización fundada en 1919 junto a las Sociedades de las Naciones por el Tratado de Vérsales, que se ha asumido como la más antigua organización internacional dedicada a la promoción de los derechos y más específicamente de la promoción de la igualdad en materia de empleo.

El Consejo de Europa, creado el 10 de mayo de 1949, ha tenido igualmente una importante función en la protección y desarrollo de las libertades fundamentales, disponiendo de una importante actividad normativa y figurando como la principal fuente del derecho europeo no comunitario. La acción del Consejo de Europa alcanzó resultados notables en lo que respecta a la definición y defensa de los «Derechos del Hombre», fundamentados en los principios y reglas jurídicas enunciadas en la Convención Europea de los Derechos del Hombre, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, por los representantes de los Estados miembros del Consejo. Este documento no se ha confinado, como sucedió con la DUDH, a definir determinados derechos fundamentales del hombre en el seno de una sociedad civilizada, sino organiza un adecuado proceso de salvaguardia a nivel europeo con instituciones especializadas en los derechos amenazados de violación.

I.2. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

De una forma abreviada, sobre el principio de la igualdad importa referir sus múltiples manifestaciones, como son ejemplo: la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de razas o la igualdad entre nacionales y extranjeros. Estas manifestaciones tienen su concretización en la prohibición de la discriminación por razón de sexo,

raza y nacionalidad, respectivamente¹³.

Hay todavía una discusión doctrinal sobre los conceptos de igualdad y de no discriminación. Es consensual que, desde un punto de vista jurídico, la legislación y jurisprudencia entienden que la igualdad implica la ausencia de discriminación y viceversa. Sin embargo, desde una perspectiva de su aplicabilidad, importa hacer algunas consideraciones. Buscando algún apoyo en la jurisprudencia del TJCE, es seguro decir que la no discriminación es una expresión particular del principio general de igualdad que no permite que las situaciones comparables sean tratadas de forma diferente y que las situaciones diferentes se traten de manera igual, a menos que este trato esté objetivamente justificado¹⁴.

El término de la comparación es uno de los elementos que ha desempeñado un importante rol en la determinación de la presencia de una conducta discriminatoria. El TJCE, a la hora de enfrentarse a la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de sexo, suele utilizar una metodología comparativa, o sea, compara la situación de una mujer y de un hombre en el caso concreto. Cuando el órgano judicial determina que las diferencias detectadas se basan en el sexo, considera que existe una situación discriminatoria¹⁵. Razonamiento diferente tiene manifestado en los casos de discriminación de mujeres embarazadas, en el ámbito laboral, optando por una interpretación finalista de la cláusula de prohibición de la discriminación, entendiendo que las disposiciones de Derecho comunitario que establecen la

¹³ Al respecto vid., PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «El derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo», *Carta Laboral*, nº 29, mayo, 2000, pp. 1-8 y «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», *DL*, nº 8, 1983, pp. 7-28; PECES-BARBA M. G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III, 2004. p. 242.

¹⁴ SSTJCE de 26 de junio de 2001, Brunnhofer, C-381/99 y de 17 de septiembre de 2002, Lawrence, C-320/00.

¹⁵ El TJCE ha seguido en varias sentencias la fórmula aristotélica: «una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes». Véase entre otras: SSTJCE de 2 de octubre de 1997, Kording, asunto C-100/95 y de 13 de febrero de 1996, Gillespie, asunto C-342/93.

igualdad de trato entre hombres y mujeres, en el ámbito laboral, tienen como finalidad que el sexo del trabajador no sea un factor relevante cuando se trata del gozo de sus derechos.

La discriminación, y más concretamente la discriminación en sentido estricto, no se identifica de una forma genérica con toda la diferencia realizada de forma arbitraria, sino está relacionada con diferencias concretas e ilegítimas en que el criterio de distinción utilizado se basa en factores no imputables al individuo, como sus caracteres innatos, como sean la raza o el sexo, o su pertenencia a grupos sociales específicos, como la lengua o la religión, afectando a grupos concretos y no al sexo, la raza, o la religión, sino al sexo femenino, a la raza negra o a determinada religión.

La discriminación en sentido estricto coloca a las personas y grupos contra quien se subleva en una situación de marginalización y segregación, histórica y socialmente muy arraigada, que va más allá del fenómeno únicamente jurídico. En opinión de Encarnación Fernández « es un fenómeno estructural o institucional (...) que son el resultado de un conjunto de prácticas sociales cotidianas muy complejas que incluyen normas, hábitos, símbolos y presupuestos que no se cuestionan (...) en suma, son consecuencia de los efectos tanto intencionales como no intencionales de las acciones de muchas personas»¹⁶. La discriminación en sentido estricto tiene igualmente un importante elemento cultural, relacionado con la desvalorización de las personas agregadas a determinado grupo, en que sus miembros no son identificados individualmente como tales, sino como un grupo caracterizado como inferior por el grupo dominante. Esta evaluación puede tener varios grados, desde una menor valoración hasta llegar incluso a la estigmatización, acompañada muchas veces de violencia y

¹⁶ FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN, *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, p.17.

al no reconocimiento de las personas como tales¹⁷.

En el ámbito laboral, los efectos de la discriminación podrán tener diferentes efectos, pudiendo subrayarse dos principales aspectos: el positivo, en un primer análisis, para los sujetos que al pretender determinado beneficio relacionado con una actividad laboral no son objeto de discriminación y tienen como concurrentes a ese bien, normalmente escaso, personas que la sufren, partiendo de este modo en ventaja y consecuentemente como más hipótesis de alcanzar el fin deseado, sea un plaza de empleo, una ascensión o la oportunidad de obtener una formación; el negativo, principalmente para aquellos que son objeto de discriminación, puesto que tienen que esforzarse más que los demás para conseguir alcanzar la misma ventaja, con el desgaste que tal injusticia les provoca y las menores probabilidades de conseguirla.

Sin perjuicio de los resultados «positivos» producidos inicialmente en el grupo no discriminado, la discriminación resulta siempre negativa para la sociedad donde ocurra, una vez que termina por soportar sus efectos colaterales, ya que la segregación está muchas veces relacionada con la práctica de crímenes y la necesidad del estado subsidiar financieramente los elementos más desfavorecidos.

Los casos de discriminación basados en el sexo son igualmente pasibles de provocar impactos negativos en toda la sociedad, puesto que las firmas con vocación para el lucro que opten por una elección de personal no cimentada exclusivamente en factores puramente objetivos, sino en conceptos predefinidos y estereotipados, podrán obtener menos productividad, ya que cuanto peor estén preparadas, en términos de personal calificado, menor eficacia tendrán y menos producirán, presentando consecuentemente menor capacidad de creación de empleo

¹⁷ En este sentido vid., RUIZ MIGUEL, A., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Doxa, n. 19, 1996, pp. 53-54.

y riqueza, y menor capacidad contributiva fiscal. Esta situación no es exclusiva de este tipo de empresas, sino que engloba a los organismos o entidades responsables por administrar servicios públicos sin fines lucrativos, como son ejemplo, y según el modelo social europeo, los hospitales públicos, los centros de seguridad social, los servicios policiales y de investigación criminal y demás servicios relacionados con la soberanía del Estado, que se resentirán también de una incorrecta política de contratación de personal y de una menor productividad, desencadenando una menor eficacia en los servicios públicos al auxilio de los ciudadanos, lo que podrá conllevar a una mayor ineficacia y a la necesidad de contratar más personal o de recurrir a servicios externos, agravando de una forma innecesaria las expensas del Estado con este tipo de servicios.

Los efectos negativos no se quedan por aquí. La propia marginalización de la mujer en la esfera laboral necesitará, legítima y consecuentemente, de ser disminuida por medio de ayudas e incentivos estatales, con el respectivo coste que va siendo mantenido por toda la sociedad, incluso por los individuos que han sido beneficiados por las prácticas discriminatorias que cumple ahora borrar. Sería preferible ayudar a quienes, por menor competencia o habilitaciones, necesitan del soporte del Estado que apoyar personas que, en una sociedad justa, no lo necesitarían por poseer capacidad para alcanzar sus objetivos.

También el ordenamiento jurídico portugués había tenido ya la preocupación de definir el concepto de discriminación, nombradamente a través del Decreto-ley 392/79 que entendía la discriminación como «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en el sexo que tenga como finalidad o consecuencia comprometer o rechazar el reconocimiento, el gozo o el ejercicio de los derechos asegurados por la legislación del trabajo». Más tarde, con la Ley 105/97 se considera discriminación indirecta “siempre que una medida, un criterio o una práctica aparentemente neutra perjudiquen de modo desproporcionado

los individuos de uno de los sexos, nombradamente por referencia al estado civil o familiar, no siendo justificados objetivamente por cualquier razón o condición necesaria, no relacionada con el sexo”. En la versión actual del CT se considera existir discriminación directa «siempre que, en razón de un factor de discriminación, una persona sea sujeta a trato menos favorable que aquel que es, haya sido o será dado a otra persona en situación comparable». Por su vez, la discriminación indirecta ocurre «siempre que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro sea susceptible de colocar una persona, por motivo de un factor de discriminación, en una posición de desventaja comparativamente con otras, a menos que esa disposición, criterio o práctica sea objetivamente justificado por un fin legítimo y que los medios para alcanzarlo sean adecuados y necesarios».

Sobre este asunto importa recordar la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, por medio de la cual se modifica la Directiva 76/207/CEE, que ha definido el concepto de discriminación directa en este dominio, al definirlo como «la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera haber sido tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo», y la noción de discriminación indirecta, al precizarla como «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», sin olvidar la introducción, en el mismo artículo, de los importantes conceptos de «acoso» y «acoso sexual».

Estas definiciones, no siendo absolutamente novedosas, se apartan de la delimitación tradicional de estos conceptos en la jurisprudencia del TJCE, de manera que las principales aportaciones

son el hecho de que en la discriminación directa parece admitirse el término hipotético de la comparación, mientras que en la discriminación indirecta se parte de la noción de «desventaja particular», que se antoja, pese a su indeterminación, todavía menos polémica que el recurso a la prueba estadística, principal referente para determinar la existencia de discriminación indirecta con anterioridad¹⁸. Es todavía incuestionable que los cambios introducidos aligeran la carga de prueba que debe soportar el demandante en casos de supuesta discriminación, resultando en una garantía para el trabajador. De acuerdo con el razonamiento de Pérez del Río, el objetivo general de la reforma efectuada por esta Directiva ha sido todavía el de dotar de coherencia al derecho derivado, acercando los conceptos establecidos en materia de discriminación, por razón de género, a los definidos en la Directivas sobre no discriminación por otros motivos¹⁹.

Es clara también la influencia de la doctrina jurisprudencial estadounidense en materia de tutela antidiscriminatoria en la normativa y jurisprudencia comunitaria. La diferencia entre estos dos tipos de discriminación se halla, de esta manera, relacionada con el «*disparate impact*» con origen en el derecho norteamericano²⁰ y de acuerdo con el cual quedan prohibidas no sólo las prácticas discriminatorias, como las que producen efectos discriminatorios, no obstante haber o no una intención de sus autores, considerándose así un sistema de responsabilidad objetiva²¹.

La Jurisprudencia del TJCE había ya situado lo que entiende por

¹⁸ Cfr. PÉREZ DEL RÍO, T., «La abusiva protección frente a la discriminación en el derecho comunitario. Las D. 2000/43/CEE, D. 2000/78/CEE y D. 2002/73/CEE. Modificación de la D. 76/207/CEE», *RDS*, nº 19, 2002, pp. 98-99.

¹⁹ PÉREZ DEL RÍO, T., «*La abusiva protección...*», *cit.*, pp. 91-114.

²⁰ Un estudio sobre esta jurisprudencia *Vid.* REY MARTINEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Ed. Mac Graw-Hill, Madrid, 1995, pp. 133-138.

²¹ Al respecto *vid.*, PÉREZ DEL RÍO, T., «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario», en AA.VV., *Mujer y Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003.

discriminación indirecta en el caso Dekker²², del 8 de noviembre de 1990. Todo empezó en junio de 1981, cuando la Sra. Dekker solicitó el puesto de instructora en el centro de formación de jóvenes adultos regido por el Stchting Vormingscentrum loor Jong Volwassen (VJV). El 15 de junio de 1981, informó al comité responsable por las solicitudes de que estaba embarazada de tres meses. No obstante, el comité propuso su nombre al consejo de dirección del VJV como la candidata más idónea para el puesto. Sin embargo, el VJV informó a la Sra. Dekker de que no sería elegida para el puesto, alegando que al emplear a la candidata femenina el asegurador no le reembolsaría la prestación diaria que el VJV tenía obligación de pagarle durante su permiso de maternidad y, como consecuencia, el VJV no podría pagar una sustitución.

En consecuencia de esta decisión, la Sr. Dekker recurrió al Tribunal que planteó al Tribunal de Justicia si el empresario incurría directa o indirectamente en violación del principio de igualdad de trato establecido en el art. 2.1 y 3.1 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976. El Tribunal contesta aseverando que «un empresario incurre en discriminación directa del principio de la igualdad de trato (...) si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata femenina a la que considera idónea para el trabajo cuando dicha negativa se base en las posibles consecuencias adversas que le pueda acarrear el hecho de emplear a una mujer embarazada, una vez que las normas de incapacidad laboral adoptadas por las autoridades públicas asemejan la incapacidad laboral por embarazo y parto a la incapacidad laboral por enfermedad»²³.

²² STJCE de 8 de noviembre de 1990, Dekker, asunto C-177/88.

²³ Sobre los conceptos de discriminación directa e indirecta vid., FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 1999, pp. 8 y ss. y PÉREZ DEL RÍO, T. (coord.), *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, pp. 25-33.

I.3. LA VERSIÓN FORMAL DEL DERECHO PORTUGUÉS: DEL CONSTITUCIONALISMO AL CÓDIGO CIVIL.

La igualdad en el panorama portugués ha sufrido una gran evolución a lo largo de los años, en que mucho ha contribuido el ramo del derecho constitucional, donde es visible una tendencia progresiva en implementar derechos a los ciudadanos que les permitan tener en sus esferas el pleno derecho a la igualdad entre todos. De este modo, se ha optado por describirse desde la primera constitución hasta los días de hoy los principales cambios introducidos.

Aunque la creación del Estado Portugués remonte al año de 1179, la época del constitucionalismo portugués surge sólo en la Edad Contemporánea²⁴, más concretamente con la Revolución Liberal Portuguesa, con su máxima expresión en el 24 de agosto de 1820²⁵,

²⁴ Sobre la História del Derecho Constitucional Portugués en general vid., LOPES PRAÇA, J.J., *Colecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, I, Coimbra, 1984, pp. V y ss.; TRINDADE COELHO, J.F, *Manual Político do Cidadão Português*, Vol. I, 2ª ed., Porto, 1908, pp. 199 y ss.; VITAL, FEZAS, *Lições de Direito Político* (segundo Luciano Correia), 2ª ed., Coimbra, 1928, pp. 96 y ss.; ROCHA SARAIVA, A.C., *Apontamentos de Direito Constitucional* (corrigidos por Arlindo de Castro), Lisboa, 1931, pp. 40 y ss.; CARLOS MOREIRA, J., *Direito Constitucional* (elementos corrigidos por A. J. Machado Gonçalves e Graciano Alves), Coimbra, 1951-1952, pp. 94 y ss.; MANUEL PEREIRA, A., *As Constituições Políticas Portuguesas*, Porto, 1961, pp. V y ss. ; MARQUES GUEDES, A.M., *Direito Constitucional*, Lisboa, 1961, pp. 403 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, II, 6ª ed., Coimbra, 1972, pp. 411 y ss.; GALVÃO TELES, M., *Constituição*, pp. 1504 y ss.; MIRANDA, JORGE *As Constituições Portuguesas*, 1ª ed., Lisboa 1981, pp. IX y ss.; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições Políticas Internacionais*, Lisboa, 1978, pp. 107 y ss.; DE ALBUQUERQUE, RUY y DE ALBUQUERQUE, MARTIM, *História do Direito Português*, II, Lisboa, 1983, pp. 154 y ss.; D'OLIVEIRA MARTINS, G., *Portugal-instituições e factos*, Lisboa, 1991, pp. 18 y ss.; QUEIRÓS, CRISTINA *O sistema político e constitucional português*, Lisboa, 1992, pp. 7 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *As Constituições*, en AAVV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s. 1., 1994, pp. 149 y ss., y *Direito Constitucional*, 6ª ed., pp. 245 y ss.; D'OLIVEIRA MARTINS, A., *La revisión constitucional y el ordenamiento português*, Lisboa/Madrid, 1995, pp. 174 y ss.; FERREIRA DA CUNHA, P., *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, 1995, pp. 271 y ss.; MOREIRA, VITAL *História do Constitucionalismo Português (até à Constituição de 1976)*, Coimbra, 2002-2003, pp. 1 y ss..

²⁵ Sobre la Historia Política correspondiente a los diversos momentos vid., PERES, DAMIÃO; DE CARVALHO, JOAQUIM; PASSOS, CARLOS; GUEDES, MARQUES y RIBEIRO, ÂNGELO, «História Política», en AAVV, *História de Portugal* (org. de Damião Peres), VII, Barcelos, 1935, pp. 9 y ss.; OLIVEIRA MARQUES, A.H., *História de Portugal*, Vol. III, 2ªed., Lisboa, 1981, pp. 3 y ss., pp. 225 y ss., y pp. 363 y ss.; FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *Uma solução para Portugal*, Ed. Europa-América, Lisboa, 1985, pp. 27 y ss.; BRAGA DA CRUZ, M., *O partido e o Estado no Salazarismo*,

inspirada por el movimiento constitucionalista, con origen en los finales del siglo XVIII, en la América del Norte.

La Constitución Liberal de 1822 ha sido la primera Constitución de Portugal, teniendo una corta duración de siete meses en su primera vigencia²⁶, y cerca de diecinueve meses²⁷ en su segunda vigencia.

Este ha sido uno de los textos más importantes de la historia jurídica portuguesa, marcando el inicio del verdadero constitucionalismo y siendo una de las principales referencias de la teoría de la legitimidad democrática del poder constituyente. Esta Constitución surge con el liberalismo político y económico que influenció Portugal y que culminó, después de varias tentativas frustradas²⁸, con la Revolución Liberal del 24 de agosto de 1820²⁹,

Ed. Presença, Lisboa, 1988, pp. 38 y ss.; NOBRE VARGUES, I. y REIS TORRAL, L., *Da revolução à contra-revolução: vintismo, cartismo, absolutismo. O exílio político*, en AAVV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s.1., 1993, pp. 65 y ss.; MARTINS DA SILVA, A., *A vitória do liberalismo e a instabilidade constitucional: cartismo, setembrismo e cabralismo*, en AAVV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s. 1., 1993, pp. 89 y ss.; TAVARES RIBEIRO, M.M., *A restauração da Carta Constitucional: cabralismo e anticlericalismo*, en AAVV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s.1., 1993, pp- 107 y ss; CARVALHO HOMEM, A., *O avanço do republicanismo e a crise da monarquia constitucional*, en AAVV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s. 1., 1993, pp. 131 y ss.; RAMOS, RUI, *A segunda fundação*, en AAVV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), VI, s. 1., 1994, pp. 69 y ss., pp. 125 y ss., pp. 335 y ss., pp. 435 y ss., y pp. 597 y ss.; MEDINA, JOÃO, *História de Portugal Contemporâneo – político e institucional*, Lisboa, 1993, pp. 37 y ss., y pp 169 y ss.; NOGUEIRA PINTO, J., *Portugal – os anos do fim – O fim do Estado Novo e as origens do 25 de Abril*, 2ª ed., Lisboa, 1955, pp. 65 y ss.; ADELINO MALTEZ, J., *Tradição e Revolução – uma biografia do Portugal Político do século XIX ao XXI*, Vol. I, Lisboa, 2004, pp. 164 y ss., y Vol. II, Lisboa, 2005, pp. 11 y ss.

²⁶ De 23 de septiembre de 1822 hasta el 4 junio de 1823.

²⁷ De 10 de septiembre de 1836 hasta el 4 de abril de 1838. El fin del primer periodo de vigencia es impuesto por la *Vilafrancada*, movimiento contra-revolucionario liderado por D. Miguel, el 27 de mayo de 1823. El 3 de junio del mismo año, el Rey disolvió las Cortes, y por ley de 4 de junio de 1924 declaró en vigor las leyes tradicionales. En secuencia de la Revolución de septiembre, surge el Decreto de 10 de septiembre de 1836 que establece la segunda vigencia del texto constitucional. Sobre estas vigencias, así como los condicionalismos histórico-políticos vid., LOPES PRAÇA, J.J, *Colecção de leis...cit.*, II, pp. 198 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 420 y 421, y pp. 437 y ss., y *Constituições...cit.*, pp. 22 y 23, y pp. 43 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, p. 280.

²⁸ Cfr. MIRANDA, JORGE, *As Constituições Portuguesas – de 1822 ao texto actual da Constituição*, Petrony, Lisboa, 2004, pp. 29 y ss.

²⁹ Para un estudio detallado de la transición del Estado Señorial al Estado Liberal vid., OLIVEIRA MARQUES, A.H., *Historia...cit.*, Vol. III, pp. 3 y ss.; OLIVEIRA MARTINS, J.

donde se exigió fundamentalmente el inmediato retorno de la Corte para el reino como forma de restaurar la dignidad metropolitana y el establecimiento en Portugal de una Monarquía constitucional.

Poco tiempo después de la Revolución Liberal se decretaron las «Cortes Generales, Extraordinarias y Constituyentes de la Nación Portuguesa», con el objetivo de preparar la primera Constitución portuguesa a través de la creación de una pre-Constitución, denominada «Bases de la Constitución», el 9 de marzo de 1821³⁰. Tras más de un año de discusión, las Cortes Generales, aprobaron la Constitución de 1822 con un total de 240 artículos³¹.

La instauración del liberalismo implicó la inmediata abolición del régimen monárquico del tipo señorial y la imposición de una orden constitucional, cimentada en la aprobación de un texto constitucional que esclareciera las normas que regulaban al poder político y que atribuyera una jerarquía formal a la orden jurídica estatal y la consagración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en reconocimiento del papel limitado del Rey y del poder político en general;

P., *História de Portugal...cit.*, pp. 251 y ss.; HERMANO SARAIVA, J., *História...cit.*, pp. 345 y ss.; CARIDADE DE FREITAS, P., *Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira*, Coimbra, 2005, pp. 217 y ss..

³⁰ Relativamente a la relevancia jurídico-política de las Bases de la Constitución vid., THOMAZ RIBEIRO, *História da Legislação Liberal Portuguesa*, I, Lisboa, 1891, pp. 91 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 412 y ss., y *Direito Constitucional...cit.*, Vol. I, p. 481; VERÍSSIMO SERRÃO, J., *História de Portugal*, Vol. VII, Editorial Verbo, pp. 430 y 431; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, p. 109; DUQUE VIERA, B. M., *O problema político português no tempo das primeiras cortes liberais*, Lisboa, 1992, pp. 25 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *As Constituições...cit.*, pp. 150 y 151; MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional...cit.*, Vol. I, pp. 267 y 268.

³¹ Sobre la Constitución de 1822 en general vid., THOMAZ RIBEIRO, *História da legislação...cit.*, Vol. I, pp. 203 y ss.; LOPES PRAÇA, J.J., *Colecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, Vol. II, Coimbra, 1894, pp. XIV y ss.; VITAL, FEZAS, *Lições de Direito...cit.*, pp. 96 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 415 y ss., y *Constituições...cit.*, pp. 16 y ss.; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, pp. 109 y ss.; OLIVEIRA MARQUES, A.H., *História de Portugal...cit.*, Vol. III, pp. 54 y 55; MIRANDA, JORGE, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., p. XIV, y *Manual...cit.*, Vol. I, pp. 264 y ss.; D' OLIVEIRA MARTINS, G., *Portugal...cit.*, pp. 19 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, pp. 276 y ss.; MOREIRA, VITAL, *História do Constitucionalismo...cit.*, pp. 5 y ss..

Uno de los principales beneficios con la consagración de la Constitución ha sido la proclamación de los derechos fundamentales basada en la inspiración iluminista y liberal que estuvo en la base de la Revolución de 1820³², siendo la primera vez que en el Derecho Constitucional Portugués ocurrió la positivación de los derechos fundamentales, dedicándose el Título I a los Derechos y Deberes individuales de los portugueses, con clara influencia de las Constituciones Francesas, de 1791 y 1795, y de la Constitución Española de Cádiz, de 1812³³.

Entre sus principios primordiales se encuentran varias manifestaciones del principio de igualdad al declarar que: «La ley es igual para todos. No se deben por lo tanto tolerar privilegios del foro en las causas civiles o crimenes, ni comisiones especiales...» (art. 9); y que «todos los portugueses pueden ser admitidos a los cargos públicos, sin otra distinción que no sean los talentos y virtudes» (art. 12)³⁴.

En relación a la igualdad entre ambos sexos, era evidente la despreocupación con los temas de la igualdad, verificándose solamente una referencia en el ámbito de la enseñanza, en el art. 237, incluido en la parte final de la Constitución, al describir que «en todos las plazas del reino, donde convenir, habrá escuelas suficientemente dotadas, en las que se enseñe la mocedad portuguesa, de ambos sexos, a leer, escribir y contar...». No se debe todavía olvidar la existencia de disposiciones en

³² No obstante la Constitución Francesa de 1791 haber optado por colocar la *Declaración de Los Derechos Del Hombre y del Ciudadano* separadamente de aquella y la Constitución Española de Cádiz de 1812, disponer los derechos fundamentales de forma dispersa.

³³ Cuanto a las influencias que la Constitución de 1822 recibió vid., LOPES PRAÇA, J. J., *Colecção...cit.*, Vol. I, pp. XV y XVI; CAETANO, MARCELLO, *Constituições...cit.*, p. 17; DE ALBUQUERQUE, RUY y DE ALBUQUERQUE, MARTIM, *História do Direito Português...cit.*, Vol. II, p. 166; MIRANDA, JORGE, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., pp. XVIII y XIX, y *Manual...cit.*, Vol. I, pp. 265 y ss.; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional...cit.*, pp. 275 y 278; FERREIRA DA CUNHA, P. *Para uma História...*, pp. 291 y ss.

³⁴ Es nítida la influencia del n° 1 del Proemio de la Constitución francesa de 1791 al declarar que: «Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autre distinction que celle des versus et talents».

esta Constitución que discriminaban las mujeres relativamente al tema de la sucesión de la Corona, en analogía con lo consagrado en otras monarquías.

Después de la proclamación de la independencia brasileña, el ambiente político e institucional en Portugal no pactaba con la continuación de la Constitución de 1822, imponiéndose el regreso a la orden pre-constitucional. No obstante, no era esta la solución ideal, por no compatibilizarse con la realidad de aquellos días. De este modo, ha sido aprobada la Carta Constitucional de 1826³⁵, resultante de la necesidad de crear un punto de equilibrio entre la Constitución de 1822, demasiado liberal para la época, y el regreso al orden constitucional anterior.

La Carta Constitucional declarada en el reinado de D. Pedro con el nombre de « Carta Constitucional para el Reino de Portugal, Algarbes y sus Dominios»³⁶, el 29 de abril de 1826, en el Río de Janeiro, estaba basada en el principio monárquico y vinculaba la monarquía a las normas jurídicas, siendo visible la influencia de la restauración constitucional europea, como consecuencia de la derrota de Napoleón en Waterloo, en dirección a un constitucionalismo conservador.

En la Constitución se destaca el título VIII, denominado: «De las

³⁵ Al respecto vid., CAMPINOS, JORGE, *Carta Constitucional de 1826*, Lisboa, 1975.

³⁶ Sobre la Constitución de 1826 vid., PINHEIRO FERREIRA, S., *Observações sobre a Constituição do Império do Brasil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, 2ª ed., Paris, 1835, pp. 108 y ss.; LOPES PRAÇA, J.J., *Colecção...cit.*, Vol. I, pp. XXII y ss.; ALBERTO DOS REIS, J., *Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, 1907, pp. 29 y ss.; VITAL, FEZAS *Lições de Direito...cit.*, pp. 100 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, II, pp. 426 y ss., y *Constituições...cit.*, pp. 30 y ss.; CAMPINOS, JORGE, *A Carta Constitucional de 1826...cit.*, Lisboa, 1975, pp. 17 y ss.; OLIVEIRA MARQUES, A. H., *História ...*, II, pp. 55 y ss.; DE ALBUQUERQUE, RUY y DE ALBUQUERQUE, MARTIM, *História...cit.*, II, pp. 194 y 195; PINTO DOS SANTOS, MANUEL, *Monarquia constitucional – organização e relações do Poder Governamental com a Câmara dos Deputados 1834-1910*, Lisboa, 1986, pp. 17 y ss., y pp. 157 y ss.; MIRANDA, JORGE, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., p. XIV, y *Manual...cit.*, I, pp. 275 y ss.; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...*, pp. 115 y ss.; D'OLIVEIRA MARTINS, G., *Portugal...cit.*, pp. 21 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, pp. 289 y ss. y *As Constituições...cit.*, pp. 154 y ss.; MOREIRA, VITAL, *História...cit.*, pp. 10 y ss..

Disposiciones Generales y Garantías de los Derechos Civiles y Políticos de los ciudadanos portugueses», y más concretamente el art. 145, § 12, al afirmar que «la ley será igual para todos, en proteger y en castigar, y recompensará en proporción a los merecimientos de cada uno».

En los párrafos posteriores se añade que «todo el ciudadano puede ser admitido a los cargos públicos, civiles o militares, sin otra diferencia que no sea la de sus talentos y virtudes» (§ 13); «Nadie será exento de contribuir para las expensas del Estado, en proporción de sus haberes» (§ 14); «Quedan abolidos todos los privilegios, que no sean esenciales e íntegramente ligados a los cargos por utilidad pública» (§ 15); «Con excepción de las causas, que por su naturaleza pertenecen a Juicios particulares en la conformidad de las leyes, no habrá foro privilegiado, ni comisiones especiales en las causas civiles o criminales» (§ 16); «Todo el ciudadano podrá presentar por escrito, al poder legislativo y al ejecutivo, reclamaciones, quejas o peticiones, y hasta exponer cualquier infracción de la Constitución, requiriendo ante la competente autoridad la efectiva responsabilidad de los infractores» (§ 28); «Garantiza la nobleza hereditaria y sus regalías» (§ 31)³⁷.

En relación a la igualdad de género, sigue la no referencia concreta a la misma, dejando de verificarse la referencia a ambos los sexos en lo que respecta al derecho de enseñanza, una vez que se optó por garantizar este derecho de una forma general, al referir que «la enseñanza primaria es garantizada a todos los ciudadanos» (§ 30).

³⁷ La generalidad de las disposiciones del art. 145 provinieron de la Constitución del Imperio del Brasil. Cfr. PINHEIRO-FERREIRA, S., *Observações sobre a Constituição...*, cit., pp. 79 y ss.. Los §§ 12, 13, 14, 15, 16 y 28 del art. 145 de la Carta corresponden textualmente a los §§ 13, 14, 15, 16 y 30 del art. 179 de la Constitución Imperial. No obstante la referida influencia no es difícil verificar además la influencia del constitucionalismo francés: el § 12 del art. 145 de la Carta Constitucional es similar con el art. 6 de la Declaración de 1789, con el art. 4 de la Declaración de 1793, con la Declaración de 1795 y con el art. 1 de la Carta de 1814; el § 13 del art. 145 con el art. 6 de la Declaración de 1791, el Título I, Proemio n° 1 de la Constitución de 1791, el art.5 de la Declaración de 1793, el art. 3 de la Carta Constitucional de 1814 y el art. 59 del Acto Adicional de 1815; el § 14 con el art. 13 de la Declaración de 1789, el art. 101 de la Constitución de 1793, el art. 16 de la Declaración de 1795, el art. 306 de la Constitución del mismo año y el art. 219 de la Carta Constitucional de 1814.

La Constitución de 1838, denominada «Constitución Política de la Monarquía Portuguesa»³⁸, resultó de la Revolución de Septiembre, concluida el 9 de septiembre de 1836, relacionado con un pacto entre el rey y las cortes y de un compromiso entre los defensores de la soberanía nacional y los partidarios de la monarquía constitucional, implicando el termino de la segunda vigencia de la Carta Constitucional de 1826.

Esta Constitución ha sido influenciada por la Carta Constitucional Francesa, de 1830, relativamente a su carácter mixto entre las dimensiones monárquica y parlamentaria, la Constitución Belga, de 1831, en lo que respecta a la estructuración del Senado y de algunas nuevas libertades, y la Constitución Española, de 1837, sobre la preocupación evidente de intentar conciliar las dos corrientes del Constitucionalismo³⁹.

En analogía con la Constitución de 1822, la parte dedicada a los derechos fundamentales es desplazada por la primera parte de la Constitución, bajo el título «De los Derechos y Garantías de los Portugueses». El derecho de la igualdad pasó a estar consagrado en el art. 10, donde se enuncia que «la ley es igual para todos», continuando

³⁸ Sobre la Constitución de 1838 en general vid., SOUSA PINTO, B.A., *Análise da Constituição Política da Monarquia Portuguesa*, Coimbra, 1838-1839, pp. 1 y ss.; MEXIA SALEMA, J., *Princípios de Direito Político*, Coimbra, 1841, pp. 1 y ss.; LOPES GRAÇA, J.J., *Colecção...cit.*, Vol. I, pp. XXXI y ss.; VITAL, FEZAS, *Lições...cit.*, pp. 102 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 439 y 440, y *Constituições ...cit.*, pp. 45 y 46.; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, pp. 119 y ss.; OLIVEIRA MARQUES, A.H. *História...cit.*, Vol. III, p. 57; DE ALBUQUERQUE, RUY y DE ALBUQUERQUE, MARTIM, *História...cit.*, Vol. II, p. 206; VERÍSSIMO SERRÃO, J., *História de Portugal...cit.*, Vol. VIII, pp. 89 y ss.; MIRANDA, JORGE, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., p. XV, y *Manual...cit.* Vol., I, pp. 286 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, pp. 295 y ss., *As Constituições*, pp. 158 y ss., y *Direito Constitucional e Teoria ...cit.*, pp. 147 y ss.; MOREIRA, VITAL, *História...cit.*, pp. 16 y ss..

³⁹ Sobre las influencias recibidas por la Constitución de 1838 vid., LOPES PRAÇA, J.J., *Colecção...cit.*, Vol. I, p. XXXI; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 440 y ss., y *Constituições...cit.*, pp. 46 y 47; DE ALBUQUERQUE, RUY y DE ALBUQUERQUE, MARTIM, *História...cit.*, Vol. II, p. 166; MIRANDA, JORGE, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., p. XIX, y *Manual...cit.*, I, pp. 286 y 287; GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional...cit.*, p. 299, y *As Constituições...cit.*, pp. 160 y 161.

todavía sin existir cualquier referencia a la igualdad de género. Relativamente a los textos constitucionales anteriores, surge ahora la consagración del derecho de asociación, donde se declara que «todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse en conformidad con las leyes» (art. 14), reconociéndose también a todos los ciudadanos una especie de «acción popular» para el control de la constitucionalidad y de la legalidad, donde se declara que « todo el ciudadano puede exponer cualquier infracción de la Constitución o de las leyes, y requerir la efectiva responsabilidad de los infractores» (art. 15). El derecho de resistencia pasó igualmente a estar previsto a través de la posibilidad de «todo el ciudadano resistir a cualquier orden que manifiestamente viole las garantías individuales, si no están legalmente suspensas» (art. 25), bien como la libertad de enseñanza pública, siendo «libre a todos los ciudadanos, con la condición de que sean responsabilizados, en la conformidad de la ley, por el abuso de derecho» (art. 29)⁴⁰.

La Constitución de 1911⁴¹ resultó de la proclamación del régimen republicano de 5 de octubre de 1920, estando intrínsecamente basada en el principio de la soberanía nacional y recogiendo las formulas de las constituciones de 1822 y 1838, al afirmar inequívocamente que «la soberanía reside esencialmente en la Nación» (art. 5).

Uno de los principales cambios introducidos por los republicanos en la esfera de los derechos fundamentales ha sido la reposición en la parte inicial de la Constitución de los mismos y la consagración de

⁴⁰ Esta Constitución estuvo en vigor entre el 4 de abril de 1838 y el 27 de enero de 1842, fecha en que por decreto de Costa Cabral, pos golpe de Estado, repuso la Carta Constitucional (3ª vigencia), manteniéndose este documento como ley fundamental hasta la implementación de la República portuguesa.

⁴¹ Sobre la Constitución de 1911 vid., VITAL, FEZAS, *Lições...cit.*, pp. 108 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 474 y ss., y *Constituições...cit.*, pp. 86 y ss.; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, pp. 127 y ss.; MIRANDA, JORGE, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., p. XV, y *Manual...cit.*, I, pp. 289 y ss.; D'OLIVEIRA MARTINS, G., *Portugal...cit.*, pp. 29 y ss.; OLIVEIRA MARQUES, A.H., *A primeira república portuguesa*, 3ª ed., Lisboa 1980, pp. 75 y ss., y *História...cit.*, Vol. III, p. 280; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, pp. 319 y ss. y *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª ed., Almedina, 2010, pp. 162 y ss.; MOREIRA, VITAL, *História...cit.*, pp. 20 y ss..

algunos nuevos tipos de derechos⁴², siendo la abolición de la pena de muerte lo más evidente en la época⁴³, bien como la garantía de que gran parte de los derechos fundamentales de los tres textos constitucionales anteriores siguen estando previstos, al nivel social igual que al nivel de los derechos individuales⁴⁴.

Esta Constitución ha sido el exponente del liberalismo democrático portugués, como se comprueba en el catálogo de los derechos fundamentales de claro sentido individualista, reforzando el camino de una igualdad básicamente jurídica, negando privilegios de nacimiento o de nobleza y extinguiendo los títulos de consejo y las órdenes honoríficas⁴⁵ (art. 3.3), equiparando los derechos de los nacionales y de los extranjeros, aportando para la igualdad política y civil de todos los cultos (art. 3.5) y negando la privación de un derecho o exención de un deber por razones religiosas (art. 3.7). El principio de

⁴² Sobre el sistema de los derechos fundamentales de la Constitución de 1911 vid., CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 475 y 476, y *Constituições...cit.*, pp. 87 y 88; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, pp. 128 y 129; REBELO DE SOUSA, MARCELO, *Direito Constitucional...cit.*, p. 177; MIRANDA, JORGE, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., p. XXIX, e *Manual...cit.*, I, pp. 292 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, pp. 319 y ss.; BACELAR GOUVEIA, J., *Os Direitos Fundamentais atípico*, Aequitas-Notícias, Lisboa, 1993, pp. 267 y ss.; VIERA DE ANDRADE, J.C., *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª Ed., Almedina, 2010, p. 25.

⁴³ El primer paso en dirección a la abolición de la pena de muerte sería concretizado con el art. 16 del Acto Adicional de 1852, relativamente a los crímenes políticos. Posteriormente, con la aprobación de la Ley de 1 de julio de 1867, sería la vez de la abolición legal de la pena capital en los crímenes civiles. Con el decreto aprobado el 16 de marzo de 1991, sería la vez de la abolición de este tipo de pena a los crimines militares. Todavía, solamente con la Constitución de 1911 es que esta realidad pasó a quedarse constitucionalmente prevista.

⁴⁴ La Constitución de 1911 consagró como nuevos derechos individuales:

- la plena libertad religiosa (art. 3, §§ 4, 5, 7 y 8);
- la abolición de la pena de muerte y de las penas corporales perpetuas o ilimitadas (art. 3, § 22);
- el derecho de la revisión de las sentencias condenatorias (art. 3, § 24);
- el principio de la legalidad de los impuestos, así como el derecho de resistencia contra su pago ilícito (art. 3, § 27);
- la garantía del *habeas corpus* (art. 3, § 31);
- la garantía del empleo durante el cumplimiento del servicio militar obligatorio (art. 3, § 32);
- el derecho de indemnización en el caso de condenación injusta (art. 3, § 34);
- la garantía de la no privación de libertad sin previa autorización judicial en el caso de enfermos mentales (§§ 35 y 36 del art. 3).

⁴⁵ Estas serían restablecidas con la revisión llevada a cabo por la Ley 635, de 28 de septiembre de 1916.

la igualdad entre hombres y mujeres sigue sin estar previsto en el Derecho Constitucional portugués.

La ley fundamental republicana consagró además «el sufragio directo de los ciudadanos electores» (art. 8), con el sentido de excluir el sufragio universal. Esta intención ha sido consagrada a través de la Ley nº 3, el 3 de julio de 1913, que aprobó el Código Electoral y que consagró una incapacidad electoral activa y pasiva a las mujeres, analfabetos y, hasta cierto punto, a los militares⁴⁶, no obstante los nuevos ideales que reivindicaba los idealistas republicano-liberales.

La Constitución sufrió un interregno en su vigencia, más concretamente entre 1917 y 1918, con la subida al poder de Sidónio Pais, con el golpe de Estado el 5 de diciembre de 1917, y que concibió un texto constitucional que duraría solamente un año, periodo conocido como “Republica Nueva”. Este intervalo constitucional se ha concretizado con la consagración del Decreto nº 3 997, de 30 de marzo de 1918, revocado por la Ley nº 833, de 17 de diciembre de 1918, a la vez revocado por la Ley nº 833, de 16 de diciembre de 1918⁴⁷.

El golpe militar de 26 de mayo de 1926, terminó la primera República e iniciaría la fase reconocida como “Estado Nuevo”, de cariz autoritario y fascista, que intentaba imponer un régimen anti-democrático con duras limitaciones a las libertades fundamentales⁴⁸.

⁴⁶ El art. 1 de la Ley n 3, de 3 de julio de 1913, que aprobó el Código Electoral, consagraba que «Son electores de cargos legislativos y administrativos todos los ciudadanos portugueses del sexo masculino, mayores de 21 años o que completen esa edad hasta el término de las operaciones de empadronamiento, que estén en el gozo de sus derechos civiles y políticos, sabían leer y escribir portugués y residan en el territorio de la Republica Portuguesa».

⁴⁷ Sobre el periodo de interregno vid., CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política...cit.*, II, p. 478, y *Constituições...cit.*, p. 91; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, p. 129; REBELO DE SOUSA, MARCELO, *Os partidos políticos...cit.*, p. 178; D'OLIVEIRA MARTINS, G., *O Estado...cit.*, pp. 324 y 325; MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional - Tomo I*, 8ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 297 y 298.

⁴⁸ Cuanto a las influencias que la Constitución de 1933 recibió vid., CAETANO, MARCELLO, *A Constituição de 1933 – estudo de Direito Político*, 2ª ed., Coimbra, 1957, p.8; *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, p. 494, y *Constituições...cit.*, pp. 107 y 108;

La afirmación de esta nueva orden constitucional se desarrollaría en dos fases distintas:

- una primera fase, de Dictadura Militar, entre 1926 y 1933, basada en textos constitucionales aislados y provisorios;

- una segunda fase, con la Constitución de 1933, con vigor hasta 1974⁴⁹.

La Constitución de 1933, aprobada el 11 de abril de 1933⁵⁰, institucionalizase en un régimen político-constitucional marcadamente autoritario⁵¹, influenciada por la Constitución alemana de Weimar y de la legislación del Estado Fascista Italiano, que desplazó la referencia a la igualdad para la propia noción del régimen político, al declarar Portugal «una república corporativa basada en la igualdad de ciudadanos ante la ley, en el libre acceso de todas las clases a los beneficios da civilización y en la interferencia de todos los elementos

MIRANDA, JORGE, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 95 y 96, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., pp. XX y XXI, y *Manual...cit.*, Vol. I, pp. 302 y 303.

⁴⁹ Cuanto a la elaboración de la Constitución de 1933 vid., CAETANO, MARCELLO, *A Constituição...cit.*, pp. 6 y 7, *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 492 y ss., y *Constituições...cit.*, p. 107; SÁ CARNEIRO, FRANCISCO, *As revisões da Constituição Política de 1933*, Porto, 1971, pp. 17 y 18; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, pp. 132 y 133; MIRANDA, JORGE, *Manual...cit.*, Vol. I, pp. 298 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, p. 333;

⁵⁰ Sobre la Constitución de 1933 vid., CARLOS MOREIRA, J., *Organização Política do Estado Português* (elementos compilados por A. Machado Gonçalves y A. Pinto da Cruz), Coimbra, 1952, pp. 8 y ss.; RODRIGUES QUEIRÓ, AFONSO, «O Novo Direito Constitucional Português», en *BFDUC*, Vol. 22, 1946, pp. 44 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *A Constituição...cit.*, pp. 13 y ss.; *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 503 y ss., y *Constituições...cit.*, pp. 113 y ss.; GALVÃO TELES, MIGUEL, *Direito Constitucional – Sumários Desenvolvidos*, 1ª ed., Lisboa, 1970, pp. 5 y ss.; SÁ CARNEIRO, F., *As revisões...cit.*, pp. 18 y ss.; CAMPINOS, JORGE, *O Presidencialismo do Estado Novo*, Lisboa, 1978, pp. 27 y ss.; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, pp. 134 y ss.; OLIVEIRA MARQUES, A.H. *História... cit.*, Vol. III, pp. 442 y 443; MIRANDA, JORGE, *As Constituições...cit.*, 1ª ed., p. XV y XVI, y *Manual...cit.*, Vol. I, pp. 302 y ss.; DE OLIVEIRA MARTINS, G., *Portugal ...cit.*, pp. 33 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional... cit.*, pp. 333 y ss. y *Direito Constitucional e Teoria...cit.*, pp. 178 y ss.; HERMANO SARAIVA, JOSÉ, *História...cit.*, pp. 519 y ss.; MOREIRA, VITAL, *História...cit.*, pp. 26 y ss.

⁵¹ Cfr. BRAGA DA CRUZ, MANUEL, «A Revolução nacional de 1926: Da Ditadura Militar a Formação do Estado Novo» en *Revolutas e Revoluções*, Vol. 2, Lisboa, p. 347 ss.

estructurales de la Nación en la vida administrativa y en la elaboración de las leyes» (art. 5). En el mismo artículo considera que la igualdad ante la ley significa «el derecho de ser promovido en los cargos públicos conforme a la capacidad y a los servicios prestados» y la negación de cualquier privilegio «excepto cuanto a la mujer, las diferencias resultantes de su naturaleza y bien de la familia y, cuanto a los encargos y ventajas de los ciudadanos, los impuestos por la diversidad de las circunstancias o por la naturaleza de las cosas» (§ único).

Hubo también una consagración de nuevos tipos de derechos individuales⁵², como el derecho a la vida y a la integridad personal⁵³ o el derecho al buen nombre y a la reputación⁵⁴.

Se verificó además un cambio para una concepción corporativa del Estado y de la sociedad en relación a los derechos sociales fundamentales, provocando la consagración de algunos derechos englobados en esta realidad como son ejemplos la protección de la familia, la asociación del trabajo a la empresa, el derecho a la educación y a la cultura y la libertad de creación de escuelas particulares⁵⁵. En términos de régimen, se mantuvo la cláusula de apertura de los derechos fundamentales iniciada por la Constitución de 1911⁵⁶.

Sobre la igualdad entre ambos los sexos, y en el contexto de la familia, el art. 12.2, consagra la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges en lo que respecta a la sustentación y alimentación de los

⁵² Sobre el sistema de derechos fundamentales de la Constitución de 1933 vid., CAETANO, MARCELLO, *A Constituição...cit.*, pp. 23 y ss., y *Manual de Ciência Política...cit.*, Vol. II, pp. 514 y ss.; MIRANDA, JORGE, *Contributo...cit.*, pp. 96 y ss., y pp. 103 y ss., *As Constituições...cit.*, 1ª ed., p. XXIX, y *Manual...cit.*, Tomo I, pp. 306 y ss.; MIGUEL GALVÃO TELES, *Direito Constitucional...cit.*, 1ª ed., pp. 108 y ss.; REBELO DE SOUSA, M., *Direito Constitucional...cit.*, p. 178; GOMES CANOTILHO, J.J. y VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 95, y *Constituição...cit.*, p. 103; GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, p. 334; BACELAR GOUVEIA, J., *Os direitos fundamentais atípico...cit.*, pp. 279 y ss.

⁵³ Cfr. con el art. 8, § 1º, de la Constitución de 1933.

⁵⁴ Cfr. con el art. 8, § 2º, de la Constitución de 1933.

⁵⁵ Cfr. con el art. 8, § 1, de la Constitución de 1933.

⁵⁶ Cfr. respectivamente, los arts. 13, 36, 42, 43 y 44 de la Constitución de 1933.

hijos legítimos. El art. 17, a su vez, atribuye exclusivamente a las familias el derecho de elegir las juntas de parroquia, todavía este derecho sería ejercido solamente por el jefe de familia.

Con la revisión constitucional de 1971⁵⁷, pasó a existir la mención por primera vez a la igualdad, al añadir al antiguo art. 5 un segundo §, donde se afirma que la igualdad ante la ley significará «la negación de cualquier privilegio (...) de sexo (...)», previendo todavía como excepción «las diferencias de trato justificadas por la naturaleza (...)»⁵⁸.

Con respeto a estas disposiciones, Jorge Miranda encuentra este texto constitucional un poco ambiguo, donde «se constitucionalizan diferencias de trato de la mujer, a pesar de garantizarse la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en cuanto a la sustentación y educación de los hijos (art. 12.2)»⁵⁹.

La Constitución de la Republica Portuguesa de 1976 (CRP)⁶⁰ ha sido resultado del trabajo de una Asamblea Constituyente que puso en papel los ideales de la Revolución Democrática del 25 de abril de 1974, que derribó el régimen dictatorial del Estado Nuevo. El principal interventor en esta Revolución ha sido el Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA), que en la misma noche del golpe de Estado divulgó las orientaciones substanciales de la ruptura con el Antiguo Régimen, entre las cuales se destacaba la democratización del país, a través de la realización de elecciones libres, en un clima de pluralismo político y social. El programa del MFA contenía asimismo como objetivos inmediatos la abolición de la censura y la amnistía a todos los presos

⁵⁷ Ley n. 3/71, de 16 de agosto.

⁵⁸ Al respecto la relación de la propuesta de ley de revisión constitucional [*Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, 1970, n. 50, p. 1048 (15)] y los pareceres, discordantes, de la Câmara Corporativa y de la Comisión Eventual de Revisión de la Asamblea (*Actas*, 10ª legislatura, nº 67, p. 627 en *Diário das Sessões*, 1971, nº 101, p. 2024).

⁵⁹ MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional...cit.*, Tomo IV, p. 232.

⁶⁰ Sobre el actual sistema político-constitucional portugués vid., REBELO DE SOUSA, M., *Constituição...cit.*, pp. 31 y ss.; MIRANDA, JORGE, *Manual...cit.*, Tomo I, pp. 329 y ss..

políticos y la adopción de medidas que garantizaran la libertad política, la libertad de reunión y de asociación y la libertad de opinión.

La Constitución de 1976⁶¹, destinataria de siete revisiones constitucionales⁶², empezó por consagrar de una forma genérica el principio de la igualdad, asociándolo materialmente a la dignidad de la persona humana, así como prohibió expresa y específicamente modalidades más comunes de discriminación a través del artículo 13, recogido en el título I – *Principios generales* – de la Parte I – *Derechos y deberes fundamentales*, y que permaneció textualmente inalterable en las revisiones constitucionales posteriores:

«1. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley.

2. Nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho o exento de cualquier deber en razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social»⁶³.

⁶¹ Sobre el sentido de la primera versión de la CRP vid., SOARES MARTÍNEZ, P., *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, 1978, pp. 9 y ss.; GOMES CANOTILHO, J. J., y MOREIRA, VITAL, *Constituição da República anotada*, 1º ed., Coimbra, 1978, pp. 27 y ss.; MIRANDA, JORGE, *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, pp. 155 y ss., y *Manual...cit.*, Tomo I, pp. 353 y ss.; CAETANO, MARCELLO, *Constituições Portuguesas*, 7ª ed., Verbo, Lisboa, 1994, pp. 142 y ss.; EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições...cit.*, pp. 143 y ss.; CARDOSO DA COSTA, J. M. M., *A evolução constitucional no quadro da Constituição da República de 1976*, Lisboa, 1994, pp. 5 y ss.; MIRANDA, JORGE y MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa anotada*, I, Coimbra, 2005, pp. 11 y ss.

⁶² Cfr. MIRANDA, JORGE, *As Constituições Portuguesas...*, pp. 283 y ss.; FONTES, JOSÉ, *Legislação de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, 2004, pp. 11 y ss.

⁶³ Este texto representa algunas diferencias con el texto propuesto por la *Comisión de los Derechos y Deberes Fundamentales* de la Asamblea Constituyente, principalmente en lo que respecta a la interpolación de los deberes:

«1- Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley.

2 – Nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado o privado de cualquier derecho en razón de sexo, ascendencia, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social».

Cfr. MIRANDA, JORGE *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da moeda, Vol. II, 1978, p. 565.

La afirmación de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley significa tradicionalmente la exigencia de igualdad en la aplicación del derecho. La igualdad en la aplicación del derecho continúa siendo una de las vertientes elementales del principio de la igualdad constitucionalmente previsto, asumiendo particular importancia en el ámbito de la aplicación igual de la ley por los órganos de administración y por los tribunales⁶⁴. Es importante todavía subrayar que ser igual ante la ley no es decir la aplicación igual de la ley; la ley, ella misma, también debe tratar por igual todos los ciudadanos. El principio de la igualdad es dirigida al propio legislador, vinculándole la creación de un derecho igual para todos los ciudadanos.

Con base en algunas sentencias del Tribunal Constitucional (TC)⁶⁵, se puede afirmar que está prohibido el uso de arbitrio, o sea, confirmado que se respecta la igualdad cuando individuos o situaciones iguales no son arbitrariamente tratados como desiguales. En las palabras del profesor Gomes Canotilho «el principio de la igualdad es violado cuando la desigualdad de trato surge como arbitraria»⁶⁶. La STC 39/88⁶⁷ considera que «el principio de la igualdad no prohíbe, pues, que la ley establezca distinciones. Prohíbe, eso sí, el arbitrio; o sea, prohíbe las diferenciaciones de trato sin fundamento material bastante, lo mismo es decir sin cualquier justificación razonable, según criterios de valor objetivo constitucionalmente relevantes. Prohíbe también que se traten de igual modo situaciones esencialmente desiguales y la discriminación: o sea, las diferenciaciones de trato fundadas en categorías meramente subjetivas, como son indicadas ejemplificadas en

⁶⁴ Cfr. con la STC de 30 de julio de 1985, asunto 142/85.

⁶⁵ Véase al respecto: SSTC de 22 de mayo, asunto 44/84, de 6 de junio de 1990, asuntos 186/90, 187/90 y 188/90 donde se enuncia que «el principio de la igualdad, entendido como límite objetivo de la discrecionalidad legislativa, no veda a la ley a realización de *distinciones*. Prohíbele, antes, la adopción de medidas que establezcan *distinciones discriminatorias*, o sea, desigualdades de trato *materialmente infundadas*, sin cualquier *fundamento razonable (vernünftiger Grund)* o sin cualquier justificación *objetiva y racional*. En una expresión sintética, el principio de la igualdad, mientras principio vinculativo de la ley, se traduce en la idea general de *prohibición del arbitrio (Willkürverbot)*».

⁶⁶ GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional...cit.*, p. 565.

⁶⁷ STC de 9 de febrero de 1988, asunto 39/88.

el n° 2 del artículo 13º». El TC considera además que «la interpretación del principio de la igualdad como prohibición del arbitrio significa una autolimitación del juez, el cual no controla los juicios de oportunidad política de la ley, es decir, si el legislador, en un caso concreto, encuentra la solución más adecuada al fin, más razonable, más justa».

De este modo, se puede considerar que existe una violación arbitraria de la igualdad jurídica siempre que la disciplina jurídica no se base en un fundamento serio (criterio de seriedad), no tenga un sentido legítimo (criterio de legitimidad) y se establezca una diferenciación jurídica sin un fundamento razonable (criterio de razonabilidad).

El criterio de razonabilidad, determinado por la prohibición del arbitrio, determina la existencia de un fundamento razonable, lo que conlleva a un juicio de valor para considerarlo como tal. Esta necesidad de valoración, igual que la necesidad de encontrar elementos de comparación subyacentes al carácter relacional del principio de la igualdad, implica:

- a) la insuficiencia del arbitrio como fundamento adecuado de valoración y comparación;
- b) el carácter imprescindible del análisis de la naturaleza del peso y de los fundamentos justificadores de soluciones de diferenciación;
- c) la insuficiencia de la consideración del principio de la igualdad como un derecho de naturaleza «defensiva».

En el artículo en análisis es visible además el sentido negativo del principio de la igualdad, consistiendo en la restricción de privilegios: «Nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho o exento de cualquier deber...». Estos factores

inadmisibles por el art. 13.2 de la Constitución⁶⁸, no tienen un carácter taxativo, siendo solamente aquellos que son recusados por el legislador de una forma más incuestionable y por lo tanto no son los únicos prohibidos constitucionalmente.

No obstante, al hablar de la igualdad de ciudadanos, es indiscutible que el art. 13 de la Constitución no puede dejar de aplicarse también a las personas colectivas y a los grupos no personalizados⁶⁹. Asimismo, el principio de la igualdad regula además de las relaciones de los ciudadanos con el Estado, las relaciones de las personas singulares en el interior de cualquier institución, asociaciones o grupos.

La Constitución portuguesa no se queda con la declaración de la igualdad, sino que lo aplica en distintas áreas. Según las palabras del profesor Jorge Miranda, es un sistema «en que se deparan ocurrencias puras y simples de la igualdad jurídica, preceptos de diferenciación en función de diferencias de circunstancias, imposiciones derivadas de la igualdad social y discriminaciones positivas»⁷⁰.

El art. 18.3, contiene otra prohibición en el dominio de los derechos fundamentales al declarar que «las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías tienen que revestir carácter general y abstracto y no pueden disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales», imposición esta que, sin perjuicio de otros objetivos, tiene en su origen claras preocupaciones de igualdad. De hecho, siempre que se restringen derechos, libertades y garantías solamente de determinados destinatarios, o teóricamente determinables, se trae al debate la cuestión del respecto del principio de

⁶⁸ Cfr. el elenco de factores: art. 2 DUDH, art. 2.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art.14 de la Convención Europea.

⁶⁹ Las reglas sobre el tiempo de antena y sobre la igualdad de candidaturas [arts. 40 y 116.3, alinea b)] confirman lo enunciado.

⁷⁰ MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 209.

igualdad.

Sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación en este ámbito, se ha optado por no hacer cualquier referencia concreta en la Constitución, al contrario de otras Constituciones⁷¹, no obstante esa posibilidad haya sido preconizada en la Asamblea Constituyente. Se ha determinado todavía la prohibición de reducción de derechos de las mujeres en distintos ámbitos: el ámbito familiar, al considerar que «los cónyuges tienen iguales derechos y deberes en cuanto a la capacidad civil y política y la manutención de la educación de los hijos (...) que los padres tienen el derecho y el deber de la educación de los hijos (...) los hijos no pueden ser separados de los padres, excepto cuando estos no cumplen sus deberes fundamentales para con ellos y siempre mediante decisión judicial» (art. 36, n. 3, 5 y 6); en el ámbito político consagrándose que «todos los ciudadanos tienen el derecho a tomar parte en la vida política (...) el sufragio es universal, igual y secreto y reconocido a todos los ciudadanos mayores de 18 años (...) el derecho de ascenso, en condiciones de igualdad y libertad, a las funciones públicas»; en la esfera política, al subrayar que «todos los ciudadanos pueden presentar, individual o colectivamente, a los órganos de soberanía o a cualquier autoridades peticiones, representaciones, reclamaciones o quejas para defensa de sus derechos, de la Constitución y de las leyes o del interés general», siendo reconocido además a todos los ciudadanos el derecho a la acción popular, en los términos previstos en la ley (arts. 48 y 49).

En lo que respecta a la igualdad entre ambos sexos, en el ámbito laboral, el antiguo art. 52, alineación c), insertado en la Parte I – Derechos y Deberes Económicos – Título III - Derechos y Deberes económicos, sociales y culturales, imponía al Estado promover «la igualdad de oportunidades en la selección de la profesión o género de trabajo y

⁷¹ Cfr. art. 4 de la Constitución Mexicana, y el art. 3.2 de la Constitución Federal Alemana.

condiciones para que no sea vedado o limitado, en razón del sexo, el ascenso a cualquier cargos, trabajo o categorías profesionales»

El artículo siguiente declaraba que todos los trabajadores, sin distinción de sexo, tienen el derecho «a la retribución del trabajo, según la cantidad, naturaleza y calidad, observándose el principio de que a trabajo igual, salario igual, de forma a garantizar una existencia condigna», consagrando en el mismo contexto el derecho a la organización del trabajo en condiciones socialmente dignificantes, a la prestación del trabajo en condiciones de higiene e seguridad y al reposo, laceres y descanso semanal e vacaciones periódicas pagas.

La Constitución de 1976 admitió la diferenciación de trato en lo que respecta a la maternidad, reconociéndola como un importante valor social para efectos de la educación de los hijos, confiriendo a las mujeres trabajadoras una especial protección durante el embarazo y en el pos-parto, más específicamente «el derecho a un periodo de dispensa del trabajo, antes y después del parto, sin disipar de la retribución y de cualquier regalías» (antiguo art. 68, n° 1 y 2)⁷².

La versión de 1976 consagró en el art. 73 el derecho a la educación y a la cultura a todos los ciudadanos, reconociendo en el capítulo siguiente la igualdad de oportunidades en la formación escolar, declarando que en la realización de la política de enseñanza el estado deberá garantizar «a todos los ciudadanos, según sus capacidades, el ascenso a los grados más elevados de la enseñanza, de la investigación científica y de la creación artística».

En la última y cuarta Parte de la Constitución, denominada «Garantía y Revisión de la Constitución», se certifica que en la primera revisión constitucional, las leyes de revisión constitucional, se hagan

⁷² Véase al respecto: PIZARRO BELEZA, M^a. L. «O estatuto das mulheres na Constituição», *Estudos sobre a Constituição*, Vol. I, Lisboa, 1977, pp. 63 y ss..

respetar los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos y los derechos de los trabajadores.

La revisión constitucional de 1982⁷³ se propuso disminuir la carga ideológica de la Constitución, flexibilizando el sistema económico y redefiniendo las estructuras del ejercicio del poder político. Con esta revisión, pasó a estar consagrado como tarea fundamental del estado «garantir los derechos y libertades fundamentales y el respecto por los principios del Estado de derecho democrático», bien como la promoción de la igualdad real entre los portugueses (art. 9). Con esta nueva versión se previó además el derecho de resistencia, considerando que «todos tienen el derecho a resistir a cualquier orden que ofenda sus derechos, libertades y garantías y de rechazar por la fuerza cualquier agresión, cuando no sea posible recurrir a la autoridad pública » (art. 21).

Dentro del tema de la maternidad, se verifica una diferencia relativamente a la versión inicial, pasando a existir ahora una referencia al hombre, a que no es ajena la tentativa de incluirlo cada vez más en este importante rol, garantizándole el derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado en la educación de los hijos, situación que anteriormente versaba únicamente sobre la mujer, terminando por considerar la maternidad y paternidad como valores sociales eminentes (art. 68).

Las revisiones posteriores no han determinado cualquier alteración en la esfera de la igualdad cuanto a su contenido, verificándose solamente una reorganización en la numeración de algunos de los artículos pertinentes.

⁷³ Sobre la promoción de la igualdad substancial como tarea del Estado vid., las posiciones de los Diputados Pedro Roseta y António Vitorino durante la segunda revisión constitucional (Diário da Assembleia da República, 5ª legislatura, 2ª sessão legislativa, 2ª série, nº 61-RC, acta nº 59, pp. 1909-1911, y nº 62-RC, acta nº 60, pp. 1926 y 1927).

En analogía con otros países, la jurisprudencia constitucional portuguesa viene desempeñando un importante papel en la demarcación del principio de la igualdad⁷⁴. De acuerdo con el Parecer 1/76, de 14 de diciembre de 1976 de la Comisión Constitucional «la diferenciación de trato de situaciones aparentemente iguales tendrán que justificarse, al menos, por cualquier fundamento material o razón no arbitraria o poco razonable, por ser contrario a la justicia y consecuentemente a la igualdad, de modo que la legislación no se traduzca en impulsos esporádicos o caprichosos sin sentido y consecuencias».

Años después, la misma Comisión Constitucional ha considerado a través del Parecer 32/82, que «el principio de la igualdad no funciona de una forma general y abstracta, sino ante situaciones o términos de comparación que deben reputarse concretamente iguales – y, antes de todo, a la luz de padrones valorativos o de la orden axiológica constitucional».

Una vez más la Comisión, a través de la sentencia n° 458, de 25 de noviembre de 1982⁷⁵, ha considerado que «el principio de la igualdad no se reduce a una pura dimensión formal – a una mera igualdad “ante” la ley – traducida en la simple imparcialidad de la aplicación de esta, cualquier que sea su contenido: asume, mas bien, una dimensión material, que se impone al propio legislador, y exige de este modo, una verdadera igualdad “de la” ley». Entendido en estos términos, pone al principio de la igualdad el problema de saber en qué determinado tipo de situaciones o para que determinados efectos debe ser considerado igual, o sea, la previa identificación de los elementos o factores que en

⁷⁴ Sobre la igualdad en la jurisprudencia constitucional de otros países vid., CERRI, AUGUSTO, *L'Eguaglianza nelle Giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976; MURPHY, WALTER F. y TANNENHAUS, JOSEPH, *Comparative Constitutional Law – Cases and Commentaries*, Nova Iorque, 1977; RUBIO LORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», en *REDC*, 1991, pp. 9 y ss.

⁷⁵ Sentencia de la Comisión Constitucional de 25 de noviembre de 1982, asunto 458.

cada caso deben tenerse como relevantes o irrelevantes para ese juicio. El artículo 13.2, de la Constitución, al enunciar una serie de circunstancias susceptibles de fundamentar, en principio, una desigualdad de trato jurídico, no significa eso que, en lo restante, el legislador se quede totalmente libre para establecer todas y cualquier distinciones: antes le están vedadas «las distinciones arbitrarias, y por eso discriminatorias, esto es, despojadas de justificación racional, o fundamento material bastante, atenta a la especificidad de la situación o de los efectos en causa».

El TC, por su parte, el 8 de febrero de 1984, en la sentencia 14/84⁷⁶, decretó que «la igualdad no debe ser entendida solamente en el sentido de tornar ilícitas a las discriminaciones infundadas o arbitrarias (interpretación esta que no puede adoptarse sin más); la regla del art. 13 tiene de ser cualificada y «leída» a través de (y a la luz de) otras disposiciones constitucionales que seguramente establecen preferencias en caso de conflictos de intereses o que jerarquicen de cierta manera derechos y intereses».

El mismo Tribunal consideró, en torno a la interpretación del art. 13 de la CRP, a través de la sentencia 44/84, el 22 de mayo de 1984, que «el principio de la igualdad no debe ni puede ser interpretado en términos absolutos, impidiendo nombradamente que la ley discipline distintamente cuanto distintas son las situaciones que su dispositivo intenta regular. Todavía, inversamente, hay violaciones del principio de la igualdad cuando el legislador establece diferencias discriminatorias. Así es cuando tales distinciones son materialmente infundadas, cuando están cimentadas en motivos que no ofrecen un carácter objetivo y razonable; esto es, cuando el precepto en aprecio no presenta cualquier fundamento material razonable». En esta perspectiva, el principio de la igualdad consagrado en el art. 13 de la Constitución identificase con una *prohibición del arbitrio*, es decir, con «una prohibición de medidas

⁷⁶ Sentencia de la Comisión Constitucional de 8 de febrero de 1982, asunto 14/84.

manifiestamente desproporcionadas o inadecuadas por un lado, al orden constitucional de valores y, por otro, a la situación factual que se pretende reglamentar o al problema que se desea decidir». Razonamiento corroborado en la sentencia 126/84⁷⁷ donde declara que «el principio de la igualdad no solo autoriza como puede exigir desigualdades de trato, siempre que, por motivo de situaciones distintas, un trato igual conduzca a resultados desiguales». Un año después, en la sentencia 76/85⁷⁸, de 6 de mayo de 1985, el mismo Tribunal consideró también que «otros factores materiales determinantes de un trato normativo desigual deben comportar, designadamente, una justificación cimentada en la consonancia entre criterios adoptados por el legislador y por los objetivos de la ley, por un lado, y entre estos y los fines cuya persecución el texto constitucional comete al Estado, por otro. La desigualdad de trato será consentida cuando, tras asumirse que los criterios de distinción exigidos por el legislador se compatibilizan con los objetivos de la ley, se concluya en el sentido de la Constitución, a la luz de los principios que adopta y de los fines que comete al Estado, autoriza el trato diferenciado de las situaciones delimitadas en la ley ordinaria». Poco tiempo después el TC resume el ámbito de la protección del principio de la igualdad al considerar que el mismo «engloba las siguientes dimensiones: prohibición del arbitrio, prohibición de la discriminación, obligación de diferenciación»⁷⁹, consideró además que «el principio de la igualdad no tiene de operar diacrónicamente. El legislador no está, en regla, obligado a mantener las soluciones jurídicas que alguna vez adoptó. Notas constitutivas de la función legislativa son justamente, entre otras, la libertad constitutiva y la auto-revisibilidad. Por esa razón, excepto en los casos en que el legislador no tenga de dejar intocables derechos entretanto adquiridos, no está obligado a mantener las soluciones consagradas por la ley a cuya revisión procede»⁸⁰.

⁷⁷ STC de 12 de diciembre de 1984, asunto 126/84.

⁷⁸ STC de 6 de mayo de 1985, asunto 76/85.

⁷⁹ STC de 12 de marzo de 1986, asunto 80/86.

⁸⁰ STC de 4 de julio de 1991, asunto 352/91.

La jurisprudencia más relevante por lo que respecta al sexo ha sido sin duda la Sentencia n. 95⁸¹ de la Comisión Constitucional, relativa a la interpretación del art. 1601 a), del Código Civil de 1966, que fijaba distintas edades para que mujeres y hombres pudieran casarse, con perjuicio del varón, consideró que esta norma infringía el principio de la igualdad consagrado en los arts. 13, n. 1 y 2 y art. 36.1 CRP.

En esta sentencia, la Comisión basó esta decisión en la consideración que el referido principio implicaba «que sean tratados igualmente los que se encuentran en situaciones iguales y tratados desigualmente los que se encuentran en situaciones desiguales, de manera que no sean creadas diferenciaciones arbitrarias». La Comisión consideró además que el principio en cuestión exigía una consideración objetiva de las situaciones y que en el análisis del caso concreto no se verificaban fuertes elementos de orden social, cultural y económica que justificaran la diferencia de trato.

Cuatro años después en la sentencia 456⁸² la misma Comisión consideró contraria al art. 13.2 de la CRP, y por esas razón inconstitucional, el art. 1 b) de la Base XIX de la Ley n. 2127, aprobada el 3 de agosto de 1963, que determinaba pensión distinta para los viudos y viudas.

La norma atribuía una pensión al viudo de una víctima de accidente de trabajo solamente cuando este padezca de enfermedad física o mental que le provoque incapacidad para el trabajo o cuando tenga más de 65 años de edad, a la data de la muerte de la mujer, fijando la pensión en 30% de la retribución base de la víctima en ambas las situaciones, mientras la alinea anterior del mismo artículo

⁸¹ Sentencia de la Comisión Constitucional de 6 de abril de 1978, asunto 95

⁸² Sentencia de la Comisión Constitucional de 20 de julio de 1982, asunto 456.

consagraba que la viuda tenía en todas las situaciones derecho a una pensión de 30% de la retribución base del marido, y que pasaba para 40%, cuando aquella completase 65 años de edad, al padecer de enfermedad física o mental que le provocara incapacidad para el trabajo.

Sobre la misma disposición, surge la sentencia 181/87⁸³, donde el TC declara estarse delante de «una discriminación y un arbitrio legislativo injustificado en razón de sexo y, por esa razón, afronta el principio de la igualdad...». Otros fallos del mismo Tribunal han sido declarados con el mismo resultado⁸⁴.

En la sentencia 609/94⁸⁵, el mismo Tribunal no dejó todavía de considerar que las anteriores sentencias sobre el referido asunto no deberían implicar la recusa a la supuesta beneficiaria (viuda) con menos de 65 años de edad el derecho a recibir la pensión acordada con la aseguradora, con el argumento de que, si fuera hombre, aún no alcanzaría el derecho a recibirla. El Tribunal consideró que esta interpretación significaría un efecto perverso en nombre de la igualdad al no reconocer un derecho a un presumible titular con el intento de no discriminar los viudos con menos de 65 años y, por lo tanto, aún sin derecho de recibir la referida pensión. El tribunal refiere también que el objetivo inicial en la consagración de la diferencia de trato estaba relacionado con la tentativa de contrariar el desfavor social económico, político y sexual, en que las mujeres se encuentran relativamente a los hombres, añadiendo que la ventaja atribuida en los casos previstos a la mujer estaba concretamente relacionada con el peso de las tareas domésticas que habitualmente son desempeñadas únicamente por la mujer, sin derecho a cualquier retribución, siendo tal disposición como que una compensación a esta realidad.

⁸³ STC de 20 de mayo de 1987, asunto 181/87.

⁸⁴ Véase al respecto las SSTC de 18 de noviembre de 1987, asunto 449/87; de 23 de marzo de 1988, asunto 72/88; de 30 de diciembre de 1988, asunto 104/88; de 20 de septiembre de 1988, asunto 191/88.

⁸⁵ STC de 22 de noviembre de 1994, asunto 609/94.

No obstante los principios constitucionales garantizaran desde temprano la igualdad formal de los portugueses, importa referir que los textos constitucionales no eran entendido como el mismo valor de los días de hoy, estando revestidos de un contenido político y reservando a la ley toda la reglamentación de los derechos civiles, lo que justifica el hecho del primero Código Civil Portugués, aprobado el 1 de julio de 1867, haber retirado derechos individuales esenciales a las mujeres sin que los mismos hayan sido considerados inconstitucionales. El principio general, enunciado en el art. 7, declaraba que «la ley civil es igual para todos, y no hace distinción de personas, ni de sexo, excepto en los casos que sean especialmente declarados», abriendo la puerta a una serie de disposiciones atentatorias de la dignidad de la mujer entre las cuales se destacan las siguientes:

- a) «La mujer casada tiene por domicilio el del cónyuge, no estando separada judicialmente de personas y bienes...» (Art. 49);
- b) «Las madres participan del poder paternal y deben ser oídas en todo lo que respecta a los intereses de los hijos; todavía es especialmente al padre que durante el matrimonio cabe, como jefe de la familia, dirigir, representar y defender a sus hijos menores...» (art. 138);
- c) «Pueden afianzar todos los que pueden contratar, excepto las mujeres, no siendo comerciantes» (art. 819);
- d) «La mujer no puede privar a su esposo, por convención ante nupcial, de la administración de los bienes del matrimonio, todavía puede reservarse el derecho de recibir, a título de alfileres, una parte de los rendimientos de sus bienes, y disponer de ellos libremente, desde que no exceda la tercia parte de los referidos rendimientos líquidos» (art. 1104);
- e) «La mujer no puede contraer dividas sin autorización del esposo, excepto si este está ausente o impedido, y si el fin para el

cual se ha contraído la divida no permite aguardar su regreso, o por la cesación del impedimento» (art. 1116);

f) «El dominio y pose de los bienes comunes está en ambos los cónyuges, mientras subsiste el matrimonio; la administración, todavía, de los bienes del matrimonio, en excepción de los bienes propios de la mujer, pertenece al esposo. § único: La mujer solamente puede administrar bajo consentimiento del esposo, o en su impedimento o ausencia» (art. 1117);

g) «Al esposo incumbe, especialmente, la obligación de proteger y defender la persona y los bienes de la mujer; y a esta la de prestar obediencia al esposo.» (art. 1185);

h) «La mujer tiene obligación de acompañar su esposo, excepto para país extranjero.» (art. 1186);

i) «La mujer autora no puede publicar sus escritos sin el consentimiento del esposo; todavía puede recurrir a la autoridad judicial en caso de injusta recusa de él» (art. 1187);

j) «La administración de todos los bienes del matrimonio pertenece al esposo, y sólo pertenece a la mujer cuando este falte o esté impedido.» (art. 1189);

k) «La mujer no puede, sin autorización del esposo, adquirir o alienar bienes, ni contraer obligaciones, excepto en los casos en que la ley especialmente lo permite. § único: Si el esposo recusar indebidamente la autorización pedida por la mujer, esta podrá esta requerir suplemento al juez de derecho respectivo que, oyendo al marido, concederá o negará, como le parezca de justicia» (art. 1193).

En todas estas disposiciones son manifiestas las derogaciones al principio general consagrado, contribuyendo para el refuerzo de las desigualdades entre ambos sexos y para que la mujer tuviese un papel subalterno y dependiente ante el hombre.

Con la entrada en vigor del Código Civil, aprobado por el Decreto-Ley n° 47344, de 25 de noviembre de 1966, se ha quedado visible, no obstante los derechos consagrados en el derecho constitucional, que la mujer casada continuaba beneficiándose de un estatuto menor. El art. 1674 reconocía al marido la calidad de jefe de familia confiriéndole el poder de decidir en la generalidad de los asuntos de la vida conyugal. De acuerdo con el art. 1677, a la mujer incumbía el gobierno doméstico, mientras al hombre competía, en regla, la administración de los bienes del casal, incluso los propios bienes de la mujer (art.1678.1), atribuyéndose al hombre los poderes de defender, representar y emancipar los hijos, así como de orientarlos en su educación y administración de sus bienes (1881), no obstante el art. 1879 declarar como competencia de ambos los cónyuges la guardia y regencia de los hijos.

Posteriormente, con el objetivo de adaptar el Código Civil a la Constitución de 1976, relativamente a la consagración del principio de igualdad en cuanto a los derechos y deberes de los cónyuges, la capacidad civil y la manutención y educación de los hijos, hubo necesidad de reformar el Código Civil a través del Decreto-Ley 496/77, de 25 de noviembre, que abolió las disposiciones discriminatorias de la mujer casada. De este modo, el art. 1671 pasó a consagrar que el casamiento está fundamentado en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, confiando la dirección de la familia a ambos y que estos deben acordar sobre la orientación de la vida en común, teniendo en cuenta el bien de la familia y los intereses de uno y de otro. El art.1678 pasó también a establecer que cada uno de los cónyuges tenía la administración de los proventos que recibiese por su trabajo, y, en regla, de sus bienes propios, reconociendo a ambos la legitimidad para la administración de los bienes comunes del casal. Relativamente al ejercicio del poder paternal, el art. 1901 confió el ejercicio del poder paternal a ambos los padres en la constancia del matrimonio, previendo que el ejercicio se haga de común acuerdo. Esta reforma del Código

Civil terminó por eliminar también la estipulación preconcebida de los distintos roles de cada uno de los cónyuges dentro del hogar, revocando la solución registrada anteriormente en el art. 1677.

II. LA ESENCIA DE LAS PRIMERAS POLITICAS EN IGUALDAD.

II.1. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES.

La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres es fundamental para que la igualdad en la esfera laboral⁸⁶, sea real en todas sus vertientes, no bastando que haya igualdad en el trabajo, sino que las mujeres que lo buscan se puedan beneficiar de una igualdad en el punto de partida, en comparación con los candidatos masculinos. Importa entonces definir lo que se debe entender por «acceso al trabajo». Para el Derecho comunitario se consideran incluidas en este concepto las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia, a la ocupación, los criterios de selección para ser candidato a un puesto de trabajo⁸⁷, las ofertas de empleo⁸⁸ y las condiciones de contratación.

La Directiva 76/207/CEE aprobada por el Consejo, el 9 de febrero de 1976, contemplaba, entre otros, la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo. La Directiva determinaba que la aplicación del principio de igualdad de trato suponía «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en las condiciones de acceso, incluidos los criterios de selección, a los empleos o puestos de trabajo, cualquiera que sea el sector o la rama de actividad y a todos los niveles

⁸⁶ Véase al respecto: PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., *Los Derechos laborales en la constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991

⁸⁷ Conforme establecido por la STJCE de 2 de octubre de 1997, Kording, asunto C-100/95.

⁸⁸ La STJCE de 21 de mayo de 1985, Comisión c. Alemania, asunto C- 248/83, estipuló que las ofertas de empleo se hallan estrechamente conectadas al acceso al trabajo y pueden tener un efecto restrictivo de cara al mismo, pero señala que la Directiva no genera una obligación a cargo de los Estados miembros de introducir una legislación de alcance general en relación con aquellas.

de la jerarquía profesional»⁸⁹. Para la concretización de estos objetivos, los Estados miembros deberán suprimir las disposiciones legales contrarias al principio de igualdad de trato, incluso las que figurasen en los convenios colectivos o en los contratos individuales de trabajo, en los reglamentos internos de las empresas y en los estatutos de las profesiones independientes.

Esta Directiva supuso por primera vez la consagración de un principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres, aislado del objetivo de salvaguarda de la condiciones de competencia económica que inspiró la legislación salarial igualitaria, siendo así un paso más allá del objetivo inicial asociado a la creación de una comunidad económica europea.

Por fuerza de la jurisprudencia del TJCE, también los convenios colectivos de trabajo están sometidos a esta normativa comunitaria, determinando que las cláusulas de un convenio colectivo que implique una discriminación contraria al Derecho comunitario, son nulas de pleno derecho, lo que determina que el juez nacional se encuentra obligado a aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen que se aplica a los demás trabajadores⁹⁰.

Esta Directiva es reformada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002⁹¹, adaptándola a la normativa antidiscriminatoria más moderna, de acuerdo con la jurisprudencia del

⁸⁹ Cfr. MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesionales, y a la condiciones de trabajo», *AL*, n° 41, 2000, pp. 677 y ss. y DÚRAN LÓPEZ, F., «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976», en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* (Estudios homenaje al profesor Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990, pp. 392-430.

⁹⁰ STJCE de 15 de enero de 1998, Schöning, Asunto C15/96.

⁹¹ Derogada por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006.

TJCE⁹², y al nuevo contexto regulador de la igualdad y no discriminación, vigente tras el Tratado de Ámsterdam, proporcionándole una mayor coherencia, sin alterar su esencia y estructura normativa, donde se destaca el reconocimiento del acoso sexual como forma de discriminación, la posibilidad de que las víctimas de discriminación puedan ser representadas por organizaciones en procedimientos administrativos y judiciales, y la garantía a las mujeres del derecho a reincorporarse al trabajo tras el permiso de maternidad. Incomprensiblemente, el legislador comunitario mantuvo la perspectiva tradicional, cuando en su art. 2 define el principio de igualdad de trato como la «ausencia de toda discriminación por razón de sexo...directa o indirecta, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por fuerza de esta reforma y en consonancia con la jurisprudencia del TJCE, el nuevo art. 3.1 abarca tanto a los trabajadores por cuenta ajena, en el sector público y privado, como a los funcionarios públicos⁹³.

Sobre la jurisprudencia más relevante del TJCE, más concretamente con respecto al acceso al empleo público, importa recordar la sentencia Briheche⁹⁴, relacionada con el derecho de una extensión del límite de edad para ingresar en el empleo público limitada a las viudas. El Sr. Briheche, viudo con un hijo a cargo, que no se había vuelto a casar, presentó su candidatura a varias oposiciones convocadas por la Administración Pública Francesa, posteriormente desestimada por superación del límite de edad pre-establecido. No satisfecho con esa realidad, por considerar que la reserva de la norma francesa que previa una exención del límite de edad de las viudas que

⁹² La Comisión señaló esta razón para el cambio, ya que «es deseable que la propia Directiva recoja la jurisprudencia del Tribunal, para alcanzar un certidumbre jurídica.». COM (2000) 334, final.

⁹³ Véase al respecto SSTJCE de 30 de septiembre de 2004, Briheche, asunto C-319/03; de 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99 y de 11 de enero de 2000, Kreil, C-285/98. Sobre el marco de la función pública comunitaria vid., SSTJCE de 7 de junio de 1972, Sabbatini-Bertoni, asunto 20/71, y de 20 de febrero de 1975, Airola, asunto 21/74.

⁹⁴STJCE de 30 de septiembre de 2004, Briheche..., *cit.*

pretendiesen ingresar en el empleo público era contraria a la Directiva 76/2007, alegando que si bien ésta no se opone a las medidas que corrigen las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres de obtener un empleo, impone a los Estados miembros la obligación de revisar las disposiciones, cuando el objetivo de protección que las inspiró originariamente no tenga ya razón de ser. El TJCE ha admitido, en esta sentencia, que la concesión exclusiva a las viudas del referido privilegio entrañaba una discriminación por razón de sexo, siendo contrario al art. 3.1 de la Directiva en perjuicio de los viudos en semejante situación.

En la sentencia Gerster⁹⁵, el mismo Tribunal razona que la denegación de una promoción basada en motivaciones de sexo es, de igual modo, contraria a la prohibición de discriminación por razón de sexo en la promoción profesional contenida en el reformulado art. 3.1 a) de la Directiva 76/207.

En el sentido contrario a la admisión, el despido, también el TJCE ha considerado que una política general de despido que visase el despido de una mujer por la única causa de haber alcanzado la edad a la que tiene derecho a una pensión, cuando la misma es diferente para hombres en la misma situación, en virtud de la legislación nacional de uno de los Estado miembros, constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por la Directiva 76/207⁹⁶. Importante ha sido también, sin duda, la imposición prevista con la entrada en vigor de la Directiva 2002/73/CE, que en su art. 7 impone a los Estados miembros la obligación de introducir medidas de protección para los trabajadores y sus representantes contra el despido u otro trato desfavorable como reacción a una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial iniciada con el fin de exigir el cumplimiento de igualdad de trato que recoge la Directiva, adaptándola a lo ya dispuesto en las Directivas

⁹⁵ STJCE de 2 de octubre de 1997, Gerster, asunto C-1/95.

⁹⁶ STJCE de 26 de febrero de 1986, Marshall I, asunto 152/84.

antidiscriminación aprobadas en el año 2000.

No obstante la primera versión de la directiva comunitaria haber sido aprobada en el año de 1976, hay que llevar en consideración que Portugal se ha hecho parte de la Comunidad Económica Europea (CEE) en el año de 1986. De este modo, se puede afirmar que la igualdad en el acceso al trabajo en el ordenamiento jurídico portugués, no obstante la Constitución de la Republica Portuguesa (CRP) prever desde el año de 1976 la igualdad en razón de sexo, sólo ha sido referida a través del Decreto-ley 392/79, aprobado el 31 de julio de 1979, donde se reconoció que persistían discriminaciones sobre la mujer que la impedían de ejercer una ciudadanía plena, incluso al nivel laboral, y que la igualdad entre hombres y mujeres no se lograría solamente a través de la ley.

Uno de los retos de esta legislación ha sido crear un conjunto de normas que adecuase los principios constitucionales protectores de la igualdad de género a la realidad laboral de aquellos días⁹⁷, proporcionando a todas las mujeres una igualdad de oportunidades y aproximando de este modo la orden jurídica portuguesa a otras órdenes jurídicas más desarrolladas, cumpliendo así las exigencias de las organizaciones internacionales a las que Portugal se encontraba vinculado, reconociendo al mismo tiempo que el derecho al trabajo significaría la ausencia de cualquier discriminación basada en el sexo, incluyendo dentro del propio concepto de discriminación las discriminaciones directas e indirectas, incluso las relacionadas con el estado civil y la situación familiar de las mujeres. La misma legislación ha declarado como nulas y sin efecto todas las disposiciones que limitasen por cualquier forma el acceso a cualquier empleo, profesión o

⁹⁷ La Constitución de 1976 preveía la igualdad de todos los ciudadanos (art. 13) y el derecho de igual sueldo para trabajo igual [Art. 53 a)], imponiendo también la tarea del Estado asegurar que el sexo no funcionase como una limitación al acceso a cualesquier cargos, trabajos o categorías profesionales [art. 52 a)].

puesto de trabajo⁹⁸.

En el ámbito de la formación profesional, se impuso al Estado la tarea de promover y coordinar acciones de orientación y formación a las mujeres y garantizar el acceso a los cursos de formación profesional, en un porcentaje fijado anualmente por el Ministro del Trabajo, con especial preferencia por las mujeres menores de 25 años de edad, sin calificaciones o escolaridad obligatoria, y las mujeres educadoras únicas. Esta preferencia se explica por las mayores dificultades que estas tienen a la hora de ingresar en una actividad profesional, intentando implementar una medida que contrariara la realidad de aquellos días.

Sobre las nuevas imposiciones impuestas a las entidades patronales, importa el deber de asegurar la igualdad de oportunidades en la esfera de la formación profesional y la prohibición de colocar en anuncios de ofertas de empleo cualquier contenido que contuviese restricción, especificación o preferencia basada en el sexo⁹⁹, intentando impedir que el reclutamiento fuese realizado con base en criterios subjetivos o con formulaciones de exigencias físicas sin relación con la profesión a desempeñar¹⁰⁰, terminando de esta manera con uno de los principales mecanismos utilizados por las empresas para contratar

⁹⁸ En consonancia con el deseo manifestado de garantizar el acceso a las mujeres a cualquier empleo, profesión o puesto de trabajo, este diploma consideraba nulas las disposiciones legales, reglamentares, las disposiciones de los instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo, los reglamentos de empresa, los contratos individuales de trabajo, los estatutos de organizaciones sindicales o de profesiones independientes y de los reglamentos de carteras profesionales que limitasen esta posibilidad.

⁹⁹ El Decreto-Ley 491/85, aprobado el 3 de septiembre de 1985, que instituyó el régimen general de las contra-ordenaciones laborales, impuso multas a algunas prácticas discriminatorias como la publicación de ofertas de empleo conteniendo restricciones o preferencias discriminatorias en función de sexo o la mantención en vigor de sistemas de descripción de tareas y de evaluación de funciones que implicasen discriminación basada en el sexo

¹⁰⁰ El art. 7.3 previa que «no constituí discriminación el hecho de se condicionar el reclutamiento a uno u otro sexo en las actividades de moda, arte o del espectáculo, cuando tale sea esencial a la naturaleza de la tarea a desempeñar, tornándola cualitativamente diferente cuando prestada por un hombre o por una mujer».

hombres, en la mayoría de los casos¹⁰¹. Es evidente que el simple hecho de que un anuncio de empleo haga referencia a ambos sexos no impide que el contratante deje elegir hombres para determinada plaza, si era esa su intención de inicio. Todavía, al tener que hacerlo, estará como que abriendo la puerta a candidatos del sexo femenino que anteriormente estarían aislados de cualquier posibilidad de candidatearse o de realizar una entrevista de empleo.

En consecuencia de la promoción de la igualdad de oportunidades constituir una de las prioridades del Ministerio del Trabajo y de la Solidaridad y el pilar IV del Plan Nacional de Empleo de 2000, más concretamente la directriz 19, preconizar la adopción de un nuevo abordaje que consagrara la integración del objetivo de la igualdad de oportunidades entre hombres mujeres en la ejecución de las orientaciones constantes en aquel plan, fue aprobada por el Ministro del Trabajo y Solidaridad, el 15 de noviembre de 2000, la Portaria 1212/2000. Esta iniciativa legislativa intentaba proporcionar un cuadro de referencia que permitiese una mejor puesta en práctica del refuerzo financiero en este ámbito, adoptando una lista en anejo de las profesiones significativamente marcadas por las referidas discriminaciones, donde se incluyeron profesiones en que la proporción entre ambos los género es, de acuerdo con un índice de discriminación profesional, al menos de 3 para 1.

¹⁰¹ Después de instituido el régimen general de contra-ordenaciones laborales a través del Decreto-Ley 491/85 se juzgó necesario ir más allá y contemplar otras situaciones no previstas, de este modo, se aprobó la Ley 116/99, de 4 de agosto de 1999, que vino a sustituir la referida legislación, declarando el nuevo régimen general y impuso que los valores máximos de multas aplicables a las infracciones mucho graves serían elevadas para el doble en las situaciones de violación de normas sobre la seguridad, higiene y salud en el trabajo. Con el objetivo de completar el régimen general de contra-ordenaciones laborales instituido por la Ley 116/99, la Ley 118/99, de 11 de agosto, veo desarrollarlo y concretizarlo estipulando como contra-ordenación muy grave el impedimento del acceso a las mujeres a cualquier empleo profesión o puesto de trabajo. Importa subrayar que el Decreto-Ley 392/79, de 20 de septiembre, había ya estipulado que este tipo de infracciones serían punidas pecuniariamente, todavía con el pasaje de los años los montantes se quedaron poco significantes, siendo imprescindible la actualización de valores introducida por esta Ley.

El 1 de marzo de 2000, ha sido aprobado el Despacho Conjunto 373/2000 por parte de los responsables de varios ministerios en cumplimiento de lo previsto por la CRP, cuando enuncia como tarea fundamental del Estado la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. Este Despacho consagra que en todos los avisos de apertura de los concursos de ingreso hacia la Administración Pública, central o local, bien como en aquellos que tengan por objeto la celebración de contratos de trabajo a termino cierto, deberá constar la siguiente mención: «En cumplimiento de la alinea h) del artículo 9.º de la Constitución, la Administración Pública, mientras entidad empleadora, promueve activamente una política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y en la progresión profesional, intentando escrupulosamente evitar a toda y cualquier forma de discriminación».

Esta medida de contenido claramente publicitario es importante debido a su carácter didáctico y pedagógico, manifestando la necesidad del cumplimiento de todas las exigencias constitucionales elementales en un Estado de Derecho, donde la igualdad de género se inscribe. No obstante esta medida, no pasa de una pequeña demostración de intenciones que al no hacerse acompañar de medidas reales que desincentiven e imposibiliten las prácticas discriminatorias, quedaría totalmente vaciada de su contenido.

El 29 de marzo de 2001, la Asamblea de la Republica Portuguesa aprobó la Ley 10/2001, instituyendo una relación anual sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, en el empleo y en la formación profesional, que debería incluir indicadores al nivel nacional, imprescindibles para que la Asamblea pudiera evaluar el progreso realizado en este ámbito. Entre los indicadores considerados indispensables se destacaban los recursos humanos y materiales directamente relacionados con la observancia de la legislación de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo, en el

empleo y en la formación profesional, o el número de quejas presentadas en materias relacionadas con la violación de la legislación de la igualdad de oportunidades, su distribución geográfica, los sectores de actividad y áreas alcanzadas.

En el mismo año, ha sido también aprobado, el 28 de junio de 2001, por la Asamblea Republica, la Ley 90/2001, relativa a las medidas de apoyo social a las madres y padres estudiantes, con el principal objetivo prioritario de lucha contra el abandono y fracaso escolar y la promoción en la formación de los jóvenes, en especial las embarazadas, puérperas y lactantes. Esta intervención legislativa intenta contribuir para una mejor conciliación de los estudios con los derechos y deberes paternos, facilitando en el futuro una mejor inserción en el mercado laboral. Esta legislación garantiza que las personas abarcadas por ella y que tengan hijos con menos de 3 años de edad, disfruten de un régimen especial de presencias, consideradas justificadas las fallas, siempre que debidamente comprobadas, para consultas pre-natales, durante el período de parto, lactancia, enfermedad y asistencia a los hijos¹⁰². Fue consagrado también el derecho a las mujeres embarazadas y las madres de realizar exámenes en época especial, designadamente en el caso del parto coincidir con la época de los exámenes, y de transferencia del establecimiento de enseñanza, cuando la facultad de inscripción sea fuera de la respectiva área de residencia.

Con el objetivo de recuperar el retraso que separaba Portugal de los restantes países miembros de la UE, fue aprobado por el Consejo de Ministros, el 12 de julio de 2001, la Resolución 91/2001, de que hace

¹⁰² La legislación prevé además la posibilidad de aditamento en la presentación o entrega de trabajos y en la realización posterior de pruebas siempre que por razones referidas no sea posible el cumplimiento de los plazos establecidos o la comparecía en las pruebas, así como se prevé la exención del cumplimiento de los mecanismos legales que hagan depender el aprovechamiento escolar de la frecuencia mínima de un número de clases y la dispensa de la obligatoriedad de inscripción en un número mínimo de asignaturas en la enseñanza superior.

parte el Plan Nacional de Acción para la Inclusión (PNAI) para el periodo de 2001-2002. Este Plan procuró contribuir para la inclusión de todos los residentes en Portugal, «garantizando el acceso a los recursos, a los derechos, a los bienes y a los servicios, bien como promover la igualdad de oportunidades de participación social en una sociedad con mejor calidad y mayor cohesión».

Por otro lado, se reconoció que las mujeres en Portugal continuaban más vulnerables a la precariedad de empleo, al desempleo y a las oscilaciones de los ciclos económicos, verificándose también situaciones de discriminación en el acceso al empleo y formación profesional, en las condiciones de trabajo y retribución, así como la violación de normas protectoras de la maternidad. La solución para este problema pasaría, en la opinión del legislador, en parte por una estrategia integrada cimentada en políticas activas de empleo que posibilitaran la creación de oportunidades para las personas con dificultades especiales en acceder a la formación y al empleo.

Para la concretización de los objetivos propuestos, el Plan contribuiría para capacitar a las personas que estuviesen excluidas del mercado de trabajo, favoreciendo el acceso a todas las mujeres y hombres en condiciones de trabajar a un empleo duradero y de calidad, e intentaría contribuir para el desarrollo de las calificaciones del personal activo, en el sentido de aumentar su productividad y mejorar la competitividad de la economía, considerando como elemento fundamental para la concretización de estos objetivos una mayor conciliación del trabajo con la vida familiar, subrayando al mismo tiempo la importancia de profundizar a los derechos de los padres trabajadores y de incluir en la organización social y en la cultura de las empresas la idea de que la conciliación de la vida profesional y familiar sería un derecho y un deber de los trabajadores de ambos los sexos y una responsabilidad social de las propias empresas. Con ese objetivo, el Plan manifiesta el deseo de implementar un certificado de calidad a las

empresas con prácticas de excelencia, en términos de la organización del trabajo que facilite la referida conciliación, estableciendo al mismo tiempo como una de sus prioridades el desarrollo de una red de equipamientos sociales y de apoyo a la familia, nombradamente los equipamientos para los niños, viejos y personas dependientes. Otro de los objetivos fundamentales para el cumplimiento de los objetivos de este Plan sería la prosecución de la igualdad de oportunidades y de trato de género el ámbito laboral, considerando que las diferencias salariales entre hombres y mujeres serían destinatarias de atención, incluyendo entre sus prioridades la reducción de aquellas.

La entrada en vigor del Código del Trabajo (CT), en el año de 2003, que transpuso las directivas comunitarias relacionadas con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para el ordenamiento jurídico portugués y que revocó el referido Decreto-ley 392/79, ha dedicado especial atención al tema de la igualdad¹⁰³. En la versión actual, el art. 24º empieza por recordar la igualdad de oportunidades y de trato declarando que «el trabajador o candidato a empleo tiene derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción o carrera profesionales y a las condiciones de trabajo...», añadiendo además que «no puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho o exento de cualquier deber en razón, nombradamente, de (...) sexo...»¹⁰⁴.

El artículo siguiente prohíbe también el empleador de practicar

¹⁰³ Los arts. 22 a 32 dedicados a la igualdad y no discriminación están reglamentados en los arts. 31 a 40 de la Ley 35/2004, de 29 de julio, cuyo art. 33 desarrolla el principio del «derecho a la igualdad en las condiciones de acceso y en el trabajo. En este sentido vid., LÚCIA RAPOSO, V., «Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a questão da igualdade laboral entre os sexos)», en *QL*, n. 23, 2004, pp. 42-80.

¹⁰⁴ Constituí contra-ordenación muy grave la violación de este precepto y la decisión condenatoria puede ser objeto de publicidad (art. 642, n. 1 y 2). El dispuesto es también aplicable a la relación jurídica de empleo público que confiera la calidad de funcionario o agente de la Administración Pública con las necesarias adaptaciones por fuerza del art. 5 a) de la Ley 99/2003.

cualquier discriminación, directa o indirecta, basada en el sexo¹⁰⁵, previéndose todavía que «no constituye discriminación el comportamiento basado en factor de discriminación que constituya un requisito justificable y determinante para el ejercicio de la actividad profesional, en virtud de la naturaleza de la actividad en causa o del contexto de su ejecución, debiendo el objetivo ser legítimo y el requisito proporcional». La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, vino a subrayar que no se ejercerá ninguna discriminación, directa ni indirecta, por razón de sexo, en los sectores público o privado, en las condiciones de acceso al empleo incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquier que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluso la promoción.

Cuanto a los casos en los que el trabajador alegue discriminación, el CT determina que le toca indicar cual el trabajador o trabajadores en relación a los cuales se considera discriminado, pasando para el empleador la carga de la prueba de que las diferencias de condiciones de trabajo no están cimentadas en ninguno de los factores sobre los cuales se prohíbe la discriminación¹⁰⁶. El mismo Código determina que

¹⁰⁵ Constituí contra-ordenación muy grave la violación del dispuesto y la decisión condenatoria puede ser objeto de publicidad (art. 642, n. 1 y 2). El dispuesto es también aplicable a la relación jurídica de empleo público que confiera la calidad de funcionario o agente de la Administración Pública con las necesarias adaptaciones por fuerza del art. 5 a) de la Ley 99/2003. Los conceptos «discriminación directa» y «discriminación indirecta» son definidos por la Ley 35/2004. Sobre el primero concepto la referida legislación considera que aquella ocurre siempre que en razón de un de los referidos factores una persona sea sujeta a trato menos favorable do que aquél que es, tenga sido o venga a ser dado a otra persona en situación comparable. Cuanto a la segunda noción la misma ley considera verificarse su existencia siempre que un disposición, criterio o practica aparentemente neutro sea susceptible de colocar personas que se incluyan en uno de los factores indicados en una posición de desventaja comparativamente a otras, admitiendo todavía esta realidad siempre que esa disposición, criterio o practica sea objetivamente justificado por un fin legítimo y que los medios para lo alcanzar sean adecuados y necesarios.

¹⁰⁶ Son ellos: ascendencia, edad, sexo, orientación sexual, estado civil, situación familiar, patrimonio genético, capacidad de trabajo reducida, minusvalidez o enfermedad crónica, nacionalidad, origen étnico, religión, convicciones políticas o

lo dispuesto es aplicable en caso de invocación y cualquier práctica discriminatoria en el acceso al trabajo, previendo el derecho a la indemnización por daños patrimoniales y no patrimoniales, por práctica de cualquier acto discriminatorio que perjudique un trabajador o candidato a empleo¹⁰⁷. Esta introducción ha sido importante, una vez que esclareció las dudas doctrinarias relativas al hecho de la compensación de los daños no patrimoniales, en sede de responsabilidad contractual, deber estar o no englobada, ya que parte significativa de la doctrina la consideraba restringida a la extracontractual. La Directiva 76/207/CEE, por fuerza de los cambios introducidos por la Directiva 2002/73/CE, previa en su art. 6.2 la obligación para los Estados Miembros de aplicar «en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados Miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación»¹⁰⁸.

Por su parte, el párrafo 3 del mismo precepto previa la obligación por parte de los Estados miembros de facultar a las asociaciones, organizaciones y otras personas jurídicas, que tengan interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva, para que puedan iniciar un procedimiento, en nombre o apoyo del demandante y

ideológicas y filiación sindical. El art. 32 de la Ley 35/2004, de 29 de julio de 2004, declara otros factores de discriminación, nombradamente el territorio de origen, lengua, raza, instrucción, situación económica, origen o condición social. El régimen previsto en materia de la carga de la prueba engloba también las situaciones de discriminación en el acceso al trabajo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo por fuerza del art. 35 de la referida Ley.

¹⁰⁷ El dispuesto es aplicable a la relación jurídica de empleo público que confiera la calidad de funcionario o agente de la Administración Pública, con las necesarias adaptaciones por fuerza del dispuesto en el art. 5 de la Ley 99/2003, de 27 de agosto, que aprobó el CT.

¹⁰⁸ El art. 18 Directiva 2006/54/CE, que ha revocado las referidas Directivas, dispone lo siguiente: “Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de su sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido. Dicha indemnización o reparación no podrá estar limitada por un tope máximo fijado *a priori*, excepto en aquellos casos en que el empresario pueda probar que el único perjuicio sufrido por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”.

con su autorización. Esta introducción no es exclusiva de esta Directiva, sino que viene a ajustarse a lo ya dispuesto en las Directivas 43 y 78 de 2000, en relación con las restantes causas de discriminación. Este cambio es un claro avance, una vez que pasa a obligar a los Estados miembros a regular la utilización de estos mecanismos de intervención procesal en todos los procesos por discriminación allá del role homogeneizador¹⁰⁹.

El CT va en línea con el Decreto-Ley 392/79, que le inspiró, y describe que «La exclusión o restricción de acceso de un candidato a empleo o trabajador en razón de sexo a determinada actividad profesional o a la formación exigida para tener acceso a esa actividad constituye una discriminación en función de sexo»¹¹⁰.

Sobre los anuncios de ofertas de empleo y otras formas de publicidad ligadas a la preselección y al reclutamiento, el CT, en seguimiento de lo que otrora estaba previsto en el Decreto-ley 392/79, declara que no podrán contener cualquier restricción, especificación o preferencia basada en el sexo de forma directa o indirecta¹¹¹. En analogía también con lo previsto en la Ley 105/97, de 13 de setiembre de 1997, dedicada al derecho a la igualdad de trato en el trabajo, se continuará obligando que todas las entidades mantengan, durante cinco años, los registros de los reclutamientos realizados, donde

¹⁰⁹ Con la entrada en vigor de la Directiva 2006/54/CE, este régimen pasó a estar consagrado en el actual art. 17.2.

¹¹⁰ *Vid.*, como antecedente el art. 3 del Decreto-Ley 392/79, de 20 de setiembre, que disponía el siguiente:

1. El derecho al trabajo implica la ausencia de cualquier discriminación basada en el sexo, quiere directa, quiere indirectamente, nombradamente por la referencia al estado civil o a la situación familia.

¹¹¹ La violación de lo consagrado constituí por fuerza del art. 642, n. 1 y 2, una contra-ordenación mucho grave. El dispuesto es aplicable a la relación jurídica de empleo público que confiera la calidad de funcionario o agente de la Administración Pública, con las necesarias adaptaciones por fuerzo del dispuesto en el art. 5 de la Ley 99/2003, de 27 de agosto, que aprobó el Código de Trabajo.

Vid., como antecedente el art. 7 del Decreto-Ley 392/79, de 20 de setiembre, que disponía el siguiente:

1. Los anuncios de ofertas de empleo y otras formas de publicidad ligadas a la preselección y al reclutamiento no pueden contener, directa o indirectamente, cualquier especificación o preferencia basada en el sexo

consten, por sexos, varios elementos como el número de candidaturas para apreciación curricular, bien como de los candidatos presentes en entrevistas de pre-selección y los resultados de testes o pruebas de admisión o selección, sin olvidar los balances sociales relativos a datos, que permitan analizar la existencia de eventual discriminación de personas de uno de los sexos en el acceso al empleo, formación y promoción profesionales, siendo esta, sin duda, una medida que permite un control a posteriori sobre eventuales actos discriminatorios. Considero todavía que sería preferible extender esta obligatoriedad a todos los procesos relacionados con la promoción profesional, garantizándose también un mayor control, una vez que importa además de precaver la no-discriminación a la hora de contratar, precaverla durante todo el tiempo que permanezca el vinculo del trabajador con la empresa.

Sobre la jurisprudencia de los órganos judiciales portugueses, se destaca una sentencia del Tribunal de la Relación de Coimbra sobre la igualdad de los sexos en el acceso al trabajo¹¹². Todo empezó cuando la Sr^a. Maria de Fátima Cunha instauró ante el Tribunal de Trabajo de Figueira da Foz un proceso especial emergente de accidente de trabajo, contra la Compañía de Seguros Bonanza, E. P., y la Sociedad Manuel de Freitas Lopes e C. ^a, Ltd., condenando las reos a pagarle una indemnización por el accidente sufrido con una sierra circular bajo la autoridad, dirección y fiscalización de la segunda reo que había celebrado con la primera reo un contrato de seguro relativo a accidentes de trabajo. La segunda reo ha contestado esta decisión, por considerar que su responsabilidad estaba transferida para la primera reo, por fuerza del contrato firmado entre las dos compañías. No obstante el razonamiento, el Tribunal decidió condenar la reo Manuel de Freitas Lopes e C.^a , Ltd., a pagarle a la Sra. Maria de Fátima Cunha una compensación por el ocurrido, considerando que la aseguradora respondería subsidiariamente por el pago, ya que consideró haber culpa

¹¹² Sentencia del Tribunal de la Relación de Coimbra de 8 de marzo de 1988.

por parte de la entidad patronal al permitir que la Sr^a. Maria de Fátima Cunha manejara maquinas peligrosas. No satisfecha con esta decisión, la reo requirió al Tribunal superior de Coimbra, razonando que el art. 78 del Reglamento de Seguridad en el Trabajo Mecánico de la Madeira, aprobado por la Portaria 21 343, de 18 de junio de 1955, en la parte en que establece a las mujeres la prohibición de trabajar con maquinas peligrosas, incluso sierras circulares, había sido revocado por el Decreto-ley 392/79, ya que esa prohibición limitaba el acceso de las mujeres a empleos, profesiones y puestos de trabajo que implicaran el uso de aquellas maquinas, argumentando de este modo que había sido lícito ocupar la trabajadora en aquel puesto de trabajo, por lo que defendía la transferencia de la responsabilidad para la aseguradora.

El Tribunal en su decisión recordó lo dispuesto en el art. 23.1 del Decreto-ley 392/79, donde afirma que son «revocadas todas las disposiciones legales, reglamentares y administrativas contrarias al libre acceso de las mujeres a cualquier empleo, profesión o puesto de trabajo, incluyendo los que se refieren a criterios de selección, cualquier que sea el sector o ramo de actividad, a todos los niveles de jerarquía profesional», considerando además y de acuerdo con la misma norma que solamente son legítimas las limitaciones, prohibiciones o condicionamientos en el acceso de las mujeres al empleo en la medida en que visen evitar «riesgos efectivos o potenciales para la función genética» y no los que sean determinados por otros fines, aceptando así el pedido de la autora considerando que como esta había transferido para la aseguradora su responsabilidad, en los casos de accidentes de trabajo, ninguna responsabilidad se queda en su esfera jurídica.

Una palabra final para derecho substantivo comunitario, que ha manifestado un significativo avance con el Tratado de Ámsterdam, recogiendo lo establecido por el derecho derivado y la jurisprudencia del TJCE, significando un nuevo fundamento jurídico para el desarrollo del principio de la igualdad de oportunidades con la introducción del art.

141.3 TCE, determinado también un nuevo procedimiento de toma de decisiones ya que con la entrada en vigor de esta reforma, en mayo de 1999, las acciones del Consejo para el desarrollo del principio de la igualdad de oportunidades han de seguir el procedimiento del art. 251, el cual conlleva a una mayor implicación del Parlamento Europeo en la elaboración de legislación en este ámbito¹¹³.

II.2. LA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN.

Desde 1976 que la CRP consagra que todos los trabajadores, sin distinción de sexo, tienen derecho a la retribución del trabajo bajo el principio “*trabajo igual salario igual*” [art. 59 a) CRP]¹¹⁴. El derecho derivado acompañó esta iniciativa en el Decreto-ley 392/79, que completó lo dispuesto y pasó a prever la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un trabajo igual o de valor igual prestado a la misma entidad patronal, considerando además que las variaciones salariales efectivas no constituían discriminación desde que basados en criterios objetivos de atribución, comunes a hombres y mujeres. El mismo decreto impuso además que los sistemas de descripción de tareas y de evaluación de funciones deberían asentar en criterios objetivos comunes a hombres y mujeres con el intuito de excluir cualquier discriminación basada en el sexo¹¹⁵.

Más tarde con la entrada en vigor del CT, que transpuso la directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de

¹¹³ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa «El Parlamento Europeo y el Consejo, deliberando de acuerdo con el proceso legislativo ordinario y después de consulta al Comité Económico y Social adoptaran medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades...».

¹¹⁴ Véase al respecto la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 4 de junio de 1981, donde se consideró relativamente a las guardias femeninas de pasajes de nivel, que estas no podrían ser peor remunerados en comparación con los guardias masculinos.

¹¹⁵ Véase al respecto: REGINA REDINHA, M., «Igualdade de tratamento no trabalho e no emprego», *Estudos em Comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2001, pp. 931 y ss. y ROSÁRIO PALMA RAMALHO, M., *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, 2003, pp. 215-268.

oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), pasó a preverse entre los criterios posibles de constituir diferencias salariales el merito, la productividad, asiduidad y antigüedad de los trabajadores salvaguardando todavía que las licencias, faltas y dispensas relativas a la protección en la parentalidad no podrían fundamentar diferencias en este ámbito entre los trabajadores (art. 31.3).

Influenciado por el derecho comunitario el CT en su art. 31.2 determina además que la igualdad de retribución implica que para trabajo igual o de valor igual cualquier modalidad de retribución variable, nombradamente la paga a tarea, sea establecida en la base de la misma unidad de medida y que la retribución calculada en función del tiempo de trabajo sea la misma.

No obstante desde el inicio en el texto de los Tratados Comunitarios no existir un reconocimiento expreso e integral del «principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley» de forma similar al formulado en el texto constitucional portugués y demás países miembros de la Unión Europea, ha sido posible encontrar manifestaciones fragmentarias de ese principio general, como la igualdad por razón de sexo, el Derecho comunitario ha dado un innegable contribuyo, ayudando a esclarecer algunas vicisitudes de este tema.

Dos razones esenciales han justificado esta opción del legislador comunitario en no reconocer inicialmente de una forma global el principio de la igualdad. La primera estaba relacionada con los objetivos originarios de la construcción de la Comunidad Económica Europea (CEE), básicamente económicos y dirigidos casi exclusivamente a la construcción de un gran mercado, donde quedaría garantizada la libertad de circulación de mercancías y, por extensión, también de servicios, capitales y trabajadores. Se partía de la base de que la

aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros sería el detonador suficiente para desencadenar el desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, produciéndose de este modo efectos benéficos en términos del nivel de vida de los ciudadanos de los países miembros y la progresiva supresión de cualquier tipo de discriminación.

El segundo motivo estaba relacionado con el hecho de que durante las primeras décadas de la construcción del proyecto europeo coexistían distintos planes de actuación entre la CEE y el Consejo de Europa. Al Consejo competía actuar en el campo de la salvaguardia de los valores democráticos, con particular atención al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, como comprueban el Convenio Europeo para protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta Social Europea, a la Comunidad Europea pertenecían materias de componente esencialmente económica. El mencionado reparto de competencias entre la CEE y el Consejo de Europa en la práctica no era tan sencillo, siendo casi imposible separar los dos planes de actuación. Las influencias mutuas entre el desarrollo económico y el funcionamiento de las relaciones sociales, en particular de las condiciones de empleo, llevaron a la necesidad de que la CEE interviniese en el campo de los derechos fundamentales y desarrollar así su ámbito de acción más allá de lo estrictamente económico. A estas razones, se añadía la necesidad de que los Estados miembros obtuviesen el equilibrio y la cohesión social, buscando la elevación a la más alta jerarquía jurídica de la prohibición de la discriminación, así como una profundización en los derechos sociales de los trabajadores, una prohibición no como mera declaración programática de intenciones, sino como instrumento de efectiva vinculación jurídica frente a los poderes públicos y a los particulares, acompañadas de específicas reglas de coerción y reacción frente a conductas de trasgresión de la prohibición de discriminación.

Ha sido el Tratado de Roma, que instituyó la Comunidad Económica Europea (CEE) y consagró el Título III a la Política Social, que en su art. 119 (art. 157 pos Tratado de Lisboa) previó la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y femenina por un mismo trabajo¹¹⁶. Este artículo tiene sus raíces en un principio establecido por el Convenio n. 100 de la OIT adoptado en 1951 en Ginebra. Importa referir todavía que la referencia «igual remuneración por igual valor» aquí mencionada sólo se recoge más tarde por el Derecho comunitario con la Directiva 75/117 y que será merecedora de un análisis más detallado más adelante en este capítulo¹¹⁷.

El apartado 1 del citado artículo constituyó la primera exposición normativa en el contexto comunitario dedicado a la igualdad entre trabajadores y trabajadoras al afirmar que «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»¹¹⁸.

¹¹⁶ El Abogado General A. TRABUCCHI recuerda, en relación con la sentencia Defrenne II que «a nivel internacional, el artículo 119 es la prolongación, la “traducción europea” de la Convención n. 100 de la OIT de 29 de junio de 1951».

¹¹⁷ Véase al respecto la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de noviembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la aplicación del principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, donde se destaca que la Directiva 2006/54/CE, que define la igualdad de retribución retomando lo dispuesto en la Directiva 75/117/CEE, puede contar con categorías más precisas a modo de herramientas para abordar la diferencia de retribución entre hombres y mujeres, es importante definir los diferentes conceptos más detalladamente, por ejemplo:

- diferencia de retribución, teniendo en cuenta que la definición no debe limitarse a las diferencias de retribución horaria bruta;
- discriminación salarial directa;
- discriminación salarial indirecta;
- retribución, cuya definición debe cubrir los sueldos y salarios netos así como otros derechos pecuniarios ligados al empleo y prestaciones en especie;
- diferencia de pensión de jubilación (en diferentes pilares de regímenes de pensión, por ejemplo en los regímenes de pensiones por reparto y los planes de pensiones de empresa, como una continuación de la diferencia de retribución tras la jubilación).

¹¹⁸ Para identificar la duración de esa primera etapa había que atenderse a las previsiones contenidas en el art. 8 Tratado de Roma, y que indicaban las fases a través de las cuales se debería conseguir el establecimiento del mercado común. La duración total del período transitorio, previo a la plena consecución de dicho mercado, era, a tenor de lo previsto en el mencionado precepto, de doce años, dividido en tres etapas de cuatro años cada una, lo que situaba el límite temporal para el cumplimiento de la primera etapa el 31 de diciembre de 1961.

Los apartados 2 y 3 del mismo artículo definieron el concepto de «retribución» y especifican en que consiste la igualdad de retribución sin discriminación por razón de sexo, al determinar «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» y «que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo».

La introducción de estas importantes disposiciones estuvieron relacionados fundamentalmente con dos factores: la preocupación de Francia de no verse en situación de desventaja frente a los demás Estados miembros, dado que ya había reconocido en su Derecho interno el derecho de igualdad de retribución entre hombre y mujer y las exigencias del nuevo mercado común que imponían la inalteración de éste mediante legislaciones nacionales que pudiesen distorsionar la libre competencia y el comercio entre los Estados miembros¹¹⁹.

No obstante las buenas intenciones demostradas por la introducción de estas disposiciones en el texto del Tratado, Rodríguez-Piñero considera que estas han sido «la excepción de la regla de la abstención a nivel comunitario de los temas sociales, y desde luego de los derechos sociales»¹²⁰, confirmando la nítida escasez de normas en el perímetro social. No se debe todavía olvidar que el art. 119 TCEE ha sido, no obstante su escasez, la génesis de una expansión de normas de Derecho Comunitario derivado y de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a favor de la igualdad, inspirando

¹¹⁹ DÚRAN LÓPEZ, F., «La igualdad de trato»...*cit.*, pp. 397 y ss. ; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *Introducción al derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1986, p.118.; LÓPEZ GARRIDO, D., «La igualdad de tratamiento laboral entre hombre y mujer en el Derecho comunitario», en AL, n. 2, 1986 y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el art. 119 del Tratado de Roma», en RL, n. 1, 1986, pp. 163 y ss.

¹²⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Los derechos sociales en la dimensión europea», en *El Espacio Social Europeo, Centro de Documentación Europea*, Universidad de Valladolid, Lex Nova, Valladolid, 1991, p.42.

«toda la legislación antidiscriminatoria en la materia», según señala el referido autor¹²¹. En las palabras de Dutheillet de Lamothe, Abogado General de la sentencia Defrenne I¹²², el artículo 119 cumplía una finalidad social y una finalidad económica¹²³.

Importa referir que no obstante el carácter directamente vinculante del precepto contenido en el referido art. 119 TCEE los Estados miembros no pusieron en práctica ningún mecanismo nacional para la aplicación del mismo, tampoco se exigiendo su cumplimiento por parte de la Comisión Europea¹²⁴, significando que este precepto permaneció carente de aplicabilidad práctica durante demasiado tiempo. La jurisprudencia del TJCE ha sido importante de este modo para esclarecer la duda jurídica que planteaba si el artículo 119 podía producir efectos directos, es decir, si la mujer trabajadora discriminada en retribución podría valerse de esa disposición del Tratado para reivindicar ante un Tribunal nacional un tratamiento equiparable al establecido para los trabajadores de sexo masculino. Una de las sentencias más importantes y que ha contribuido de forma esencial para la definición de su valor jurídico, ha sido la sentencia Defrenne II¹²⁵, donde el TJCE declaró que el principio de igualdad en la remuneración entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos, enunciado por el art. 119, formaba parte de los fundamentos de la Comunidad y por lo tanto susceptible de ser invocado ante las jurisdicciones nacionales, considerando además que «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre

¹²¹ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 147 y ss..

¹²² STJCE de 25 de mayo de 1971, Defrenne I, Asunto 80/70.

¹²³ Cf. LÓPEZ GARRIDO D., *Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 84.

¹²⁴ Véase al respecto: AA.VV., *El principio de igualdad de retribuciones de los trabajadores en los países miembros de las Comunidades Europeas, Informe de la Comisión al Consejo sobre el incumplimiento del principio de igualdad de retribuciones de los trabajadores masculinos y femeninos a 12 de febrero de 1978*, MTAS, servicio de publicaciones, Madrid, 1980.

¹²⁵ STJCE de 8 de abril de 1975, Defrenne II, Asunto 43/75.

particulares». El Tribunal comunitario justificaba la sentencia en el hecho de que, junto a finalidades económicas, en los Tratados existen objetivos sociales, entendiendo por tales el progreso social, la mejora constante de las condiciones de vida y empleo en los pueblos europeos, como se señala en el preámbulo del TCEE.

Dos años más tarde, en la tercera sentencia Defrenne¹²⁶, se eleva el principio de igualdad de retribución a principio general del derecho comunitario declarando que «el respeto por los derechos fundamentales de la persona es uno de los principios generales del Derecho Comunitario (...) No cabe duda que la eliminación de la discriminación basada en sexo forma parte de esos derechos fundamentales»¹²⁷, significando que la concepción economicista inicial había sido superada hacia la manifestación de un verdadero derecho fundamental, debiendo como tale su respecto ser garantizado por el TJCE¹²⁸. Importa todavía subrayar que la finalidad económica originaria continua implícita y convive con el referido objetivo social, obligando los órganos judiciales de cada país miembro y al propio TJCE a tenerlo en mente.

No obstante los aspectos positivos de la segunda sentencia Defrenne importa señalar además que el órgano judicial terminó todavía por atender en parte a las consideraciones expuestas por el Reino Unido e Irlanda al establecer limitaciones importantes del tiempo a la referida aplicabilidad directa, considerando que durante mucho tiempo se habían producido situaciones laborales como las que la sentencia intentaba suprimir y que el complejo de los intereses en juego, público y privados, impedían que fuese aplicada la sentencia a las retribuciones

¹²⁶ STJCE de 15 de junio de 1978, Defrenne III, Asunto 149/77.

¹²⁷ Véase al respecto: DOCKSEY, C., «The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right under Community Law», *Industrial Law Journal*, December, 1991, Vol.20, n.1, pp. 258 y ss.

¹²⁸ El propio TJCE reconoce en su jurisprudencia que la finalidad económica tiene un carácter secundario respecto al objetivo social, que constituye la expresión de un derecho fundamental. Véase al respecto: STJCE de 10 de febrero 2000, Schroder, Asunto C-50/96.

relativas a tiempos anteriores a la fecha de la presente sentencia, salvo si los trabajadores hubiesen iniciado ya un acción judicial. Esta opción ha sido criticada por la doctrina a causa de la complicidad demostrada por el Tribunal europeo al respecto del incumplimiento del TCEE y de la Directiva 75/117, al considerar evidente que aquel había hecho prevalecer los intereses de la Administración Pública y de los empresarios privados sobre los intereses de los trabajadores. Es igualmente criticable que el Tribunal comunitario haya ultrapasado sus competencias otorgadas por el Derecho comunitario, nombradamente la interpretación del mismo, cuando dicta a los órganos jurisdiccionales de cada país miembro como aplicar determinadas disposición del Tratado en el tiempo, ya que niega efectos retroactivos al reconocimiento del efecto directo del precepto consagrado en el art. 119 TCEE¹²⁹.

El Tribunal de Justicia, al respecto de la efectividad temporal del artículo 119 TCEE establecida por la Resolución de 30 de diciembre de 1961, señaló a través del asunto Defrenne II¹³⁰, que esta constituía una flagrante violación, siendo de este modo inefectiva para realizar una modificación válida del límite temporal establecido en el artículo 119 TCEE, puesto que la alteración sólo tendría validez a través de una revisión del propio Tratado, implicando que el principio de igualdad de

¹²⁹ El límite temporal para el cumplimiento de la obligación establecida en el art. 119 TCEE era el 31 de diciembre de 1961 para los Estados miembros originarios. El Parlamento subrayó la obligación de poner en práctica el principio de igualdad de retribución en el plazo previsto en el mismo precepto, es decir, el 1 de enero de 1962 en sus Resoluciones de 20 de octubre de 1961.

¹³⁰ Como resultado de las dificultades para la plena efectividad del art.119 TCEE y la constatación de que la aplicación en la práctica del principio de igualdad no se realizaría durante los primeros cuatro años del «periodo transitorio de doce años», conforme constaba en el artículo 8 del Tratado de Roma, los Estados miembros adoptaron el 30 de diciembre de 1961, una Resolución que permitió ampliar este plazo hasta el 31 de diciembre de 1964 y establecer un calendario para la progresiva aplicación del principio de la igualdad, a través de una reducción progresiva de las diferencias de retribución existentes entre mujeres y hombres en los mercados de trabajo de los Estados miembros. Véase al respecto: ALONSO LIGERO, M. S., «La no discriminación laboral por razón de sexo», en *La Europa de los doce. Normas y bases de las políticas laborales*, Mesa redonda (coord. BORRAJO DACRUZ, E.), *CEOE*, Madrid, 1986, p. 158.

retribución tendría que haberse garantizado el 1 de enero de 1962 para los seis Estados miembros originarios y el 1 de enero de 1973 para los tres Estados miembros que se incorporaron a la CEE en su primera ampliación.

Esta limitación temporal del efecto directo del art. 119 TCEE ha sido confirmada posteriormente por la jurisprudencia del TJCE, basada una vez más con el fin de evitarse las importantes consecuencias financieras que la decisión significaba. En la sentencia Barber, el TJCE consideró todavía que el efecto directo del referido precepto no podía alegarse para invocar un derecho a pensión, con efectos a una fecha anterior a la dicha sentencia, o sea, el 17 de mayo de 1990, excepto para las personas que, antes de esta fecha, hubieran iniciado un acción judicial¹³¹.

Como forma de terminar con alguna incertidumbre sobre la aplicabilidad temporal del art. 119 TCE y recoger legislativamente esa jurisprudencia, los Estados miembros aprobaron el Protocolo n. 2 «Protocolo Barber», anexo al Tratado de la Unión Europea disponiendo que: « A los fines de aplicación del art. 141, las prestaciones pagadas en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de los trabajadores o sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieron incoado una acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el Derecho nacional de aplicación».

Esta interferencia del poder legislativo ha sido objeto de algunas críticas por se entender que el legislador comunitario podría haber sobrepasado las competencias que le atribuían los tratados olvidando

¹³¹ STJCE de 17 de marzo de 1990, Barber, asunto C-262/88.

que la interpretación del Derecho comunitario es exclusivo del TJCE¹³². El Tribunal de Justicia todavía ha optado por seguir la interpretación seguida en este Protocolo¹³³, considerando todavía que la misma debe ser interpretada de forma estricta¹³⁴, afectando a los tipos de discriminación que en el seguimiento de las excepciones transitorias previstas por el Derecho comunitario en materia de pensiones de empresa, los empresarios y los planes de pensiones hayan podido razonablemente considerar que estaban tolerados¹³⁵.

La Directiva 96/97/CE, que reforma la Directiva 86/378/CEE, aclara la limitación temporal prevista en el asunto Barber, en el referido Protocolo y respectiva jurisprudencia, señalando que en el supuesto de que proceda la retroacción de los efectos a 1976, las medidas adoptadas deberán cubrir todas las prestaciones derivadas de los periodos de trabajo después de esa fecha. Se previó también la situación de los Estados miembros que hayan adherido a la Comunidad Europea después de la referida fecha, determinándose que la fecha será substituida por aquella en la que empiece a ser aplicable en su territorio el art. 119 TCEE. Para los Estados que se hubieron incorporado con posterioridad al 17 de mayo de 1990 y que a 1 de enero de 1994 pasaran a formar parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE)¹³⁶, la fecha de 17 de mayo de 1990 se substituirá por la de 1 de enero de 1994. Por ultimo, se previó la

¹³² PÉREZ DEL RÍO, T., « Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral », en Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, p.22.

¹³³ SSTJCE de 6 de octubre de 1993, Tem Oever, asunto C-109/91; de 14 de diciembre de 1993, Moroni, asunto C-110/91 y de 22 de diciembre de 1993, Neath, asunto C-152/91.

¹³⁴ Véase al respecto: STJCE de 17 de Abril de 1997, Evrenopoulos, asunto C-147/95.

¹³⁵ SSTJCE de 28 de septiembre de 1994, Vroege, asunto C-57/93 y de 11 de diciembre de 1997, Magorrian y Cunningham, asunto C-246/96. Sobre el derecho a afiliación a sistemas de pensiones ocupacionales no existía de igual modo motivo para se pensar que el art. 119 TCEE no se aplicaba, puesto que desde la sentencia Bilka el TJCE había purgado este tema, importando referir que este caso no contenía limitación temporal alguna en su aplicabilidad, se razonando que el derecho a la igualdad de sexo para pertenecer a un sistema profesional de pensiones resultaba aplicable desde el 8 de abril de 1976, es decir, desde la fecha de la sentencia Defrenne II.

¹³⁶ Austria, Finlandia y Suecia.

posibilidad de oponer a los beneficiarios o a sus derechohabientes los plazos de recursos señalados en el ordenamiento interno siempre que hayan iniciado la acción antes de 17 de mayo de 1990 y que no resulten menos favorables, imposibilitando en la práctica el ejercicio del Derecho comunitario.

No que respecta al restablecimiento de la situación previa a la discriminación salarial, en materia de retribución y mientras un plan de pensiones ocupacionales no haya adoptado medidas que restablezcan la igualdad de trato en materia salarial, el respecto del actual art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) sólo puede garantizarse concediendo a las personas de la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas beneficiadas por el trato desigual. El TJCE en el asunto Audel¹³⁷, esclareció además que no es permitido tampoco ningún tratamiento peyorativo al sexo perjudicado mientras que no se remedie la situación de desigualdad. El mismo Tribunal considera que el Derecho comunitario no impide la denominada «igualación por bajo», permitiendo que con el escopo de garantizarse igual retribución para hombres y mujeres se disminuya las ventajas que uno de los sexos haya disfrutado anteriormente¹³⁸.

Retomando el ordenamiento jurídico portugués, y señalándose que el principio de la igualdad postula que se de un trato igual a situaciones de hecho esencialmente iguales y trato desigual para situaciones de hecho desiguales, prohibiendo, inversamente, el trato desigual de situaciones iguales y el trato igual de las situaciones desiguales, el CT¹³⁹ confirma en su art. 270 la particularización del apuntado principio, estableciendo en consonancia con el establecido en

¹³⁷ STJCE de 28 de septiembre de 1994, Audel Systems Ltd., asunto C-108/1992.

¹³⁸ Véase al respecto: STJCE de 28 de septiembre de 1994, Van den Akker, asunto C-28/93.

¹³⁹ Sobre el tema de la retribución en el CT vid., COSTA, JORGE, «A retribuição e outras prestações patrimoniais no Código de Trabalho», en *A Reforma do Código do Trabalho*, 2004, pp. 381-400 y FERREIRA DA COSTA, M., «A retribuição e outras prestações patrimoniais», en *A Reforma do Código do Trabalho*, CEJ, pp. 401- 412.

el art. 59 a) CRP que en la determinación del valor de retribución se debe tener en cuenta la cantidad (relacionado con su duración e intensidad), naturaleza (relacionado con su dificultad, penosidad y peligrosidad) y calidad del trabajo (relacionado con las exigencias en términos de conocimientos, práctica y capacidad), significando que sólo habrá igualdad de prestación con la consecuente exigibilidad de igualdad retributiva, cuando, confrontadas las prestaciones efectivas de dos trabajadores se pueda concluir a través de este método de comparación que ellas son coincidentes en este triplo aspecto. De este modo, siempre que las funciones de determinado puesto de trabajo sean iguales pero la productividad es diferente, sea en el aspecto cuantitativo, sea en el aspecto cualitativo, diferente puede ser también la retribución paga al trabajador¹⁴⁰.

El art. 119.2 TCEE ha aportado en lo que respecta al concepto de retribución considerándolo como «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». A lo largo de los tiempos y con las diversas reformas de los Tratados no se ha introducido ninguna innovación en éste importante concepto en el derecho originario comunitario. El TJCE tuvo todavía un importante papel sobre los límites y alcance de este concepto, considerando que el ámbito de aplicación del referido artículo esta basado en la estrecha relación existente entre la naturaleza de la prestación laboral y la cuantía de la retribución, es decir, que ocurra la existencia de una percepción de tipo económico y que dicha percepción se halle vinculada directa o indirectamente a la relación de trabajo establecida¹⁴¹.

¹⁴⁰Véase al respecto: SSTJ de 26 de mayo de 1988, donde se determina que se una entidad patronal paga a diversos trabajadores determinado salario en razón de acuerdo de empresa, debe pagar ese salario, se superior, a los demás trabajadores que ejerzan funciones de igual cantidad, naturaleza y calidad, sean filiados en otros sindicatos que no firmaron el acuerdo o trabajadores no sindicalizados.

¹⁴¹ Véase al respecto: SSTJCE de 17 de mayo de 1990, Barber, *cit.* y de 10 de febrero de 2000, Deutsche Port AG contra Vick y Conze, asunto C-235/96.

En el asunto Defrenne I, el TJCE había ya subrayado que el concepto de «retribución» en el sentido del artículo 119 TCEE comprendía «todas las ventajas en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legislativas o de que tengan carácter voluntario».

Ante la pregunta formulada por el Consejo de Estado Belga de «si la pensión de jubilación concedida en el marco de la Seguridad Social constituye una ventaja pagada indirectamente por el empleador al trabajador en razón del empleo de este último», el Tribunal de Justicia respondió negativamente declarando que «no puede incluirse en la noción de remuneración, tal como está delimitada en el art. 119, los regímenes o prestaciones de Seguridad Social, y en particular las pensiones de jubilación, directamente reguladas por la ley y con exclusión de cualquier elemento de concertación en el seno de la empresa o de la rama profesional interesada (...) escapan de las exigencias del artículo 119 del Tratado»¹⁴².

En la sentencia Worringham¹⁴³, el TJCE determina además que forman parte de la «retribución» las aportaciones realizadas por el empresario en nombre de los trabajadores a un régimen de prestaciones por jubilación, ya que supondrían un complemento del salario bruto y que, por tanto, contribuyen a determinar el total de dicho salario. Todavía esta sentencia se refiere a un supuesto en que el régimen de seguridad social no es puramente general, sino que en cuenta con una base contractual y que viene a sustituir total o parcialmente el régimen

¹⁴² En éste sentido vid., MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, J. V., «Instituciones de Derecho Social Europeo», Tecnos, Madrid, pp. 24-25.

¹⁴³ STJCE de 11 de marzo de 1981, Worringham , asunto 69/80.

legal (por lo que se trata de un caso diferente del que fue tratado en el caso Defrenne I).

El Tribunal Comunitario en el asunto Boetel, ha entendido que el concepto de retribución comprende todas las ventajas en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo, de disposiciones legislativas o de que tengan carácter voluntario.

El principio de igualdad retributiva entre sexos teniendo como finalidad la eliminación de toda discriminación salarial tuvo un importante contribuyo por parte de la Directiva 75/117/CEE con la introducción la expresión: «para un trabajo al que se atribuye un mismo valor», más tarde recogida por al art. 141 pos Tratado de Ámsterdam y objeto de significativa jurisprudencia del TJCE.

Así pues, en el asunto Macarthys ¹⁴⁴, la Sra. Wendy Smith, que cobraba un sueldo semanal como jefe de almacén de la empresa Macarthys de 50 libras, reclamó ante un Tribunal británico el pago de un salario igual al de su predecesor en el cargo, un hombre que cobraba 60 libras por semana. El Tribunal Comunitario consideró que «el principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo, previsto en el artículo 119 del Tratado CEE, no se limita a situaciones en las que hombres y mujeres realizan simultáneamente un trabajo igual para un mismo empleador (...) el principio de igualdad de remuneración del artículo 119 se aplica en el caso en que se establezca que un trabajador femenino, teniendo en cuenta la naturaleza de sus prestaciones, ha percibido una remuneración menor que la que percibía un trabajador masculino,

¹⁴⁴ STJCE de 27 de marzo de 1980, Macarthys, asunto 129/79.

empleado anteriormente al período de contratación del agente femenino y que realizaba el mismo trabajo para su empleador».

En sus Conclusiones el Abogado General Capotorti había sido mucho más claro al aplicar el principio de igualdad «a los casos en los que un trabajador femenino pueda demostrar que la remuneración que percibe del empleador es inferior a la que un trabajador masculino ha percibido con anterioridad, o inferior a la que habría podido percibir si hubiese sido empleado simultáneamente en la misma empresa y para el mismo trabajo, a condición de que la diferencia de trato no encuentre una justificación objetiva en unas razones independientes de la diferencia de sexo».

Años más tarde en el asunto Murphy¹⁴⁵, de 4 de febrero de 1988, relacionado con un litigio emprendido por 28 trabajadoras irlandesas contra la empresa An Bordrad Telecom Eireann, el TJCE dejó claro el alcance del principio comunitario de igualdad de retribución al aseverar que «si este principio prohíbe que los trabajadores de determinado sexo, empleados en una tarea de igual valor que la de los trabajadores del sexo opuesto, reciban una retribución menor a la de los otros por razón de sexo, prohíbe a *“fortiori”* semejante diferencia de retribución cuando la categoría de trabajadores peor pagados realiza una tarea de superior valor».

Importa aún referir otra sentencia del TJCE, más concretamente el asunto Wiener¹⁴⁶, donde se compara la formación de los psicólogos y de los médicos empleados como psicoterapeutas empleados por la Mutuality Vienesa. El Tribunal europeo reveló que aunque ejerzan «una actividad aparentemente idéntica, utilizan, para tratar a sus pacientes, conocimientos y capacidades adquiridas en disciplinas muy diferentes, unas fundadas en estudios de psicología y otras en estudios

¹⁴⁵ STJCE de 4 de febrero de 1988, Murphy, asunto 157/86.

¹⁴⁶ STJCE de 11 de mayo de 1999, Wiener, asunto C-309/97.

de medicina», por lo que no se trataba de situaciones comparables a las que fuese aplicable el principio de igual retribución. Consecuentemente, cuando diferentes grupos de trabajadores ejerzan una actividad aparentemente idéntica y no posean la misma habilitación o calificación profesional para ejercer su profesión, se debe verificar si dichos grupos efectúan el mismo trabajo en el sentido del antiguo artículo 119 TCEE, tomando en cuenta los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que podían encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, a los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y a las condiciones laborales en que dichas tareas se realizan. Como ha señalado el Abogado General Georges Cosmas en la letra c) del punto 32 de sus conclusiones, la formación profesional constituye uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia en las retribuciones asignadas a trabajadores que efectúan un mismo trabajo.

También en el asunto Danfoss¹⁴⁷, donde el TJCE tuvo que responder a dos cuestiones que se suscitaron en un litigio entre la Federación de empleados Dinamarquesa y la Confederación patronal, en nombre de la empresa Danfoss se ha dado un importante contribuyo sobre este tema. La Federación de empleados sostenía que la política de salarios de la empresa Danfoss suponía discriminaciones basadas en el sexo, infringiendo las disposiciones del artículo 1 de la Ley danesa n° 237, de 5 de mayo de 1986, responsable por la aplicación de la Directiva comunitaria.

La empresa Danfoss abonaba el mismo salario de base a los trabajadores situados en la misma categoría salarial, todavía haciendo uso de la facultad prevista por el artículo 9 del convenio colectivo celebrado el 9 de marzo de 1983 entre la Confederación patronal y la Federación de empleados, concedía a sus asalariados aumentos de salario individuales, calculados sobre todo en función de su flexibilidad, de su formación profesional y de su antigüedad.

¹⁴⁷ STJCE de 17 de octubre de 1989, Danfoss, asunto 109/88.

En el asunto principal, la Federación de empleados intentó una acción ante el Tribunal de arbitraje, en la cual presentó estadísticas elaboradas sobre las retribuciones satisfechas a 157 trabajadores entre 1982 y 1986, donde se comprobó que la retribución media satisfecha a los trabajadores masculinos era superior en un 6,85 % a la abonada a los trabajadores femeninos. En estas circunstancias, el Tribunal de arbitraje laboral suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva sobre la igualdad de retribución.

En la primera cuestión preguntó al Tribunal Europeo a quién correspondía probar que una diferencia de retribución entre dos trabajadores por cuenta ajena se debía o no a consideraciones relacionadas con el sexo siempre que trabajadores masculinos y trabajadores femeninos realizaran un mismo trabajo o un trabajo de un mismo valor, a lo que el TJCE contestó afirmando que «debe interpretarse en el sentido de que, cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política de salarios no es discriminatoria, desde que los trabajadores femeninos hayan demostrado, a partir de un número relativamente importante de trabajadores por cuenta ajena, que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos». El Tribunal fundamentó esta decisión en el art. 6 de la Directiva al considerar que «la preocupación por la eficacia que inspira a la Directiva debe llevar a interpretarla en el sentido de que incluye la modificación de las normas nacionales relativas a la carga de la prueba en las situaciones especiales en que tales modificaciones sean indispensables para la aplicación efectiva del principio de igualdad», considerando además que en una situación caracterizada por una falta total de transparencia, los trabajadores femeninos estarían privados de todo

medio eficaz de hacer respetar el principio de igualdad de retribución ante el órgano jurisdiccional nacional si la carga de la prueba no fuese trasladada para el empresario¹⁴⁸.

En este asunto se preguntó también al Tribunal de Justicia si la Directiva debía interpretarse en el sentido de que cuando resultase que la aplicación de criterios de incremento como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad del trabajador perjudicase sistemáticamente a los trabajadores femeninos, el empresario podría justificar su utilización y, en caso afirmativo, en qué condiciones lo podría hacer., al que el TJCE respondió declarando que el empresario podría justificar la utilización del criterio de la flexibilidad si éste se entiende en el sentido de adaptabilidad a horarios y lugares de trabajo variables, demostrando que dicha adaptabilidad reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador, pero no se este criterio se entiende referido a la calidad del trabajo realizado por el trabajador¹⁴⁹, cuanto al criterio de la formación profesional, el empresario podría justificar su utilización se demostrase que dicha formación revestía importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confiaban al trabajador, cuanto al último criterio el

¹⁴⁸ Véase a este respecto: STJCE de 30 de junio de 1988, Comisión c. Francia, asunto 318/86, en que el TJCE condenó un sistema de selección caracterizado por la falta de transparencia como contrario al principio de igualdad de acceso al empleo, por cuanto esta falta de transparencia impedía toda forma de control por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

¹⁴⁹ En la STJCE de 13 de mayo de 1986, Bilka, asunto 170/84, el TJCE afirmó que la política de una empresa orientada a retribuir globalmente en mayor medida a los trabajadores a tiempo completo que a los trabajadores a tiempo parcial, excluidos de un régimen de pensiones de la empresa, podía afectar a un número mucho más alto de mujeres que de hombres, teniendo en cuenta las dificultades que encuentran los trabajadores femeninos para trabajar a tiempo completo. No obstante, juzgó que la empresa podía afirmar que su política de salarios estaba determinada por factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación basada en el sexo y que, si la empresa la aplicaba, no había infracción del artículo 119 del Tratado. Estas consideraciones son válidas también para el caso de una política de salarios que prime especialmente la adaptabilidad de los trabajadores a horarios y lugares de trabajo variables. El empresario puede, pues, justificar la retribución de dicha adaptabilidad demostrando que ésta reviste importancia para la ejecución de las tareas específicas que se confían al trabajador.

empresario no tenía que justificar de modo especial la utilización del criterio de antigüedad.

Muy vinculados al concepto de trabajo de igual valor están los sistemas de clasificación profesional o de valoración de puestos de trabajo y que la Directiva 75/117 subraya cuando afirma que « cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo».

En la sentencia Rummler¹⁵⁰, se planteó al Tribunal de Justicia «si un sistema de clasificación profesional es compatible con el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos cuando dicho sistema se basa en los criterios del esfuerzo o de la carga muscular y en el del carácter pesado del trabajo». A lo que el TJCE contestó afirmando que «el principio de igualdad de retribución exige esencialmente que se tenga en cuenta de manera objetiva, la naturaleza del trabajo que debe realizarse. Por consiguiente, un mismo trabajo, o un trabajo al que se atribuya un mismo valor, deben ser retribuidos de la misma manera, sean realizados por un hombre o mujer». El TJCE continuó su razonamiento afirmando que «cuando para la determinación de la retribución se aplica un sistema de clasificación profesional, será necesario que este utilice, por una parte, criterios que no sean diferentes, después que el trabajo sea realizado por un hombre o por una mujer, y, por otra parte, que no esté organizado, en su conjunto de tal manera que conduzca de hecho a una discriminación general de los trabajadores de un sexo con relación a los de otro».

La protección frente a la discriminación por razón de sexo prevista por esta Directiva, así como por el Derecho comunitario originario cubre también la situación de una mujer que desempeña un

¹⁵⁰ STJCE de 1 de julio de 1986, Rummler , asunto 237/85.

trabajo de mayor valor que un hombre pero que recibe una menor retribución. Sobre este tema el TJCE ha razonado en el asunto Murphy¹⁵¹ que el principio de igualdad de retribución por prohibir pagar menos a las trabajadoras por un trabajo de igual valor, se deberá también entender que impide que ocurra una diferencia de sueldo cuando la trabajadora realiza un trabajo de mayor valor. Este razonamiento era en mi opinión el único que podría haber ocurrido bajo el riesgo de permitir que cualquiera entidad patronal pudiese iludir la prohibición de discriminación retributiva al optar por asignar tareas adicionales a las trabajadoras, pagándolas todavía menos que a un trabajador masculino.

La Comisión Europea adoptó en el año de 1994 el Memorándum sobre igual retribución para un trabajo de igual valor¹⁵², donde reconoce «la necesidad de clarificar o perfeccionar el principio de igual retribución para un trabajo de valor igual, para que los individuos lo tengan en cuenta y los tribunales y órganos jurisdiccionales nacionales lo puedan aplicar de manera satisfactoria»¹⁵³. En el citado Memorándum se subraya que una mujer debe recibir el mismo salario que un hombre cuando el trabajo que ambos ejerzan requiera un mismo grado de esfuerzo y la diferencia retributiva no se explique por motivos no discriminatorios. El Memorándum preveía además un Código de conducta aprobado por la Comisión el 17 de julio de 1996, denominado Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución por un trabajo de igual valor¹⁵⁴, y «que contiene las medidas que deben adoptarse para garantizar la aplicación de la igualdad de retribución en todos los aspectos del sistema retributivo, cuando un

¹⁵¹ STJCE de 4 de febrero de 1988, Murphy, asunto C-157/86.

¹⁵² COM (94) 6 final, de 23 de junio de 1994.

¹⁵³ Por lo que dedica la mayor parte del documento a elaborar un resumen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

¹⁵⁴ COM (96) 336 final, de 17 de julio de 1996. Este Código tenía como objetivo apoyar los negociadores de los sistemas de remuneración en el sentido de elaboraren sistemas salariales neutrales y a investigar las discriminaciones por razones de sexo en las estructuras de retribución.

trabajo de igual valor es efectuado por hombres y mujeres»¹⁵⁵.

El referido Código práctico¹⁵⁶, adoptado por la Comisión Europea, el 17 de julio de 1996, tras consultar a los interlocutores sociales, contiene «las medidas que deben adoptarse para garantizar la aplicación de la igualdad de retribución en todos los aspectos del sistema retributivo, cuando un trabajo de igual valor es efectuado por hombres y mujeres».

Tal Código recomienda básicamente que los negociadores lleven a cabo un análisis del sistema retributivo y analicen la información necesaria para detectar cualquier discriminación con el fin de identificar las medidas a adoptar para solucionarla. Propone asimismo un plan de acción para suprimir cualquier discriminación basada en el sexo que aparezca en las estructuras de retribución y pretende que se eliminen las formas de discriminación basadas en el sexo en los casos en que las estructuras de retribución se basan en sistemas de clasificación y de valoración de los puestos de trabajo

El Parlamento Europeo ya había apoyado esta estrategia de la Comisión Europea a través de la Resolución A4-38/95, de 13 de febrero de 1996 al manifestar que los Estados miembros deben aplicar «a la mayor brevedad la legislación sobre la igualdad de retribución por trabajos de igual valor entre hombres y mujeres, coherente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y que prevean procedimientos y sanciones que garanticen la aplicación concreta de dicha legislación».

Otra importante contribución de la jurisprudencia comunitaria y en el sentido de que el principio de igualdad de retribución exige que los trabajadores de ambos sexos se encuentren en situaciones idénticas o

¹⁵⁵ Informe General sobre la actividad de la Unión Europea 1996, OPOCE, Luxemburgo, 1997, punto 593, p. 233.

¹⁵⁶ COM (96) 336 final.

comparables ha admitido en el asunto *Macarthys*¹⁵⁷ que se fije como término de comparación un trabajador masculino que haya trabajado en el pasado en la misma empresa, no se exigiendo que la comparación de las tareas desempeñadas sean simultaneas, facilitando así la aplicabilidad del principio de igual retribución siempre que aquellas no ocurra.

En los asuntos *Lawrence*¹⁵⁸ y *Allonby*¹⁵⁹ el TJCE reconoce también que en el texto de los tratados nada indica que la igualdad de retribución solamente es aplicable en los casos en que los trabajadores masculinos e femeninos trabajen para lo mismo empresario, razonando todavía que cuando las diferencias retributivas obedecen a varias causas y no hay una única entidad responsable por la desigualdad la situación no se quedaba prevista en el TCE. Esta actitud ha sido criticada por la doctrina, por no se haber admitido la comparación entre empresas del mismo sector.

Importante en este tema de igualdad de retribución son sin duda los sistemas de evaluación de los puestos de trabajo y de clasificación profesional¹⁶⁰. La Directiva 75/177/CEE ha hecho referencia a los mismos señalando que «cuando un Estado miembro utilice sistemas de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, estos sistemas deben basarse en criterios iguales para hombres y para mujeres y deben ser diseñados de tal forma que eliminen toda diferencia basada en el sexo» (art.1.2)¹⁶¹. La jurisprudencia ha completado lo dispuesto al considerar que los criterios de evaluación utilizados deben ser los mismos para ambos sexos, teniendo en cuenta las calidades propias de cada sexo y aquellas que son comunes a

¹⁵⁷ STJCE de 27 de marzo de 1980, *Macarthys*, asunto 129/70.

¹⁵⁸ STJCE de 17 de septiembre de 2002, *Lawrence*, asunto C-320/00.

¹⁵⁹ STJCE de 13 de enero de 2004, *Allonby*, C-256/01.

¹⁶⁰ Sobre las diferencias entre sistemas de clasificación profesional y de evaluación del trabajo véase: COM (94) 6 final.

¹⁶¹ Sobre este asunto véase: RODRÍGUEZ-PIÑERO. M., «Discriminación salarial e igualdad de género», *RL*, nº 1, enero, 2001, p.8.

ambos. En el asunto Enderby¹⁶², el TJCE considera que «La prohibición de discriminación en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los sexos, en detrimento del otro». Un de los rasgos más sensibles sobre esta cuestión es la evaluación basada en el esfuerzo físico. Por consiguiente, un sistema de valoración de puestos de trabajo que tenga en cuenta aquella no es necesariamente discriminatorio, si objetivamente la base de la valoración es la fuerza física ya que el trabajo valorado así lo exige. Será todavía discriminatorio cuando el desempeño físico no sea necesario para la realización de la prestación laboral.

La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de octubre de 1991¹⁶³, ha criticado todavía lo que el TJCE ha entendido a lo largo de los tiempos sobre los criterios que pueden justificar una diferencia de retribución a través del pago de complementos salariales. Esta Resolución ha considerado que el TJCE ha adoptado una postura excesivamente centrada en las características del trabajo efectivamente prestado sin ponderar de forma suficiente las formas de discriminación directa e indirecta que han afectado las mujeres.

La fijación de los criterios relevantes para efectos del establecimiento de complementos salariales necesita de ser establecida por parámetros obligatorios que impidan los empresarios de cometer discriminaciones, siendo necesario que se respeten las reglas de objetividad y racionalidad siempre que se establezca sistemas de valoración profesional.

Es todavía innegable que los puestos de trabajo o profesiones donde haya un preponderancia de mano de obra femenina se abonan

¹⁶² STJCE de 27 de octubre de 1993, Enderby, asunto C-127/92.

¹⁶³ DOCE, n° C 280, de 28 de octubre de 1991.

remuneraciones inferiores en comparación con aquellas en que el número de hombres es mayor, siendo necesario por eso garantizar que en la valoración del trabajo se haya recurrido a criterios neutros que garanticen la igualdad de condiciones de los trabajadores de ambos los sexos. De este modo es seguro afirmar que para una clasificación profesional esté de acuerdo con el principio de igualdad de retribución es necesario que el criterio utilizado sea verdaderamente necesario para la ejecución del trabajo y que existan otros criterios relevantes que permitan excluir la discriminación sexual¹⁶⁴.

Estrechamente relacionado con el tema de la igualdad retributiva esta la cuestión de la discriminación indirecta, nombradamente en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, ocupado en mayoría por trabajadores de sexo femenino. En la opinión de Teresa Pérez del Río «las denominadas “discriminaciones indirectas” serán las conductas o medidas cuya adopción no se ha tenido en consideración el factor prohibido, al menos de forma predominante, sino otros factores aparentemente neutros, a pesar de que se produce un resultado desproporcionadamente adverso sobre un determinado colectivo caracterizado por la concurrencia en él del factor prohibido»¹⁶⁵.

El TJCE en el asunto *Elsner-Lakeberg*¹⁶⁶ ha considerado como discriminatoria una práctica salarial consistente en no retribuir las horas extraordinarias de profesores a tiempo parcial y a tiempo completo cuando éstas no superen tres horas al mes, siempre que se enseñe que la mencionada diferencia de trato afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres y desde que esta diferenciación no se justifique objetivamente. El TJCE considera que el número de horas extraordinarias que dan derecho a una retribución a un trabajador a tiempo parcial deberá reducirse proporcionalmente a su

¹⁶⁴ En este sentido vid., BALLESTER PASTOR, M. A., *Diferencia y discriminación por razón de Sexo en el Orden Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p.47.

¹⁶⁵ PÉREZ DEL RÍO, T., «Mujer e Igualdad: estudio en materia social y laboral», Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999, pp. 10 y ss.

¹⁶⁶ STJCE de 27 de mayo de 2004, *Elsner-Lakeberg*, C-285/02.

tiempo de trabajo para evitar el trato desigual de éstos frente a los profesores a tiempo completo. Diferente razonamiento ha tenido el mismo Tribunal en el asunto Helmig¹⁶⁷ considerando que determinado convenio colectivo que sólo atribuya el pago de un complemento por horas extraordinarias a los trabajadores cuando sobrepasase la jornada normal de trabajo, pero no en caso de sobrepasar la jornada pactada en los contratos de trabajo individuales. El mismo órgano judicial no tuvo en esta ocasión en cuenta el hecho de la mayoría de los trabajadores contratados a tiempo parcial eran del sexo femenino.

En el ámbito de las pensiones de jubilación, el mismo Tribunal en el asunto Gran-hupka¹⁶⁸ no ha considerado como discriminación indirecta un sistema de cálculo que no tuviese en consideración los años dedicados a la educación de un hijo, siendo todavía innegable de una realidad que afecta a más mujeres que hombres. En otra sentencia el TJCE tampoco consideró como discriminatoria la menor cuantía de indemnización por extinción del contrato para los trabajadores que pusiesen fin a su relación laboral para cuidar de sus hijos comparativamente con el valor de indemnización que los trabajadores tenían derecho por causas relacionadas con la condiciones de trabajo en la empresa o por incumplimiento empresarial¹⁶⁹.

No se puede todavía dejar de reconocer que la jurisprudencia comunitaria haya admitido la dimensión colectiva del sujeto discriminado, admitiendo en los asuntos Kowalska¹⁷⁰ que se produce una discriminación por razón de sexo cuando determinados colectivos de trabajadores reciben de forma sistemática un trato retributivo perjudicial. También en el asunto Nimz¹⁷¹, el Tribunal comunitario comprueba que «un Convenio como el examinado, que permite a los empresarios mantener una diferencia de retribución global entre dos

¹⁶⁷ STJCE de 15 de diciembre de 1994, Helmig, asunto C-399/92.

¹⁶⁸ STJCE de 13 de diciembre de 1994, Gran-hupka, asunto C-297/93.

¹⁶⁹ STJCE de 14 de septiembre de 1999, Gruber, asunto C-249/97.

¹⁷⁰ STJCE de 7 de febrero de 1991, Kowalska, asunto C- 33/89.

¹⁷¹ STJCE de 4 de junio de 1992, Nimz, asunto C- 184/89.

categorías de trabajadores, a saber, los que trabajan un número mínimo de horas por semana o por mes y los que, a pesar de tener las mismas atribuciones, no efectúan este mínimo de horas, da lugar de hecho a una discriminación de las trabajadoras respecto a los trabajadores, cuando se comprueba que, de hecho, trabaja a tiempo parcial un porcentaje considerablemente menor de hombres que de mujeres».

La propia prueba de la discriminación indirecta necesita de estadísticas que manifiesten la existencia de dicho tratamiento peyorativo del grupo perjudicado en comparación con el grupo beneficiado, donde el primer grupo es compuesto en su grande mayoría por trabajadores de determinado sexo. En el asunto Danfoss¹⁷², el propio Tribunal comunitario hizo el recurso a la prueba estadística para concluir un caso de discriminación retributiva indirecta¹⁷³, juzgando que cuando una empresa aplica un sistema retributivo que se basa en un mecanismo de complementos salariales que carece de total transparencia, recae sobre el empresario la carga de probar que su política salarial no es discriminatoria siempre que una trabajadora haya demostrado con recurso a comparación a un número relativamente importante de trabajadores que la retribución media de las trabajadoras es inferior a la de los trabajadores. Esta es una forma encontrada por el Tribunal que permita en la práctica el respeto del principio de igualdad de retribución ya que sería muy difícil a la demandante determinar los criterios aplicados por el empresario en el cálculo del complemento a pagar¹⁷⁴.

Para que haya una justificación objetiva sobre determinada diferencia retributiva entre hombres y mujeres es necesario que el

¹⁷² STJCE de 17 de octubre de 1989, Danfoss, *cit.*

¹⁷³ Sobre la forma de calcular las diferencias medias de retribución vid., QUINTANILLA NAVARRO, B., *El principio de igualdad...*, *cit.*, pp. 117-122.

¹⁷⁴ Esta jurisprudencia ha sido reforzada en sentencias posteriores. Véase en este sentido: SSTJCE de 4 de junio de 1992, asunto Nimz, *cit.* y de 27 de octubre de 1993, asunto Enderby, *cit.*

objetivo perseguido por la medida sea legítimo, apropiado y necesario e que respete del principio de proporcionalidad, es decir que no existiese otra medida alternativa que no tuviese un impacto desfavorable sobre uno de los sexos o que fuera menos lesiva de los intereses de los trabajadores afectados¹⁷⁵. Compete todavía al órgano judicial determinar cuando una medida que impone un trato retributivo desigual entre hombres y mujeres queda justificada por razones objetivas, ajenas a toda discriminación basada en el sexo o implica un trato discriminatorio¹⁷⁶.

Importa recordar aquí la negociación colectiva y su impacto en este tema. De este modo, el hecho de que la asignación de una retribución distinta a las diferentes categorías ha sido establecida por convenio colectiva no invalida las posibilidades de ocurrir discriminación, pudiendo la clasificación profesional establecida por negociación colectiva implicar diferencias salariales injustificadas para los trabajadores del sexo femenino¹⁷⁷. Otra solución no sería aceptable ya que permitiría que los convenios colectivos de trabajo fuesen una puerta para la introducción de elementos discriminatorios en lo que respecta a la retribución. En el panorama portugués la versión actual del CT previó por primera vez que el servicio competente del ministerio responsable por el área laboral proceda a la apreciación fundamentada de la legalidad de las disposiciones de los instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo o decisiones arbitrales en proceso de arbitraje obligatoria o necesaria en lo que respecta a la igualdad y no discriminación en el plazo de 30 días (art. 479.1 CT). Caso ocurra la existencia de disposición ilegal se promueve en el plazo de 15 días la declaración judicial de la nulidad de esas disposiciones.

Para que el principio de la igualdad sea una realidad la Directiva 75/177/CEE estableció un conyunto de obligaciones para los Estados

¹⁷⁵ En este sentido véase: STJCE de 13 de mayo de 1986, *Bilka*, *cit.*.

¹⁷⁶ En este sentido véase: STJCE de 17 de mayo de 1990, *Barber*, asunto C-262/88.

¹⁷⁷ QUINTANILLA NAVARRO, B., *El principio de igualdad...*, *cit.*, p. 44.

miembros, nombradamente el deber de eliminarse toda disposición legal, reglamentaria o administrativa que sea contraria al principio de igualdad de retribución (art. 3) y que deben tomarse las medidas necesarias para que sea declarada nula y sin efecto toda discriminación contraria al referido derecho que figure en convenio colectivo, baremo, acuerdo salarial, o contrato individual de trabajo (art. 4). El TJCE veo considerar al respecto de los convenios colectivos en varias sentencias que el juez nacional en caso de violación al dispuesto deberá inaplicar dicha disposición sin esperar previamente su derogación mediante negociación colectiva, debiendo aplicar a los miembros del grupo perjudicado el mismo régimen que disfruten los demás trabajadores¹⁷⁸.

Como forma de disuadir el trabajador de intentar una acción contra el empleador, la referida Directiva prevé también en estos casos la prohibición de despido (art. 5), no se comprendo porque no hay optado por prever también todas las medidas de represalias adoptadas por el empleador contra el trabajador.

Siendo indiscutible que las diferencias salariales entre hombres y mujeres continúan a persistir es necesario continuar el esfuerzo en el sentido de radicar esta realidad. Es necesario que las estadísticas continúen a favorecer la denuncia de posibles discriminaciones y de las respectivas acciones judiciales, que haya una mayor compromiso entre el empresario e la sociedad a través de una mayor responsabilidad que lo obligue a elaborar informes donde consten por género en los diferentes niveles de organización y las diferencias de retribución por un trabajo de igual valor. La propia mentalidad del empresario necesita de ser cambiada, siendo importante una mayor divulgación de la importancia de la igualdad de retribución ente sexos, sin dejar de señalar que queda aún un largo camino para alcanzar una deseable paridad que insiste en permanecer.

¹⁷⁸ SSTJCE de 27 de junio de 1990, Kowalska, *cit.* y de 27 de octubre de 1993, asunto Enderby, *cit.*

CAPITULO II LAS ACCIONES PARA LA IGUALDAD REAL.

I. LA INSUFICIENCIA DE LA CONSAGRACIÓN DE LA IGUALDAD FORMAL.

Sin olvidar la contribución del constitucionalismo americano, han sido los textos revolucionarios franceses los que por primera vez enuncian de forma explícita el principio de la igualdad ante la ley, a través del art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, al establecer que «la ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar, personalmente o por medio de sus representantes, en su formación. Debe ser la misma para todos, en proteger como en castigar. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos». Por medio de este artículo, es posible ver las tres exigencias conexas que incluyen el principio de igualdad ante la ley, en la concepción liberal: la igualdad política, la igualdad ante la ley, en sentido estricto, y la igualdad de acceso.

La igualdad ante la ley, en su sentido estricto, implicaba en sus orígenes el rechazo de las exenciones, privilegios e inmunidades del Antiguo Régimen. Todavía, los primeros textos constitucionales que establecían la igualdad poseían un carácter meramente programático, no vinculando jurídicamente al legislador. La igualdad ante la ley tampoco se interpretaba como una exigencia de igualdad de trato en el contenido de la misma, una vez que se verificaba una primacía en los Estados liberales del poder legislativo, cuyos actos no estaban sometidos a control. Estas razones articuladas al falso universalismo que identificaba al sujeto supuestamente universal de los derechos con una determinada categoría de seres humanos (los varones, blancos, adultos y ciudadanos), explican el hecho de que, durante mucho tiempo, el principio de igualdad ante la ley haya coexistido con la exclusión de las mujeres de los derechos políticos y con su

subordinación legal al marido, situaciones que hoy se consideran incompatibles con el principio de igualdad ante la ley.

En los días de hoy, la igualdad ante la ley sigue siendo una manifestación importante del principio de la igualdad, tomada cómo una de las claves principales del Estado de Derecho, siendo discutible y controvertido la justificación de las diferencias de trato de que puedan ser destinatarios los ciudadanos, en la aplicación de la ley, donde se exige fundamentalmente que estén de acuerdo con la motivación, razonabilidad y la no arbitrariedad del cambio del criterio.

Con la aparición de los Estados constitucionales, se introduce jurídicamente la capacidad del principio de la igualdad para controlar el contenido de las leyes, consolidándose una nueva dimensión de la igualdad ante la ley: la igualdad en el contenido de la ley, con la que nace la subordinación del legislador al principio de la igualdad, teniendo por destinatarios los propios órganos de la creación del Derecho Constitucional¹⁷⁹ y de la legislación ordinaria, significando al mismo tiempo que toda la ley de revisión constitucional y ordinaria debería obedecer a este principio¹⁸⁰.

Esta vinculación del legislador tiene una larga tradición en el sistema norteamericano. La XIV Enmienda a la Constitución Americana, que entra en vigor en el lejano año de 1868¹⁸¹, estableció

¹⁷⁹ al respecto de la propia revisión constitucional portuguesa vid., MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional...cit.*, Tomo II, p. 136 y pp. 200 y ss.

¹⁸⁰ Desde la revisión de 1989 que la CRP enuncia expresamente el respecto del principio de la igualdad por los órganos y agentes administrativos a par con los principios de la proporcionalidad, justicia e imparcialidad (art. 266.2).

¹⁸¹ Para una mejor comprensión de esta evolución histórica que origina la Decimocuarta Enmienda vid., asunto John Barrow c. The Mayor and City Council of Baltimore donde se dilucidó si los Estados estaban sujetos a la Declaración de Derechos de la Constitución americana. El Tribunal Supremo consideró que la Declaración de Derechos sólo limitaba al legislador federal, siendo las propias Constituciones de los Estados las que debían acotar las leyes estatales. Esta interpretación permitió que los Estados del Sur pudiesen continuar negando la condición de ciudadanos a su población africana. Después de la Guerra Civil y con el triunfo de los Estados del Norte hubo el deseo de garantizar el abolicionismo que impulsa, en 1866, una ley antidiscriminatoria (Civil Rights Act), y en 1868 una

que ningún Estado podría negar a cualquier persona que se encontrase dentro de sus límites jurisdiccionales «la igual protección de las leyes». En el constitucionalismo europeo, la capacidad del principio de la igualdad para controlar el contenido de las leyes se impuso después de la Segunda Guerra Mundial, en la doctrina y en la jurisprudencia alemana y austriaca¹⁸², difundiéndose posteriormente en el constitucionalismo contemporáneo de otros Países.

En Portugal, la igualdad formal (igualdad ante la ley; igualdad en la ley) está prevista ya en la primera versión de la Constitución de 1976, en el art. 13, inserida en el capítulo I, dedicada a los Derechos fundamentales, permaneciendo textualmente inalterable en las revisiones constitucionales posteriores:

«1. Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante *la ley*.

2. Nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de cualquier derecho o exento de cualquier deber en razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social»¹⁸³.

La afirmación de que todos los ciudadanos son iguales ante la ley

reforma constitucional que obliga a los Estados a tratar a todas las personas nacidas en Estados Unidos por igual: la XIV Enmienda.

¹⁸² Aunque hay precedentes anteriores en el Derecho suizo y en la doctrina de Leibholz (Presidente del Tribunal Constitucional Federal alemán después de la Segunda Guerra Mundial).

¹⁸³ Este texto representa algunas diferencias con el texto propuesto por la *Comisión de los Derechos y Deberes Fundamentales* de la Asamblea Constituyente, principalmente en lo que respecta a la interpolación de los deberes:

«1- Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley.

2 – Nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado o privado de cualquier derecho en razón de sexo, ascendencia, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica o condición social».

Cfr. MIRANDA, JORGE, *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição...cit.*, p. 565.

significa tradicionalmente la exigencia de igualdad en la aplicación del derecho. La igualdad en la aplicación del derecho sigue siendo una de las vertientes elementales del principio de la igualdad constitucionalmente previsto, asumiendo particular importancia en el ámbito de la aplicación igual de la ley por los órganos de administración y por los tribunales. Es importante, todavía, subrayar que ser igual ante la ley no es decir solamente la aplicación igual de la ley; la ley, ella misma, debe tratar por igual todos los ciudadanos. El principio de la igualdad es dirigida al propio legislador, vinculándolo a la creación de un derecho igual para todos los ciudadanos.

Existen también varias teorías sobre la catalogación de la igualdad como derecho fundamental, habiendo algunos autores, como que no defienden esta idea, razonando que la igualdad es un elemento estructural de todos los derechos y como un principio jurídico que vincula al legislador a la práctica judicial y no como un derecho fundamental con sustantividad propia, ya que sólo puede ser exigido en relación a otro derecho. Otros autores se manifiestan en favor, calificando a la igualdad como un derecho fundamental con contenido propio: el derecho a un trato igualitario¹⁸⁴.

La igualdad formal está relacionada con un trato estrictamente igualitario que ante un trato formalmente igual presume su constitucionalidad. Esta presunción admite todavía ser contrariada en el argumento de que ni todo trato desigual es inconstitucional, ya que ante hechos concretos de la vida real no se puede dar siempre un trato igual delante de realidades distintas.

Asimismo, ocurre la necesidad de distinguir lo que es la diferencia de trato constitucional admisible de lo que no se considera como tal. El primer intento de buscar a esta separación tuvo origen en la Corte Suprema de los Estados Unidos, con la teoría de la clasificación

¹⁸⁴ Véase al respecto: PÉREZ LUÑO, A. E. «Sobre la igualdad en la Constitución española» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 133-151.

razonable que intentaba conciliar el principio de la igualdad constitucionalmente previsto y el poder del legislador de diferenciar. De este modo, el legislador estaría obligado a realizar una clasificación razonable y proporcional que justificara la diferencia en el trato que recoge la ley.

En Europa, la constitucionalidad de la diferenciación está basada en la existencia de una justificación objetiva y razonable de la misma, como ha señalado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos al referir que «la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable».

En este ámbito, importa hablar de la igualdad material, que surge en el constitucionalismo del siglo XX, en resultado de la idea de que garantizar solamente la igualdad formal no es suficiente. Este razonamiento puede tener como objetivo la igualdad de oportunidades (la igualdad en el punto de partida) o la igualdad de resultados. La concretización de este primer principio, que no se traduce en una igualación, está dependiente de los méritos de cada persona *per se*, lo que justifica que las acciones del Estado conllevadas para concretizarlo están relacionadas principalmente con la educación, la superación de cargas familiares y la concienciación social.

También la frontera entre la igualdad de oportunidades y de resultados no es sencilla, una vez que algunas medidas adoptadas para asegurar la igualdad de resultados pueden contribuir para la concretización de la igualdad de oportunidades, como en el caso hipotético de una medida que asegure la igualdad de resultados en los puestos de decisión política que podrá ayudar a la consolidación de la igualdad de oportunidades para todo el colectivo que se pretende igualar.

La igualdad material surge en las Constituciones europeas en el

periodo pos Segunda Guerra Mundial, bajo la nueva concepción del Estado social y democrático de Derecho, como una excepción a la igualdad formal y como un mandato a los poderes del Estado de intervención en la sociedad. En analogía con otras constituciones europeas, la CRP hace referencia expresa a este principio¹⁸⁵, describiendo como tarea fundamental del Estado alcanzar la igualdad real de los ciudadanos en su art. 9. Se podrá preguntar cómo solucionar a los límites de las medidas tendentes a alcanzar la igualdad real que van en contra del principio de la igualdad formal, ya que es innegable que para lograr la igualdad material puede resultar necesario sacrificar la igualdad formal, sin olvidar que el cumplimiento de esta es fundamental para el normal funcionamiento del Estado de Derecho, siendo un reto constante encontrar el punto de equilibrio entre estos dos valores, jamás perdiendo de vista al interés primordial del conjunto de los destinatarios que se intenta proteger e igualar¹⁸⁶. En este dominio, tiene vital importancia el rol de las acciones positivas y las medidas de discriminación positivas, basadas en la igualdad material que limitan a la igualdad formal y que cumple aquí desarrollar.

El TC Portugués ha considerado que «el principio de la igualdad no se reduce a una pura dimensión formal (igualdad “ante” la ley), traducida en la simple imparcialidad de la aplicación de esta, cualquier que sea su contenido; asume una dimensión material (igualdad “de” la ley), que impone al propio legislador que trate por igual a lo que es igual y por desigual a lo que es desigual»¹⁸⁷. De este modo, la previsión de la igualdad concretada por el art. 13º CRP prevé no solamente una igualdad formal, expresamente consagrada, sino también, como se ha referido en el art. 9 d) CRP, el imperativo de buscarse igualdad material

¹⁸⁵ En España el art. 9.2 de la Constitución de 1978 establece un mandato constitucional dirigido a todos los poderes públicos: promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad entre los individuos y grupos sea real y efectiva.

¹⁸⁶ Sobre el estudio de la relación entre la igualdad material y formal vid., ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 390-394.

¹⁸⁷ STC de 13 de noviembre de 1985, asunto 204/85.

al otorgar como una de las tareas fundamentales del Estado “promover (...) la igualdad real entre los portugueses”.

II. LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON LA IGUALDAD REAL.

II.1. SU DEFINICIÓN Y FINALIDAD.

La expresión «discriminación positiva» traduce en Europa lo que en los Estados Unidos y otros países anglófonos se conoce por «acción afirmativa»¹⁸⁸. Esta expresión tuvo origen en una ley estadounidense de 1935, conocida como la ley Wagner, encuadrada en la esfera laboral¹⁸⁹ y que adquiere el significado de política, en consecuencia de la reacción jurídica a las protestas protagonizadas por la población afroamericana y otros movimientos de contestación social¹⁹⁰.

El término fue también utilizado en el ámbito político por el Presidente de los Estados Unidos John F. Kennedy, a través de la Orden Ejecutiva del 16 de marzo de 1961, donde se requería de las empresas que contrataban con el Gobierno Federal la adopción de medidas de integración, estando previstas sanciones, como la finalización de los contratos en caso de incumplimiento¹⁹¹.

No obstante el término ser ya utilizado, este tipo de medidas, solamente tuvieron origen pocos años después, por medio de la Orden

¹⁸⁸ Un estudio detallado sobre las medidas de acción afirmativa en el derecho norteamericano se encuentra en: BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva... cit.*, Cfr. igualmente GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de la igualdad...cit.*

¹⁸⁹ Se trata de la Ley Wagner, 29 USC. En esta ley la expresión acción afirmativa revelaría la obligación de adoptar medidas positivas con el fin de enmendar los efectos de ciertas prácticas laborales en el pasado injustas contra los sindicatos, así como prevenir su aparición en el futuro vid., BACCHI C. L., *The Politics of Affirmative Action. Women, Equality and Category Politics*, Sage Publications, Londres, 1996, p.32.

¹⁹⁰ Cfr. DURÁN, M. P., «Una aproximación comparada a las acciones positivas: El caso de Italia, Noruega y Argentina», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 34, 2000, pp. 279-298.

¹⁹¹ Véase al respecto: JOHNSON, R. A., «Affirmative Action Policy in the United States: its impact on Women», *Policy and Politics*, 1990, Vol. 18, n° 2, p.78.

Ejecutiva 11246 de 1965¹⁹², del Presidente Lyndon B. Johnson¹⁹³ que obligaba las empresas con contratos de más de 50.000 dólares con el Gobierno Federal a adoptar, como condición previa a la formalización del contrato, planes de acción positiva tendentes a favorecer a la minorías. No obstante la importancia de este medida para introducir más tarde la discriminación positiva, la doctrina Estadounidense consideraba que esta Orden Ejecutiva no buscaba un sistema de cuotas, sino más bien una política de acciones positivas menos incisiva. Más tarde, en 1967, el Departamento Federal de Educación, Sanidad y Bienestar ha impuesto a las Universidades que recibían fondos federales a impulsar programas de acción positiva en el acceso a las mismas. En el 13 de octubre del mismo año, el Presidente Johnson extendió el establecido en la Orden 11246 a las mujeres¹⁹⁴.

Dos años más tarde, y en seguimiento de un periodo de luchas por los derechos civiles, culminando en una revuelta de la minoría negra de Estados Unidos contra la exclusión a que estaba sujeta¹⁹⁵, a la que se siguieron otras, de parte de otras minorías, como los asiáticos y los latinos, y los movimientos feministas y que corría el peligro de originar un enfrentamiento civil, el Departamento de Trabajo americano introdujo la *Office of Federal Contract Compliance (OFCC)*, que adoptó las medidas de discriminación positiva, instando expresamente a los empresarios a que el porcentaje de trabajadores de minorías raciales en las empresas se aproximara al porcentaje de estas minorías en el lugar de localización de las mismas. Este mecanismo fue ratificado con la publicación de *The OFCC Revised Order n. 4*, del Presidente Nixon, que

¹⁹² Executive Order 11246 of Sept. 1965, 30 Fed. Reg. 12319.

¹⁹³ «Según parte de la doctrina estadounidense, la introducción de la discriminación inversa como parte de los planes de affirmative action proviene de la presidencia Nixon. Consideran estos autores que la Orden Ejecutiva 11246 no buscaba un sistema de cuotas, sino más bien una política de acciones positivas menos incisiva. Es con la llegada de Nixon al poder, en 1969, cuando el Departamento de Trabajo empieza a utilizar las cuotas como criterio para medir la efectividad de los planes de acción positiva», vid., GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica...cit.*, pp. 92 y ss.

¹⁹⁴ Executive Order 11375 of Oct. 13, 1967, 32 Fed. Reg. 14303.

¹⁹⁵ La cultura del Martin Luther King había dado paso a la más agresiva del *Black Power* de Stokely Carmichael y Malcon X.

requería de las empresas contratistas que incluyesen medidas de discriminación positiva en sus planes de acción positiva, empezando por utilizar las cuotas como criterio para medir la efectividad de los planes de acción positiva¹⁹⁶. Ha sido este mismo Presidente quien creó el primer gran plan federal de discriminación positiva, con entrada en vigor del Plan de Filadelfia de 1970. Este Plan exigía de las empresas constructoras que trabajaban para el Gobierno, en el Estado de Pennsylvania, la contratación de un determinado porcentaje de miembros de minorías raciales¹⁹⁷.

También el Poder Judicial norte americano ha desempeñado un importante papel en el desarrollo de la «acción afirmativa», más concretamente aquellas que son provenientes directamente de los jueces, las denominadas “remedies”. Este tipo de medidas está basado en la realidad judicial americana que permite a los jueces la libertad en determinados supuestos para imponer sus propias sanciones, de entre ellas la adopción de planes de acción positiva como parte de la condena¹⁹⁸. Otra de las medidas adoptadas por el poder judicial es la que deriva indirectamente de la acción de los jueces: la doctrina del “disparate impact” y que consiste en la condena de la utilización de criterios para el acceso o promoción en el empleo, en apariencia neutrales, pero que provocan un resultado desfavorable para los colectivos protegidos. Importa también referir que en estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba, ya que incumbe al empresario demostrar que no hay discriminación. Los indicios para determinar el impacto desigual se establecieron a partir del caso Griggs, en el año de 1971¹⁹⁹. Se ha definido que los indicios ocurrirían al verificarse la existencia de un desequilibrio estadístico entre los

¹⁹⁶ BOLICK, CLINT, *The Affirmative Action Fraud (Can We Restore The American Civil Rights Vision?)*, Cato Institute, New York, 1996, p.53.

¹⁹⁷ Esta apelación expresa a la cuota fue posteriormente trasladada en la Orden Ejecutiva 4 e 1972 a todas las empresas sometidas a la OFCC. Vid., BOLICK, CLINT, *The Affirmative Action Fraud (Can We Restore The American Civil Rights Vision?)*, Cato Institute, New York, 1996, p. 115.

¹⁹⁸ CLIVE, LEWIS, *Judicial remedies in public law*, Sweet & Maxwell, London, 1992.

¹⁹⁹ Griggs contra Duke Power Company 401 US 424 (1971).

porcentajes de los miembros de grupos protegidos trabajando en la empresa, o en un sector cualificado de la misma, y los porcentajes que serían consecuencia normal de una política no discriminatoria, es decir, los de la mano de obra perteneciente a estos grupos, disponible en el área geográfica o trabajando en puestos menos cualificados en la misma empresa, respectivamente.

Después, en el caso *Wards Cove*²⁰⁰, la comparación, a la hora de comprobar el impacto desigual en la contratación de miembros de estos colectivos para los puestos más cualificados, ha pasado a establecerse sobre el porcentaje de miembros de los grupos trabajando en el sector cualificado de la empresa y el de miembros de dichos grupos con cualificación suficiente para efectuar dicho trabajo que se encuentren en el mercado laboral del área geográfica de la empresa. Siempre que se decida que delante de estos indicios existe un «disparate impact», el empresario, para sostener la licitud de su conducta deberá demostrar cualquier buena razón de negocios que pueda justificar el desequilibrio, conjuntamente con la no existencia de alternativas para alcanzar dicho fin empresarial con menor impacto discriminatorio. La *Civil Rights Act* de 1991 vuelve a endurecer la prueba del empleador al restablecer la substancial razón de negocios. Otra de las demostraciones que el empresario tiene que realizar ante los referidos indicios está relacionada con el hecho de no haber introducido de mala fe criterios de selección que aparentemente neutrales puedan perjudicar a determinados colectivos protegidos.

Esta doctrina tuvo un gran impacto en la adopción de la «acción afirmativa», puesto que las empresas, temiendo procedimientos iniciados por parte de los candidatos rechazados, empezaron a autopromocionar en la realidad estadounidense, desde la sentencia *Griggs Affirmative Action Plans*, sus contrataciones de modo a evitar que, utilizando los desequilibrios porcentuales antes reseñados, el juez

²⁰⁰ *Wards Cove Parking Co. Inc. contra Antonio* 87 US 1387 (1989).

podría establecer un “disparate impact”²⁰¹, resultando claro que la jurisprudencia relacionada con aquél provocaba de forma indirecta la adopción este tipo de medidas como forma de las empresas se protejan de posibles procesos judiciales.

Las medidas de discriminación positiva son generalmente definidas como normas de carácter temporero consignadas a remover comportamientos y prácticas de diversas índoles, como culturales, sociales, políticas y económicas, que impiden al grupo desfavorecido de alcanzar determinado bien. Estos tipos de medidas van más allá del control de la aplicación de las leyes que desarrollan el principio de igualdad, ya que proporcionan ventajas concretas al grupo discriminado, encontrando su justificación en el objetivo que intenta alcanzar en el futuro: la igualdad de hecho. Se pueden definir además como una clase específica de acciones que se caracterizan por reunir dos rasgos distintivos: en primer lugar, se trata de medidas diferenciadoras que utilizan como criterio de distinción factores como el sexo o la raza; en segundo lugar, estas medidas se aplican en contextos de especial escasez, nombradamente en términos de empleo, todavía importa aquí distinguir las medidas que no admiten que un candidato con menores capacidades sea elegido a bienes escasos de la sociedad, sean puestos de trabajo o plazas universitarias perteneciente a un grupo minusvalorado, y que llamaremos de medidas de discriminación positiva moderadas, con las medidas que consisten en cuotas reservadas aquellos mismos grupos minusvalorados y que pasaremos a denominar como medidas de discriminación positiva.

No obstante no ser un asunto consensual, habiendo defensores que entienden que es preferible hablarse de acciones positivas en general, sin distinguirlas, la diferencia de alcance y por una cuestión de

²⁰¹ Las directrices de la Equal Employment Opportunity Comisión (EEOC) estimularon esta corriente, al subordinar su apoyo a una demanda por *disparate impact* al hecho de que el empresario no hubiera adoptado planes de *affirmative action*. Si después de establecido el *disparate impact* el empresario adoptar voluntariamente un plan de acción positiva, puede ser exonerado de tener que probar su inocencia

legitimación, argumentación y percusión sobre la igualdad formal justifica en mi opinión hacer una distinción entre ambas las medidas,²⁰² compartiendo de la opinión de parte de la doctrina que razona que hay una línea divisoria entre estos dos conceptos, puesto que las primeras parecen favorecer a la igualdad y las segundas que privilegiarán a la igualdad²⁰³.

Las medidas de discriminación positiva pueden provocar normalmente un daño directo en los miembros de grupos no beneficiados, ya que se trata de perder beneficios sociales escasos que se obtendrían caso no existiesen las referidas medidas. De este modo, el derecho de este grupo a no ser discriminado, nombradamente en función de sexo, se queda directamente afectado, lo que conlleva a que la justificación de la finalidad deberá ser más estricta.

Cuanto a la estructura de estas medidas, hay una tendencia también para distinguir entre objetivos y cuotas. La diferencia tradicional entre ambas es que los primeros tienen como objetivo fijar metas flexibles, no numéricas y las segundas están relacionadas con un porcentaje determinado²⁰⁴. No obstante esta diferencia, resulta claro que mismo en el caso de los objetivos, estos se concretan en porcentajes

²⁰² Véase al respecto: GOLDMAN, ALAN H, *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979, p.4. y McWHIRTE, DARIEN A., *The End of Affirmative Action (Where do we go from here?)*, Carol Publishing Group, New York, 1996, pp. 2-6. ha criticado la falta de distinción entre las diversas clases de acciones positivas, catalogándolas en tres grupos:

-Affirmative recruitment: son las acciones encaminadas a animar a las minorías y mujeres a esforzarse en entrar en las empresas, universidades, etc..

-Affirmative fairness: consiste en estudiar individualmente al aspirante y, según sus circunstancias personales, juzgarle exclusivamente según su mérito o tener en cuenta su situación de discriminación sexual o racial.

-Affirmativa preference: es la cuota, o discriminación positiva y que consiste en que, por la pertenencia al grupo mujer o minoría étnica se le otorga una preferencia de trato

²⁰³ GARCÍA, INDA. A. y LOMBARDO, E., *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002, pp.166 y ss.

²⁰⁴ Véase al respecto: WARREN, MARY ANNE «Secondary Sexism and Quota Hiring» en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 6, n. 3, primavera de 1977, p. 253, donde se señala que el término «cuota» se utiliza cuando se tiende a asumir que los *standards* numéricos serán altos y rígidos (“*strong reverse discrimination*”) mientras que el término «goal» sugiere esfuerzos de buena fe para contemplar los *standards* sin incurrir en «*strong reverse discrimination*».

para ser efectivos²⁰⁵. Se comparte aquí del razonamiento de Gimenez Gluck, que considera que «cualquier planteamiento de un objetivo, por muy vago que parezca de principio, conduce irremisiblemente a su concreción en una cuota. Lo que diferirá es la rigidez con la que se trate de conseguir la misma: si la cuota es rígida se le llama *cuota* y si es flexible a otro tipo de circunstancias se le llama *goal*»²⁰⁶. La flexible será la cuota constitucionalmente admisible por ser suficientemente proporcional y la rígida será la que no supera el test de constitucionalidad, por su desproporcionalidad, permitiendo que elementos pertenecientes al grupo postergado sean admitidos a determinada plaza, aunque en algunos casos tengan calificaciones inferiores, hasta rellenar el porcentaje de ingresos previamente atribuidos.

Las cuotas pueden establecerse en el punto de partida (para acceder a cursos de formación por ejemplo) o en el punto de llegada (como la contratación laboral). Se suele considerar que sólo las segundas son medidas de discriminación positiva, mientras las primeras son normalmente consideradas acciones positivas de que hablaremos adelante, todavía ni siempre es fácil determinar las diferencias.

El establecimiento de cuotas puede conllevar a resultados injustos y liosos siempre que se da prioridad a resultados previamente establecidos sin mirar al mérito individual de cada uno de los candidatos al bien escaso dejándose de mirar las calidades intrínsecas de cada individuo bajo otras prerrogativas, no obstante haber ejemplos de flexibilidad a través de la prohibición de una excesiva diferencia entre la calificación de los pertenecientes a los grupos históricamente discriminados y los demás candidatos.

²⁰⁵ RUIZ MIGUEL, A.: «Discriminación inversa e igualdad» en *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 81.

²⁰⁶ GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...cit.*, p.54.

Importa cuestionar también la legitimidad en permitirse que un candidato del sexo femenino a determinada plaza de empleo que durante el proceso de selección enseñe una menor aptitud para desempeñar las funciones exigidas sea elegido en detrimento de otro candidato comprobadamente más apto solamente por el hecho de pertenecer al sexo infrarrepresentado. Se podrá debatir asimismo si va esta elección a perjudicar la entidad patronal, al contratarse personas menos aptas en nombre de la igualdad. En este aspecto y partiéndose del presupuesto que las mismas serían constitucionalmente admisibles se podría defender que estas situaciones solamente podrían ser concretizadas por el Estado, asunto a que se dedicará el prójimo capítulo con más detalle, mientras que las entidades privadas sólo cuando estas lo requiriesen, ya que una obligatoriedad de este nivel sería violar la autonomía y el interés privados.

En los casos en que sea el propio Estado a utilizar una de estas medidas, nombradamente en la esfera laboral y más concretamente en la contratación de empleados para sus cuadros, es importante encontrar el punto de equilibrio entre el interés de garantizar una igualdad de hecho y compensar discriminaciones históricamente realizadas sobre determinado grupo de individuos y el interés de la contratación de los más aptos, independientemente de la raza o sexo a que pertenecen. Defiendo que se deberá procurar este equilibrio en la aplicación de las referidas medidas. Para alcanzarse ese deseable equilibrio es razonable que la preferencia otorgada al grupo infrarrepresentado deba ocurrir solamente cuando los candidatos minusvalorados revelen aptitudes semejantes a los restantes candidatos y no declaradamente inferiores, ya que de otra manera en mi opinión son injustas, desproporcionales y rígidas, porque tienen en cuenta principalmente los objetivos previamente estipulados por las medidas de discriminación positiva, dejando en un plano secundario el análisis del caso concreto y las respectivas aptitudes de los candidatos, siendo

incuestionable que tal selección tampoco prestigia al candidato favorecido ni al grupo al que pertenece, estigmatizándolo. Defiendo así, la aplicación de medidas de discriminación positiva moderadas en detrimento de las restantes.

Es importante todavía reconocer que los procesos de reclutamiento no son totalmente empíricos e pragmáticos, pues suelen incluir criterios subjetivos indisociables de la decisión humana. De este modo, es necesario que las propias medidas en el ámbito de la igualdad real prevean esta realidad a través de exigencias no completamente rígidas relativamente a los resultados finales de los candidatos a determinada plaza, de forma a que una candidata femenina pueda ser elegida por vez de un candidato de sexo opuesto, sin que sea considerable la diferencia *per se*, por llevar en cuenta la referida subjetividad.

Este tipo de medidas debe todavía llevarse de forma restrictiva y cuidadosa, por afectar derechos fundamentales del colectivo históricamente privilegiado. Hay defensores que argumentan que este tipo de medidas sólo deben ser utilizadas cuando no exista otro medio de alcanzar al objetivo de igualdad real en el ámbito concreto en el que se quiere instaurar²⁰⁷. Es necesario también tener en mente que este argumento suele ser utilizado por los antagónicos de todo el tipo de medidas necesarias para combatir la desigualdad del género, siendo necesario de este modo verificar con todo el rigor si este argumento es válido a la hora de optar por esta vía. En la opinión de Giménez Gluck, la determinación de lo que es una finalidad suficientemente importante para justificar una medida de este tipo será una decisión básicamente política. El mismo autor completa este razonamiento considerando que «tiene más que ver con el concepto de sociedad defendido que con una interpretación concreta del derecho; es una decisión básicamente

²⁰⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva», *RL*, nº 22, 1995, pp. 90-92.

fundamentada en los principios morales y políticos de la persona»²⁰⁸.

La interpretación de la jurisprudencia constitucional europea y de la doctrina han reconocido por ejemplo que la discriminación positiva está relacionada con el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado, entre los que se encuentran las mujeres, caracterizándose principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, sin que haya necesidad de ocurrir la intención, el deseo o el mérito para beneficiarlo y sin tomar en cuenta sus circunstancias individuales. Como refiere Marilyn Friedman, tanto los grupos raciales discriminados cuanto las mujeres poseen una serie de características que les cohesionan de tal manera que un daño cualquiera a cualquier miembro del grupo se esparce al colectivo entero²⁰⁹.

Para que cualquier medida de discriminación positiva sea constitucionalmente admisible o deseable a la luz del derecho portugués, hay que basarnos en el art. 9 CRP, que determina como finalidad la igualdad material. Este objetivo constitucional de solamente está previsto para el Estado cuando este la determina como una de sus tareas fundamentales [art. 9, d) CRP], dejando los particulares fuera de esta tarea. Para compensar esta realidad en la esfera laboral, se podrá defender medidas para que las empresas privadas puedan también contribuir para la concretización de la igualdad real a través de diferentes incentivos, tales como beneficios fiscales y divulgación pública de las empresas adherentes. Este tema será todavía desarrollado en momento oportuno.

La doctrina americana ha sido importante en el ámbito de la discriminación positiva y discriminación positiva moderada,

²⁰⁸ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica...cit.*, p.75

²⁰⁹ FRIEDMAN, MARILYN A., «Harming Women as a Group», *Social Theory and Practice*, Vol. 11, n° 2, 1985, pp. 124-126.

considerando que son tres las finalidades constitucionales que han considerado como suficientes para justificarlas. El primero de ellos es el argumento compensatorio y que defiende que aquellas responden a una necesidad de otorgar a determinados grupos un instrumento útil que les permita quedarse en un plan de igualdad con el resto de los elementos que componen aquella sociedad. Este argumento razona además que al verificarse una discriminación real sobre determinados grupos con un carácter de permanencia en el pasado no es razonable pensar que la supresión de las normas discriminatorias sea suficiente para garantizar una igualdad real. Es necesario, de este modo, que sean puestos en práctica determinados mecanismos legales que favorezcan estos grupos con la finalidad de integrarlos²¹⁰, compensándolos de esa forma con la finalidad de que todos los ciudadanos ostenten las mismas oportunidades.

Contra este argumento se podrá todavía argumentar que no sería justo perjudicar a terceros en su derecho a un trato formal igualitario recurriendo a un instrumento jurídico que visa compensar los históricamente discriminados, por otra generación que no esta, como sugieren las palabras de Gluck: «no se puede situar en una distinta dimensión temporal la igualdad formal (en el presente) y la desigualdad material que hay que compensar (en el pasado)»²¹¹. Ronald Fiscos considera además «absurdo perjudicar, por ejemplo, a los descendientes de la emigración italiana o polaca de principios de siglo, en Estados Unidos, y justificarlo por su pertenencia a la raza blanca que, en el siglo XIX, mantenía la esclavitud en los Estados del Sur.»²¹². Asimismo, será más razonable en mi opinión procurar compensar el desequilibrio que ocurre en el presente, y no el que ocurrió en el pasado, no importando de este modo que la discriminación que se intenta terminar ahora

²¹⁰ Véase al respecto: NAGEL, THOMAS «Equal Treatment and Compensatory Discrimination» en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 2, n.4, 1973.

²¹¹ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...cit.*, p. 169.

²¹² FISCUS, RONALD J., *The Constitutional Logia of Affirmative Action*, Duke University Press, 1992, Durham and London, 1992, p. 8.

provenza del pasado, sino que exista hoy.

El segundo argumento es el redistributivo y está relacionado con el hecho de que este tipo de medidas se utilicen como parte de una política de integración social con el intuito de mejorar una sociedad que se reconoce injusta, en el momento actual de su aplicación, siendo la finalidad constitucionalmente deseable que justifica el trato desigual la redistribución de los bienes sociales, como el trabajo, de una forma equilibrada.

De hecho, la justificación de este tipo de medidas depende de la demostración y de la existencia de un desequilibrio real y actual en el acceso a esos bienes y que son comprobables en las estadísticas sobre el empleo y la representatividad de cada uno de los sexos en los diferentes sectores y categorías.

El último argumento es de naturaleza social, históricamente utilizado para legitimar las cuotas rígidas con base racial y que defiende que resulta benéfico que el sector político y laboral refleje la diversidad racial y de sexos existente en la sociedad, considerando que esta sale beneficiada al atender que será mucho más fácil servir a su población diversa si los servicios prestados provienen de órganos que reflejen tal diversidad. El objetivo de alcanzar la diversidad sería tan importante que justificaría el sacrificio de derechos de los ciudadanos, perjudicados por estas medidas, más aún si para alcanzar tal diversidad el sistema habitual de mérito y capacidad no es suficiente para lograrla, por lo que, en nombre del interés general, conviene hacerlo²¹³. En contra de este argumento se podrá defender que resulta peligroso, por conllevar a un sistema en el que cada profesión, plaza universitaria o cargo político, debería reflejar la composición de la sociedad retirando la libertad individual de cada uno de elegir lo que mejor le conviene, retirando

²¹³ Este argumento ha sido utilizado por el Tribunal Supremo americano en el asunto Bakke.

libertad de elección y favoreciendo el dirigismo estatal frente a la libertad individual.

De los tres argumentos que hemos analizado, lo más oportuno es la finalidad redistributiva de los bienes sociales. Todavía, es importante que la misma no garantice un reparto artificial de los bienes, sino que tome en cuenta la libertad de elección y el esfuerzo de los individuos. No obstante estos argumentos, importa concretar un poco más, enumerando algunos principios que considero deber ser observados en la aplicación de cualquier tipo de medidas de discriminación positiva:

I. Principio del colectivo: Este tipo de medidas deberá respetar a un colectivo, no atendiendo a los miembros de dicho colectivo individualmente. Este tratamiento favorable, en las palabras de Giménez Gluck, “no sería constitucionalmente admisible sin la presunción de minusvaloración social basada en el rasgo que comparte el colectivo, que deriva de la existencia respecto al mismo de una cláusula específica de no discriminación”²¹⁴.

II. El Principio de utilidad: La medida de discriminación positiva debe ser previamente considerada útil para conseguir alcanzar la igualdad substancial o llegar más cerca de ella, debiendo ser una etapa preliminar la confirmación de que aquella no se verifica a través de datos estadísticos. De este modo, se quedarán excluidas todas aquellas medidas de discriminación positiva inútiles para el fin perseguido.

III. El Principio de idoneidad y necesidad: Este tipo de medidas sólo pueden ser aceptadas si son previamente consideradas idóneas, lo que significa que tienen que ser eficaces y eficientes en concurrencia con otras medidas que, por su naturaleza, no son tan controversias, considerándose de este modo necesarias para alcanzar el fin pretendido.

²¹⁴ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...cit.*, p. 66.

IV. El Principio de proporcionalidad *strictu sensu*: Las acciones de discriminación positiva no deberán generar un excesivo desequilibrio entre las cargas que entraña para la sociedad o terceros y los bienes que reporta al colectivo beneficiado. Este principio sólo será cumplido cuando los beneficios aportados para el grupo discriminado sean, al menos, mayores que el perjuicio provocado en el grupo de individuos perjudicados por este tipo de medidas. No será suficiente, en teoría, que las ventajas sean iguales a las desventajas, una vez que los potenciales riesgos por la puesta en práctica de este tipo de medidas podrá terminar por pender la balanza en favor de la no aplicación de las mismas. De este modo, es forzoso que, antes de optarse por la adopción de determinada disposición de discriminación positiva, esté garantizado virtualmente que los beneficios para el conjunto de la sociedad serán superiores a las pérdidas provocadas en la misma.

La proporcionalidad será seguramente menos polémica en las medidas de discriminación positivas moderadas, pues no provocan un daño directo en los intereses de terceros. Ya las medidas de discriminación positiva pueden de hecho traer más dudas, una vez que muchas veces interfieren en el principio del mérito y de la capacidad, pudiendo contribuir de modo determinante para que un candidato con más aptitud deje de ser seleccionado para el bien escaso, sea una promoción, una plaza en una universidad o un empleo, en favor de otro candidato, perteneciente al grupo favorecido. Importa no olvidar que este tipo de medidas podrán provocar también un daño en el beneficiario de la medida en los casos en que provoca la infravaloración de los méritos de todos los miembros del grupo beneficiado²¹⁵.

Los mayores críticos consideran que la violación del mérito imposibilita su justificación, ya que consideran que los bienes escasos

²¹⁵ CARTER, STEPHEN, *Reflections of an Affirmative Action Baby*, Basic Books, New York, 1991, p 2.

se destinan a quienes los merezca de hecho y que invertir esta constatación no es suficientemente proporcionado, dado que la víctima de la medida se queda privada del bien en virtud de una circunstancia ajena a su voluntad y en beneficio de una persona que tiene menor capacidad para conseguirlo. Todavía, ante este razonamiento soy obligado a compartir de la opinión de Ardí Jones, que considera que el *currículo* tampoco es siempre signo de mayor mérito individual, entendiendo como mérito individual las cualidades personales y el esfuerzo de cada individuo. De contrario, muchas veces tiene peor *currículo* el miembro del colectivo estigmatizado, no por su menor capacidad, sino porque ha tenido menos facilidades en dedicarse a construirlo que los individuos no discriminados, debido al sexismo existente²¹⁶. No se deberá también olvidar que los criterios de selección utilizados son, en muchos casos, imprecisos a la hora de medir el talento y la capacidad y el esfuerzo del candidato.

Es abusivo aún considerar que el derecho a acceder a un bien escaso en virtud del mérito individual sea inviolable en cualquiera de las situaciones, pudiendo ser limitado en determinadas circunstancias. Siempre que cumplidos determinados requisitos, la utilización de medidas de discriminación positiva racionalizada potencia la finalidad constitucionalmente: la igualdad real.

Hay que considerar también que en muchos casos la toma de este tipo de medidas son las únicas eficaces para que los miembros de los grupos discriminados salgan de la situación de inferioridad, siendo legítimo presumir que en sectores en que se verifique una gran diferencia en favor de uno de los sexos, el criterio del mérito pueda estar ocultando una discriminación sexual, siendo legítimos siempre que su puesta en práctica no suponga un daño desproporcionado a terceros respecto al beneficio que causan. Como considera Gluck, «Estamos

²¹⁶ JONES, HARDY «Fairness, Meritocracy and Reverse Discrimination», *Social and Theory Practice*, vol. 4, n° 2, 1977, pp. 211-226.

ante un conflicto entre la finalidad del plan (la redistribución de la desigualdad material entre colectivos) y el daño producido a terceros (la afectación del derecho a la igualdad formal en base al principio de mérito), y en la proporcionalidad entre ambas se encuentra la constitucionalidad de la medida»²¹⁷.

Los partidarios de que estas medidas nunca podrán ser proporcionales, por permitir beneficiar a personas que, aunque pertenezcan al grupo privilegiado, no sufrieron discriminación individualmente y que ni todas las víctimas de discriminación pertenecen a los grupos favorecidos, no son justificadas, ya que la imposibilidad en determinar si todos los elementos favorecidos con las medidas de discriminación positiva han sido ya discriminados y, en teoría, favorecer injustificadamente los elementos de aquel grupo no discriminados, no deberá imposibilitar una mayor injusticia por dejar de beneficiar todo el grupo, por suponer que algunos elementos podrán salir excesivamente beneficiados. Importa también considerar que la identidad sexual cohesiona de tal manera a los grupos discriminados que cualquier discriminación a cada uno de sus elementos termina por afectarle colateralmente²¹⁸. Tanto más que la propia conciencia del individuo en saber que puede ser discriminado, teniendo como base una realidad factual, podrá ser suficiente para auto estigmatizarse y perjudicarse.

V. El Principio de la objetividad: Este principio defiende que es necesario que esté comprobada la existencia de la discriminación sobre determinado grupo de personas y que la medida pretende eliminarla o disminuirla. Es necesario además que la misma esté delimitada y circunscrita para un combate más preciso y objetivo. En este ámbito, es de vital importancia la existencia de estudios y estadísticas que corroboren la existencia de discriminación.

²¹⁷ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...cit.*, p. 185.

²¹⁸ FRIEDMAN, MARILYN. A., «Harming Women as a Group...»*cit.*, pp. 124-126.

VI. El Principio de la rotación: Este tipo de medidas deberán continuar siendo aplicadas mismo que el grupo beneficiado se vuelva en el grupo anteriormente «perjudicado» por aquellas. Es necesario de este modo que los presupuestos que permitirán inicialmente su aplicación sigan verificándose. Se defiende que la discriminación positiva no deberá tener como objeto un grupo predeterminado, sino el grupo que en el presente sufre la discriminación, de este modo, la discriminación positiva no incide sobre las mujeres o los negros, sino sobre el sexo discriminado o la raza discriminada.

VII. El Principio de la normatividad: La importancia y complejidad de este tipo de medidas antidiscriminatorias implican la necesidad de ser aprobadas por la vía legislativa y nunca administrativa.

VIII. El Principio del control: La aplicación de las medidas de discriminación positiva deberá ser vigilada por mecanismos que permitan garantizar que las mismas no pasen más allá de lo estipulado y que sigan siendo cumplidos todos los principios enunciados, con el fin de evitar la perversión de la norma. En el dominio comunitario, deberá competir a cada Estado miembro la delegación de esta tarea, puesto que cada uno de ellos estará en mejor posición de verificar cual será la mejor forma de concretizar este tipo de medidas. En la esfera de los organismos comunitarios deberá ser la propia Unión Europea la que establece y controla a los mecanismos necesarios.

IX. El Principio de la transitoriedad: La discriminación positiva sólo deberá seguir siendo aplicada mientras persista la discriminación y todos los principios que fundamentaron su aplicación sigan verificándose.

En la aplicación concreta de medidas de discriminación positiva es necesario seguir también determinadas etapas con el objetivo de que

no se vuelvan ineficaces. La primera fase es la del compromiso y está relacionada con la necesidad de buscar el mayor grado de apoyo posible por parte de agentes que puedan desempeñar un importante rol en el asunto. De este modo, será positivo que el sector público y el sector privado, a través de las empresas, demuestren su apoyo real a este tipo de medidas. Para impulsar a esta dinámica, serán necesarios medios de incentivo, principalmente a los privados, para que sean protagonistas de los programas de medidas de discriminación positiva. Entre los principales incentivos estarán los beneficios fiscales a todas las empresas que acepten la introducción de medidas de discriminación positiva en la selección de su personal. La asunción de este compromiso deberá ser fiscalizada permanentemente por un órgano estatal responsable por su acompañamiento. Otro de los incentivos viables está relacionado con la prioridad garantizada a las empresas que colaboren con estos programas, en los concursos públicos. Todos estos incentivos deberán ser proporcionales al compromiso aceptado por cada empresa, debiendo existir distintos niveles de compromiso entre el sector privado y el Estado, para alcance del mayor número posible de empresas.

La segunda fase, del diagnóstico, está relacionada con el estudio concreto de la discriminación para que se pueda verificar el interés de poner en práctica medidas de discriminación positiva y cual el tipo de medida más ajustable a la situación concreta. Este análisis deberá ser llevado a cabo por expertos en estos asuntos, dada su importancia y complejidad, por medio de estudios coherentes y pormenorizados.

La programación es la etapa siguiente y corresponde a decidir cual la mejor forma de aplicar los tipos de medida seleccionados en la etapa anterior. Durante esta fase se establece también una escala de prioridades y el ajuste de estas con los medios materiales y humanos necesarios para ejecutarlos, así como el desarrollo temporal de su ejecución. Posteriormente, en la fase de la concretización, cumple realizar el programado, donde estarán previstas dificultades por la

diferencia que existe normalmente entre la teoría y la práctica. En esta fase, es necesario tener en mente la amplitud de los objetivos que estuvieron en la génesis del programa que se está aplicando. Mientras su aplicación, el programa de discriminación positiva se debe hacer acompañar de una evaluación continua. Durante esta fase, denominada de acompañamiento, se deberán evaluar, por lo tanto, los aspectos conseguidos y los fracasados, procurando las razones de estos resultados e intentando corregir a los aspectos que puedan y deban ser mejorados.

Se podrá también cuestionar por qué razón las medidas de discriminación positiva podrán beneficiar a las mujeres y no otros colectivos minusvalorados, como los pertenecientes a determinada religión o ideología política. Uno de los principales argumentos está basado en la poca seguridad de los mismos ya que son fácilmente modificados y falibles pudiendo originar fraudes por parte de elementos presuntamente pertenecientes a esos grupos. Es necesario, de este modo, que la pertenencia a determinado grupo desvalorizado sea involuntaria e identificable de forma transparente²¹⁹. Resulta de esta forma claro que los rasgos que pertenecen siempre a un determinado grupo serán las características, como la raza o el sexo. No existe todavía ninguna razón para que solamente los grupos habitualmente beneficiados puedan continuar siendo los únicos destinatarios, posibilitando que otros grupos puedan pertenecer a este grupo restricto, desde que presenten características inmutables como los referidos.

Importa también detenernos sobre la viabilidad de proponer medidas de discriminación positiva moderadas no solamente en el ingreso a un bien escaso, pero además impidiendo que el miembro del grupo minusvalorado perca un bien escaso que haya ya obtenido en el pasado. Me refiero más concretamente a situaciones donde el individuo

²¹⁹ Véase al respecto: RUIZ MIGUEL, A.: «Discriminación inversa e igualdad...», *cit.*, p. 81.

perteneciente al sexo infrarepresentado se quede delante de una situación de cesación de contrato a término, pudiendo beneficiarse de la prórroga del mismo en detrimento de trabajadores del sexo suprarepresentado que delante de semejantes condiciones irían gozar de tale beneficio.

Existen además otro tipo de medidas, conocidas como acciones positivas, que promueven y que tienen por objeto establecer la igualdad, nombradamente entre hombres y mujeres, no constituyendo cualquier tipo de cuotas y no influyen directamente al proceso reclutamiento, en el sentido de favorecer los miembros de los grupos desaventajados, sino tratan de remover los obstáculos que impiden que los miembros de estos grupos lleguen al proceso selectivo en igualdad de circunstancias, quedándose estrictamente relacionado con la igualdad de oportunidades, teniendo como objetivo que todas los candidatos gocen de una posición similar en el punto de partida. Desde una perspectiva amplia, incluyen una gran variedad de medidas destinadas a combatir la discriminación de determinados grupos y a favorecer la igualdad real, siendo aplicables en distintas esferas como la educación y medios profesionales. Entre ellas se destacan las medidas de concienciación y sensibilización sobre la situación de los grupos discriminados, la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación sexual en el empleo, las medidas publicitarias, como la mención expresa en los anuncios de concursos, de exámenes o de plazas vacantes de los términos «mujeres y hombres», la mención de que la entidad en cuestión aplica una política de igualdad de oportunidades, la formación en materia de igualdad de oportunidades de los reclutadores, la modificación de los impresos de contratación para evitar en ellos cualquier cariz sexista, las medidas dirigidas a la formación y reciclaje profesional de las mujeres, acciones con tendencia a facilitar la conciliación de la vida profesional con la vida familiar ²²⁰, incentivos

²²⁰ En esa línea, se puede destacar la Directiva 96/347CE, de 3 de junio, que incorpora el Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE (Unión

fiscales a las empresas para el contrato de mano de obra femenina, la subvención de guarderías y el establecimiento de permisos laborales por maternidad.

Este tipo de medidas no plantean especiales problemas de justificación, puesto que no ponen en causa los derechos individuales de terceros, al contrario de todas las medidas de discriminación positiva, sean o no moderadas, importando por eso detenernos sobre las últimas.

II.2. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA CON ORIGEN EN EL ESTADO.

Regresando al ordenamiento jurídico americano, importa recordar el asunto Fullilove²²¹. Con el objetivo de disminuir el desempleo, el Congreso, en 1977, ha promulgado una ley por la que destinaba anualmente determinados fondos federales a Estados y Ayuntamientos para que desarrollasen proyectos de inversión pública²²². Para que la provisión de esos fondos ocurriese sería necesario que 10% de los proyectos fuesen realizados por «*minority business enterprise*»²²³. La legislación previa además que esa cuota se debería aplicar incluso si las ofertas de las referidas empresas fueran más altas que las ofertas de las demás empresas. El empresario Fullilove, empresario blanco, no satisfecho con que este trato ha reclamado la inconstitucionalidad de la norma por razón de discriminación racial.

En la pronunciación de esta sentencia, el Tribunal Supremo americano ha considerado la Decimocuarta Enmienda al señalar que

de Industrias de la Comunidad Europea), el CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos); la Directiva 97/81, de 15 de diciembre, que recoge al Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial.

²²¹ Fullilove contra Klutznick, 448 US 448 (1980).

²²² The Public Works Employment Act, 91 Stat. 116 (1977).

²²³ Empresas cuyos dueños pertenecían a las siguientes minorías: Negros, hispanos, orientales, indios y esquimales.

esta habilita al Congreso para utilizar los fondos federales en la forma que considere más adecuada para defender «la cláusula de igual protección». El mismo Tribunal ha considerado también que el criterio racial utilizado en la norma controvertida podrá ser concretado siempre que la medida esté estrictamente concretada a remediar los efectos de una discriminación anterior. En lo que respecta a los empresarios blancos, el órgano judicial continúa su razonamiento considerando que «cuando se efectúa un proporcional y restringido remedio destinado a luchar contra los efectos de una anterior discriminación, la coparticipación en la carga por partes inocentes no es impermissible». En las palabras de Giménez Gluck «Es decir, el Tribunal Supremo aplica al caso un test ordinario de constitucionalidad del trato desigual, no otorgando a la utilización de la raza como criterio distintivo una especial relevancia»²²⁴.

El razonamiento que basaba esta decisión estaba relacionado con el hecho de la Constitución Americana al habilitar al legislador federal para desarrollar la Decimocuarta Enmienda supone que las normas emanadas de él no son especialmente sospechosas, pese a utilizar el criterio racial. El legislador deberá incluso justificar todo el trato desigual con una finalidad de la norma constitucionalmente admisible, en que hay por lo menos un interés importante del Estado sin que necesariamente tenga que ocurrir un interés primordial (compelling interest) o tampoco narrowly tailored.

Este razonamiento ha influenciado durante años la realidad americana, más concretamente las entidades locales y estatales que en la década de ochenta aplicaron acciones positivas sin grandes preocupaciones de su legitimidad delante de la Constitución. Este sentido ha cambiado a partir del Caso Crosson²²⁵, el año de 1987. Este asunto surgió a raíz de 50% de la población en la ciudad de Richmond

²²⁴ GIMÉNEZ GLUCK, DAVID, *Una manifestación polémica del principio de igualdad...cit.*, pp. 121 y 122.

²²⁵ City of Richmond contra Crosson, 488 US 469 (1989).

ser negra y de los contratos firmados en los últimos años con el Ayuntamiento sólo el 0,67% hubieren sido celebrados con empresas propiedad de miembros de minorías, cuando el mismo estudio comprobaba que en toda América se verificaba un porcentaje de 51%. De forma a invertir esta realidad se ha decidido adoptar un plan de discriminación positiva que comprometía a que un mínimo de 30% de sus contratos fuesen realizados con empresas pertenecientes a miembros de las minorías. La empresa Crosson Company, propiedad de blancos, contesta esta iniciativa legislativa considerándola contraria a la Decimocuarta Enmienda.

La Corte Suprema aplica en esta sentencia «the strict scrutiny test», aprovechando para considerar que el mismo razonamiento es para aplicarse a todas las clasificaciones raciales realizadas por los Estados o entes locales, quiere favorezcan o perjudiquen a las minorías. De este modo todo el trato desigual basado en la raza realizada por un ente público con excepción del Congreso, ha de ser sometido a escrutinio estricto²²⁶.

Segundo lo defendido por esta sentencia el referido escrutinio se traducía en la práctica por la necesidad de compensar una discriminación anterior y que esta debería haber procedido concretamente de la institución que adopta el plan. Esta discriminación debería aún ser evidente, no bastando la estadística para comprobarla. Es evidente así la diferente opinión en la jurisprudencia anterior donde se consideraba la diversidad racial o la compensación de una abstracta discriminación social en el pasado como intereses gubernamentales suficientemente capaces de superar el test de constitucionalidad.

En el asunto Crosson se queda claro también que la confección de

²²⁶ Dentro de las acciones positivas provenientes de las instituciones públicas existían diferencias constitucionales según su origen; el origen del Congreso o de cualquier otra entidad pública, siendo esa diferencia determinante para calibrar la constitucionalidad de una medida.

los programas remediadores ha de ser restringida a que los objetivos sean flexibles, siendo necesario demostrar que la clasificación racial es el único medio para remediar la discriminación en el pasado (*narrowly tailored*).

De este modo, resulta claro que el plan iniciado por la ciudad de Richmond solamente considera una cifra estadística, sin recoger a más evidencias de la pasada discriminación, no siendo suficiente para superar el primer requisito. La segunda exigencia no ha sido de igual modo cumplida ya que las cuotas son demasiado rígidas y no se ha realizado ninguna investigación encaminada a buscar alternativas a las mismas. Así, el tribunal ha considerado el plan contrario a la Constitución.

Esta realidad se ha quedado inalterable en la realidad americana hasta la sentencia *Adarand*, en el año de 1995²²⁷, relacionado con un programa federal (*The Surface Transportation and Uniform Relocation Assistance Act* de 1987) que subvencionaba con 10000 dólares a las empresas que subcontratasen con las empresas propiedad de minorías al menos un 10% de su contrata con la Administración. Con base en este programa, la empresa *Adarand Constructors*, propiedad de blancos, perdió una subcontratación en beneficio de una de las empresas beneficiadas, cuya oferta económica era considerablemente inferior. *Adarand Constructors*, no satisfecha con esta situación, recurrió a la inconstitucionalidad del programa basado en la discriminación racial.

El Tribunal Supremo llamado a pronunciarse consideró el programa controvertido inconstitucional por no superar el *strict scrutiny test* de constitucionalidad, rectificando su jurisprudencia de *Crosson*, *Fullilove* y *Metro Broadcasting*, estableciendo por primera vez que también las normas federales que utilizan el criterio racial para

²²⁷ *Adarand Constructors contra Peña*, 115, S. Ct. 2097 (1995).

favorecer a las minorías han de someterse a escrutinio estricto. Una vez más el decisionismo político se hizo patente en la jurisprudencia constitucional sobre el tema del trato desigual. Lo único que cambia en *Adarand* respecto a *Crosson*, *Fullilove* y *Metro Broadcasting* es la composición ideológica del Tribunal Supremo. Sin embargo, pese a lo señalado en la Decimocuarta Enmienda, se equipara el Congreso federal al resto de las instituciones públicas, al contrario de lo que se hacía antes. De este modo, después de *Adarand*, todas las medidas de acción positiva de origen pública están sometidas a un test estricto de inconstitucionalidad.

Este tipo de razonamiento hizo con que la mayoría de los planes de discriminación positiva federales en vigor, cuando recurridos, tuviesen muchas posibilidades de ser anulados por inconstitucionalidad. Todavía debido al sistema americano que supone que son los tribunales ordinarios los que aplican la doctrina de la Corte Suprema, considerando caso a caso la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las normas que se le presentan, proporciona que puedan pasar años desde que el Tribunal Supremo declara una norma inconstitucional hasta que todas las normas similares a ésta desaparecen del ordenamiento jurídico. No obstante esta realidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece conducir irremediabilmente a la finalización de la acción positiva en los términos hasta ahora planteados²²⁸.

No obstante esta orientación, determinados Estados no están dispuestos a dejar transcurrir este periodo transitorio. De este modo, ante la oposición de la Administración federal, algunos Estados han promovido reformas en sus propias Constituciones para prohibir la acción positiva con el objetivo de terminar con la utilización de cualquier tipo de institución pública del criterio de la raza o el sexo para

²²⁸ Cfr. DEVINS, NEAL: "Adarand Constructors, Inc. V. Peña and The Constinuing Irrelevante of Supreme Court Affirmative Action Decisions" en *William and Mary Law Review*, vol. 37, n. 2, Virginia, 1996, pp. 675-679.

beneficiar a unos determinados grupos, sea en procesos de selección (discriminación positiva) o en cualquier otra aplicación (acciones positivas)²²⁹.

En Europa no se ha verificado la distinción entre la naturaleza de los distintos organismos públicos a efectos de determinar la constitucionalidad de las «acciones afirmativas», sino el propio origen público de las mismas.

De hecho, las cuotas en los partidos políticos impuestas por la ley han sido por varias veces declaradas inconstitucionales. Así, en Francia, una ley electoral que previa que una lista electoral no pudiera tener más del 75% de candidatos del mismo sexo, fue declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional, en decisión de 18 de noviembre de 1982²³⁰, entre otros ejemplos más, como la Sentencia de la Corte Constitucional italiana, del 12 de septiembre de 1995, que consideró inconstitucional una norma de la Ley de 25 de marzo, que establecía, en lo referente a la elección de los concejales en los municipios de 15.000 o menos habitantes, la imposibilidad de que en las candidaturas algún sexo pudiese estar representado en una proporción superior a los dos tercios, con el argumento de que la norma controvertida al establecer un cuota rígida en lugar de remover los obstáculos para que las mujeres alcancen sus fines, trata de conseguir la igualdad establecido en los resultados directamente, lo cual violaba el principio de igualdad y el derecho a acceder a los cargos públicos en

²²⁹ El Estado pionero de esta acción es la California, a que no es ajeno el hecho de haber sido un de los Estados americanos que más ha utilizado las medidas de discriminación positiva, provocando en muchas ocasiones situaciones injustas, el cual sometió a referéndum de sus ciudadanos una Proposición de reforma de su Constitución, la Proposición 209 que afirmaba que “ El Estado no discriminará contra, ni proporcionará un trato favorable, a ningún individuo o grupo basándose en su raza, sexo color, etnia u origen nacional en el desarrollo de las políticas de empleo público, educación pública o contratación de empresas con el Estado”. El referéndum determinó la procedencia de la reforma. Ante la contestación a la norma por parte de las asociaciones de derechos civiles, el 3 de noviembre de 1997, el Tribunal Supremo ha considerado la enmienda constitucional californiana no contraria a la Constitución federal.

²³⁰ 82-146 DC, 18 de noviembre de 1982.

condiciones de igualdad reconocido en la Constitución de aquel país. Otra de las cuestiones importantes relacionadas con este tipo de cuotas afecta al derecho de sufragio, al principio de indivisibilidad del cuerpo electoral y al derecho de asociación de los partidos políticos. De acuerdo con el Consejo Constitucional francés, cualquier restricción al derecho a presentarse como candidato, excepto la edad, la incapacidad o cualquier otra tendente a garantizar la independencia del elegido, ha de considerarse inconstitucional al afectar al contenido esencial de dicho derecho fundamental²³¹. El mismo Consejo Constitucional ha razonado también que la cuota de candidatos de un determinado sexo viola el principio de indivisibilidad del cuerpo electoral, al diferenciar en categorías a los elegibles²³²

La inconstitucionalidad de estas leyes, así como de todas las medidas de discriminación positivas, están relacionadas con el conflicto entre la igualdad formal y la igualdad material. En el ordenamiento jurídico portugués todas las medidas de discriminación positiva tienen origen en el mandato de igualdad sustancial del art. 9º CRP como se ha referido ya anteriormente. De este modo hay una imposición al Estado para adoptar medidas que tengan como objetivo conseguir la igualdad real y efectiva, no solamente de los individuos entre ellos, sino entre los distintos grupos que integran a la sociedad.

Importa aquí determinar cómo actúa el origen público de las medidas de discriminación positiva en la constitucionalidad de las mismas. Al contrario de los particulares, el Estado tiene especial compromiso constitucional en emprender la igualdad real, todavía la

²³¹ FAVOREU, LOUIS «Principio de igualdad y representación política de las mujeres» *REDC*, nº 50, CEC, Mayo-Agosto 1997, pp. 22 y 23.

²³² Al respecto de este razonamiento se ha considerado que sólo en países como Bélgica, donde la propia Constitución no reconoce la unidad del cuerpo electoral al garantizar la presencia de un número igual de miembros de la comunidad valona y flamenca en el seno del Consejo de Ministros, entre otras cuotas dirigidas a favorecer el perfecto equilibrio entre las dos comunidades, sería posible un sistema de cuotas de mujeres en los cargos representativos impuesto por el Estado. Vid., FAVOREU, LOUIS «Principio de igualdad y representación política...» *cit.*, pp. 25 y 26.

igualdad formal, reconocida en el art. 13º CRP viene limitar este tipo de medidas con origen estatal ya que lo señalado en este artículo va dirigido de manera especial a limitar la actuación de los poderes públicos.

En virtud del art. 47 CRP que consagra que «Todos los ciudadanos tienen el derecho de acceso a la función pública, en condiciones de igualdad y libertad, en regla por vía de concurso» no sería constitucionalmente admisible que el Estado en los procesos de selección a la función pública cambiase el criterio del mérito o capacidad garantizado por la Constitución con la adopción de medidas de discriminación positiva. De este modo resulta que, en materia de reclutamiento público, solamente las acciones positivas y medidas de discriminación positiva moderada basada en la igualdad de mérito serían admisibles, limitando de este modo el compromiso del Estado, por fuerza del art. 9 CRP, de promover las condiciones que conduzcan a la igualdad real.

II.3. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA CON ORIGEN EN LOS PARTICULARES.

En la realidad norteamericana, después de la sentencia *Adarand*, todas las medidas de acción positiva de origen público, sin distinción entre entes federales y estatales o locales, pasaron a estar sometidas a un test estricto de inconstitucionalidad. En el panorama del ordenamiento jurídico americano lo mismo no ocurre con las acciones positivas de origen privado, puesto que no están sometidas a la cláusula de igual protección de la Constitución, pero a la Ley de Derechos Civiles de 1964. De este modo, su justificación estará basada bajo un juicio de legalidad, no un juicio de constitucionalidad. Importa así definir si se hallan adentro de la discriminación que prohíbe la letra del Título VII de la ley de Derechos Civiles el trato preferente a las minorías raciales y a las mujeres en el acceso y promoción en el empleo,

no si estas acciones son inconstitucionales. Tampoco la jurisprudencia americana analizada y, más concretamente, el escrutinio estricto del trato desigual afecta a las medidas de discriminación positiva proveniente de los particulares.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las acciones positivas por parte de los particulares fue desarrollada en la sentencia Weber el año de 1979²³³. Todo empezó cuando Kaiser Aluminum & Chemical Corporation introdujo un *Affirmative Action Plan* en un convenio colectivo firmado con el sindicato *United Steelworkers of America*. En una planta de la empresa menos del 2% de los trabajos cualificados eran ocupados por afroamericanos, cuando su fuerza laboral en el área geográfica constituía 39% del total. Esta situación ocurría también en todas las plantas de la referida empresa. Este desequilibrio estaba relacionado con el hecho de que para llegarse a estos puestos era necesario haber tenido experiencia en este tipo de oficios. Una vez que los afroamericanos habían estado excluidos tradicionalmente de los sindicatos de trabajos cualificados, condición necesaria en la realidad norte americana para que pudieran trabajar en ellos, muy pocos cumplían con ese requisito. Con el objetivo de remediar esta realidad, el plan preveía reformas en el programa de formación de sus propios trabajadores para puestos cualificados, cuyos criterios de selección dejaron de estar basados exclusivamente en criterios de antigüedad para un cuota de 50% para los afroamericanos con el objetivo que el porcentaje de trabajadores cualificados fuese más equilibrada de acuerdo con el volumen de fuerza de trabajo que este grupo representaba en esa localidad. Weber, trabajador blanco de la empresa, fue rechazado por los programas, no obstante tener más antigüedad que varios trabajadores afroamericanos que fueron aceptados. De este modo, alegó ante los tribunales una violación del Título VII de la Ley de los Derechos Civiles de 1964 por discriminación

²³³ *United Steelworkers of América, AFL-CIO-CLC & Kaiser Aluminum & Chemical Corporation & United States, contra Weber*, 443 US 149 (1979).

racial.

Respecto a una posible vulneración de la «Equal Protection Clause» de la Decimocuarta Enmienda, la propia Corte señaló que «desde el momento en que el plan no envuelve ningún acto del Estado, este caso no puede presentar ninguna violación de la misma», resultando claro que el Tribunal sustrayendo a las acciones positivas procedentes de particulares de un análisis constitucional²³⁴.

El mismo Tribunal ha considerado en esta sentencia que el origen de la acción positiva es fundamental para determinar su justificación legal o constitucional. Cuando la acción positiva proviene del sector público, el juicio será de constitucionalidad y bajo escrutinio estricto; si proviene de un particular el juicio será de legalidad y bajo el «Weber criteria»²³⁵.

En Europa, en cambio, la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales han extendido la prohibición constitucional de discriminación a los particulares, desarrollándose también normas antidiscriminatorias al nivel legal, aportando para que el juicio de trato desigual siempre que originado en un particular sea doble ya que estará sometido a un juicio de constitucionalidad y de legalidad.

Importa referir que el mandato del art. 9º CRP a los poderes públicos supone un mayor compromiso en la utilización de medidas de acción y discriminación positivas, mientras los particulares no reciben ningún mandato constitucional en este sentido, haciendo con que su

²³⁴ Esta sustitución de un análisis constitucional por uno de legalidad no se realiza, exclusivamente, ante las acciones positivas provenientes de personas privadas ya que por ejemplo cuando el Estado actúa como empresario como los casos de empresas públicas, la contratación de personal laboral se queda también sometido a la ley de Derechos Civiles como tuvo oportunidad de poner de manifiesto el Tribunal Supremo en el caso Stotts (1984) y en el caso Jonson (1987).

²³⁵ Importa referir que el Weber criteria ha sido utilizado por el Tribunal Supremo en varias ocasiones para determinar la legalidad de planes de acción positiva provenientes del Estado en su labor de empresario.

utilización sea solamente de su voluntad en ponerlas en práctica. Todavía, el rol del Estado no se queda por aquí, ya que el mandato del referido artículo podrá ser interpretado en el sentido de que, teniendo en cuenta la importancia de la política llevada a cabo por los empresarios, relativamente a la materialización de la igualdad real, el Estado podrá limitar la autonomía de la voluntad del empresario, y más concretamente la libertad de empresa hasta el punto de imponerle por ley la aplicación de aquél tipo de medidas. Se podrá discordar juzgando que lo máximo que se podrá obligar a los particulares será exigirles un trato formalmente igualitario entre sexos y permitirles un trato desigual siempre que aquellos lo consideren importante, en la busca de la igualdad real, desde que proporcionado al fin que se pretende lograr. Es consensual que el mandato del art. 9º CRP justifica una intervención del Estado incentivando el establecimiento de medidas a favor de las mujeres, ya que es innegable que estas siguen siendo discriminadas en el contexto laboral. De hecho, medidas que proporcionen que las empresas privadas apliquen medidas de acción positiva serían legítimas. En las palabras de Gluck, «serían constitucionales todas las medidas que, respetando la autonomía de las empresas “removieran los obstáculos” que impiden a las mismas tratar de forma igualitaria a los hombres y a las mujeres, con la adopción de planes temporales de acción positiva si la situación lo hiciera necesario»²³⁶. Con respecto a la obligatoriedad de aplicación de medidas de discriminación positiva por parte de los particulares, me parece abusiva, ya que podrá ser considerada excesiva ante el mandato otorgado al Estado y a la autonomía privada. Será preferible, en mi opinión, crear condiciones que potencien su utilización voluntaria por parte de los empresarios a través de incentivos reales e efectivos como un reconocimiento público de empresas que ponen este tipo de medidas en práctica así como una mayor facilidad de recurrir a prestamos con tasas más bonificadas.

No existiendo ninguna norma en el panorama portugués que

²³⁶ GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad...cit.*, p. 145.

obligue las empresas a aplicar la discriminación positiva moderada, el CT refiere tan solamente, en su art. 27º, que «No son consideradas discriminatorias las medidas de carácter temporero concretamente definido de naturaleza legislativa que beneficien ciertos grupos desfavorecidos, nombradamente en función de sexo (...), con el objetivo de garantizar el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos previstos en este Código y de corregir una situación factual de desigualdad que persista en la vida social». Hubiera sido preferible que allá de esta previsión el gobierno portugués concretase este tipo de medidas para las empresas privadas, previendo que los sectores infrarrepresentados en términos de género y ante candidatos con meritos semejantes, se prefiriese el perteneciente al grupo menos representado, mediante determinados incentivos. Esta norma debería tener todavía aplicabilidad obligatoria en los reclutamientos para los puestos de la función pública, obedeciendo a los mismos requisitos, hasta que la discriminación basada en el sexo dejara de verificarse.

II.4. LAS MEDIDAS DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL DERECHO COMUNITARIO.

El derecho comunitario también ha desarrollado un importante rol, no obstante haber adoptado una conducta conservadora. De los siete artículos del Protocolo sobre Política Social que el Tratado de Maastricht ha anexoado, el art. 6 se refiere a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo. El apartado 3 afirma que el principio de igualdad de trato: «no impedirá que cada Estado Miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales», estableciendo de

esta forma una cláusula que legitima la consagración de medidas de discriminación positiva en los países signatarios²³⁷.

Más tarde, el Tratado de Ámsterdam dio una nueva redacción al art. 141 TCE, disponiendo en su apartado 4 que: «con el objetivo 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».

Esta excepción tiene su origen en el principio de la igualdad substancial que defiende a la eliminación de las desigualdades de hecho y no solamente las formales, que impiden el logro de una verdadera igualdad de oportunidades entre los sexos en el mercado de trabajo.

La referencia a «la plena igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral» termina con las dudas sobre la aplicación de la discriminación positiva solamente en el ámbito de la igualdad de oportunidades, alargando así el ámbito de su aplicación²³⁸. Con el TFUE no se ha introducido ningún cambio relevante quedándose lo dispuesto en el art. 157.4.

Aunque el Tratado no imponga la discriminación positiva como una política de los Estados Miembros, su referencia refuerza la legitimidad de las políticas nacionales al respecto, bien como incentiva a la adopción de tales medidas por los Estados se pudiendo considerar

²³⁷ Véase al respecto: WATSON, PHILIPPA «Social Policy after Maastricht» *Common Market Law Review*, Leiden. Vol. 30, n° 3, junio 1993, p. 499.

²³⁸ Como refiere Barrere Unzueta, por primera vez se reconoció junto con el principio de igualdad de trato el principio de igualdad de oportunidad y se recomienda medidas de acción positiva a favor de las mujeres considerando legítimas esas medidas. Vid., BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva...*, cit., p. 31.

que puede resultar compatible con el Derecho comunitario el establecimiento de de diferencias positivas siempre y cuando estas se dirijan a colectivos que se encuentran en una situación desigual²³⁹.

Reconociendo que esta última disposición se aplica esencialmente a las mujeres y no a los hombres, la Conferencia Intergubernamental de Turín aprobó la Declaración 28, en que afirma que los Estados Miembros, al adoptar las medidas enunciadas en el artículo 141.4 TCE, deberán tener como objeto mejorar la situación de las mujeres en la vida profesional.

Esta discriminación positiva en favor del sexo infrarrepresentado se encuadra en las acciones de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y en las acciones de eliminación de las desigualdades, a que se refiere el antiguo artículo 3.2 TCE.

Ya anteriormente se había hecho referencia a la posibilidad en concretar medidas de discriminación positiva a través de La Directiva 76/207/CEE que afirmaba en su art. 2.4, que « la presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1».

Esta ha sido la primera manifestación de la compatibilidad de la discriminación positiva con el derecho comunitario, optándose por una estrategia de «ni promover ni prohibir la misma» ya que el Consejo ha preferido mantenerse aislado de una posición más aclaradora, no solamente en relación a la utilidad de la discriminación inversa como también a los términos en que ésta se debía ejercer, optando por dejar toda la competencia para elegir por su ejercicio a los Estados Miembros.

²³⁹ MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. y FERNÁNDEZ LIESA, C., «La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo», en *Ministerio de Trabajo y Asunto Sociales*, Madrid, 2001, p.48.

En la Recomendación de 13 de diciembre de 1984²⁴⁰, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres, el Consejo reconoce que las normas jurídicas existentes sobre la igualdad de trato son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho si paralelamente, y por parte de los gobiernos y otros organismos, no se toman acciones con vista a compensar esos efectos perjudiciales para las mujeres, y que resultan de las actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad.

En la misma, se recomienda a los Estados Miembros adoptar y promover medidas de acción positivas para eliminar o compensar los efectos perjudiciales que, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, resultan de actitudes, estructuras y comportamientos sociales basados en la idea de una división aparente del papel del hombre y de la mujer en la sociedad y estimular la participación de las mujeres en todas las actividades, en todos los sectores de la vida profesional en los que están infrarrepresentadas, así como en todos los niveles de responsabilidad.

El Parlamento Europeo se ha mostrado también un adepto de la discriminación positiva. En la Resolución de 21 de septiembre de 1995²⁴¹, sobre la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín, el Parlamento: «acoge con satisfacción la aceptación internacional de la acción positiva como medida estructural para proporcionar a las mujeres un acceso igual al empleo y a los puestos decisorios en el terreno económico» y «acoge con satisfacción el reconocimiento de la discriminación positiva, entre otros aspectos, en

²⁴⁰ Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer.

²⁴¹ Resolución B4-1194/95, del Parlamento Europeo, de 21 de septiembre de 1995, sobre la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín: Igualdad, Desarrollo y Paz.

forma de cuotas, como medida para conseguir una igual participación de mujeres y hombres en los estamentos decisorios»²⁴².

Un poco más tarde, en una Resolución del 15 de noviembre de 1996²⁴³, sobre la aplicación de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la función pública, el mismo Parlamento Europeo pide a los Estados Miembros que se prevea la legitimidad de las acciones positivas con el objetivo de fomentarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

En la Directiva 2002/73/CE se enuncia en el art. 2.8 que «los Estados Miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4, del artículo 141, del Tratado, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres». Esta Directiva solamente produce una sutil modificación del art. 2.4 de la antigua Directiva 76/207/CEE, no siendo por eso motivo determinante para el desarrollo de la discriminación positiva en el ordenamiento comunitario, revelándose no más que una operación de cosmética sin efectos prácticos. Tampoco con la entrada en vigor de la Directiva 2006/54/CE se ha producido cualquier cambio en esta materia.

Ante la no definición por parte del derecho comunitario original y derivado para definir con exactitud el contenido y los límites de la discriminación positiva, la jurisprudencia del TJCE ha desempeñado una importante función aclaradora al declarar cuáles son sus demarcaciones y objetivos, intentado impedir arbitrariedades y que la aquellas medidas justifiquen más allá de lo que sea legítimo.

La intervención del Tribunal Comunitario ni siempre ha sido la más favorable en los asuntos relacionados con la aplicación de la

²⁴² Apartado 9 y 10 de la Resolución B4-1194/95.

²⁴³ Resolución A4-283/96, del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 1996.

discriminación positiva, ni tampoco aceptada de forma pacífica las decisiones sobre la misma, con algunos de sus fallos generando controversia y críticas por parte de algunos cuadrantes de la sociedad. Seguidamente se describen las sentencias más pertinentes al respecto y que ayudan a comprender la complejidad del tema.

La sentencia Kalanke²⁴⁴, de 17 de octubre de 1995, tenía por objeto una cuestión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia por el Tribunal Federal de Trabajo Alemán (BAG)²⁴⁵.

En un proceso de selección interna para cubrir un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, habría que escoger entre dos candidatos, el Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann, de igual titulación, distinta antigüedad y distinto sexo.

Después de un desacuerdo entre la dirección del Servicio de Parques y Jardines y el Comité de Personal sobre cuál de los dos candidatos debería ser promovido, se solicitó al Comité de Conciliación un pronunciamiento. Este Comité ha considerado que los dos candidatos poseían la misma capacitación y que por fuerza de la Ley del Land de Bremen, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública (LGG), debería darse preferencia al candidato de sexo femenino.

²⁴⁴STJCE de 17 de octubre de 1995, Kalanke, asunto C-450/93.

²⁴⁵ Sobre las críticas a esta sentencia vid., BALLESTER PASTOR, M. A., «La sentencia del TJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado», *TS*, n° 58, 1995, pp. 12-21; FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «La discriminación positiva en el ámbito comunitario. Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995», *AL*, n° 44, 1995, pp. 759-775; GONZALO GONZALÉZ, B., «El principio de igualdad de oportunidades y la excepción de la discriminación inversa», *RL*, n° 12, 1996, pp.12-19; QUINTANILLA NAVARRO, B., «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995 sobre el caso Kalanke v. Glissman», *AL*, n° 5, 1996, pp. 145-159; REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», *REDC*, n° 47, 1996, pp. 309-332; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. «Comentario a la Sentencia Kalanke del TJCE; la discriminación positiva de la mujer», *RL*, n° 22, noviembre (1995), pp. 1 y ss.

El Sr. Kalanke, no satisfecho con esta decisión, ha alegado ante el Tribunal de Trabajo Alemán de jerarquía inmediatamente superior (AG), que poseía una capacitación superior a la de la Sra. Glissmann y que el régimen de cuotas instituido por la LGG era contrario a la Constitución de la Región de Bremen, a la Ley Fundamental de Bona de 1949 (GG) y al artículo 611a del Código Civil Alemán (BGB).

No obstante los argumentos presentados, el AG y más tarde el Tribunal Superior de Trabajo (LAG), en recurso de apelación, han desestimado su demanda. De este modo, el Sr. Kalanke interpuso un recurso de «Revisión» alemana ante el BAG. El Tribunal superior consideró que la solución del litigio dependía fundamentalmente de la aplicabilidad de la LGG, aceptando como presupuesto la declaración de hechos probados efectuado por el LAG de que los candidatos tenían la misma capacitación para cubrir el puesto y que existía infrarrepresentación de las mujeres en el Servicio de Parques y Jardines.

El BAG, a pesar de considerar que el régimen de cuotas era compatible con las disposiciones constitucionales y legales alemanas, ha tenido dudas sobre la compatibilidad de los apartado 1 y 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE con la LGG, decidiendo plantear al TJCE dos cuestiones prejudiciales.

En la primera cuestión pregunta si el art. 2.4 de la Directiva es aplicable a una disposición que dé preferencia a las candidatas femeninas frente a los candidatos masculinos, siempre que se verifique una igualdad de capacitación entre ambos y las mujeres se encuentren infrarrepresentadas por ocupar menos de mitad de los lugares correspondientes.

En caso de respuesta negativa a esta cuestión, el BAG pregunta si el art. 2.1 de la Directiva se debe interpretar «teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, en el sentido de que son inaplicables disposiciones legales conforme a las cuales, al proveerse un puesto de un grado retributivo superior, debe darse preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si las mujeres están infrarrepresentadas, teniendo en cuenta que existe infrarrepresentación cuando en los distintos grados retributivos de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos y sucede lo mismo en los distintos niveles de función previsto en el organigrama».

El Tribunal de Justicia, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal comienza, principia por afirmar que cualquier disposición nacional que vaticine una prioridad automática a las mujeres, en los sectores en que éstas se encuentren en minoría, implica una discriminación en razón de sexo, a pesar de aquellas presentasen calificaciones iguales a de sus concurrentes hombres.

El TJCE extiende el raciocinio subrayando la importancia de constatar si la disposición nacional controvertida encaja en la excepción del art. 2.4 de la Directiva Comunitaria, que declara que no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias relacionadas con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y a la seguridad social.

El Tribunal Europeo sostiene, conforme el razonamiento de dos sentencias pronunciadas anteriormente²⁴⁶ por este tribunal, que esta excepción «tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social (...) a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres» concluyendo que mientras constituye una excepción a un derecho individual consagrado por la Directiva, debe interpretarse de forma restrictiva.

Estribándose en estos argumentos, el Tribunal concluye que cualquier norma nacional que abone una prioridad absoluta e ilimitada al sexo femenino en un nombramiento o promoción, no puede de manera ninguna estar dentro de los límites del art. 2.4 la Directiva comunitaria, poniendo de relieve la incompatibilidad con el carácter teleológico de la norma nacional alemana aseverando que «en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el art. 2.4 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades».

En cuanto al primer argumento, puede decirse en rigor que el art. 4 de la Ley del Land de Bremen no establecía una preferencia automática e incondicional de las mujeres con independencia de sus méritos, puesto que la preferencia que se les otorga estaba sujeta a dos condiciones: en primer lugar, la igual capacitación de los candidatos de uno y otro sexo; en segundo lugar, la existencia de infrarrepresentación de las mujeres en el sector. Así, lo puso de relieve el Tribunal Federal

²⁴⁶SSTJCE de 25 de octubre de 1988, Comisión c. Francia, asunto 312/86 y 15 de mayo de 1986, Johnston, asunto 222/84.

Alemán y el Abogado General, acentuando que sólo era una cuota rígida en el sentido de que, concurriendo las condiciones de aplicación, ella era automática, puesto que la norma no contenía una cláusula de apertura que permitiese ponderar las circunstancias del caso concreto.

El Tribunal de reenvío reconocía igualmente que el artículo 4 de la LGG, referente al sistema de cuotas, se debía interpretar en el sentido de que en principio se concedería preferencia a la mujer en caso de promoción, reconociendo, todavía del mismo modo, que la equidad debía imponer, si las circunstancias lo requiriesen, una excepción a este privilegio, considerando que la norma debía ser interpretada en conformidad con los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la GG, que lo imponía de igual forma.

Importa subrayar todavía que una norma que garantice una preferencia de este tipo no puede ser ciega ante otros factores importantes a tener en cuenta en un proceso de selección de personal, es decir, la Directiva comunitaria sólo puede ser compatible con una norma nacional en el momento que ésta atestigüe, por fuerza de la propia norma o de una norma de jerarquía superior, que se tomarán en cuenta factores igualmente legítimos que puedan determinar que el elegido pase a ser un candidato de otro sexo.

Sería inconcebible que, a través de una excepción suya, la Directiva comunitaria estuviese de acuerdo con una norma nacional que legitimase en términos teóricos la posibilidad de un hombre con una incapacidad física relevante y candidato a un puesto de trabajo, fuese relegado por una mujer, tan solamente porque ambos manifestasen iguales habilitaciones y se verificara una infrarrepresentación del sexo femenino en la sección correspondiente, no teniendo en cuenta las mayores dificultades que los minusválidos

enfrentan en el ascenso al mercado de trabajo y las normas comunitarias que igualmente los protegen.

De este modo, sólo una norma nacional que garantice estos postulados estará inequívocamente dentro del ámbito de aplicación de la Directiva comunitaria y más concretamente de la excepción del apartado 4 de su artículo 2.

El hecho de haber afirmado el Tribunal Alemán que la norma nacional controvertida podría ser objeto de algunas excepciones por fuerza de la norma constitucional alemana, no ha sido todavía suficiente para que el Tribunal de Justicia las considerase suficientes, quizá por el carácter demasiado amplio con que aquellas han sido garantizadas al no declarar de forma perentoria cuáles serían las reales posibilidades de ser aplicadas en los casos concretos.

El TJCE ha preferido de este modo no correr posibles riesgos, optando por decidir que tal norma era contraria a la Directiva con el objetivo de impedir arbitrariedades u omisiones que serían claramente contrarias al Derecho Comunitario y a la propia Directiva.

Es una decisión criticable, ya que el Tribunal de Justicia al considerar que la existencia de normas superiores alemanas que asegurasen algunas excepciones a la norma controvertida no sería suficiente para dejar de considerarlas automáticas y contrarias a la Directiva comunitaria, puso igualmente en causa la previsión de la discriminación positiva en más países miembros con garantías legales semejantes, significando de esta forma un revés en la eliminación de las diferencias aún existentes entre los sexos y más concretamente en la aplicación de la discriminación positiva.

El segundo argumento recogido por el Tribunal Comunitario es igualmente criticable por algunos sectores. Desde una concepción de la igualdad como valor unitario, cabe preguntarse si tiene sentido establecer una separación radical entre la igualdad de oportunidades y la igualdad en los resultados.

La igualdad de oportunidades del género en el ámbito laboral está relacionada con una igualdad en el punto de partida, al garantizar en el acceso a un puesto de trabajo iguales medios que puedan garantizar su obtención independientemente del sexo de los candidatos. En el mismo contexto, la igualdad de resultados está relacionada con la garantía de una igualdad en el punto de llegada, lo que evidencia claramente la dependencia y la interrelación entre ambos los conceptos. De este modo, el TJCE al querer certificar únicamente la igualdad de oportunidades pune sin duda la igualdad de resultados. Es innegable todavía que esa ha sido también la opción del legislador comunitario al hacer referencia tan solamente a la igualdad de oportunidades sin referir la igualdad de resultados, que a pesar de su dependencia son cosas distintas.

La función del Tribunal de Justicia como fiel intérprete del Derecho Comunitario es la de interpretar correctamente las normas comunitarias y no de corregirlas según las corrientes de los grupos de presión y tampoco interpretar excepciones de disposiciones comunitarias más allá de la que debe ser retirada de su letra y espíritu.

La propia Directiva es clara al declarar que «el principio de igualdad de trato (...) supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo» admitiendo excepcionalmente «las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en

particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres».

Siendo seguro que una norma que garantice una prioridad a las mujeres, siempre que se verifiquen los presupuestos de infrarrepresentatividad e igualdad de méritos, necesita buscar su legitimidad en el fundamento de que cuando haya que optarse para una plaza de empleo entre un hombre y una mujer que ostenten las mismas habilitaciones, el ente decisor deberá normalmente decidir en favor del hombre, por razones tradicionales, no siendo posible garantizar de este modo, en cien por ciento, una total exención en un proceso de selección por coexistir innúmeros factores subjetivos. Por más que exista una legislación protectora, será legítimo de este modo garantizar medidas de discriminación positiva que impliquen una inversión en la tendencia verificada a lo largo del tiempo, con el objetivo de que la mujer no salga perjudicada una vez más en este tipo de situaciones, impidiéndose de esta forma que persista una desigualdad de oportunidades entre candidatos de diferentes sexos, lo que significa decir que se promueve dentro de lo posible con estas medidas una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

De acuerdo con los argumentos presentados, el TJCE decidió que las disposiciones constantes en la Directiva 76/207/CEE «se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate».

Sin embargo de todas los ataques hechos a la Sentencia Kalanke por parte de los círculos políticos, jurídicos y feministas, hasta cierto punto justificables, hubiera sido preferible que las críticas hubiesen sido vocalizadas más para el Derecho Comunitario, puesto que no desempeñó categóricamente los límites y el ámbito de aplicación de medidas que corrigen a las desigualdades de hecho que afectan a las mujeres, tampoco aprovechando la elaboración de la Directiva 76/207 para introducir preceptos que pudiesen definir con mayor exactitud los límites de la excepción del apartado 4, del artículo 2, de modo que no quedasen dudas sobre la legitimidad de aplicación de medidas de discriminación positiva en los Países miembros. La norma alemana debería igualmente ser destinataria de contestación, por no haber precisado de forma decisiva las situaciones en que serían legítimas exigibles excepciones a la aplicación de la misma, fragilizando de esta manera la aplicación de la propia medida que deseaba promover.

La situación de impasse creada contribuyó para que la Comisión elaborase una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la Sentencia²⁴⁷. En ella se sostuvo que la sentencia podía interpretarse de dos maneras distintas: en el sentido que excluir la posibilidad de justificar cualquier sistema de cuotas que sólo relegara las cuotas rígidas, o sea, las que se aplicasen de manera automática, sin prever la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias individuales. La Comisión consideró que la segunda interpretación era la correcta, lo que significaría que serían lícitas las cuotas flexibles que contuviesen una cláusula de salvaguardia o cláusula de apertura que permitiese tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

Esta opción ha sido útil para definir el sentido del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, que por su ambigüedad estaba

²⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen; COM (96) 88 final.

dejando un mar de incertidumbre sobre la legalidad de la discriminación positiva. La Comisión ha procurado también, a través de esta medida salomónica, no contrariar la Sentencia del Tribunal de Justicia y tampoco cerrar las puertas a la posibilidad de que los Países miembros previesen en sus ordenamientos jurídicos medidas de discriminación positiva, desde prever posibilidades a un candidato masculino, con iguales habilitaciones a una candidata femenina y concurrentes a una misma plaza de empleo o de formación, de ser elegido con base en factores análogos o superiormente dignos de salvaguardia.

En la sentencia Marschall²⁴⁸, de 11 de noviembre de 1997, es de nuevo un Tribunal alemán quien ha planteado una cuestión prejudicial al TJCE a raíz de un litigio entre el Sr. Marschall y la Región de Nordrhein-Westfalen (Land), sobre la candidatura a un puesto de grado superior en un centro escolar de Schwert²⁴⁹.

Todo empezó el 8 de febrero de 1994, cuando el Sr. Marschall presentó su candidatura para la referida promoción y el Órgano de decisión del Centro Escolar de Schwerte le informó de que tenía intención de nombrar a una candidata para esa plaza.

El Sr. Marschall, no satisfecho con la decisión, formuló una reclamación que el mismo Centro Escolar desestimó, argumentando que

²⁴⁸STJCE de 11 de noviembre de 1997, Marschall, asunto C- 409/95.

²⁴⁹ Véase al respecto: BALLESTER PASTOR, M. A., «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *RL*, n. 18 (1998), pp. 49-75; LÓPEZ ANODÓN, P., «la discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen)», *AJA*, n° 323, (1997), pp. 1-3; MARTÍN VIDA, M. A., «Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la Sentencia Marschall», *Revista Española de Derecho constitucional*, n° 53 (1998), pp. 313-336; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la Sentencia Marschall del TJCE», *RL*, n° 24 (1997), pp. 1-8.

la candidata seleccionada debía forzosamente ser promovida, puesto que según los informes de calificación los dos candidatos tenían igual capacitación y que el número de mujeres en el grado en que ambos pretendían ingresar era inferior al de los hombres.

A la postre, el Sr. Marschall interpuso un recurso ante el Tribunal alemán (VG) con el objetivo de que decretase al Land su promoción al puesto en lugar de la candidata femenina.

Después de comprobar que ambos candidatos tenían la misma capacitación para cubrir la plaza vacante, el VG consideró que la solución del litigio dependía de la compatibilidad del apartado 5 del artículo 25 de la Ley de la Función Pública de la Región de Nordrhein-Westfalen con los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva comunitaria 76/207/CEE.

El VG resolvió suspender el procedimiento y preguntar al TJCE si los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 se oponían a una normativa nacional conforme a la cual, en aquellos sectores de actividad de la Administración que, en el nivel del correspondiente puesto de promoción de una carrera, tuviesen un menor número de mujeres que de hombres, se concedería preferencia en la promoción a las mujeres, en caso de igual capacitación de candidatos de uno y otro sexo, salvo que concurriesen en la persona de un candidato de sexo masculino motivos particulares que inclinasen la balanza a su favor.

El Tribunal alemán basándose en la sentencia Kalanke analizada anteriormente, señaló que la preferencia que la disposición alemana concedía, por principio, a las mujeres parecía constituir una discriminación en el sentido del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, considerando además, «que esta discriminación no

desaparece por el hecho de que, a título excepcional, pueda preferirse al candidato de sexo masculino».

El Tribunal dudaba igualmente que la disposición controvertida estuviese amparada por la excepción prevista en el apartado 4 del artículo 2 de la referida Directiva comunitaria, al considerar que «la base de apreciación de los candidatos quedaría indebidamente reducida, puesto que el único elemento que se tiene en cuenta es la proporción numérica de hombres y mujeres en la categoría de que se trate. Además, en su opinión, la disposición controvertida no mejora la capacidad de las mujeres para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres, sino que prescribe un resultado, mientras que el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva únicamente autoriza las medidas que tienen por objeto la igualdad de oportunidades».

Una vez más, este tipo de cuestiones ha sido objeto de opiniones divergentes. El Land, la Comisión Europea y los Gobiernos austriaco, español, finlandés, noruego y sueco, defendieron que la norma nacional alemana estaba englobada en la excepción consagrada en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva.

El Land consideró también que la prioridad dada a los candidatos del sexo femenino tenía como finalidad contraponer los criterios tradicionales de promoción, todavía sin la intención de suplirlos.

El Gobierno austriaco argumentaba igualmente que las normas nacionales de este tipo se destinaban a censurar procedimientos discriminatorios en la selección de personal.

Los Gobiernos finlandés, sueco y noruego añadían por su vez que la norma nacional controvertida promovía el acceso de las mujeres a puestos de responsabilidad, favoreciendo, de esa forma, a un equilibrio entre los mercados de trabajo que continuaba siendo favorable al hombre.

El Gobierno finlandés subrayaba también que una intervención solamente orientada al nivel de la orientación y formación profesionales de las mujeres y en el reparto de responsabilidades profesionales y familiares no era suficiente para terminar con esta coyuntura, como la experiencia del pasado lo manifestaba.

Los Gobiernos y el Land concluyen, al considerar que la norma nacional en cuestión no garantizaba una prioridad absoluta e incondicional a las mujeres, puesto que no excedía los límites trazados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kalanke.

Una interpretación diferente han tenido los Gobierno francés y del Reino Unido, que alegaron que la norma alemana no estaba englobada por la derogación del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva comunitaria, considerando también que «al conceder preferencia a las candidatas femeninas, esta disposición va más allá de una promoción de la igualdad de oportunidades y pretende establecer una igualdad de representación entre hombres y mujeres. Por consiguiente, es aplicable el razonamiento seguido en la sentencia Kalanke», ultimando que el carácter discriminatorio de la norma nacional no dejaría de verificarse con la presencia de una cláusula de excepción, puesto que ésta solamente se aplicaría a título excepcional y que formulada en términos generales e indeterminados violaría además el principio de seguridad jurídica».

El Tribunal de Justicia, no obstante estas últimas consideraciones, tuvo otra solución y consideró que se estaba ante una situación diferente de la tratada en el asunto Kalanke, puesto que la disposición controvertida incluía ahora una cláusula de apertura que la misma sentencia reconoció fundamental.

El TJCE consideró igualmente que el simple hecho de que los candidatos presentaran habilitaciones iguales no garantizaba a priori que ambos tenían oportunidades similares, puesto que es innegable que los candidatos masculinos continuaban siendo promovidos con preferencia a las candidatas femeninas debido a las «ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de la mujer en la vida activa y al temor, por ejemplo, a que las mujeres interrumpían más frecuentemente su carrera debido a las tareas del hogar y familiares, organicen su jornada laboral de forma menos flexible o a que se ausenten más a menudo debido a embarazos, partos y períodos de lactancia».

Según el razonamiento en la sentencia Kalanke, el mismo Tribunal consideraba que al estar ante una derogación de un derecho individual, no se podría garantizar a las mujeres la preferencia absoluta e incondicional en una promoción, habiendo que garantizar a los candidatos masculinos, con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serían objeto de una apreciación objetiva que tuviese en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignorase la preferencia concedida a las candidatas femeninas, cuando uno o varios de esos criterios hiciesen que la balanza se inclinara en favor del candidato de sexo masculino.

El TJCE terminó de este modo por considerar que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE no se oponían a una norma nacional que garantizara cuando candidatos de ambos sexos presentasen igual capacitación, desde el punto de vista de su aptitud, competencia y prestaciones profesionales, que se concediese preferencia a las candidatas femeninas en aquellos sectores de actividad de la Administración en que hubiese un menor número de mujeres que de hombres, salvo que concurriesen en la persona de un candidato masculino motivos que inclinasen la balanza a su favor.

El Tribunal continúa su raciocinio considerando fundamental que «dicha norma garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino, y que tales criterios no sean discriminatorios en perjuicio de las candidatas femeninas».

El TJCE concluye, afirmando la importancia de que esos criterios no ejerzan discriminación para con las mujeres, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes que determinen «si se cumplen estos requisitos, basándose para ello en un examen del alcance de la disposición controvertida, tal y como ha sido aplicada por el Land»²⁵⁰.

²⁵⁰ Resulta de la Jurisprudencia del TJCE que lo mismo es competente para fornecer a los órganos jurisdiccionales nacionales todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que pueden apoyar la apreciación de esa compatibilidad para juzgar el proceso sujeto.

Sin duda que esta cuestión es fundamental, puesto que la arbitraria o incorrecta aplicación de las cláusulas de apertura pueden originar que este tipo de legislación se quede vaciada por prácticas visiblemente antidiscriminatorias y con un contenido perverso si no son controladas y vigiladas por órganos muñidos de poderes de fiscalidad y coercibilidad, en que estén garantizados medios de recurso eficaces para que la mujer, que se sienta perjudicada por los criterios considerados determinantes por el responsable de la selección de personal para elegir un hombre con iguales habilitaciones a las suyas, pueda recoger en tiempo útil.

Es preferible y exigible que exista una previsión de los varios escenarios que puedan determinar cuáles son las situaciones en que el nombramiento pueda inclinarse para el hombre y que esté igualmente garantizado que tales excepciones no estén cimentadas en criterios tradicionales, relacionadas con ideas estereotipadas, como el hecho de que el candidato masculino sea el único sustento de su familia.

La propia norma alemana peca en este ámbito, puesto que no es clara sobre los criterios que pueden jugar a favor del hombre, no garantizando de este modo la eficacia que se pretende con este tipo de normas y que debería haber sido exigida por el TJCE.

La legislación comunitaria debía de igual modo desempeñar un rol decisivo en esta esfera, imponiendo a los Estados Miembros una mayor aclaración de las situaciones posibles de poder cambiar la preferencia otorgada a las mujeres por fuerza de las medidas de discriminación positiva, reivindicando también una justificación clara de las mismas, de forma que éstas fuesen realmente eficaces y aplicadas.

A pesar de las críticas, esta sentencia terminó por legitimar la discriminación inversa, imponiendo que éstas serían admisibles cuando previesen situaciones que derogasen la ventaja atribuida inicialmente a la mujer, considerando igualmente que la existencia de las mismas significaba que la preferencia automática a las mujeres se dejaba de verificar.

El Asunto Badeck²⁵¹, de 28 de marzo de 2000, responde a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal alemán de la Región de Hesse, como resultado de un procedimiento de control de legalidad interpuesto por 46 diputados del Parlamento Federal para conferir la compatibilidad de la Ley de la Región sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública (HGIG) ²⁵², con la respectiva Constitución.

Los demandantes estimaron que varios artículos de la HGIG eran contrarios a dos principios consagrados en la Constitución del Estado, más concretamente al principio de la selección de los más capacitados, puesto que aquella implicaba «la preferencia de los candidatos no en función de sus méritos, sino de su sexo, y por otra parte, al principio de igualdad de trato que no sólo prohíbe otorgar privilegios a un grupo específico, sino que también atribuye un derecho fundamental a cada individuo, que garantiza a los ciudadanos igualdad de oportunidades desde un principio y no la puesta en práctica de situaciones definitivas ventajosas para una categoría específica de personas». Los diputados defendían igualmente que la HGIG era contraria a la Directiva

²⁵¹ STJCE de 28 de marzo de 2000, Badeck, asunto C-158/97.

²⁵² Véase al respecto: RAMOS MARTÍN, N. E., «Comentario a la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Badeck, asunto C-157/97», *Carta Laboral*, n° 33, 2000, pp. 59-61; SIERRA HERNALIZ, E., «Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Comentario a la STJCE de 28 de marzo de 2000, caso Badeck», *RDS*, n° 12, pp.212-236.

76/207/CEE en consonancia con la interpretación del Tribunal de Justicia en la sentencia Kalanke.

En estas circunstancias, el Tribunal alemán de la Región de Hesse decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

En la primera parte de la referida cuestión el Tribunal alemán «pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional que en los sectores de la función pública en que las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de calificación entre candidatos de distinto sexo seleccionados otorga preferencia a las candidatas femeninas, siempre que sea necesario para la consecución de los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer, salvo que se oponga a ello un motivo de rango jurídico superior».

Para responder a esta cuestión el TJCE se fundamenta en tres argumentos para admitir la consonancia de la norma nacional controvertida con la Directiva comunitaria: el primero está relacionado con el hecho de que el Land de Hesse haya optado por una cuota de resultado flexible, adaptándose de este modo perfectamente al contenido de la Directiva 76/207, puesto que la disposición alemana, a la hora de fijar los objetivos vinculantes, tenía en cuenta las características específicas del mercado de trabajo y no fijaba de manera uniforme las cuotas aplicables al conjunto de sectores y servicios, no atribuyendo necesariamente, de modo automático, la preferencia obligatoria de la mujer en una situación de empate de méritos con un candidato masculino, garantizando que para ser concedida esa prioridad a las mujeres sería necesario que el requisito de su infrarrepresentatividad no fuese refutado.

Conjuntamente con este razonamiento, el Tribunal Comunitario estimó que concurría un segundo elemento que legitimaba la medida nacional: el respeto al principio del mérito, puesto que la selección de una persona se basaba en su aptitud, competencia y capacidad técnica en relación con las exigencias del puesto o función que debía ejercer. En este sentido, una de las novedades de la norma radicaba en los criterios positivos y negativos que introducía para valorar los méritos, ya que habría que tenerse en cuenta la capacidad y experiencia adquiridas en el desempeño del trabajo familiar, en la medida que tuviesen alguna relevancia para valorar la competencia y la capacidad técnica, mientras que la antigüedad, edad y fecha de último ascenso sólo podrían considerarse si fuesen relevantes a ese respecto. Tampoco podrían tenerse en consideración la situación familiar, los ingresos del cónyuge, el trabajo a tiempo parcial, los permisos o la finalización tardía de los estudios motivados por el cuidado de hijos o familiares.

El TJCE señaló que estos criterios, aunque formulados en términos neutros en cuanto al sexo, favorecía en general a las mujeres, siendo su objetivo lograr una igualdad substancial y no meramente formal, y reduciendo, de este modo, las desigualdades de hecho que pudiesen surgir en la vida social.

Esta innovación, llevada a cabo por la norma nacional, fue sin duda importante, ya que permitía potenciar las hipótesis de la mujer en ser elegida para un puesto de trabajo, contribuyendo a incentivar el reparto de las tareas familiares por la pareja, puesto que podían contribuir para el mérito del candidato y garantizaba que las ausencias por razones familiares no perjudicaran, en el futuro, las expectativas profesionales de las personas.

El tercer elemento estaba relacionado con los casos en que candidatos de ambos sexos, al presentar las mismas calificaciones para una plaza, se podría verificar la existencia de un motivo de rango

jurídico superior que anulase la preferencia a favor de la mujer y otorgara el puesto de trabajo al candidato masculino, lo que significaría la garantía de que no se estaba ante una preferencia absoluta e incondicional a favor del sexo femenino. Los motivos de rango jurídico superior venían determinados por el Estado Social y por el derecho fundamental a la protección del matrimonio y la familia.

El Tribunal finalizaba la primera parte de la cuestión prejudicial afirmando que correspondía al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la norma garantizaba que los candidatos serían objeto de una apreciación objetiva que tuviese en cuenta situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

En la segunda y tercera parte de la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide sustancialmente que se esclarezca si el art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se opone a una normativa nacional que establezca que los objetivos vinculantes del plan de promoción de la mujer para puestos de provisión temporal pertenecientes al servicio científico deberían prever un porcentaje mínimo de personal femenino equivalente al menos a la proporción que las mujeres representaban entre los licenciados, doctorados y estudiantes de la respectiva especialidad, y si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se oponía igualmente a una normativa nacional, aplicable a la función pública y a las profesiones que requiriesen una formación especializada en las que las mujeres estuviesen infrarrepresentadas al respecto de las cuales el Estado no ejerciese un monopolio de formación que reservase a las mujeres al menos la mitad de las plazas de formación.

En respuesta a estas dos cuestiones planteadas, el TJCE entiende que ambos preceptos no son contrarios al Derecho comunitario, puesto que la reserva de puestos de trabajo en el sector científico es respetuosa con el principio de selección del más capacitado, al garantizar que sólo podría influenciar en la decisión de selección en caso de igualdad de

calificaciones. Además, la preferencia se establece sobre datos reales, puesto que tiene en cuenta el número de mujeres que han adquirido una formación profesional, lo que significa asumir como parámetro cuantitativo un dato real con el fin de determinar la preferencia a favor de las mujeres.

Por lo que se refiere a la reserva de la mitad de los puestos en favor de las mujeres en cursos de formación impartidos por el Estado y sobre aquellos en los que no ejerce un monopolio, el Tribunal de Justicia estaba de acuerdo con la opinión del órgano jurisdiccional remitente, en que se señalaba que una formación cualificada constituye un requisito fundamental para la integración con éxito en el mercado de trabajo, por ello, la obligación legal de compensar en este ámbito la situación desfavorable de la mujer se quedaría posiblemente legitimada por la exigencia de igualdad. Por otra parte, la Ley alemana instauraba una cuota de resultado fija en el ámbito de la función pública para acabar con la injusticia intolerable de las dificultades de acceso igual entre hombres y mujeres a los puestos de mayor calificación, a pesar del éxito escolar más pronunciado entre las mujeres jóvenes comparado con el de los hombres jóvenes. El Tribunal Comunitario consideró al mismo tiempo que esta voluntad demostrada por el legislador no traducía una rigidez absoluta, puesto que si las candidaturas femeninas fuesen insuficientes, más de la mitad de las plazas de formación podrían ser ocupadas por hombres.

En la opinión del Tribunal, esta disposición se insertaba en un concepto restringido de la igualdad de oportunidades, puesto que lo que se reservan no son puestos de trabajo, sino plazas de formación profesional para obtener una calificación con el objetivo de poder ascender posteriormente a puestos cualificados en la función pública.

En la cuarta parte de la cuestión prejudicial el Tribunal alemán « pide sustancialmente que se dilucide si el artículo 2, apartados 1 y 4, de

la Directiva se opone a una normativa nacional que, en caso de igualdad de calificación entre candidatos de distinto sexo, garantiza que las mujeres cualificadas sean convocadas a entrevistas de presentación en los sectores en que las mujeres están infrarrepresentadas».

El TJCE rechazaba otra vez las alegaciones de los demandantes, partiendo de la finalidad de la norma, al considerar que se trataba de una medida de igualdad de oportunidades que pretendía asegurar que las mujeres cualificadas fuesen convocadas, permitiéndoles posibilidades adicionales y facilitando su acceso al mercado laboral sin suponer por ello una discriminación por razón de sexo. Por otra parte, la norma obligaba a que se efectuara un examen preliminar de las candidaturas y que sólo se convocaran los candidatos cualificados que reunieran todos los requisitos exigidos.

Finalmente, el TJCE examinaba la quinta parte de la cuestión prejudicial, en que el órgano remitente pedía sustancialmente que se elucidase si el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva se oponía a una normativa nacional según la cual en el nombramiento de los órganos de representación de los trabajadores y los órganos de gestión y de control, al menos la mitad de los miembros deberían ser mujeres.

El Tribunal de Justicia admite la validez del precepto puesto que el mismo no tenía carácter vinculante ya que la composición de los órganos colegiados venía determinada a menudo por disposiciones legales, y la plena consecución de la participación de las mujeres en pie de igualdad exigiría, en todo caso, una modificación de las leyes correspondientes. El mismo Tribunal consideraba que esta norma tampoco se aplicaba a los órganos de libre elección.

El 6 de julio de 2000, en la sentencia Abrahamsson²⁵³, se analiza las cuestiones prejudiciales interpuestas por un tribunal sueco ante las dudas suscitadas por una demanda interpuesta por el Sr. Anderson y la Sr. ^a Abrahamsson contra la decisión de la Universidad de Goteborg de nombrar a la Sr. ^a Fogelqvist para cubrir una plaza de profesor de Ciencias de la Hidrosfera, en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento sueco 1995:936, relativo a determinados contratos de profesor y de adjunto de investigación, con vistas a favorecer la igualdad entre hombres y mujeres²⁵⁴.

El artículo 3 de la mencionada norma establecía que «al candidato que pertenezca al sexo infrarrepresentado y que posea las aptitudes suficientes (...) se le concederá la preferencia frente al candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido seleccionado, si ello fuese necesario para nombrar al candidato del sexo infrarrepresentado. No obstante, se excluirá la discriminación positiva cuando la diferencia entre las capacitaciones de los candidatos sea tan importante que de ella resultaría una vulneración de la exigencia de objetividad en el momento de la contratación».

Para comprender el litigio principal hay que empezar por esclarecer como ha comenzado toda la cuestión. El 3 de junio de 1996, la Universidad de Goteborg publicó una plaza vacante para proveer un puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera, al cual se presentaron ocho candidatos. La Comisión de Nombramientos de la Facultad de Ciencias efectuó dos votaciones; la primera, que tenía en cuenta únicamente la capacitación científica de los candidatos, el Sr. Anderson y la Sra. Destouni se quedaron en primer y segundo puesto respectivamente. En la segunda votación, que tenía en cuenta los

²⁵³ STJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, asunto C-407/98.

²⁵⁴ Véase al respecto: NUMHAUSER-HENNING, A., «Swedish sex equality law before the European Court of Justice. Case C-407/98 Katarina Abrahamsson and others v. Elisabeth Fogelqvist (2000) IRLR 732 (ECJ)», *ILJ*, Vol. 30, March 2001, pp. 121-126 y RAMOS MARTÍN, N. E., «Comentario a la STJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, asunto C-407/1998», *Carta Laboral*, n° 41, (2000), pp. 33-36.

méritos científicos, el Reglamento 1995:936 y el plan de igualdad hombres-mujeres existente en la Universidad, la Sra. Destouni ha sido clasificada en primer lugar, el Sr. Anderson en segundo y la Sra. Fogelqvist en tercero, por lo que la Comisión propuso el nombramiento de la Sra. Destouni para cubrir el puesto en la Universidad, que al renunciar más tarde a su candidatura, hizo que se decidiera convocar nuevamente la Comisión de Nombramientos con el fin de obtener un nuevo pronunciamiento sobre las demás candidaturas teniendo en consideración la igualdad entre hombres y mujeres según el Reglamento mencionado anteriormente.

La Comisión de Nombramientos consideró todavía «que no podía examinar nuevamente la cuestión teniendo en cuenta dichos elementos, puesto que el aspecto de la igualdad ya había sido considerado en su primera decisión. Por lo demás, declaró que una mayoría de sus miembros estimaba que la diferencia entre el Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist era considerable, pero que le era difícil interpretar el alcance del artículo 3, párrafo tercero, del Reglamento 1995:936».

No obstante tal pronunciamiento, el Rector de la Universidad de Goteborg decidió nombrar a la Sra. Fogelqvist para el referido puesto, justificando «que la diferencia entre los respectivos méritos del Sr. Anderson y de la Sra. Fogelqvist no era tan considerable como para que la discriminación positiva en favor de esta última vulnerara la exigencia de objetividad en la provisión de puestos».

El Sr. Anderson y la Sra. Abrahamsson, que igualmente eran candidatos a la plaza, en consecuencia con la decisión del Rector de la Universidad, apelaron ante el Tribunal Sueco. El Sr. Anderson alegó que el nombramiento de la Sra. Fogelqvist era contrario a las disposiciones del artículo 3 del Reglamento sueco y al asunto Kalanke.

La Sra. Abrahamsson, por su vez, sustentó «que la apreciación de las candidaturas por parte del tribunal calificador no había sido equitativa y que su producción científica era mejor que la de la Sra. Fogelqvist. No obstante, reconoció que los méritos del Sr. Anderson eran superiores a los suyos».

El OfH estimó que el Sr. Anderson y la Sra. Fogelqvist eran candidatos más capacitados pero que el Sr. Anderson era claramente más competente en el plano científico que la Sra. Fogelqvist. El mismo consideró igualmente que en cuanto a las competencias pedagógicas, «no podía considerarse que uno de los dos candidatos fuese claramente más capacitado que el otro. El criterio de la competencia administrativa tampoco parecía ser determinante, aunque podía considerarse que, si bien la Sra. Fogelqvist poseía cierta ventaja en este aspecto, ésta era bastante limitada».

El órgano jurisdiccional sueco indicó del mismo modo que por tradición y según la jurisprudencia aplicable, se concedía una importancia particular, en la apreciación de conjunto, a los méritos científicos.

Teniendo en cuenta la limitación del artículo 3, párrafo tercero del Reglamento 1995:936, el Tribunal sueco consideró que respecto a la exigencia de objetividad en la provisión de puestos, no emergía claramente una vulneración de esta exigencia en caso de nombrar a la Sra. Fogelqvist, teniendo todavía dudas sobre la compatibilidad de la Directiva comunitaria con el Reglamento, puesto que las disposiciones de aquella no daban una respuesta inequívoca para resolver este pleito, resolviendo plantear al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales.

En la primera cuestión, el Tribunal Sueco interroga si los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE se oponen «a

una legislación nacional según la cual un aspirante perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para un puesto estatal, debe ser designado con preferencia a un aspirante del sexo opuesto que, en caso contrario, había sido seleccionado (“discriminación positiva”), si así fuese necesario para seleccionar al aspirante del sexo infrarrepresentado, y según la cual sólo se excluye una medida de discriminación positiva si la diferencia entre las capacitaciones de los aspirantes es tal que su aplicación vulneraría el principio de objetividad en la provisión de los puestos».

En el caso de que la primera cuestión fuese afirmativa, el mismo Tribunal pregunta si «es en tal caso ilícita la aplicación de una medida de discriminación positiva, incluso si la aplicación de la legislación nacional se limita a la provisión, bien de un número de puestos predeterminado y limitado (como es el caso del Reglamento 1995:936), o bien de puestos que se crean en el marco de un programa especialmente aprobado en un centro universitario concreto, que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva [como es el caso del artículo 15 bis del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100]».

El Tribunal Sueco cuestionaba si la respuesta a esta segunda cuestión implicase, en cualquier sentido, que tal discriminación positiva no fuese considerada lícita, si se podría considerar que la norma, basada en la práctica administrativa sueca y en el párrafo segundo del artículo 15 del Capítulo 4 del Reglamento 1993:100, según la cual debía darse preferencia a un aspirante que pertenezca al sexo infrarrepresentado frente a un aspirante del sexo opuesto, siempre que ambos puedan ser considerados iguales o casi iguales en lo que respecta a sus méritos, es contraria, en algún sentido, a la Directiva comunitaria.

Por fin, en la última cuestión, el Tribunal Sueco planteaba si «sería distinta la apreciación de las cuestiones que anteceden si la

legislación se refiere a los puestos de ingreso de nivel inferior comprendidos en el ámbito de una administración o a los puestos de máximo nivel de esa administración».

En respuesta a la primera cuestión prejudicial, el TJCE señaló que «no resulta de la normativa sueca aplicable que la apreciación de la capacitación de los candidatos respecto a las exigencias del puesto vacante esté basada en criterios claros y precisos, de modo que puedan evitar o compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas del sexo infrarrepresentado».

El TJCE aprovecha para recordar que en la sentencia Badeck ha subrayado «que, para realizar dicha apreciación, es legítimo tener en cuenta determinados criterios positivos y negativos que, aunque estén formulados en términos neutros en relación al sexo, y que, por lo tanto, pueden beneficiar también a los hombres, favorecen en general a las mujeres. De este modo, puede decidirse que la antigüedad, la edad y la fecha del último ascenso sólo podrán tomarse en consideración si son relevantes para la aptitud, las calificaciones y la capacitación profesional de los candidatos y las candidatas. Puede también decidirse que no se tendrán en cuenta ni la situación familiar ni los ingresos del cónyuge, y que el trabajo a tiempo parcial, los permisos o el aplazamiento de la terminación de los estudios motivado por el cuidado de hijos o de familiares necesitados de cuidados no tendrán ningún efecto negativo», reforzando la idea que la aplicación de estos criterios debe ser efectuada de forma clara, permitiendo un control que impida cualquier apreciación arbitraria de la capacitación de los candidatos.

Otro elemento que tiene en cuenta el Tribunal de Justicia es que la normativa sueca habla de «capacitación suficiente y no igual», lo que posibilita que se seleccione a un candidato con méritos suficientes, pero inferiores, al candidato rechazado, que en caso contrario habría sido seleccionado, por su pertenencia al sexo infrarrepresentado.

Por todo ello, el TJCE objeta a la norma sueca a la luz del apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207 al entender que concede preferencias automáticas a los candidatos del sexo infrarrepresentado, a pesar de que dicha preferencia se encuentra condicionada a que los candidatos seleccionados estén suficientemente capacitados, puesto que la norma nacional no prevé un examen objetivo de las candidaturas que tengan en cuenta las situaciones particulares de orden personal de todos los candidatos.

Puesto que en el momento de apreciación de las cuestiones controvertidas el Tratado de Ámsterdam había entrado ya en vigor, importaba analizar si la norma sueca encontraba apoyo en éste, más concretamente en el apartado 4 del artículo 141 del Tratado, que declara 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», apoyado por la Declaración n° 28, anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam que establecía que «al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados Miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral».

El TJCE consideró que la disposición nacional era desproporcionada en relación al objetivo perseguido y que la disposición del Tratado no legitimaba de modo conclusivo el tipo de medidas enunciadas por aquella.

Es discutible la opción del Tribunal comunitario en este razonamiento, puesto que a través de la letra del apartado 4 del artículo 141 del Tratado resulta claro la admisión de ventajas con el objetivo de abrir la puerta al ejercicio de actividades profesionales al sexo femenino, lo que sin duda contribuirá de manera inequívoca para mejorar la situación de las mujeres en esta esfera.

Sería incontestable su incompatibilidad, si la norma sueca defendiese una promoción automática a las mujeres, bastando tan sólo que las mismas cumpliesen los requisitos mínimos exigidos para el cargo, todavía aquello que la legitima son las situaciones en las que la diferencia de los méritos entre los candidatos no ponen en causa los criterios de objetividad exigible para la ocupación de la plaza.

Es necesario verificarse si el supuesto perjuicio provocado por la elección de una candidata femenina, en lugar de un candidato masculino con más meritos, es igual o menor a la ventaja producida con la concretización de una medida que ayuda a concretizar la deseable igualdad entre los sexos en el ámbito laboral, una exigencia y objetivo consagrados no sólo en el Derecho comunitario como también en todas las Constituciones nacionales de los países miembros.

Siguiendo este razonamiento, y teniendo en cuenta la forma como la norma nacional sueca ha sido elaborada, sería aceptable tal conformidad con la ley comunitaria si hubiera otra abertura por parte del Tribunal para este tipo de medidas, que contribuyen para que las mujeres, que siguen siendo discriminadas, vean mejoradas sus perspectivas.

Importa todavía subrayar que incluso aceptando esta interpretación, la norma nacional nunca debería ser aceptada conforme

al Derecho comunitario, puesto que no garantizaba una cláusula de apertura que previese algunas excepciones a la concretización de la misma, siguiendo el correcto razonamiento juzgado indispensable por el Tribunal de Justicia en otras sentencias.

El TJCE concluyó en consonancia con su raciocinio que el derecho comunitario «se opone a una normativa según la cual un candidato a un empleo público perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, deba ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuese necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de puestos».

Con relación a la segunda cuestión, el TJCE indica que el hecho de restringir el ámbito de aplicación de una medida de discriminación positiva a determinados puestos o niveles no puede modificar su carácter absoluto y desproporcionado, afirmando por esa razón que los apartados 1 y 4 de la Directiva y el apartado 4 del artículo 141 del TCEE «se opone también a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva».

El Tribunal de Justicia en respuesta a la tercera cuestión admite una práctica judicial nacional que conceda preferencias a los competidores del sexo opuesto, siempre que las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones

particulares de naturaleza personal de todos los candidatos y los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes.

Sobre la cuarta cuestión prejudicial, el TJCE afirma que el Derecho comunitario no hace depender en absoluto la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que respecta al acceso al mercado de trabajo, del nivel de los puestos que se deban proveer.

La Sentencia Briheche²⁵⁵, desencadenada por una cuestión prejudicial colocada al TJCE por Tribunal Administrativo Francés (TAF) sobre la interpretación de los apartados 4 y 1 de los artículos 2 y 3 respectivamente de la Directiva comunitaria 76/207/CEE.

Todo empezó cuando el Sr. Briheche con 48 años de edad, viudo y con un hijo a su cargo, presentó su candidatura a una posición convocada por el Ministerio del Interior Francés, en el año de 2002, para la elección de auxiliares administrativos de la Administración central.

Su candidatura fue desestimada por el Ministro del Interior francés, en aplicación del artículo 5, párrafo primero, del Decreto 90713, que establecía el límite de edad de 45 años, aplicable en la selección mediante oposición externa de los funcionarios pertenecientes a cuerpos de auxiliares administrativos de las Administraciones del Estado.

²⁵⁵ STJCE de 30 de septiembre de 2004, Briheche, asunto C-319/03.

Ante ese escenario, el Sr. Briheche presentó un recurso de reposición contra esta decisión, alegando que ya no se debía aplicar el límite de edad de 45 años, puesto que la Ley 2001397 suprime los límites de edad para el acceso al empleo, en el sector público, para los hombres solteros con al menos un hijo a cargo y que se vean en la necesidad de trabajar.

Dicho recurso fue desestimado mediante resolución del Ministro del Interior, del 8 de marzo de 2002, que reiteró el contenido de su primera decisión añadiendo que con excepción de determinados grupos de mujeres, sólo los hombres solteros con al menos un hijo a cargo que se vean en la necesidad de trabajar pueden socorrerse de la supresión del límite de 45 años de edad. Dispuesto a hacer prevalecer su punto de vista, el Sr. Briheche interpuso, en el 28 de marzo de 2002, un recurso ante el tribunal administrativo de Paris, solicitando la anulación de las dos resoluciones decretadas el 28 de enero y el 8 de marzo de 2002 por el Ministro del Interior francés.

El recurrente esgrimió como argumentos plausibles de inclinar la decisión a su favor, el artículo 8, § 1, de la Ley n. 753, modificado por la Ley n. 2001397, que declara que «el límite de edad para el acceso al empleo en el sector público no será aplicable a las mujeres que se vean en la necesidad de trabajar tras la muerte de su marido» alegando que esta disposición no se arregla con los objetivos de la Directiva comunitaria puesto que «ésta, en efecto, si bien no se opone a las medidas que corrigen las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres de obtener un empleo, impone a los Estados Miembros la obligación de revisar las disposiciones cuando el objetivo de protección que las inspiró originariamente no tenga ya razón de ser».

El TAF ha tenido dudas sobre la compatibilidad entre la norma nacional y comunitaria y decidió cuestionar al Tribunal comunitario si «se oponen las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, a que Francia mantenga en vigor las disposiciones del artículo 8 de la Ley n. 75-3, de 3 de enero de 1975, modificadas por la Ley n. 79-569, de 7 de julio de 1979, y posteriormente por la Ley n. 2001-397, de 9 de mayo de 2001, relativas a las viudas que no han contraído un nuevo matrimonio».

El TJCE, después de haber considerado en otras sentencias que el principio de igualdad de trato enunciado en la Directiva tiene una repercusión general y se aplica igualmente a las relaciones de empleo del sector público, consideró en esta sentencia que la legislación francesa «entraña una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 3, apartado 1, de la Directiva, en perjuicio de los viudos que no se hayan vuelto a casar y que se encuentren en la misma situación» y que por lo tanto es imperativo para aferir su legalidad si puede ser admitida al abrigo del art. 2.4 de la misma Directiva.

El gobierno francés alegó sobre esta cuestión que el sentido de la previsión de este tipo de legislación ha sido el de reducir las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres y abrir la puerta a la inserción laboral de éstas, enunciando además que las mujeres ocupan la grande parte de las tareas domésticas, principalmente cuando tienen hijos.

Sería todavía más allá de lo admisible la aceptación por parte del apartado 4 del artículo de la Directiva 76/207, y consecuentemente del Derecho Comunitario, de la norma francesa controvertida, puesto que ésta no prevé situaciones en que el hombre que cumpla los mismos requisitos que la norma exige para las mujeres y puedan tener mejores

o iguales habitaciones que éstas e iguales o peores dificultades económicas, pueda igualmente aspirar a conseguir determinada plaza de empleo en la función pública francesa.

De esta manera, la norma francesa al impedir la candidatura de hombres con más de 45 años podría provocar, en teoría, un doble perjuicio para la sociedad en nombre de un aparente preocupación con la igualdad de género, olvidando seguramente otros valores a tener en cuenta por leyes que se pretenden justas, ya que puede haber dejado de elegir un candidato masculino con mayores méritos que las candidatas femeninas elegidas, trayendo, en primer lugar, menor competencia para los servicios públicos con perjuicio de todos los conciudadanos, incluso los femeninos, y, en segundo lugar, porque esta legislación puede impedir el apoyo socio-económico a una persona que se encontraba en un estado de mayor necesidad y que reunía los requisitos de candidatura, tan solamente por tratarse de un hombre.

Hay seguramente situaciones que únicamente pueden ser analizadas en los casos concretos y nunca a priori como la norma francesa intentaba hacer al partir del presupuesto de que sólo la mujer podía quedarse en una situación de dificultad de conseguir un empleo y consecuentemente de obtener su sustento, favoreciendo la continuación de estereotipos.

No será también con este tipo de normas protectoras que se contribuirá para que la sociedad constate la extrema necesidad de promulgación de medidas que combatan la discriminación entre los sexos de una forma justa y equilibrada. Es importante no crear más anticuerpos a las medidas antidiscriminatorias con providencias que, en nombre de la deseable igualdad de género, pueden terminar por crear un rechazo a las mismas, por ir más allá de lo justificable.

El Tribunal de Justicia con base en sentencias anteriormente pronunciadas por él mismo, empezó por considerar a la luz de la Sentencia Marschall que el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva controvertida «tiene como finalidad precisa y limitada autorizar medidas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social» añadiendo además con fundamento en la Sentencia Badeck , que «una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una calificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos». Por estar delante de una excepción a un derecho individual es exigido igualmente por el TJCE que esté revestida de un carácter de proporcionalidad, verificándose una adecuación entre la medida y el fin que se desea atingir.

Sin perjuicio de las supuestas buenas intenciones, es indiscutible que la norma francesa garantiza al sexo femenino una prioridad absoluta, más concretamente a las viudas que no se hayan vuelto a casar y que tengan la necesidad de trabajar, certificándoles la exención del límite de edad para ingresar en el empleo público, excluyendo los hombres viudos en las mismas circunstancias.

De este modo, y teniendo en consideración sentencias anteriormente decretadas, el Tribunal de Justicia no puede dejar de considerar que la norma francesa es contraria al apartado 4 del artículo 2 de la Directiva comunitaria y al apartado 4 del artículo 141 del

Tratado de Ámsterdam, puesto que las considera «desproporcionadas en relación con el objetivo perseguido».

PARTE II LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EN LA CONSTRUCCIÓN EN LA IGUALDAD REAL

CAPITULO III LA IGUALDAD EN EL CONTRATO DE TRABAJO.

I. EL ACCESO AL TRABAJO.

La problemática de la protección de la maternidad y paternidad²⁵⁶ hacia la igualdad real en razón de sexo en el ámbito laboral, bajo la perspectiva del derecho portugués y comunitario, es aquí desarrollada en tres momentos distintos: antes de la celebración del contrato de trabajo, durante su ejecución y finalmente en el momento de su cesación.

Para empezar este tema conviene hablar primero sobre la definición legal de trabajadora embarazada, puérpera y lactante, consagrada inicialmente en el art. 2 Ley 4/84, de 5 de abril de 1984, no habiéndose verificado todavía grandes cambios en este dominio hasta los días de hoy, tan sólo la ampliación del concepto jurídico de trabajadora puérpera, pasando el período relevante de 98 días para 120 días inmediatamente subsiguientes al parto, desde la entrada en vigor del art. 34 CT, aprobado inicialmente por la Ley 99/2003, de 27 de agosto de 2003, cuya reglamentación ha sido concretada por la Ley 35/2004, de 29 de junio (RCT). Con la entrada del nuevo CT en la Ley 7/2009, de 12 de febrero, de 2009, este concepto pasó a estar previsto en el art. 36, donde se añadió que allá de la obligación de informar al empleador de su estado, por escrito, con presentación de atestado médico, es necesaria también el certificado de nacimiento del hijo consagrando una solución ya perfilada por la jurisprudencia

²⁵⁶ Sobre la poliédrica dimensión institucional de la maternidad vid., NEVADO FERNÁNDEZ, M. J., «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de seguridad social)», en *REDT*, n. 105, mayo/junio de 2001, pp. 368-385.

portuguesa²⁵⁷. La opción del legislador portugués ha ido todavía más allá del exigido en el art. 2 Directiva 92/85/CEE, que prevé tan sólo la necesidad de la trabajadora de informar al empleador de su estado, sin referencia expresa a la obligatoriedad por escrito y acompañada de atestado médico.

Se podrá de este modo cuestionar que sucederá cuando una trabajadora embarazada es despedida sin haber comunicado su estado de gestación, por escrito, al empleador o sin haber presentado el respectivo atestado médico. No obstante haya defensores de que estos casos resultarían en la no aplicabilidad de la referida protección legal, no me parece que sea ese el entendimiento que mejor se adapta al espíritu instituido, tanto más que la razón de esa exigencia formal está relacionada, en mi opinión, con la necesidad de garantizar el conocimiento de ese estado por parte de la entidad patronal de forma a que esta pueda programar la ausencia de la trabajadora, cuya veracidad es confirmada a través del atestado médico. De este modo, caso no sea prestada la referida obligación, la solución más razonable pasará por no ser prestada la referida obligación, aplicándose a la postre el régimen legal de protección de la maternidad y paternidad, tanto más que sería incomprensible no proteger una trabajadora que estuviese visiblemente embarazada por no haber informado al empleador de esa realidad.

I.1. INFORMACIONES RELATIVAS AL ESTADO DE EMBARAZO.

Tras la Directiva 76/207/CEE²⁵⁸ del Consejo, es aprobado en el ordenamiento jurídico portugués el Decreto-Ley 392/79, que consagró que el derecho al trabajo implicaría la ausencia de cualquier discriminación basada en el sexo, nombradamente por la referencia a la situación familiar, donde se incluía un eventual embarazo de la mujer

²⁵⁷ En este sentido vid., Sentencia del Tribunal de la Relación de 26 de junio de 2005.

²⁵⁸ Véase el art. 2.1 de esta Directiva, lo cual se mantuvo inalterado con la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica aquella Directiva.

(art. 3.1). Casi veinticinco años después, con la entrada en vigor del CT, que transpuso la referida Directiva comunitaria, el referido diploma ha sido revocado²⁵⁹, previendo ahora que «el trabajador o candidato a empleo tiene derecho a igualdad de oportunidades y de trato en lo que se refiere en el acceso al empleo, a la formación y promoción o carrera profesionales y a las condiciones de trabajo, no pudiendo ser (...) perjudicado, privado de cualquier derecho (...) en razón, nombradamente de (...) sexo, (...) situación familiar (...)»²⁶⁰ (Artículo 24.1).

Es bajo esta exigencia que el CT²⁶¹ ha establecido la regla de que el empleador no puede exigir al candidato a empleo la prestación de informaciones relativas a su salud y estado de embarazo (art. 17, n.1)²⁶². No obstante, a pesar de ser una innovación en el ordenamiento jurídico portugués, esta solución era ya defendida por la doctrina. En este sentido, Teresa Moreira²⁶³ argumentaba que la trabajadora o candidata cuando fuese inquirida sobre su estado de embarazo, tenía el derecho de no contestar o de ocultar, defendiendo que aquella podría responder falsamente, añadiendo que en este último caso, y siempre que lo hiciese en el ámbito de una candidatura a un empleo, no se podría hablar de un incumplimiento de un deber precontractual,

²⁵⁹ Cfr. Art. 21. 2 c), de la Ley Preambular que aprobó la primera versión del CT.

²⁶⁰ El principio genérico de la igualdad está consagrado en el art. 13 CRP, en los arts. 1, 2 y 9 DUDH, en el art. 2 PIDCP, en el art. 2 PIDESC, y en el art. 14 CEDH. Véase al respecto: LÚCIA RAPOSO, V., «Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a questão laboral entre os sexos)», *QL*, n° 23, 2004, pp. 42-80; PINTO DA CRUZ, A. «Sobre a igualdade de género», *Minerva*, n° 10, 2007, pp. 87-127.

²⁶¹ Importa referir que el art. 17 correspondía al art. 16 de la Propuesta de Ley y al art. 14 del Anteproyecto.

²⁶² Sobre el trato de datos personales en ámbito de la relación de trabajo véase: GUERRA, AMADEU, *A Privacidade no Local de Trabalho*, Almedina, 2004, pp. 131-295; PALLA LIZARDO, J., «Exames médicos obrigatórios e direitos de personalidade – o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.10.2000», *QL*, n° 24, 2004, pp. 215 a 224; LOPES DO REGO, C., «Higiene e saúde no trabalho – Exames obrigatórios – Reserva da vida privada», *RMP*, n° 92, 2002, pp. 149-158; SARMENTO E CASTRO, C., «A Protecção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores», *QL*, 2002, n° 19, pp. 27-60, y n° 20, pp. 139-163; XAVIER, BERNARDO, «O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras», *RDES*, año XLIV, n° 3 y 4, Julho/Dez. 2003, pp. 11 a 49.

²⁶³ COELHO MOREIRA, T., *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

rechazando, de este modo, cualquier culpa *in contrahendo*, admitiendo, incluso que la única excepción a este principio sería cuando el trabajo a realizar correspondiese a una tarea condicionada o prohibida durante el embarazo. Este razonamiento estaba basado en el argumento de que una diferente interpretación vaciaría el principio de no discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo, ya que, al exigir que la mujer prestara este tipo de informaciones, potenciaría en la práctica su violación.

En esta materia, el CT admite aún una excepción, siempre que particulares exigencias inherentes a la naturaleza de la actividad lo justifique y que su fundamento sea realizado por escrito²⁶⁴. Esta posibilidad ha suscitado dudas de legalidad, conllevando que en el pedido de apreciación sobre su constitucionalidad se interrogase el Tribunal Constitucional sobre su compatibilidad con las garantías de la CRP, más concretamente con el art. 26, que consigna el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada²⁶⁵, y el artículo 18º, nº 2, que afirma que «La ley solo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos expresamente previstos en la Constitución, debiendo las restricciones limitarse al necesario para salvaguardar otros derechos o intereses legalmente protegidos».

Sobre esta cuestión el TC se ha pronunciado en la Sentencia 306/03²⁶⁶, de 25 de junio, empezando por considerar que las informaciones relativas al estado de salud y de embarazo se quedaban

²⁶⁴ Importa referir que el preceptuado, en analogía con lo que hizo la Propuesta de Ley, ha eliminado la referencia que el Anteproyecto hacía sobre la posibilidad de ser también exigidas informaciones relativas a la «situación familiar» del candidato al empleo o del trabajador.

²⁶⁵ La protección de datos personales está regulada en la Ley 67/98, de 26 de octubre, rectificada por la Declaración de Rectificación 22/98, de 13 de noviembre, rigiéndose la organización y funcionamiento de la Comisión Nacional de Protección de Datos (CNPD) por la Ley 43/2004, de 18 de Agosto, la cual revocó el Decreto-Ley 121/93, de 16 de Abril, y la Resolución de la Asamblea de la República 53/94, de 19 de Agosto. Con relevancia en el ámbito del derecho laboral, la CNPD emitió cuatro autorizaciones: 1/99, 4/99, 5/99 y 6/99 (*Diario da República*, Serie II, de 27 de enero de 2000, pp. 1813 a 1816).

²⁶⁶ STC de 25 de junio de 2003, asunto 306/03.

dentro de la reserva de la intimidad de la vida privada garantizada en la Constitución, importando decidir si la restricción enunciada en el art. 17º del CT sería constitucionalmente admisible²⁶⁷. Sobre esta cuestión el Tribunal ha considerado que esta excepción solamente sería aceptable caso garantizase que las referidas restricciones se limitasen lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos, que en el caso concreto serían el derecho a la vida e integridad física del propio candidato al empleo, del trabajador o de terceros (arts. 24 y 25 CRP) y el derecho a la salud de las mismas personas (arts. 59.1 c) y 64.1 CRP). El Tribunal criticó incluso lo indeterminable de la utilización de conceptos vagos utilizados por la norma controvertida, más concretamente la expresión «particulares exigencias inherentes a la naturaleza de la actividad profesional», argumentando que tal indefinición podría ser incompatible con la certeza exigida por la protección de un dominio tan sensible como lo de la reserva de la intimidad de la vida privada, añadiendo que la referida indefinición «no permite discernir, de entre las hipótesis en ello subsumibles, aquellas en que sería reconocible la necesidad de protección de valores constitucionalmente relevantes de aquellas en que el motivo invocado no tendría valor suficiente para justificar la intromisión». No obstante este razonamiento, el tribunal terminó por considerar, por mayoría de sus miembros, que la solución legal no sería por aquí merecedora de inconstitucionalidad, ya que la norma trataba de proteger la seguridad o la salud del trabajador o de terceros, así como otras exigencias relacionadas con la especificidad de la actividad laboral que podrían justificar la solicitud de informaciones sobre la salud y el estado de embarazo del trabajador o del candidato al empleo para la realización de las tareas a desempeñar, la denominada «determinación de aptitud o de la mejor aptitud».

²⁶⁷ Dudas sobre la compatibilización constitucional son suscitadas por GOMES, JÚLIO y CARVALHO, RAQUEL, «Código do Trabalho – a (in)constitucionalidade das normas relativas à repetição do procedimento disciplinar e à reintegração», *QL*, nº 22, 2003, p. 222.

El razonamiento basado en la protección de la seguridad y salud es contestable en mi opinión, ya que si ésta fuese la intención del legislador lo habría definido claramente en analogía con el art. 19 relativo a la realización de tests y exámenes médicos para efectos de admisión o permanencia en el empleo, cuando declara expresamente que los mismos estarán justificados siempre que tengan por finalidad la protección y seguridad del trabajador o de terceros.

Otro de los argumentos utilizados por parte del TC para justificar la constitucionalidad de la referida disposición, más concretamente el hecho de que la exigencia del fundamento por escrito protegería la restricción del núcleo esencial del derecho a la vida privada, por garantizar *a posteriori* un control jurisdiccional, no me parece suficiente, ya que el carácter preventivo de la norma queda de este modo vaciado e irreversiblemente herido, siendo preferible evitar y proteger este tipo de situaciones que punjirlas a la postre. En este sentido, el propio juez relator ha considerado que las restricciones a los derechos fundamentales solamente serán legítimas si salvaguardasen otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos, considerando que por no respetar esta prerrogativa la norma analizada viola el art. 18.2 CRP, siendo irrelevante el requisito que exige que el fundamento debe ser prestado por escrito, por considerar que «la determinabilidad de los motivos justificadores de las restricciones a los derechos fundamentales tiene que constar de la propia ley, no pudiendo ser relegada para el fundamento de los actos concretos invasores de la intimidad de la vida privada». En mi opinión importa también añadir que la no referencia de las situaciones que legitimen la invasión de la vida privada podrá conllevar riesgos innecesarios como el abuso de la normativa para discriminar la mujer en su puesto de trabajo o a la hora de su posible contratación.

No obstante el razonamiento manifestado por la mayoría del grupo de jueces, el TC ha terminado por considerar que en lo que

respectaba a la concretización de la referida excepción hubiere sido posible optar por la utilización de medios menos restrictivos, dando como ejemplo el recurso a una intervención médica para estos casos, reservando al médico el conocimiento de los resultados de los exámenes realizados, comunicándose solamente al empleador si el trabajador o el candidato al empleo estaría o no apto para desempeñar la actividad profesional pertinente²⁶⁸, por entender que el empleador no tiene necesidad de conocer directamente datos relativos a la esfera íntima del candidato a empleo o del trabajador, bastándole obtener la información sobre la existencia o no de eventuales inconvenientes a la contratación o a la atribución de determinadas actividades, considerando al mismo tiempo que el propio sigilo profesional por parte del médico reduce al mínimo la indebida e innecesaria divulgación de datos protegidos por la intimidad de la vida privada. Esta tentativa de proteger el trabajador o candidato a informaciones que podrán en la práctica ser utilizadas para perjudicarlo injustificadamente bajo las aparentes «exigencias inherentes a la naturaleza de la actividad profesional» es en mi opinión prudente y correcta. De este modo, y en la medida en que la norma permitía el acceso directo a informaciones relativas a la salud o al estado de embarazo el Tribunal terminó por considerar que tal posibilidad «viola el principio de la prohibición del exceso en las restricciones al derecho fundamental a la reserva de la intimidad de la vida privada decurrente de las disposiciones conyugadas de los arts.

²⁶⁸ Esta realidad estaba ya prevista en el artículo 19.3 del CT. La solución presentada por el Tribunal estaba de acuerdo con un Parecer de la Comisión Nacional de la Protección de Datos (CNPD), solicitado y emitido después de la aprobación final global del CT por la Asamblea de la República. Este Parecer ha defendido que la solicitud por escrito y el respectivo fundamento fuese suscrito por médico y que a la entidad empleadora solamente fuese revelado la aptitud o ineptitud para el cargo, considerando que caso esta situación no fuese respectada ocurriría la violación de los arts. 26 y 18.2 de la CRP una vez que la limitación de «la intimidad de la vida privada de los trabajadores se revelar excesiva, no adecuada, desproporcionada y desnecesaria, traduciéndose en una efectiva aniquilación de un derecho fundamental sin se atender al principio de la mutua comprensión que debe nortear la armonización de los derechos fundamentales». El CNPD continuó su razonamiento alegando que la restricción del derecho ultrapasaba lo estrictamente necesario para salvaguardar los derechos de la entidad empleadora, considerando que bastaba que el médico se pronunciase en el sentido de que el trabajador esté apto a desempeñar las funciones, considerando al mismo tiempo que sólo el médico estaría en condiciones de emitir tale juicio.

26.1, y 18.2 de la CRP».

Esta decisión conllevó a que la Asamblea de la República introdujese una nueva redacción del art. 17.3 en la primera versión del CT²⁶⁹, declarando ahora que las informaciones relativas al estado de salud o estado de embarazo serían prestadas al médico y que este solamente podría comunicar al empleador si el trabajador o candidato fuese o no apto a desempeñar la actividad.

En lo que respecta a los test y exámenes médicos, referidos anteriormente, y de forma que salvaguarden posibles discriminaciones de la mujer, el CT consagra también por primera vez que el empleador no puede «exigir a la candidata al empleo o a la trabajadora la realización o presentación de testes o exámenes de embarazo» (art. 19.2).

La violación de estos preceptos por parte de la entidad patronal justifica una desobediencia legítima del trabajador o del candidato a empleo, pudiendo originar responsabilidad civil por los daños patrimoniales y no patrimoniales (art. 28)²⁷⁰.

²⁶⁹ Actualmente con la entrada en vigor de la Ley 7/2009 de 12 de Febrero de 2009 lo dispuesto pasó a estar consagrado en el art 17.2.

²⁷⁰ Cfr. STJCE de 8 de noviembre de 1990, Dekker, asunto C- 177/88, donde el TJCE ha declarado que «cuando la sanción elegida por el Estado-miembro se insiere en el ámbito de la responsabilidad civil del empleador, la violación de la prohibición de discriminación debe ser suficiente para desencadenar, solo por sí, la responsabilidad total de su autor, sin que puedan ser invocadas las causas de exclusión previstas por el derecho nacional». Del mismo modo, se niega la subordinación de la responsabilidad a la prueba de culpa de su autor. Relativamente a la obligación de indemnizar el candidato a empleo discriminado. Véase al respecto: MACHADO DRAY, G., *O princípio da igualdade no direito do trabalho – Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999. p. 286 y «Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 83 y ss..

I.2. RESTRICCIONES AL ACCESO AL EMPLEO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA O LACTANTE.

No obstante la previsión del art. 30 CT de que «la exclusión o restricción de acceso de un candidato a empleo o trabajador en razón del respectivo sexo a determinada actividad o a la formación profesional exigida para tener acceso a esa actividad constituye discriminación en razón de sexo», se ha admitido aquí algunas excepciones. La primera, respecta a la prohibición o condicionamiento al acceso a actividades que puedan implicar riesgos para el patrimonio genético. Este precepto, inspirado en diferentes Directiva comunitarias, donde se destaca la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, 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 el periodo de lactancia, tuvo como su antecedente legislativo el art. 8 Decreto-Ley 392/79, previendo ahora desde la entrada en vigor del CT no solamente la protección del patrimonio genético del trabajador, sino de sus descendientes. La reglamentación de este régimen ha sido realizado a través de la RCT (arts. 41 y ss.), que fijando una lista a elaborar por el ministerio responsable por la salud los agentes biológicos, físicos o químicos susceptibles. Este tipo de actividades prohibidas o condicionadas habían sido ya definidas en innumerables iniciativas legislativas, nombradamente la Portaria 186/73 que prohibía a las mujeres la utilización y manipulación frecuente de determinadas sustancias tóxicas o el ejercicio de algunas actividades que envolvían ciertas condiciones de riesgo. Esta legislación ha suscitado todavía problemas de constitucionalidad y de compatibilidad con el derecho comunitario por no hacer depender tales limitaciones del estado de gestación o embarazo, sino por el simple hecho de pertenecer al sexo femenino²⁷¹. Esta realidad ha sido cambiada con la

²⁷¹ Cfr. ROMANO MARTINES, P., «Igualdade de tratamento no direito laboral – A Aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal», *Direito e Justiça*, Vol. IX, nº 2, 1997, p. 89; CARVALHO, CATARINA, «Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher», *IV Congresso nacional de direito do trabalho*, org. António Moreira, 2001, pp. 122-123.

consagración de la Portaria 229/96, de 26 de junio, que ha fijado los agentes, procesos y condiciones de trabajo prohibidos o condicionados a las mujeres embarazadas, puérperas o lactantes, dejando así de verificarse una exclusión en los términos anteriormente consagrados. Con la entrada en vigor de la RCT ambos diplomas han sido revocados²⁷².

La segunda excepción al principio anteriormente enunciado es tratada en el art. 62 CT²⁷³ y que se destina a las trabajadoras embarazadas, puérperas y lactantes, garantizándoles un derecho a especiales condiciones de seguridad y salud en los locales de trabajo. Las normas contenidas en los n. 2 y 3 transpusieron el art. 4 Directiva 92/85/CEE, consagrando que siempre que se esté ante actividades susceptibles de presentar un riesgo específico de exposición de aquellas trabajadoras a agentes, procesos o condiciones de trabajo peligrosos, el empleador tiene que cumplir algunos procedimientos, donde se incluyen un evaluación de la naturaleza, grado y duración de la referida exposición, de forma que determine la existencia de cualquier riesgo para la seguridad o salud y sus repercusiones sobre el embarazo o amamantamiento, debiendo la entidad patronal posteriormente informar las trabajadoras de los resultados de esa evaluación y de las eventuales medidas de protección a adoptar.

Siempre que los resultados de la evaluación realizada revelaren la existencia de riesgos para la seguridad o salud de las referidas trabajadoras o repercusiones sobre el embarazo o amamantamiento, existe la necesidad de tomar las medidas necesarias para evitar la exposición nociva.

Cuando las exigibles alteraciones sean técnica o objetivamente imposibles de poner en práctica, o excesivamente morosas u onerosas,

²⁷² Art. 10.1 a) y e) de la RCT

²⁷³ Este precepto corresponde, con algunas clarificaciones, al art. 21 de la Ley 4/84, en la numeración de la Ley 142/99.

la norma manda que sean atribuidas a la trabajadora otras funciones compatibles con su estado y su categoría. Y cuando este cambio no sea posible, la trabajadora será dispensada del trabajo durante todo el tiempo necesario. Importa referir además que esta dispensa no puede ser motivada por el interés del empleador, ya que este tiene siempre la obligación de examinar la posibilidad de adaptar las condiciones o el tiempo de trabajo o de atribuir otro puesto de trabajo. El TJCE se ha pronunciado en el asunto *Handels*²⁷⁴, sobre la incompatibilidad con el derecho comunitario de normas nacionales que permitiesen a una entidad patronal no ocupar una trabajadora embarazada que no esté inapta para el trabajo, mandándola para casa sin pagarle la totalidad de su retribución. En este sentido, el CT dispone que en los casos de dispensa, la trabajadora no pierde cualquier derecho, siendo ese periodo contabilizado como prestación efectiva de trabajo, excepto en lo relativo a la retribución [art. 65.1, § i), CT], previéndose un subsidio en los términos de la legislación de la seguridad social (art. 103.1 RCT).

Para concretar el referido régimen, la RCT vino a enumerar las actividades condicionadas a las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes, con relación a la exposición a agentes físicos, biológicos o químicos, procesos industriales o condiciones de trabajo susceptibles de afectar la función genética (arts. 84 a 88 RCT)²⁷⁵.

Por su parte, el CT indica que «es vedado el ejercicio por trabajadora embarazada, puérpera o lactante de actividades cuya evaluación haya revelado riesgos de exposición a agentes o condiciones de trabajo que pongan en peligro su seguridad o salud o el desarrollo del nasciturus» (Art. 62.5). En este sentido, son los arts. 89 a 95 de la RCT que proceden a una enumeración de las actividades prohibidas

²⁷⁴ STJCE de 19 noviembre de 1998, *Handels*, Asunto C-66/96.

²⁷⁵ Las enumeraciones de estos agentes, procesos y condiciones de trabajo atiende a la lista constante del anexo I de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre.

aquellas trabajadoras²⁷⁶.

La entrada en vigor del nuevo CT siguió previendo el mismo régimen de protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante, todavía por fuerza del art. 14.2 Ley 7/2009, el art. 62 solamente entraría en vigor con el inicio de la vigencia de la legislación que regulase el régimen de protección social de la parentalidad, manteniéndose hasta allá el régimen previsto en el art. 49 de la primera versión del CT. El legislador olvidó todavía que este artículo remetía para el art. 643 RCT las consecuencias de la violación de la referida protección y que este artículo por fuerza del art. 12.1 b) Ley 7/2009 sería revocado con la entrada en vigor de lo nuevo CT que ocurrió el 17 de febrero de 2009. Una vez que el régimen de protección social de la parentalidad, introducida por el Decreto-Ley 91/2009 solamente entró en vigor el 1 de mayo de 2009, entre esas fechas no hubo cualquier punición a las empresas que violasen lo dispuesto al respecto de la protección de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante lo que enseña la poca preocupación por este tema por parte de las instancias legislativas portuguesas e la falta de rigor en tratar un asunto tan sensible como este.

El impedimento ilícito de acceso de un candidato a un empleo en violación del referido art. 30 constituye una contra-ordenación muy grave (art. 30.4 del CT), pudiendo el infractor incurrir en responsabilidad civil. Sobre este asunto importa referir que la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, no establecía cualquier sistema sancionatorio en caso de la violación del principio de la igualdad de trato, especialmente en esta fase de acceso al empleo, si bien la interpretación del TJCE apuntaba hacia la idea de que cuando un Estado-miembro optase por sanciones económicas, estas no podrían ser meramente simbólicas, teniendo que asumir una real función de

²⁷⁶ Las enumeraciones de estos agentes, procesos y condiciones de trabajo atiende a la lista constante del anexo II de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre.

disuasión relativamente al daño provocado²⁷⁷. Sería con la entrada en vigor de la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento y del Consejo, cuando se consagre, a través del art. 8 quinto, y más tarde con la Directiva 2006/54/CE (art. 25) el sentido enunciado por la jurisprudencia.

Importa todavía referir que los casos en los que se determine que el empleador haya violado el art. 30 no significará indiscutiblemente la obligación de contratarla, ya que el culminar de un proceso de reclutamiento no podrá ser resultado del resarcimiento de la violación de la referida norma²⁷⁸, tanto más como injustificable sería obligar, por ejemplo, al empleador a contratar una candidata que no reuniera todos los requisitos exigibles solamente por el hecho de haberla rechazado, no por su incapacidad, sino por el hecho de ser mujer. Tampoco, admitiendo esta solución, se podría considerar prestigioso para la candidata femenina ser admitida bajo este proceso.

I.3. RECHAZO DE LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORA EMBARAZADA PARA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PROHIBIDAS O CONDICIONADAS. EFICACIA DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La licitud del rechazo del empleador en contratar una candidata al empleo en virtud de estar impedida para ejercer su actividad, basado en la existencia de una norma nacional que prohíba o condicione a las mujeres embarazadas, puérperas o lactantes a desempeñar determinadas funciones y que imponga a la mismas el deber de informar a la entidad patronal en relación con su estado de gestación, difícilmente es compatible con el derecho comunitario y más concretamente con la interpretación del TJCE.

²⁷⁷ Véase al respecto: CARLOS ARCE, J., *El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 56.

²⁷⁸ Véase en este sentido: MACHADO DRAY, G., *O princípio de igualdade no direito do trabalho...*, cit., p. 286.

Importa, de este modo, analizar alguna de la jurisprudencia del TJCE más relevante en este sentido. Ante la cuestión de la licitud del rechazo del empleador en proponer a la trabajadora un contrato por tiempo indeterminado, por el hecho de estar embarazada y no poder asumir de inmediato las funciones previstas para la plaza en causa, ya que las mismas representarían un riesgo de infección y la ley nacional alemana prohibía la colocación de mujeres embarazadas en aéreas en que se quedase expuestas a la influencia de sustancias nocivas, el Tribunal comunitario se ha pronunciado al respecto a través del asunto *Mahlburg*²⁷⁹, argumentando que un rechazo de contratación con base en el embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado solamente podría ser realizada a las mujeres, constituyendo por esa razón una discriminación directa en razón de sexo²⁸⁰.

Para un mejor entendimiento de este problema es fundamental abordar la desigualdad de trato basada en el embarazo en tanto que catalogada como una discriminación sexual directa o indirecta, ya que alguna doctrina entiende que en estos casos la verdadera razón de la desigualdad no se fundamenta directamente en el embarazo, sino en la prohibición legal de prestación de trabajo asociado a este estado. En esta hipótesis se considera insuficiente el efecto desigual de la medida, puesto que la misma puede ser objetivamente justificada, desde que respecte la proporcionalidad de los medios utilizados para alcanzar el fin legítimo. Algunos autores van más allá al considerar que la verdadera causa de la discriminación es la legislación nacional de los Estados-miembros por prohibir que durante el embarazo la mujer desempeñe

²⁷⁹ STJCE de 3 febrero de 2000, *Mahlburg*, asunto C-207/98.

²⁸⁰ En el asunto *Dekker*, el TJCE ha reiterado el mismo razonamiento, declarando que el argumento utilizado para aislar la existencia de discriminación sexual, basado en el hecho del empleador haber contratado otra mujer para aquel puesto de trabajo, no puede ser aceptado, ya que la primera trabajadora hubiera sido contratada caso no estuviese embarazada. Cfr. con otras sentencias del mismo tribunal, nombradamente, SSTJCE de 10 de abril 1984, *Sabine*, asunto 14/83; de 10 de abril 1984, *Dorit Harz*, asunto 79/83 y de 13 noviembre de 1990, *Marleasing*, asunto C-106/89.

determinadas actividades²⁸¹. A su vez, si consideramos la calificación de la discriminación como directa, significará la inadmisibilidad de justificaciones de tratos distintos fundamentado en este estado, no permitiendo el recurso a criterios de comparación²⁸².

En el referido asunto, el TJCE añadió que «la protección garantida por el derecho comunitario a la mujer durante el embarazo y después del parto no puede depender de la cuestión de saber si su presencia, durante el periodo correspondiente a la maternidad, es indispensable al buen funcionamiento de la empresa», bajo la pena de privar los preceptos de la Directiva de cualquier efecto útil. El órgano judicial continua su razonamiento argumentando que «la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener como consecuencia un trato desfavorable en lo que respecta al acceso al trabajo...», no permitiendo al empleador rechazar la celebración del contrato en virtud de no poderla colocar de inmediato en el puesto de trabajo, tanto más que esta prohibición solamente produce efectos durante un periodo de tiempo limitado relativamente a la duración total del contrato. Por lo que respecta a la cuestión de las consecuencias financieras para la entidad patronal, el TJCE ha considerado que estas no son relevantes para rechazar la contratación. Como ha subrayado el Abogado-general en este asunto, «la igualdad de trato entre hombres y mujeres (...) representa un principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario que no puede sufrir restricciones en consideración a este tipo de exigencias». El mismo razonamiento había ya sido concretizado por el mismo Tribunal en el asunto Dekker, concluyendo que «una prohibición de contratación debida a las consecuencias financieras de una ausencia por motivo de embarazo debe considerarse basada esencialmente en el hecho del embarazo», y por lo tanto discriminatoria.

²⁸¹ Cfr. BOCH, CHRISTINE, «Case Law – Case C-32/93», *CMLR*, Vol. 33, 1996, p. 558, nota 38.

²⁸² Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, M., «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *RL*, nº 11, 1991, p. 5; BOCH, CHRISTINE, *Case Law...cit.*, p. 557.

Sobre el hecho de la dificultad en identificar una práctica discriminatoria en los casos de embarazo es más difícil porque no existe cualquier término de comparación con el sexo masculino. Christine Boch²⁸³ explica que el trato desfavorable de una mujer en virtud de un embarazo puede, en abstracto, ser abordado por tres vías diferentes: negando la posibilidad de haber discriminación; admitiendo que ese trato pueda ser fundamento de discriminación atendiendo a las circunstancias del caso concreto; o considerándolo siempre discriminatorio.

De este modo, la cuestión determinante para el Tribunal es saber si el motivo esencial del rechazo de la contratación se aplica indistintamente a los trabajadores de los dos sexos o si es aplicable de forma exclusiva a uno de ellos. Puesto que el embarazo es privativo del sexo femenino, el tribunal ha concluido que un trato diferenciado basado en este elemento sería siempre discriminatorio.

Considerando el razonamiento del órgano judicial comunitario, el art. 25.2 CT, que prevé que no constituye discriminación el comportamiento basado en el sexo, « en virtud de la naturaleza de la actividad en causa o del contexto de su ejecución, debiendo el objetivo ser legítimo y el requisito proporcional», no permite interpretar este precepto de forma que legitime una situación semejante a la descrita, ya que la misma violaría el derecho comunitario.

Otra importante cuestión está relacionada con la validez del contrato de trabajo celebrado con una trabajadora embarazada, puerpera o lactante para actividades que les son prohibidas o condicionadas legalmente. En este sentido, a la luz del derecho comunitario, importa recordar el asunto Gabriele²⁸⁴, donde se ha

²⁸³ BOCH, CHRISTINE, *Case Law...cit.*, p. 554.

²⁸⁴ STJCE de 5 de mayo de 1994, Gabriele, asunto C-421/92.

sujetado a la apreciación del TJCE la celebración de un contrato de trabajo celebrado entre la trabajadora y el empleador por tiempo indeterminado para la prestación de una actividad que debería ser realizada exclusivamente durante la noche, cuando ambos ignoraban el embarazo de la trabajadora. Después de que la entidad patronal tuviese conocimiento del embarazo de su trabajadora, el empleador ha alegado la nulidad del contrato, por un parte, basado en una norma alemana que prohibía las mujeres embarazadas y que amamantasen trabajar durante la noche²⁸⁵ y a la anulabilidad por error, por otra, en cuanto a las cualidades esenciales de la trabajadora²⁸⁶.

En analogía con el razonamiento anterior, lo que importa aquí es determinar si la razón esencial de la invalidez del contrato se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos los sexos, o solamente a uno de ellos. El TJCE, siguiendo este razonamiento, ha considerado que tratándose de una quiebra contractual motivada por el embarazo de la trabajadora, realidad que solamente respecta a las mujeres, constituye una discriminación directa basada en el sexo. De este modo, el Tribunal ha interpretado los n. 1 y 7 art. 2, y el art. 3.1 de la Directiva 76/207/CE, en el sentido de que no permite que el referido contrato sea declarado nulo y tampoco que pueda ser invocada su invalidez con base en error sobre las calidades esenciales de la trabajadora en el momento de la celebración del contrato. La anulación fundada en error relativo a una calidad esencial inherente a la trabajadora, cuando esa calidad es precisamente el embarazo, implica necesariamente que solamente las mujeres puedan estar en tal situación. En los casos de un contrato por tiempo indeterminado, la prohibición de prestación de trabajo nocturno por las mujeres embarazadas solamente produce efecto por tiempo limitado, en comparación con la duración total del contrato, por lo que admitir que

²⁸⁵ Art. 41 de la Mutterschutzgesetz.

²⁸⁶ Esta solución también era defendida por parte de alguna doctrina española antes de algunas decisiones del TJCE que la contrariaron. Cfr. ALONSO OLEA, M., «Resolución de contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo», *REDT*, n° 36, octubre/diciembre de 1988, p. 620.

el contrato pudiese ser declarado inválido con base en el impedimento temporal de la trabajadora embarazada de efectuar el trabajo nocturno sería contrario al objetivo de la protección de la Directiva²⁸⁷.

Como refiere el abogado-general en sus conclusiones, la declaración de nulidad sería equiparable al rechazo de contratación del trabajador, en la medida en que produce efectos *ex tunc*, de este modo, las consecuencias no podrían ser diferentes de las analizadas en el caso anterior (Mahlburg), no pudiendo esta protección ser invocada para impedir la constitución válida de una relación laboral, tanto más que la aplicación de normas que son *per se* legítimas y que discriminan positivamente a las mujeres embarazadas, puérperas o lactantes, con la intención de protegerlas, no podrán significar una exclusión de las mismas del mercado de trabajo, bajo el peligro de desvirtuar el objetivo de los preceptos comunitarios que las admiten, considerando que «sería paradójico (...) que el reconocimiento de la función social de la maternidad y, en consecuencia, la protección de las mujeres embarazadas se efectuase excluyéndolas del mercado de trabajo». Sobre el argumento que en los casos en que la trabajadora ocultase intencionalmente a la entidad patronal su estado de embarazo se podría defender la nulidad del contrato de trabajo, importa recordar que la imposibilidad para el ejercicio de la actividad es temporal y que la comunicación del embarazo en el momento del reclutamiento tendría como consecuencia casi incontenible de la no contratación de la trabajadora, perpetuándose de este modo, caso de ser aceptada la referida nulidad o invalidez del contrato, una discriminación en función de sexo, impidiendo en la práctica el acceso al empleo de mujeres embarazadas, puérperas o lactantes.

Importa también referir el asunto *Handels*²⁸⁸, de 4 de octubre de

²⁸⁷ GOMES, JÚLIO y CARVALHO, CATARINA, «Sobre o regime da invalidez do contrato de trabalho», *Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, coord. De António Moreira, Almedina, 1999, pp. 149 y ss..

²⁸⁸ STJCE de 4 de octubre de 2001, *Handels*, asunto C-109/00.

2001, relativo al despido de una trabajadora por estar embarazada, después de haber sido contratada por un periodo determinado, no informando al empleador de su estado, no obstante conocer su estado de gestación y de no estar en condiciones de trabajar durante gran parte del periodo de duración del referido negocio jurídico. El mayor argumento del empleador no ha sido todavía el estado de embarazo, sino la violación del deber de lealtad.

El TJCE ha rechazado este razonamiento considerando que la trabajadora no estaba obligada a informar de su estado, ya que aquel no tenía el derecho de tener en consideración ese factor en el momento de su contratación. A ese respecto, en el Asunto Handels el abogado-general en sus consideraciones, ha considerado que «el empleador no tiene legitimidad para cuestionar si la trabajadora está embarazada. Lo contrario, más allá de representar una intromisión en el derecho a la intimidad de la trabajadora, significaría impedir seriamente el acceso al mercado laboral de la mujer embarazada», vaciando el sentido del art. 10 de la Directiva comunitaria. De este modo estamos ante un despido basado en el embarazo y discriminatoria en razón de sexo, aplicándose esta razonamiento a la invocación de la invalidez del contrato con los mismos fundamentos²⁸⁹.

Asimismo la aplicación del art. 17.1 b) CT, en lo que respecta a la prestación de informaciones relativas al embarazo de una trabajadora o candidata a empleo es reducida significativamente en sus efectos. Siempre que el empleador pueda cuestionar a la trabajadora o candidata sobre un eventual embarazo debido a «particulares exigencias inherentes a la naturaleza de la actividad profesional», la no prestación por parte de la trabajadora de la referida información o incluso la prestación de una información falsa no podrá traer grandes consecuencias, ya que el empleador no podrá tener en cuenta, aunque

²⁸⁹ El mismo razonamiento es enseñado por BALLESTER PASTOR, M. A., *El Periodo de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 52 y 53.

se trate de una actividad prohibida a las referidas trabajadoras, el embarazo de la trabajadora o de la candidata en el momento de su contratación, siendo irrelevantes las informaciones solicitadas a este respecto, no pudiendo en momento alguno justificar la anulación del contrato de trabajo.

II. EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN LABORAL.

II.1. LA TRABAJADORA EMBARAZADA O LACTANTE Y LA RETRIBUCIÓN.

Una de las principales cuestiones relativas a la discriminación retributiva de las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes respecta a la pérdida de los premios de asiduidad, productividad o en la participación de los resultados en la secuencia de las faltas justificadas para consultas pre natales, del gozo de licencia por maternidad o dispensa para la lactancia.

Sobre el problema de la participación de los resultados, la Comisión para la Igualdad en el Trabajo y en el Empleo (CITE) ha sido llamada a pronunciarse²⁹⁰, donde ha considerado que tratándose de una prerrogativa, no podría dejar de ser atribuida cuando la trabajadora ha gozado la licencia por maternidad o dispensa de amamantamiento, puesto que tal significaría una discriminación en razón de sexo.

El CT ha consagrado que «las licencias, faltas o dispensas relativas a la protección en la parentalidad no pueden fundamentar diferencias en la retribución de los trabajadores» (art. 31.4), prohibiendo asimismo cualquier trato diferenciado al respecto de la retribución entre los trabajadores cuando prevé que «las diferencias de

²⁹⁰ Cfr. Parecer 2/CITE/91.

retribución no constituyen discriminación cuando cimentadas en criterios objetivos, comunes a hombres y mujeres, nombradamente, basadas en el merito, productividad, asiduidad o antigüedad» (art. 31.3), por considerar que se estaría bajo una discriminación en función de sexo²⁹¹.

Esta solución adoptada por el legislador portugués ha sido el resultado de la Directiva 2006/54/CE, cuando prevé que el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE constituirá una discriminación [art. 2.2 c)]. Esta misma protección engloba también a los trabajadores masculinos que gocen las licencias de paternidad. De este modo, no hay dudas sobre la inadmisibilidad de la pérdida de premios de asiduidad o de productividad en la secuencia de faltas justificadas en este ámbito²⁹².

Otra cuestión más controvertida está relacionada con el subsidio de alimentación. Tomando en consideración el razonamiento anterior, siempre que el mismo sea considerado retribución nunca podría ser retirado en las situaciones de licencias, faltas y dispensas relativas a la protección de la maternidad y paternidad. Importa también referir que el subsidio será considerado como parte integrante de la retribución en la parte en que excede los montantes normales y se quede prevista en el contrato o de deba considerar prevista por los usos.

En los casos en que el subsidio sea considerado una ayuda de

²⁹¹ Este ha sido el entendimiento de la CITE. Cfr. Parecer 5/CITE/90 y Parecer 12/CITE/91. Véase al respecto: REGINA REDINHA, M., «Igualdade de tratamento no trabalho e no emprego», *Estudos em Comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2001, pp. 931 y ss; PALMA RAMALHO, M. R., *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. I, Almedina, 2003, pp. 215- 268.

²⁹² El Supremo Tribunal de Justicia había ya fijado jurisprudencia en el sentido de que las faltas justificadas en este ámbito no representarían una causa legítima de diferenciación salarial. Cfr. STJ, asunto 16/97.

coste²⁹³, en semejanza con un subsidio de transporte o abono de viaje, la respuesta no es tan sencilla, puesto que estando el pago relacionado con una dispensa que el trabajador sufre por el hecho de ir trabajar, la misma no sería debida en las situaciones en que no haya prestación de trabajo. Sobre esta cuestión la CITE²⁹⁴ ha considerado que el subsidio de alimentación continua siendo debido, afirmando que teniendo en consideración el concepto amplio y no técnico de la retribución previsto en el art. 141 TCE, el no pago del mismo resultaría en una discriminación en razón de sexo²⁹⁵.

Importa referir que el pago de este subsidio se ha quedado expresamente impuesto por la RCT en relación a los funcionarios y agentes de la Administración Pública relativamente a los casos de licencia por maternidad, paternidad, adopción, dispensas para consulta, lactancia, faltas para asistencia a nietos y dispensa para trabajo nocturno el (art. 113). Incomprensiblemente este tipo de previsión no está regulado para los restantes trabajadores del sector privado. Una vez que el legislador ha optado por no hacer cualquier referencia a estos trabajadores, cuando lo hizo para los otros, indicia en mi opinión la intención de no consagrar una solución semejante, siendo así importante cuestionar la constitucionalidad de esta diferencia de trato ante el art. 13 CRP.

Los aumentos salariales ocurridos durante el periodo de gozo de las licencias de maternidad y paternidad son aplicables a los trabajadores que gocen de estas licencias, desde que fuesen destinatarios de ese aumento caso estuviesen presentes. Esta solución

²⁹³ La calificación del subsidio de alimentación como ayuda de coste, en los términos del art. 260.2 CT, no estaba expresa en el derecho anterior

²⁹⁴ Cfr. con los siguientes pareceres: 6/CITE/91, 6/CITE/2000, 22/CITE/2000, 35/CITE/2000

²⁹⁵ Este razonamiento ha sido apoyada por alguna de la jurisprudencia de los tribunales portugueses. Cfr. Sentencias del Tribunal de la Relación de Lisboa de 19 de mayo de 1999, de 11 de julio de 2002 y de 20 de noviembre de 2002.

es concretada en el art. 15 Directiva 2006/54/CE. El propio TJCE²⁹⁶ había ya considerado que la retribución constituye la prestación que el empleador paga, por fuerza de la ley o Convenio Colectivo de Trabajo, a una trabajadora durante la licencia de maternidad. De este modo, su montante deberá integrar los aumentos de retribución ocurridos entre el inicio del periodo englobados por los salarios de referencia y el fin de las referidas licencias, ya que lo contrario sería discriminar puesto que si la trabajadora no estuviese embarazada habría recibido el salario aumentado. El mismo razonamiento es válido para los casos en que la prestación se paga por la Seguridad Social, puesto que el artículo 11.3 Directiva 92/85/CEE, consagra que el valor mínimo será aquel que la trabajadora recibiría en caso de «suspensión de su actividad por razones relacionadas con su estado de salud». De este modo, el aumento salarial deberá reflectarse en el cálculo de la prestación por maternidad paga por la Seguridad Social²⁹⁷.

II.2. LA MUJER TRABAJADORA Y EL TIEMPO DE TRABAJO.

II.2.1. TRABAJO NOCTURNO.

El Decreto-Ley 409/71, de 27 de noviembre, ha prohibido el trabajo nocturno a las mujeres (Art. 31). La doctrina ha considerado más tarde que esta norma era inconstitucional por ser contraria a la CRP [arts. 13 y 58.2, b)], siendo legalmente revocada por el Decreto-Ley 392/79, cuando consagró la prohibición de discriminación en función de sexo²⁹⁸. Importa referir que este tipo de medidas solamente

²⁹⁶ SSTJCE de 13 de febrero de 1996, Gillespie asunto C-342/93 y de 16 de septiembre de 1999, Abdoulaye, asunto C-218/98.

²⁹⁷Cfr. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 144 y 145; Sobre las críticas por la ausencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico español que posibilitesen la alteración de la prestación de maternidad en consecuencia del aumento salarial vid., BALLESTER PASTOR, M. A- *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 29 y 30.

²⁹⁸ LIBERAL FERNANDES, F., «Sobre o trabalho nocturno feminino na indústria», *QL*, 1994, n° 1, p. 34 y *Comentário às leis da duração do trabalho e do trabalho*

contribuirían para incrementar las reticencias por parte de la entidad patronal a la hora de contratar mano de obra femenina, dificultando principalmente su admisión en empresas de trabajo rotativo o que recorriesen al trabajo nocturno, impidiéndolas también de recibir la bonificación retributiva pertinente y dificultando asimismo una posible progresión en la carrera²⁹⁹.

El propio TJCE se ha pronunciado sobre esta cuestión³⁰⁰, confirmando que la prohibición de trabajo nocturno a las mujeres no podría ser subsumida en la excepción prevista en la Directiva 76/207/CE (art. 2.2), que hacía referencia a las actividades profesionales para las cuales, en razón de su naturaleza o las condiciones de su ejercicio, el sexo sería un factor determinante. De este modo, todas las normas del derecho interno portugués que imposibilitasen a las mujeres de ejercer su profesión durante ese periodo violarían la referida Directiva.

La orientación del TJCE ha sido seguida por el art. 10 Directiva 93/104/CE, al prever la posibilidad de los Estados miembros de sujetar a determinadas garantías el trabajo nocturno prestado por determinadas categorías de trabajadores con situaciones de riesgo para la seguridad o salud relacionadas con el trabajo durante el periodo nocturno, sin hacer, dicho sea de paso, cualquier referencia al trabajo femenino.

De este modo, solamente en situaciones específicas relacionadas con el embarazo, maternidad o amamantamiento podrán justificarse

suplementar, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 99; DA MOTTA VEIGA, ANTÓNIO, *Lições de direito do trabalho...cit.*, p. 445. Cfr. STJCE de 17 de octubre de 1989, Danfoss, asunto 109/88.

²⁹⁹ LIBERAL FERNANDES, F., «Sobre o trabalho nocturno...» *cit.*, p. 31; FÁTIMA RIBEIRO, M., «O tempo de trabalho no direito comunitário», *Dois temas de direito comunitário do trabalho*, Porto, 2000, pp. 117 y 118 y MAIA DA SILVA, M. M., «A discriminação sexual no mercado de trabalho: uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas», *QL*, Coimbra, n° 15, 2000, p. 107.

³⁰⁰ Cfr. STJCE de 25 de julio de 1991, Stoeckel, asunto C-345/89.

límites en este ámbito, admitidos por el art. 15 Directiva 2006/54/CE y impuestas por el art. 7 Directiva 92/85/CEE.

En este sentido y con la entrada en vigor de la Ley de la Protección de la Maternidad y Paternidad (LPMP), en la redacción dada por la Ley 17/95, se ha previsto la dispensa de las trabajadoras de prestar trabajo nocturno en tres situaciones distintas: durante un periodo 112 días antes y después del parto, de los cuales por lo menos la mitad sea antes de la fecha presumible del parto; durante el restante periodo de embarazo, siempre que fuese necesario para la salud de la madre o del concebido; durante todo el tiempo que dura la lactancia siempre que necesario para la salud de la madre o del concebido. La misma legislación previa además que sería atribuido a estas trabajadoras un horario de trabajo diurno compatible, o en la imposibilidad de aplicarlo, su dispensa.

El CT, no obstante haber cambiado el periodo de trabajo nocturno considerándolo ahora como el prestado entre las 22 horas de un día y las 7 horas del día siguiente (art. 223.2), para los efectos de dispensa del trabajo nocturno a las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes continua prevaleciendo la noción anteriormente consagrada por la que la franja horaria se situaría entre las 20 horas de un día y las 7 horas del día siguiente (art. 60.1).

Las ausencias de la trabajadora resultantes de dispensa de prestación de trabajo en el periodo nocturno no implica la pérdida de cualesquiera derechos de la trabajadora, siendo considerada como prestación efectiva de trabajo, excepto en cuanto a la retribución [art. 65.1, h) CT], garantizándose a la trabajadora el derecho a un subsidio en los términos de la legislación de la seguridad social (art. 103.1 RCT).

Con la entrada en vigor del nuevo CT y por fuerza de la Ley 7/2009 (art. 14.2) que impuso que el art. 60 CT solamente entraría en

vigor con el inicio de la vigencia de la legislación que regulase el régimen de protección social de la parentalidad, al mismo tiempo que revocó el art. 47 CT anterior que protegía las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes en esta materia [artículo 12.1 b) Ley 7/2009]. De este modo durante el periodo comprendido entre la entrada en vigor del nuevo CT y la entrada en vigor del régimen de protección social de la parentalidad no hubo una protección legislativa, permitiéndose que la mujer embarazada, puérpera o lactante trabajase en horario nocturno, dejando para el buen censo de las entidades patronal que nos las obligasen a trabajar durante ese periodo, siendo condenable una vez más la negligencia con que se ha legislado en este dominio.

II.2.2. HORAS EXTRAORDINARIAS.

Al nivel de la protección de la mujer embarazada importa destacar el Decreto-Ley 421/83, de 2 de diciembre, que ha garantizado la no obligatoriedad del trabajo suplementario a trabajadoras embarazadas o con hijos con edad inferior de 10 meses de edad [Art. 3.2 b)]. Esta previsión estaba fundamentada en el razonamiento de que sería prejudicial obligar a las trabajadoras embarazadas a una mayor carga horaria y que las trabajadoras con hijos hasta la referida edad necesitarían de mayor disponibilidad para acompañar el niño en un momento tan decisivo, presumiéndose que durante este periodo ocurriría el amamantamiento³⁰¹.

Con la entrada en vigor de la primera versión del CT la mujer embarazada continua siendo protegida, previéndose ahora la aplicación también de este régimen a las trabajadoras con hijo de edad inferior a un año, dejando de serles aplicado la regla de obligatoriedad legal de

³⁰¹ La legislación en análisis presumía que durante este periodo el amamantamiento ocurriría.

realización de trabajo fuera del horario previsto (art. 227.3)³⁰². Esta norma no es todavía obligatoria ya que el CT permite que aquellas puedan prestarlo cuando sea pertinente y así lo deseen (art. 59.1)³⁰³. Otro cambio introducido en buena hora por la primera versión del CT ha sido la aplicación de este régimen al padre que se haya beneficiado de la licencia de paternidad ya que no era justificable continuar considerando que sería perjudicial únicamente para la madre embarazada o con hijos la prestación de trabajo suplementario³⁰⁴, tanto más que estaba ya prevista tal posibilidad, por decisión conjunta, de la dispensa del padre para lactación hasta que el hijo completase un año de edad. Esta previsión era todavía reductora por solamente permitir que el padre beneficie de este régimen cuando tenga gozado la licencia de paternidad sucesoria de la de maternidad (art. 36.2). Con la entrada en vigor del nuevo CT, esta no obligatoriedad ha pasado a ser también una prerrogativa del trabajador con hijo menor de 12 meses y de la trabajadora durante todo el tiempo que durar la amamantamiento se fuere necesario para su salud o para del niño, infelizmente no legislador ha optado por no concretizar lo que se entiende por este concepto ni tampoco como de deberá hacer prueba.

Importa también referir que con la entrada en vigor del primer CT hubo por lapso del legislador una laguna legal, ya que entre el inicio de vigencia del CT y la entrada en vigor de la legislación reglamentaria (RCT), no existía ninguna norma en vigor con este contenido. De hecho, el Decreto-Ley 421/83 ha sido revocado el 1 de diciembre de 2003 por la Ley Preambular del CT [Art. 21.1, i)], todavía, el art. 46 no ha

³⁰² El rechazo de la prestación de trabajo suplementar por parte de un trabajador es de este modo legítima [art. 128.1 e), *in fine*], no pudiendo ser sancionado por la entidad empleadora. La violación de este precepto significa un contra-ordenación leve (art. 643.3).

³⁰³ Una excepción semejante es válida para los trabajadores con minusvalidez o enfermedad crónica (art. 76). Más exigente es sin duda la norma aplicable a los menores (art. 64), puesto que los prohíbe de prestaren trabajo suplementario.

³⁰⁴ Cfr. CARVALHO, CATARINA, «Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral...» *cit.*, pp. 143 y 144.

iniciado su vigencia con la entrada en vigor de la RCT (art. 3.2 de la Ley Preambular).

Con el nuevo CT y por fuerza una vez más de la Ley 7/2009 que impuso que la excepción a la prestación de trabajo suplementario (art. 59) solamente entraría en vigor con el inicio de la vigencia de la legislación que regulase el régimen de protección social de la parentalidad, revocando al mismo tiempo lo ya regulado por el anterior CT en este dominio (art. 46), hubo un periodo de tiempo en que la trabajadora embarazada, bien como el trabajador con hijo de edad inferior a 12 meses, podrían ser obligados a prestar trabajo suplementario.

Por fin, cuanto a este régimen de excepción entiendo que hubiera sido preferible ampliarlo a los casos de tutela y adopción de menores de 12 meses, ya que el niño puede necesitar de un mayor acompañamiento independientemente de los lazos genéticos.

II.2.3. FORMAS DE ORGANIZACIÓN DEL PERIODO NORMAL DE PRESTACIÓN DE TRABAJO.

La Ley 61/99, el 30 de junio, que ha completado el Decreto-Ley 409/71, relativo a la duración legal de trabajo, ha introducido una importante estipulación para la trabajadora embarazada y puérpera al garantizarle la dispensa de prestación de actividad en régimen de adaptabilidad mediante certificación médica que justificase que su práctica podría perjudicar su salud o la seguridad en el trabajo. La primera versión del CT ha reiterado este régimen (art. 45.3)³⁰⁵, dejando todavía de hacerlo depender de la certificación médica por entender que las trabajadoras bajo esta condición necesitan de beneficiar de esta

³⁰⁵ El rechazo de la prestación de trabajo en régimen de adaptabilidad por parte de un trabajador es, de este modo, legítima [art. 121.1 d), *in fine*], no pudiendo ser sancionado por la entidad empleadora. La violación de este precepto significa un contra-ordenación leve (art. 643.3).

prerrogativa. Este derecho es alargado también a las hipótesis de lactancia «cuando la práctica de horario organizado de acuerdo con el régimen de adaptabilidad afecte las exigencias de regularidad». En este último caso, la dispensa prevista puede beneficiar cualquier de los progenitores que lleva a cabo la lactancia del niño y otra solución no sería de esperar.

Hubo aquí también, por lapso del legislador, una laguna en la previsión de este régimen ya que entre el inicio de vigencia del CT y la entrada en vigor de la legislación reglamentar (RCT), no ha existido norma alguna en vigor con este contenido. De hecho, la Ley 61/99, ha sido revocado el 1 de diciembre de 2003 por la Ley Preambular del CT [Art. 21.1, b)], todavía, el artículo 46 solo ha iniciado su vigencia con la entrada en vigor de la RCT (art. 3.2 Ley Preambular).

En la versión más reciente del CT y con la novedad de introducir en el ordenamiento jurídico portugués el régimen de banco de horas, que prevé la posibilidad del periodo normal de trabajo ser aumentado a través de reglamentación colectiva hasta cuatro horas diarias y alcanzar sesenta horas semanales, con el acrecido a tener un límite máximo de doscientas horas por año hubo la necesidad de extender el carácter de excepción a este régimen en los mismos moldes do que lo estaba ya previsto para el régimen de adaptabilidad.

Las novedades en este sentido no se quedarán por aquí con la entrada en vigor del nuevo CT, puesto que otra figura ha sido introducida legalmente por primera vez: el denominado horario concentrado y que prevé que por acuerdo entre el empleador y el trabajador o por instrumento de reglamentación colectiva de trabajo se pueda concentrar el periodo normal de trabajo semanal en el máximo de cuatro días de trabajo o que por instrumento de reglamentación colectiva se pueda determinar un horario de trabajo que contenga hasta tres días consecutivos de trabajo, seguidos en mínimo de dos días de

descanso, desde que la duración del periodo normal de trabajo semanal sea respetado, en media, en un periodo de referencia de 45 días. Una vez más se extendió para este régimen lo previsto para el régimen de adaptabilidad.

Corriendo el riesgo de ser repetitivo una vez más el legislador portugués en analogía con lo sucedido ya en el trabajo nocturno ha permitido que las referidas excepciones no fuesen aplicadas hasta la previsión y entrada en vigor del diploma relativo a la protección social en la parentalidad, no obstante aquellos institutos pudieren ser puestos en practica por las entidades patronales.

II. 2.4. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL.

Para facilitar la compatibilidad de la vida profesional con la vida familiar, la versión inicial de la LPMP, consagrada por la Ley 4/84, ha garantizado a los trabajadores con uno o más hijos menores de 12 años la posibilidad de que trabajasen a tiempo parcial, dejando para el Decreto-Ley 136/85 la respectiva reglamentación que consagró que la duración de trabajo a tiempo parcial tendría la duración de mitad del horario normal de trabajo, estipulando que no serían englobados por este régimen los trabajadores con cargos o funciones de dirección, previendo al mismo tiempo la posibilidad de que la entidad patronal rechazase la prestación de trabajo a tiempo parcial al trabajador con fundamento en razones relacionadas con el funcionamiento de la empresa o la imposibilidad de sustituir al trabajador debido a su indispensabilidad. Esta legislación ha extendido en buena hora la posibilidad del trabajo a tiempo parcial para ser ejercido en el caso de acompañamiento de adoptados con edad inferior a 12 años o minusválidos independientemente de la edad³⁰⁶.

³⁰⁶ De acuerdo con esta legislación y salvo acuerdo entre el trabajador y la entidad patronal, la prestación del trabajo en tiempo parcial tendrá una duración mínima de 6 meses y máxima de 3 años. Esta legislación ha definido el concepto de periodo normal

Con la entrada en vigor del Decreto-Ley 230/2000, que ha modificado la LPMP, la posibilidad de la entidad patronal de rechazar la prestación de trabajo a tiempo parcial al trabajador con el fundamento en razones enunciadas pasó finalmente a ser destinataria de una mayor protección al definir que aquella carecía ahora de un parecer previo de la CITE que lo legitimase³⁰⁷, estableciéndose todavía que en caso de no emisión de un parecer en los 30 días subsecuentes a la entrada del proceso por parte de esta entidad, se debería considerar favorable la decisión de rechazo, opción a mi juicio censurable. El hecho de que el silencio garantizase la imposibilidad de recusar el pedido del trabajador de forma que evite un posible retraso de contestación por parte de la CITE dejaría de garantizar un derecho previamente consagrado al trabajador. Más allá de esta medida de salvaguarda hubiera sido preferible la previsión de la posibilidad de rechazo solamente en empresas con un número reducido de empleados o relativamente a trabajadores que desempeñasen altos cargos jerárquicos debido a las mayores dificultades en substituirlos.

Otra de las innovaciones traída por la referida legislación ha sido la institución de la imposibilidad de que ambos progenitores o adoptantes ejercieren al mismo tiempo esta prerrogativa³⁰⁸. Juzgo que esta excepción solamente debería haber sido consagrada en los casos de que ambos trabajadores trabajaren para la misma entidad, ya que en las otras situaciones no se justifica. Con la consagración del CT no ha

de trabajo a tiempo parcial como el correspondiente a mitad del periodo practicado a tiempo completo en una situación comparable, pudiendo ser prestado diariamente o en tres días por semana conforme lo requerido por el trabajador.

³⁰⁷ Sobre la posibilidad de rechazo del trabajo a tiempo parcial por parte de la entidad patronal la CITE consideró en el Parecer 3/CITE/96, que no obstante el acompañamiento de los hijos constituir en la práctica un encargo normalmente atribuido a las mujeres esta no puede ser calificada como una práctica discriminatoria contra aquellas desde que esté conforme con los condicionalismos legales establecidos.

³⁰⁸ Otra de las innovaciones realizadas por el Decreto-Ley 230/2000 respectó a la aplicabilidad de este régimen al tutor del menor.

se producido cualquier cambio a este régimen limitándose a confirmarlo.

Por entender que estas medidas en la gran parte de los casos son ejercidas por las mujeres y que tal realidad podrá perjudicar la forma como esta es mirada por las empresas, ya que es innegable que ni siempre el ejercicio de este derecho les convendrá, y partiendo de la premisa que es fundamental mantener en vigor esta prerrogativa, importa incentivar el ejercicio por el hombre para que no deje solamente para la mujer esta posibilidad. Una de las formas más eficaces pasa no solamente por una mayor divulgación de estas medidas en las empresas o puestos de trabajo predominantemente ocupados por trabajadores del sexo masculino, sino también por un incentivo que permita que las pérdidas de retribución relacionados con la opción de trabajo a tiempo parcial sean compensadas por un menor pago en términos porcentuales para los sistemas de protección social, así como incentivos fiscales relacionados con el impuesto sobre los rendimientos, siempre que sea el hombre el destinado a ejercer este derecho en vez de la mujer. Partiendo de la idea que el hombre recibe en promedio una mayor retribución que su pareja, sería a mi juicio pertinente defender en estos casos la creación de un subsidio, sustentado por la Seguridad Social, igual a la pérdida monetaria resultante de haberse elegido el hombre para trabajar a tiempo parcial en vez de la mujer.

La entrada en vigor del más CT significó una vez más que este régimen ha dejado de ser aplicado entre el periodo en que lo mismo entró en vigor y la entrada del diploma sobre la protección social de la paternidad por las razones *supra* referidas.

II.2.5. HORARIO FLEXIBLE.

La posibilidad de trabajo flexible para los trabajadores con hijos menores de 12 años ha sido también prevista en la redacción inicial de

la LPMP. Poco después, con la entrada en vigor de la Ley 17/95, este régimen ha sido aplicado independientemente de la edad en los casos de hijos discapacitados, siendo criticable todavía que no se hay extendido este régimen a los casos de adopción en analogía con el régimen de trabajo a tiempo parcial. Posteriormente la Ley 230/2000, que ha definido el concepto de horario flexible como «aquel en que el trabajador puede elegir, dentro de ciertos límites, las horas de inicio y término del periodo normal de trabajo diario», ha completado esta laguna al declarar que este régimen podría ser ejercida por ambos los progenitores o adoptantes, añadiendo al mismo tiempo que este régimen de trabajo flexible podría ser borrado por convención colectiva de trabajo³⁰⁹.

Otra de las introducciones realizada por legislación respecta a que la flexibilidad de horario presupone que el trabajador pueda elegir, dentro de ciertos límites, las horas de inicio y término del periodo normal de horario, compitiendo al empleador elaborar este régimen de horario flexible. Los límites previstos obligan que esta flexibilidad contenga un o dos periodos de presencia obligatoria, con duración igual a mitad del periodo normal de trabajo diario, incluyendo los periodos para el inicio y el término del trabajo normal diario. Esta duración de horario puede ser reducida «en la medida de lo necesario» para que ocurra dentro del periodo normal de funcionamiento del establecimiento. Por último, el periodo para intervalo de descanso no podrá ser superior a dos horas. El CT no representó cualquier cambio relevante en esta régimen, ocurriendo tan solamente un periodo en que este régimen dejó de ser aplicable con la entrada en vigor de la última versión del CT por las mismas razones que ocurrieran con el régimen de trabajo parcial analizado en el número anterior.

³⁰⁹ Otra de las innovaciones realizadas por el Decreto-Ley 230/2000 ha respectado a la aplicabilidad del régimen al tutor del menor.

II.2.6. JORNADA CONTINUA.

El referido Decreto- Ley 136/85, al tiempo que la reglamentación del trabajo a tiempo parcial, había previsto también por primera vez la posibilidad de jornada continua para los trabajadores con hijos, en adopción o adoptados a su cargo con edad inferior a 12 años y minusválidos independientemente de la edad, definiendo este concepto como «la prestación de trabajo, en cada día, por el período de la respectiva duración, con intervalo máximo de media hora para pausa y alimentación». Una vez más se abrió la posibilidad de la entidad patronal de rechazar el requerimiento del trabajador desde que fundamentada en razones relativas al funcionamiento de la empresa, sin definir todavía cuales, abriendo la puerta a la posibilidad de sujetar los trabajadores a medidas desproporcionales o ilegítimas. Posteriormente, la Ley 230/2000 ha aplicado el mismo régimen la posibilidad de supervisión por parte de la CITE ante el rechazo por parte de la entidad empleadora al ejercicio de la jornada continua, añadiendo que esta podría ser ejercida por cualquier de los progenitores, adoptantes, o por ambos³¹⁰. Con la entrada en vigor del CT la posibilidad de jornada continua ha dejado criticable y incomprensiblemente de quedarse prevista, ya que esta era un importante medio para proporcionar un mejor reparto de las funciones familiares y laborales.

II.3 LA MUJER TRABAJADORA Y EL TIEMPO DE NO TRABAJO.

II.3.1. LICENCIAS PARENTALES.

Después de un tímido inicio en la consagración de licencias relacionadas con la asistencia a la familia se ha asistido a lo largo de los

³¹⁰ Otra de las innovaciones introducidas por el Decreto-Ley 230/2000 ha respectado a la aplicabilidad de este régimen al tutor del menor. El mismo precepto consagra la posibilidad de la jornada continua ser apartada por convención colectiva de trabajo.

años a un claro desarrollo que se ha enraizado en la sociedad occidental de nuestros días, verificándose cada vez más su insociabilidad de la esfera de derechos del trabajador durante toda su relación laboral y su vital importancia para el reparto entre la vida particular y las responsabilidades profesionales. Se podrá también defender que el grado de progreso de este tipo de medidas reflejará el estado de evolución del modelo social de cada ordenamiento jurídico, siendo esperable un natural avance hacia un punto de equilibrio entre los intereses particulares y los intereses de las empresas que no será todavía sencillo de determinar, pudiendo defenderse asimismo que el constante desarrollo de la sociedad y de las relaciones laborales traerá nuevas exigencias que necesitarán en todo momento de especial atención del legislador para adaptarlas a la nueva realidad. Quizá de este modo nunca se podrá hablar de un modelo perfecto sino que el mismo significará la creación de un sistema suficientemente maleable que permita adaptarse a las nuevas conjeturas sin todavía dejar de garantizar lo mínimo exigible.

No obstante la importancia que este tema tiene en las diferentes áreas y las múltiples repercusiones que conlleva en el campo de la medicina, sociología, psicología y derecho, importa detenernos en esta última disciplina y dentro de esta fijarnos sobre su repercusión hacia una igualdad de resultados entre ambos sexos en la esfera laboral. En este ámbito se podrán subrayar dos de las principales motivaciones que podrán en mi opinión justificar la adopción de este tipo de licencias. La primera, relacionada con el hecho de que un mayor reparto entre las responsabilidades familiares y las responsabilidades laborales beneficiará en práctica mayoritariamente a las mujeres, ya que son éstas quienes incuestionablemente les dedican más tiempo a las mismas, facilitando de este modo el ejercicio de una profesión y disminuyendo sus dificultades comparativamente con los hombres en el ingreso, manutención y promoción en el trabajo. La segunda, que al contrario de la anterior solamente se verifica cuando está prevista para

los trabajadores de ambos sexos, permitirá que el hombre comparta las responsabilidades familiares con su pareja, proporcionado que la mujer tenga así una mayor disponibilidad para desempeñar una profesión y deje de ser la única a «perjudicar» por la entidad patronal siempre que haya necesidad de ausencia al trabajo para asistencia a familia, disminuyendo de este modo su estigmatización.

La segunda de las perspectivas expuestas necesita de desarrollo, ya que continúa verificándose que algunas licencias que consagran derechos antagónicos a los intereses de las empresas y pasibles de incrementar la discriminación sobre sus beneficiarios, están mayoritariamente previstas para los trabajadores del sexo femenino, siendo deseable, siempre que justificable, preverlas también para los trabajadores de ambos los sexos, creándose mecanismos de incentivo para que el hombre deje su papel de observador hacia una intervención de acuerdo con sus iguales responsabilidades ante la familia, porque no basta prever en teoría derechos supuestamente para todos los trabajadores con el intuito de sosegar voces contestarías contra la desigualdad cuando en la práctica aquellos continúan sirviendo solamente para una de las partes, las mujeres. Uno de los mayores ejemplos de esta realidad es visible en las licencias relacionadas con la maternidad y paternidad, más concretamente la gran diferencia en los días de ausencia previstos en cada una de ellas.

II.3.1.1. LICENCIA POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

La Constitución de 1976 ha reconocido «la maternidad como valor social eminente», confiriendo «el derecho a un periodo de dispensa del trabajo, antes y después del parto, sin disipar de la retribución y de cualquier regalías» (art. 68)³¹¹. Esta previsión Constitucional ha ido en seguimiento de lo previsto en el dominio de los pactos internacionales,

³¹¹ Véase al respecto: PIZARRO BELEZA, M^a L., «O estatuto das mulheres na Constituição...cit., pp. 63 y ss.

donde se encuentran distintas legislaciones sobre esta materia³¹², donde se subraya la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 25.2)³¹³, el Pacto Internacional sobre Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10)³¹⁴ y la Carta Social Europea (art. 8)³¹⁵ que hace referencia a una licencia por maternidad paga cuya duración no podría ser inferior a 12 semanas. Con la revisión constitucional de 1982, la CRP pasó oportunamente a hacer referencia también al hombre cuando considera la maternidad y paternidad como valores sociales eminentes, sin todavía hacer cualquier referencia al derecho del hombre poder gozar de un periodo de dispensa antes y después del nacimiento de su hijo conforme lo previsto para la mujer, realidad constitucional que permanece hasta los días de hoy.

Ha sido en este contexto que el permiso de maternidad ha sido consagrado por primera vez en el régimen jurídico portugués, a través del Decreto-Ley 112/76 y que ha garantizado a las trabajadoras³¹⁶ el derecho a faltar durante 90 días en el periodo de la maternidad, 60 de los cuales obligatoria e inmediatamente gozados después del parto³¹⁷.

³¹² Véase al respecto las Convenciones y Recomendaciones de la OIT. Vid., NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La Licencia por maternidad...*, pp. 55 y ss. y COELHO MOREIRA, T., *Da esfera privada do trabalhador...cit.*, pp. 178 y 179.

³¹³ En los términos del art. 16.2 de la CRP, «los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deber ser interpretados e integrados de armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre».

³¹⁴ Aprobado para Ratificación por la Ley 45/78, el 11 de julio.

³¹⁵ Así como el art. 27 después de la nueva redacción dada por la Carta Social Europea Revista aprobada por la Resolución de la Asamblea de la República 64-A/2001, el 17 de octubre, y ratificada por el Decreto del Presidente da República 54-A/2001, el 17 de octubre.

³¹⁶ Este Decreto-Ley que ha tenido como destinatarias las trabajadoras bajo el régimen de contrato individual de trabajo, las trabajadoras rurales y de servicio doméstico y las trabajadoras de la Administración Central, local, regional y demás personas de derecho público, ha sido aprobado basado en la Convención 103 de 1952, emanada en el seno de la OIT, que consagró la duración mínima de 12 semanas de interrupción del trabajo por ocasión del parto y la Convención n° 102 decretada por la misma Organización, que estableció normas mínimas relativas a las prestaciones de seguridad social relacionadas con la maternidad. Esta legislación ha reconocido al mismo tiempo la importancia de la maternidad como función social conforme declarado anteriormente en los distintos documentos oriundos emanados de la Conferencia de las Naciones Unidas realizada en la Ciudad de México en 1975 y en la Declaración de la Conferencia Mundial de Berlín, realizadas en el ámbito del Año Internacional de la Mujer.

³¹⁷ Los restantes 30 días podrían ser gozados, total o parcialmente, antes o después del parto. De acuerdo con la sentencia del Supremo Tribunal Administrativo, el 1 de

Una vez más se ha optado criticablemente por marginalizar el papel del hombre al olvidar garantizarle de igual modo una licencia por paternidad que otorgase algunos derechos en este dominio. En lo que respecta a los casos de internamiento en hospital del niño se ha previsto la posibilidad de que el permiso de maternidad sea interrumpido hasta la fecha en que aquel terminase, retomándolo posteriormente hasta el final del periodo.

En los casos de aborto y de parto con muerte al nacer, la madre tendría también derecho a un permiso máximo de 30 días³¹⁸, lo que significaba que en los casos en que la madre hubiera ya gozado los 30 días de permiso se quedaba sin protección bajo este régimen, teniendo que buscarla bajo el régimen de enfermedad, con las contrapartidas adyacentes. Para evitarlo hubiera sido preferible aplicarle lo previsto para los casos de muerte del nacido vivo, donde se garantizaba en todos los casos un periodo de 30 días de reposo después del parto. El menor periodo de permiso para estas situaciones termina por ser justificable una vez que aquí el bien jurídico a tutelar es solamente la salud de la madre de modo que el periodo de licencia tendría que ser necesariamente más corto. En España, al contrario de lo previsto en Portugal, el aborto continua siendo tratado como cualquier otra incapacidad temporal para trabajar, tal como la enfermedad, no teniendo, no obstante las críticas de alguna doctrina, un trato jurídico autónomo³¹⁹.

El régimen del permiso de maternidad se ha visto modificado el 14 de febrero de 1984, con la aprobación de la Ley 4/84³²⁰, que ha

marzo de 2000, la situación de nado-muerto es equiparada a la situación de nado-vivo para efectos de licencia por maternidad y no a la de aborto espontáneo.

³¹⁸ Competía al médico graduar el periodo de interrupción en función de las condiciones de salud de la mujer.

³¹⁹ Cfr. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad...cit.*, pp.103-105.

³²⁰ Esta legislación empezó por declarar la maternidad y paternidad como valores sociales eminentes, manifestando el intento del Estado garantizar la protección en la educación de los niños y expresando al mismo tiempo la igualdad entre ambos padres en la realización profesional, en la participación en la vida cívica y en los derechos y deberes relacionados con la educación de los hijos en consonancia con lo consagrado

confirmado el periodo de licencia por maternidad en los referidos 90 días³²¹, 60 de los cuales necesariamente siguiendo al parto, pudiendo los restantes 30 ser gozados, total o parcialmente, antes o después del mismo.

En las situaciones de riesgo clínico que impusiesen el internamiento en hospital de la madre el periodo del permiso anterior al parto ha pasado a poder ser añadido por 30 días más, sin perjuicio del derecho a los 60 siguientes al parto, manteniéndose el mismo régimen previsto en el Decreto-Ley 112/76 para los casos internamiento de la madre o del niño durante el periodo del permiso a seguir al parto, o sea su interrupción.

En relación a los casos de aborto o parto de nacido-muerto la legislación en análisis ha corregido la situación anterior al prever, después de su ocurrencia, un periodo de permiso de maternidad de duración mínima de 10 días y máxima de 30. En los casos de muerte del nacido-vivo durante el periodo de licencia a seguir al parto, el mismo periodo sería reducido hasta 10 días después del fallecimiento,

en los arts. 68 y 69 de la CRP. La referida legislación ha sido complementada el año siguiente por el Decreto-Ley 136/85, de 3 de mayo, en *Diário da República* I Serie, nº 101, de 03-05-1985, consagrado en el dominio de la seguridad social, que procuró garantizar que los derechos consagrados pudiesen ser ejercidos en pleno a través de una reglamentación de sus condiciones de ejercicio y de la regulación de los subsidios de maternidad, paternidad, adopción y asistencia a menores enfermos. La consagración de estas ayudas financieras fueron sin duda un soporte indispensable para que los derechos pudiesen ser ejercidos en plenitud, contribuyendo además para que las empresas y las familias dejaran de ser las únicas en suportar el respectivo coste social, lo que determinaría no sólo un mayor número de infracciones a las disposiciones protectoras de la igualdad como también una mayor discriminación de las mujeres por ser estas quien más necesitarían de este tipo de ayudas. El diploma hace todavía depender la atribución de estas contribuciones al cumplimiento de los requisitos generales de atribución de enfermedad establecidos para el régimen por el cual el beneficiario se encontrase englobado, verificándose de este modo una equiparación al régimen de enfermedad.

³²¹ La Ley 4/84 ha completado el régimen de interrupción de licencia de maternidad, que la previa solamente en los casos del internamiento en hospital del niño, al consagrar que el internamiento de la madre también la provocaría. Otra de las novedades ha sido la consagración que en los casos de situación de riesgo clínico que impusiese el internamiento de la madre el periodo de licencia de maternidad anterior al parto podría ser añadido de más 30 días, sin perjuicio de los 60 días de licencia garantizados a seguir al parto.

garantizando en analogía con la legislación antecedente un periodo global mínimo de 30 días a seguir al parto.

Otro de los cambios relevantes introducidos por la LPMP ha respectado a la previsión de una licencia de paternidad en los casos que ocurriese la muerte de la madre después del parto por un periodo de duración igual que aquel al que la madre tendría derecho, no pudiendo este periodo ser inferior a 10 días. Siempre que la muerte de la madre no trabajadora ocurriese durante los 90 días inmediatamente posteriores al parto confería de igual modo el derecho del padre del recién-nacido el derecho a dispensa de trabajo en los términos anteriormente referidos, lo que en las palabras de Jorge Leite es decir la « licencia de paternidad por derecho propio»³²².

La legislación en análisis determinó también que durante el tiempo de embarazo las trabajadoras tendrían derecho a una dispensa al trabajo para consultas pre-natales sin pérdida de retribución³²³. Otra crítica a esta previsión, no obstante las obligaciones sociales que las empresas deberán desempeñar en nuestra sociedad, está relacionado con el pago que por estas ausencias deben suportar las entidades patronales, lo que podrá perjudicar a las mujeres por representar más una desventaja económica para aquellas comparativamente a los trabajadores masculinos, siendo preferible que los costes fuesen suportados por el Estado³²⁴.

En el 19 de octubre de 1992, tras muchos debates entre la Comisión y el Consejo, fue adoptada la Directiva 92/85/CEE, relativa a

³²² LEITE, JORGE, «A tutela da saúde das mães trabalhadoras (crónica a propósito da Lei17/95)», *QL*, 1995, n. 5, p. 124.

³²³ Con la preocupación de proporcionar una mayor conciliación entre la vida profesional y la maternidad el referido Decreto-Ley 136/85 completó este régimen al estipular que las mujeres «deben, siempre que sea posible, obtener las consultas pre-natales fuera de las horas del funcionamiento normal de la empresa».

³²⁴ El Decreto-Ley completó este régimen al prever también la dispensa al trabajo de la mujer embarazada para asistencia a consultas relacionadas con la preparación del parto, olvidando todavía una vez más la posibilidad de dispensa del hombre en los términos defendidos anteriormente, manifestando una vez más la poca preocupación del legislador en incrementar sus derechos y beneficiar así indirectamente la mujer.

la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad de las mujeres³²⁵, donde se impone a los Estados miembros la toma de medidas necesarias para que las trabajadoras disfrutasen de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales³²⁶. Los motivos que justificaron la intervención comunitaria han sido de dos tipos: por un lado, la necesidad de «asegurar la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y en la secuencia de la misma, hasta al momento en que sus funciones fisiológicas y psíquicas estén normalizadas en la secuencia del parto, y, por otro, la protección de la relación particular entre la mujer y el hijo en el periodo subsecuente al embarazo y al parto, evitando que esa relación sea perjudicada por la acumulación de encargos resultantes del ejercicio simultáneo de una actividad profesional»³²⁷.

Es bajo esta Directiva que es aprobada la Ley 17/95, aprobada el 15 de mayo de 1995, que ha introducido algunas alteraciones al permiso de maternidad, aumentándola para los 98 días y decretando su gozo obligatorio en 14 días de acuerdo con lo estipulado en la disposición comunitaria³²⁸. Esta referencia indica la existencia de un

³²⁵ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de las medidas para promover en el trabajo la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

³²⁶ La misma Directiva afirma que deberá incluirse un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. De este modo la Directiva permite que la licencia obligatoria ocurra antes del parto, se fuere esa la opción del Estado-Miembro.

³²⁷ Cfr. Conclusiones del abogado-general SAGGIO en la STJCE de 2 de febrero de 2000, Mahlburg, asunto C-207/98. Esta finalidad es referida en distintas sentencias del TJCE sobre la materia. Vid., SSTJCE de 30 de abril de 1998, Thibault, asunto 136/95; de 30 de junio de 1998, Brown, asunto 394/96; de 27 de octubre de 1998, Boyle, asunto 411/96; de 27 de febrero de 2003, Busch, asunto 320/01.

³²⁸ Tratase, de acuerdo con BALLESTER PASTOR M. A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...cit.*, p. 34 de «controlar eventuales retornos anticipados forzados por el empresario».

periodo de gozo obligatorio (dos semanas) y un otro no obligatorio o voluntario³²⁹.

Esta legislación ha dejado al mismo tiempo de equipar las situaciones de nacido-muerto al aborto consagrado en la redacción inicial de la LMPM, previendo solamente ahora una licencia mínima de 14 días y máxima de 30 días en los casos de aborto³³⁰, dejando igualmente de hacer referencia a las situaciones de muerte de nacido vivo durante el periodo del permiso en análisis. Estoy de acuerdo con el razonamiento expreso por Ballester Pastor³³¹ sobre la difícil comprensión de este vacío en comparación con la regulación detallada de las hipótesis de muerte de la madre en un momento en que la tasa de mortalidad materna es tan reducida. Sin duda que es importante y necesario prever jurídicamente situaciones que pueden eventualmente ocurrir. Algunos autores defienden la inexistencia de cualquier laguna, debiendo esta situación ser subsumida a la regla general de duración de la licencia regulada en el art. 9.1³³², siendo igualmente este el expresar de la CITE³³³. Parece a mi juicio discutible este razonamiento, teniendo en cuenta que el periodo de licencia de maternidad tiene también por objetivo el acompañamiento del niño, finalidad que en estos casos no se verificará, por lo que se justifica un periodo de licencia menor, tanto más que las hipótesis de nacido-muerto se aproximan de las situaciones de aborto y donde la Ley consagra un periodo de licencia substancialmente menor que la regla general, no obstante la mujer necesita también aquí de tiempo de reposo para su recuperación física y psíquica.

³²⁹ LEITE, JORGE, «A tutela da saúde das mães trabalhadoras...», *cit.*, pp. 123 y 124.

³³⁰ La Sentencia del Supremo Tribunal Administrativo, el 1 de marzo de 2000, ha equiparado la situación de nado-muerto a del nado-vivo para efectos de licencia de maternidad, y no a la de aborto espontáneo.

³³¹ BALLESTER PASTOR, M. A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral... cit.*, p. 38.

³³² Cfr. LEITE, JORGE, «A Tutela da saúde das mães trabalhadoras...», *cit.*, p. 23, nota 11; DA COSTA FERREIRA, A., *Lei das férias, feriados e faltas*, Lisboa, 1997, p. 68, nota 22.

³³³ Cfr. Pareceres n° 13/CITE/2000 y n° 19/CITE/2000.

En España, por ejemplo, se tiene entendido que la muerte del niño limita la duración del permiso de maternidad al periodo de gozo obligatoria de seis semanas³³⁴, así como entiende que las situaciones de nacido-muerto tienen el mismo trato que el aborto, aplicándose el régimen de incapacidad temporal de trabajo, tal como para las situaciones de enfermedad, y respectiva prestación de la seguridad social³³⁵. De este modo, el padre no tiene en estas situaciones derecho al permiso, una vez que solamente puede participar, por decisión conjunta, del periodo de gozo voluntario. En Portugal El Supremo Tribunal Administrativo ha determinado en la sentencia de 1 de marzo de 2000 la equiparación de nacido-muerto a de nado-vivo para efecto de permiso de maternidad y no a la de aborto espontáneo³³⁶.

El mayor cambio introducido ha sido sin duda el desarrollo de la licencia de paternidad con la consagración de su autonomía, previendo por primera la posibilidad del padre de faltar hasta dos días por ocasión del nacimiento del hijo, estipulándose ahora la posibilidad de ambos progenitores decidieren entre sí quien gozará de la licencia después del periodo obligatorio de la licencia de maternidad tras el parto. No obstante esta elección recaer en la gran mayoría de los casos sobre la mujer, su introducción fue un importante paso debido a su carácter persuasivo, abriendo la puerta para que el padre desempeñase un papel más preponderante en esta esfera en el futuro, siendo relevante también porque tienen en cuenta los condicionalismos profesionales de la pareja, todavía esta posibilidad solo existe cuando ambos los padres trabajaren, excluyéndose las hipótesis en que la madre no desarrolla una actividad retribuida o se encuentra desempleada, lo que conlleva alguna doctrina a afirmar el fracaso de la institución de potenciar una

³³⁴ Cfr. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora...cit.*, pp. 102 y 103.

³³⁵ Cf. PILAR NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *La licencia por maternidad de la trabajadora...cit.*, p. 103

³³⁶ Sentencia del Supremo Tribunal Administrativo de 1 de marzo de 2000.

división de las responsabilidades familiares más equitativa³³⁷. Sería preferible permitir que el padre pudiese gozar de este periodo de licencia igualmente en las situaciones en que la madre no trabajase, no solamente porque podría ayudarla en teoría a procurar trabajo así como contribuir para que el hombre ejerciese un papel más preponderante en este asunto.

A pesar de las novedades introducidas por esta legislación, la licencia de paternidad se quedó a medio camino porque se ha optado, en mi opinión incorrectamente, por consagrar un periodo casi irrelevante de solamente dos días por ocasión del nacimiento del hijo y no determinar la obligatoriedad del gozo de la misma, conllevando que en la grande mayoría de los casos el hombre no hiciese uso de esta prerrogativa. Contra la obligatoriedad del gozo de la licencia de paternidad podrá argumentarse la no existencia de razones clínicas que lo impusiesen, juzgo todavía que otros motivos existirán que lo justifican, como la importancia para el niño, para la mujer, para la respectiva familia y para la sociedad que cada vez más el hombre asuma aquí un papel más preponderante. La adopción en el futuro de este tipo de medidas no podrá justificar todavía una nivelación por bajo de los derechos de la mujer para facilitar el referido equilibrio, sino garantizar que los derechos obtenidos a favor de aquellas se mantengan o se desarrollen y que los del hombre puedan estar de una vez por todas más próximos.

Otro de los cambios relevantes introducidos por la LPMP se ha producido a través del desarrollo de la regla de la reminiscencia que preveía la posibilidad del padre de disfrutar de una licencia siempre que la madre sufriese de incapacidad física o psíquica clínicamente comprobada por un periodo de duración igual aquel que la madre aún

³³⁷ Cfr. BALLESTER PASTOR, M. A., *La Ley 39/2001 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 33.

tendría derecho³³⁸. El padre ha pasado igualmente a tener derecho a dispensa del trabajo por un periodo de igual duración nunca inferior a 14 días siempre que la madre muriese durante el periodo de licencia a seguir al parto³³⁹. Siempre que ocurriese la muerte o incapacidad física o psíquica de la madre no trabajadora durante el periodo de 98 días inmediatamente a seguir al parto el padre tendría el derecho a una licencia por periodo igual al de la madre. No obstante haber pasado con esta legislación a desempeñar los padres un rol más importante, su previsión solamente ha tenido un carácter meramente subsidiario relativamente a la función primordial de la madre³⁴⁰, ya que el gozo de la licencia por paternidad solamente ocurriría cuando razones de fuerza mayor impedía a aquélla de ejercer sus derechos. Hubiera sido preferible desarrollar también los derechos del hombre, más concretamente con la consagración de una licencia paternal autónoma e independiente que permitiese un mayor equilibrio entre la pareja y garantizase que el nacimiento de un hijo no representaría un *peso* solamente para las empresas que tuviesen a su cargo trabajadores del sexo femenino. Otro motivo que podrá justificar la licencia de paternidad al considerar «la protección del bien jurídico de la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora», sin perjudicar al hijo. Otra solución representaría más un obstáculo «al acceso y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo», permitiendo un reparto no

³³⁸ Sobre la posibilidad del padre poder gozar la licencia de maternidad, el Decreto-Ley 136/85 vino consagrar que esta podría ocurrir también en los casos en que la madre viese frecuentando antes del parto cursos o estudios de formación que pudiesen ser afectados por ausencia prolongada, reiterándose todavía que la madre gozaría obligatoriamente de 30 días de licencia de maternidad tras el parto.

³³⁹ Siempre que ocurriese la muerte de la madre no trabajadora durante los 90 días inmediatamente posteriores al parto se ha asegurado al padre el derecho a dispensa del trabajo en los mismos moldes con las necesarias adaptaciones. El periodo mínimo de licencia de paternidad en los casos de muerte de la madre ha sido ampliado por el CT para un periodo mínimo de 30 días, garantizando así un mayor acompañamiento del niño.

³⁴⁰ LEITE, JORGE, «, «A tutela da saúde das mães trabalhadoras..., *cit.*, p. 124, prefiere referirse al permiso de paternidad como una «licencia sucedánea de la licencia de maternidad».

solamente de los encargos derivados del nacimiento del hijo, pero también de los riesgos profesionales de aquí decurrentes³⁴¹.

El último cambio relevante a este respecto ha sido la previsión por primera vez en el ordenamiento jurídico portugués de que en los casos del recién-nacido fuere portador de una minusvalía, la madre o padre trabajadores tendrían derecho a una reducción de horario de trabajo de cinco horas semanales, hasta que el niño complete 1 año de edad³⁴².

La Ley 18/98, aprobada el 19 de marzo de 1998, ha introducido nuevos cambios a la LPMP, garantizando a la mujer «una licencia por maternidad de 120 días consecutivos, 90 de los cuales necesariamente a seguir al parto»³⁴³, previendo por primera vez que en los casos de nacimientos múltiples el periodo de licencia fuese acrecido de 30 días por cada gemelo más. La licencia de paternidad ha sido igualmente destinataria de algunas innovaciones, pasando el padre a tener derecho a una licencia de 5 días útiles gozados en el primer mes a seguir al nacimiento del hijo. Ocurre, no obstante, que a pesar de esta introducción importante por contribuir para añadir la responsabilidad familiar del padre, no fue todavía la evolución ideal, ya que sería preferible un mayor aumento en los periodos de licencia por paternidad por razonar que cuando ambos progenitores tuvieran y ejercieran derechos y responsabilidades semejantes, incluso las relacionadas con

³⁴¹ Cfr. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora...*, cit., pp. 79 y ss.

³⁴² Esta legislación ha considerado que la minusvalidez del niño se verificaría siempre que se comprobase un retraso o paraje en su normal desarrollo. La Ley 142/99 ha tornado aplicable este régimen, con las necesarias adaptaciones, a la tutela, confianza judicial o administrativa y adopción, de acuerdo con el respectivo régimen. El CT ha completado el dispuesto consagrando que «La madre y el padre tienen derecho a condiciones especiales de trabajo, nombradamente la reducción del periodo normal de trabajo, se el menor fuere portador de minusvalidez o enfermedad crónica». El RCT completa el dispuesto al consagrar que «Se ambos los progenitores fueren titulares del derecho, la reducción del periodo normal de trabajo puede ser utilizada por cualquier de ellos o por ambos en periodo sucesivos».

³⁴³ La Ley 18/98 previó que estos derechos consagrados entrarían en vigor en distintas fases:

- Entre el día 1 de enero y 31 de diciembre de 1999, la licencia sería de 110 días;

A partir del 1 de enero de 2000, vigorarían los 120 días consecutivos.

el nacimiento de un hijo, mejor será aceptada la mujer a la hora de su contratación laboral y menor su segregación.

La primera versión del CT ha substituido a la referida LPMP, introduciendo algunas alteraciones en la licencia de paternidad donde se destaca que «El padre tiene derecho a una licencia por paternidad de cinco días útiles, seguidos o interpolados, que son obligatoriamente gozados en el primer mes a seguir al nacimiento del hijo»³⁴⁴, no pudiendo el trabajador estar impedido o inhibido totalmente de ejercer el poder paternal. No obstante la obligatoriedad del gozo de esta licencia haber sido una laudable introducción por las razones anteriormente referidas, es criticable la forma como optó por declararla ya que su redacción trae dudas. La propia Asociación Portuguesa de Mujeres Jurídicas (APMJ) consideró que este precepto se equivoca, «pues puede parecer querer significar que los 5 días, a ser gozados, solamente lo pueden ser en los 30 días a seguir a nacimiento del niño – lo que no se traducía en alteración substantiva relativamente a la norma en vigor». La misma asociación propuso una redacción más esclarecedora de forma a no dejar dudas sobre su obligatoriedad y que en mi opinión criticablemente no ha sido aceptada: «El padre tiene derecho a una licencia por paternidad de gozo obligatorio, con la duración de cinco días útiles, seguidos o interpolados, en el primero mes a seguir al nacimiento del hijo».

Con la entrada del nuevo CT la licencia de paternidad, así como la de maternidad, han pasado a estar incluidas en el concepto de licencia parental. La licencia parental exclusiva del padre pasó a ser de «10 días útiles, seguidos o interpolados, en los 30 días siguientes al nacimiento del hijo, cinco de los cuales gozados de modo consecutivos inmediatamente a seguir a este». Con la nueva redacción la

³⁴⁴ El RCT en analogía con la LPMP afirma que las ausencias por gozo de la licencia de paternidad no determinan pérdida de cualesquier derechos, siendo consideradas como prestación efectiva de servicio, excepto cuanto a la retribución. Para colmatar esta ausencia el sistema de seguridad social prevé la atribución de un subsidio durante ese periodo, en los términos del Decreto-Ley 77/2005, de 13 de abril.

obligatoriedad del gozo de esta licencia ha sido finalmente declarada de forma incuestionable. Otra de las alteraciones implementadas es la previsión de que en caso de nacimientos múltiples se añaden dos días por cada gemelo allá del primero. Similar solución se encontraba ya prevista en la licencia de maternidad por lo que no hacía sentido no aplicarla también a lo padre. La violación de lo regulado al respecto de esta licencia pasó de contra-ordenación grave, prevista anteriormente, para mucho grave, siendo un señal claro de un mayor compromiso y un tentativa más real de disuasión en este dominio.

Las dudas suscitadas desde el inicio de la consagración de la licencia de paternidad en la LPMP sobre la admisibilidad del gozo simultaneo de esta licencia por ambos progenitores (desde que obviamente la suma de los periodos gozados por ambos no pase el tiempo legalmente previsto), a tiempo completo o a tiempo parcial, no ha sido borrada con la entrada en vigor del CT, una vez que relativamente a la licencia por adopción el CT admite expresamente el gozo simultaneo por ambos los adoptantes en régimen de trabajo a tiempo parcial (art. 71.4 RCT), parece recurrir que el legislador no ha pretendido consagrar la misma facultad para la licencia por maternidad y paternidad. Otra de las novedades introducidas por parte del nuevo CT y que hay demostrado la preocupación del legislador el incrementar los derechos del padre después del nacimiento del niño ha sido la introducción de la facultad del padre tener aún derecho a 10 días útiles de licencia con un único requisito: que sean gozados en simultáneo con el gozo de la licencia parental inicial por parte de la madre. Se queda claro con esta introducción un reconocimiento que la posibilidad ya prevista del padre poder substituir la madre después de esta haber gozado su periodo obligatorio de licencia era en realidad poca plausible y que casi nada contribuya para el desarrollo del papel del padre en esta esfera.

Los casos de muerte o incapacidad física o psíquica de la madre no trabajadora continúan a otorgar al padre el derecho de gozar de una licencia por un periodo de duración igual al que la madre trabajadora tendría derecho desde que ocurra en los 120 días inmediatamente a seguir al parto. La ley anterior a la entrada del primero CT consagraba un periodo más restricto de 98 días.

Otro cambio introducido por el primero CT está relacionado con los casos de internamiento en hospital de la madre o del niño durante el periodo de licencia de maternidad seguido al parto, donde se consagraba su interrupción, pasando a preverse ahora la suspensión³⁴⁵. La misma APMJ ha considerado que esta introducción viola lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE que establece en el art. 8.1 el carácter de la continuación de la licencia de maternidad al declarar que «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras (...) disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». La APMJ considera de este modo que al establecerse la referida suspensión del plazo se consagra una clara regresión al nivel de la protección de la norma no solamente por el encortamiento del plazo, sino por la ruptura en la continuidad del período de relacionamiento inicial entre la madre y el niño, concluyendo que solamente habrá preservación de la referida continuidad del plazo impuesta por la Directiva comunitaria si se mantuviese la interrupción del referido periodo en vez de la suspensión ahora consagrada.

Con el inicio de vigencia del primero CT y más concretamente del art 35.6, los casos de permiso de maternidad en la situación de aborto se han reducido a los casos de aborto espontáneo y a las situaciones previstas en el art. 142 Código Penal (CP), o sea, los casos de

³⁴⁵ El CT aplica el mismo régimen a la adopción.

interrupción del embarazo no punibles criminalmente. Importa referir que en esta altura la posibilidad de la madre simplemente poder optar por abortar en las primeras 10 semanas no estaba aún consagrada. Se podrá discutir esta solución por parte del legislador, de forma que primando la coherencia del ordenamiento jurídico de una forma global puede parecer con sentido que criminalizando la práctica del aborto fuera de las situaciones contempladas en el referido precepto del CP deberá conllevar a una ausencia de protección de la mujer trabajadora en esas hipótesis. No obstante, como refiere Guillermo Dray³⁴⁶, «la práctica de aborto, incluso en los casos no admitidos por la ley, no deja de configurar una situación que justifica un especial régimen de protección», ya que de este modo estaría a atribuirse al empleador el poder de disponer acerca de la licitud o ilicitud de una práctica de interrupción del embarazo, cuando tal competencia no le es reconocida por ley. Con la legalización del aborto y la entrada en vigor del más reciente CT, se pasó a consagrar tan solamente que «en caso de interrupción del embarazo, la trabajadora tiene derecho a licencia con duración entre 14 y 30 días.

Importa también subrayar que la RCT que reglamenta el CT ha consagrado por primera vez la posibilidad de la trabajadora de optar por una licencia de maternidad superior en 25% a los 120 días previstos desde que este periodo sea gozado siguiendo al parto, o sea equivalente a un periodo de 150 días³⁴⁷. Esta posibilidad fue también prevista oportunamente para la licencia de paternidad en los casos de incapacidad física o psíquica de la madre, muerte o relativamente al periodo gozado por el padre por decisión conjunta de ambos después del periodo obligatorio gozado por la madre. En caso de silencio es aplicada la licencia de 120 días.

³⁴⁶ AA.VV., *Código do trabalho anotado*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2004.

³⁴⁷ Esta legislación obliga que la trabajadora informe el empleador hasta siete días después del parto cual la modalidad de licencia por maternidad por que opta. En caso de silencio la licencia tendrá una duración de 120 días.

Sobre los derechos de los trabajadores que gocen los permisos de maternidad y paternidad, se procuró garantizar desde el inicio de su previsión que no determinasen cualquier pérdida, siendo tratada como prestación efectiva de trabajo para los diversos efectos, excepto en cuanto a la retribución, continuando verificándose aquí inexplicablemente un doble régimen entre los trabajadores englobados por el régimen de seguridad social, que tienen derecho a un subsidio definido en el Régimen de Protección Social en la Parentalidad de y aquéllos que son funcionarios o agentes de la Administración Pública, que reciben la retribución a que tendrían derecho como si estuviesen en ejercicio efectivo de funciones³⁴⁸.

II.3.1.2. LICENCIA POR ADOPCIÓN.

En el sentido de aproximar la solución encontrada para el régimen de maternidad relativamente a la filiación adoptiva, subrayándose de este modo que el bien jurídico fundamentalmente protegido por este permiso se identifica con el acompañamiento del hijo, pasando para segundo plano la protección de la salud de la madre³⁴⁹, se ha considerado oportuno prever desde la versión inicial de la LPMP garantizar a ambos adoptantes de un menor de 3 años de edad el derecho a faltar al trabajo para su acompañamiento durante 60 días³⁵⁰ después de realizada la declaración para efectos de adopción realizada en los términos del art. 1 Decreto-Ley 274/80, o sea a partir del momento en que el candidato a adoptante comunique directamente la intención de adoptar al organismo de seguridad social del área de su residencia, siendo distinto pues del régimen jurídico español en que no

³⁴⁸ Para un análisis de este doble régimen *Vid.* LEITE, JORGE «A tutela da saúde das mães trabalhadoras...», *cit.*, pp. 125-126.

³⁴⁹ Cf. BALLESTER PASTOR, M. A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, *cit.*, pp. 41 Y 42.

³⁵⁰ El Decreto-Ley 136/85 determinó que el subsidio por adopción sería igual al valor de la retribución media considerada para efectos de cálculo del subsidio por enfermedad tal como había previsto para los subsidios por maternidad y paternidad.

se ha adoptado aún ningún régimen especial para los casos de adopción internacional³⁵¹.

La Ley 17/95 ha instituido posteriormente que el derecho a esta licencia ocurriría a partir de la confianza judicial o administrativa y que solamente podría ser ejercido por uno de los cónyuges trabajadores³⁵², opción censurable por dos motivos: haber implicado en la práctica que el hombre dejase de ejercer este derecho ya que sería naturalmente la mujer quien en caso de elección lo ejercería más a menudo; y haber dejado de incentivar de este modo el hombre para que ayudase a la madre en esta tarea. Otra de las alteraciones introducidas por la misma ha sido la aplicabilidad del régimen de la interrupción previsto para la licencia de la maternidad en los casos de internamiento en hospital de la madre o del niño durante el tiempo del internamiento, ya que no se justificaba que no fuese también aplicable.

Oportunamente la Ley 142/99 ha rectificado la imposibilidad de la licencia de poder ser ejercida por ambos cónyuges en tiempo parcial o de forma sucesiva de acuerdo con lo decidido por ambos, posibilitando un mayor y deseable reparto³⁵³. Otra de las alteraciones realizadas se refiere a la ampliación de los días para adopción de los referidos 60 días para los 100 días y el cambio de la edad del adoptado para los 15 años, garantizándole así un mayor apoyo y acompañamiento³⁵⁴. El Decreto-Ley 230/2000 ha completado lo dispuesto al prever la posibilidad de reducción del horario de trabajo para asistencia en caso de

³⁵¹ Cfr. art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁵² Siendo necesario además que el adoptado no fuese hijo del cónyuge del candidato a adoptante o encontrarse a su cargo por un periodo superior a 60 días. Siempre que el menor estuviese ya a cargo del adoptante por un periodo inferior a los 60 días la licencia duraría hasta que se completasen este periodo.

³⁵³ No obstante la letra de la ley referir solamente la hipótesis de cónyuges candidatos a la adopción, deberá también aplicarse cuando los candidatos viven en unión de hecho en las condiciones previstas en el art. 7 de la Ley 7/2001, el 11 de mayo.

³⁵⁴ La legislación en análisis ha consagrado también la extensión del periodo de la licencia en los casos de adopción de gemelos, más concretamente en 30 días más por cada uno.

minusvalidez congénita o adquirida también a los adoptados³⁵⁵. Esta equiparación ha sido lógica ya que no se justificaba que esta solución solamente pudiese beneficiar a los padres biológicos cuando los niños en las referidas situaciones necesitan de una igual protección por parte de la ley³⁵⁶.

Con la entrada en vigor de la primera versión del CT este periodo mínimo pasó para 14 días, siendo ahora exigible que el adoptado viviese en comunión de mesa y habitación con cónyuge sobreviviente. En situación de internamiento en hospital del candidato a adopción o del adoptado tiene un trato jurídico análogo aquel previsto para el internamiento en hospital de la madre o del niño durante el periodo de licencia a seguir al parto. De este modo el periodo de licencia se suspende durante el tiempo de duración del referido internamiento.

Con la última versión del CT y en los casos de adopción de menores de 15 años, el candidato a adoptante pasó a tener derecho a la licencia que la madre y el padre trabajadora tienen derecho, por nacimiento del hijo, o sea, 120 o 150 días consecutivos.

El gozo de este permiso no determina la pérdida de cualesquier derechos, siendo tratada como prestación efectiva de trabajo para los diversos efectos, excepto en cuanto a la retribución. Todavía el trabajador tiene derecho a un subsidio regulado por el Régimen de Protección Social en la Parentalidad.

³⁵⁵ La misma legislación ha extendido también este régimen con las necesarias adaptaciones a los casos de tutela, a la confianza judicial o administrativa.

³⁵⁶ Otro de los cambios relevantes introducidos por el Decreto-Ley 230/2000 ha sido el relativo a los casos de fallecimiento del trabajador durante el periodo de la licencia, posibilitando que el cónyuge sobreviviente que no fuese adoptante, tuviese derecho a una licencia correspondiente al periodo no gozado, nunca inferior a 10 días, creándose un régimen análogo al que estaba ya previsto para licencia de paternidad en los casos de muerte de la madre. El mismo pasó a prever el derecho de la entidad patronal solicitar al trabajador la prueba del carácter improrrogable e imprescindible exigible para este tipo de situaciones. Esta exigencia fue prevista con el propósito de evitarse situaciones de fraude, intentando impedir que una disposición inicialmente consagrada para un fine legítimo estuviesen en el origen de una tasa de absentismo injustificable.

En resumen, después de una breve síntesis de la evolución legislativa de la licencia de adopción y consideraciones más pertinentes es visible su evolución hacia una equiparación a la licencia por maternidad, asistiéndose a al largo de los tiempos una corrección de las lagunas que existían desde el inicio de su previsión y que en buena hora han contribuido para el incentivo de la adopción.

II.3.1.3. LICENCIA PARENTAL PARA ASISTENCIA A HIJO Y ADOPTADO.

Transponiendo al ordenamiento jurídico interno la cláusula 2 de la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES³⁵⁷, la Ley 142/99 ha establecido el permiso parental para asistencia a hijo o adoptado hasta que completase los seis años de edad, pudiendo optarse entre una licencia parental de tres meses, trabajar en tiempo parcial durante seis meses con un periodo normal de trabajo igual a la mitad del tiempo completo, o gozar distintos periodos de licencia parental y de trabajo a tiempo parcial de forma que la duración total de las ausencias fuese igual al periodos normal de trabajo durante tres meses³⁵⁸. Los padres podrían gozar de cualquier de estos derechos de modo consecutivo o hasta tres periodos interpolados, no siendo permitida la acumulación por uno de los progenitores del derecho del otro, de forma que imposibilita que solamente uno de los cónyuges ejerciese el referido derecho, normalmente la madre. La misma legislación ha previsto el pago de los 15 días del gozo de la licencia parental cuando ejercido por los hombres desde que el ejercicio de este derecho ocurriese inmediatamente después de la licencia por maternidad o paternidad, siendo importante esta introducción debido a su carácter simbólico y

³⁵⁷ Su atribución es también impuesta por el art. 27 de la Carta Social Europea.

³⁵⁸ La Ley 142/ ha previsto también que el padre y la madre pueden tener ausencias interpoladas al trabajo con duración igual a los periodos normales de trabajo de tres meses, desde que reguladas en convención colectiva.

pedagógico. Con esta legislación también el trabajador pasó a tener derecho a licencia parental para acompañamiento a hijo del cónyuge o de persona en unión de hecho que con quien resida.

Con la entrada en vigor del Decreto-Ley 230/2000 se ha pasado a prever que cuando los padres desearan gozar esta licencia parental simultáneamente y estuviesen al servicio de la misma entidad patronal, esta podría retrasar la licencia de uno de ellos desde que con el fundamento en razones imperiosas relacionadas con el funcionamiento de la empresa, procurando alcanzar un punto de equilibrio entre los intereses empresariales, los intereses del dependiente y los intereses de los progenitores. Para garantizar una mayor protección a este nivel la entidad patronal no podría en caso alguno interrumpir la referida licencia o siempre que los progenitores hubiesen optado por la jornada parcial obligarlos a trabajar en jornada completa³⁵⁹.

Con la entrada en vigor del CT la licencia parental para asistencia a hijo o adoptado sufrió algunas correcciones, nombradamente la posibilidad otorgada en alternancia al padre o madre de trabajar a tiempo parcial durante 12 meses con un periodo normal de trabajo igual a la mitad del tiempo completo, cuando anteriormente el plazo previsto no sería superior a 6 meses. El ámbito de los potenciales beneficiarios de la licencia parental es todavía más reducido por comparación con la licencia especial, ya que refiere aún la persona a quien fuere deferida la confianza judicial o administrativa del menor³⁶⁰. En mi opinión no se vislumbra una justificación para esta diferencia, hasta porque el gozo de la licencia especial presupone el

³⁵⁹ La legislación en análisis pasa a prever también que la licencia y el trabajo a tiempo parcial terminan en caso de fallecimiento del niño. Por fuerza de la misma legislación la licencia parental y licencia especial para asistencia a hijo, adoptado e hijo del cónyuge hasta que completen los 6 años de edad pasó, al contrario del anteriormente previsto, a poder ser única y exclusivamente ejercida por el trabajador caso el otro progenitor o adoptante ejerciese también una actividad profesional o estuviese impedido o inhibido totalmente de ejercer el poder paternal. Por fin, el último cambio respectó a la aplicabilidad del régimen de la licencia parental y del trabajo a tiempo parcial al tutor del menor.

³⁶⁰ Cfr. Art. 99.1 b) RCT.

agotamiento previo de la licencia parental. La nueva versión del CT ha introducido la posibilidad de ausencias interpoladas al trabajo con duración igual a los periodos normales de trabajo de tres meses, desde que previstas en instrumento de reglamentación colectiva de trabajo, pasando también a denominar esta licencia como licencia parental complementar.

La licencia parental no implica la pérdida de cualquier derecho, siendo considerada como prestación efectiva de servicio para todos los efectos, excepto cuanto a la retribución.

II.3.1.4. LICENCIA ESPECIAL PARA ASISTENCIA A HIJO Y ADOPTADO.

La versión original de la LPMP ha consagrado la denominada licencia especial para asistencia a hijos, donde se anunció la posibilidad de que la madre o el padre interrumpieran la prestación de trabajo de forma que permitiese a uno de los progenitores la posibilidad de optar por el cuidado personal del menor al revés de recurrir a sistemas comunitarios. Este permiso, obligatoriamente con inicio a partir del término de la licencia de maternidad, sería por un periodo de 6 meses, prorrogables hasta 2 años³⁶¹. Oportunamente la Ley 136/85, que ha regulado la LMPM en el ámbito de la seguridad social, ha completado lo dispuesto al prever la posibilidad de que el permiso sea ejercido por ambos progenitores, en periodos sucesivos, extendiendo al mismo tiempo su aplicación a los candidatos a adoptantes o adoptantes³⁶² y estableciendo la edad del menor hasta los 3 años de edad³⁶³. Para que

³⁶¹ Con la entrada en vigor de la Ley 18/98 pasó a estar previsto que en caso del nacimiento de un tercero hijo o más la licencia podría ser prorrogable hasta los tres años.

³⁶² La Ley 136/85 ha establecido que en los casos del ejercicio de este derecho para acompañamiento para adoptante o adoptado, la licencia tendría inicio necesariamente en el término del permiso por adopción.

³⁶³ El Decreto-Ley 136/85 estipuló que en los casos de asistencia a deficientes profundos y enfermos crónicos los trabajadores solamente tendrían derecho a este licencia cuando ambos los padres, candidatos a adoptantes o adoptantes tuviesen

la referida licencia pudiese ocurrir la misma legislación ha impuesto que ambos progenitores, candidatos a adoptante o adoptantes tuviesen actividad profesional y los hijos, adoptantes o adoptados integrasen los respectivos agregados familiares.

Después de la previsión de la licencia parental con la entrada en vigor de la Ley 142/99, la licencia especial pasó a quedarse dependiente de esta, pudiendo solamente ser ejercida después de que cualquiera de los derechos previstos estén agotados, pasando también a estar prevista para acompañamiento a hijo del cónyuge o de persona en unión de hecho que con aquel resida. El Decreto-Ley 230/200 ha pasado a permitir el gozo del trabajador de este permiso cuando el otro progenitor, adoptante, cónyuge o persona con quien viviese en unión de hecho no trabajase desde que sea impedido o inhibido de ejercer el poder paternal

La licencia especial produce los efectos decurrentes de una suspensión de contrato de trabajo, es decir, suspende los derechos, deberes y garantías que presupongan la efectiva prestación de trabajo, donde se incluye naturalmente la retribución³⁶⁴. Al contrario de la licencia parental, no es considerada como prestación efectiva de servicio para todos los efectos, todavía es contabilizada para la tasa de formación de las pensiones de invalidez y vejez de los regímenes de la seguridad social³⁶⁵.

La entrada en vigor de la primera versión CT no ha implementado novedad en esta licencia, todavía con la más reciente versión se pasó a denominar como licencia para asistencia a hijo, no obstante continuar a ser aplicada de igual modo a los adoptados por fuerza del art. 64.1, c) CT.

actividad profesional y los hijos, adoptantes o adoptados integrasen los respectivos agregados familiares.

³⁶⁴ Cfr. art. 101.4 RCT.

³⁶⁵ Cfr. art. 50.3 CT.

II.3.1.5. LICENCIA PARA ASISTENCIA A DISCAPACITADO MENOR Y ENFERMOS CRÓNICOS.

Ley 102/97 que introdujo algunas alteraciones a la LPMP ha introducido una licencia especial para a asistencia a minusválidos y enfermos crónicos, previendo la posibilidad de los trabajadores de gozar de un periodo de hasta seis meses, prorrogable con limite de cuatro años, para acompañamiento de hijo, adoptado o hijo del cónyuge que con este resida, que sea minusválido o enfermo crónico, durante los primeros 12 años de vida³⁶⁶, consagrando al mismo tiempo que sería aplicable a este permiso lo consagrado al respecto para la licencia especial a hijos con las necesarias adaptaciones. De este modo los cambios introducidos por la Ley 142/99 relativamente a esta licencia se han repercutido aquí pasando a estar previsto la posibilidad de que ambos progenitores gozaren de la referida licencia de modo consecutivo o hasta tres periodos interpolados, no estando tampoco permitido la acumulación por uno de los derechos del otro³⁶⁷. El Decreto-Ley 230/2000 ha reglamentado posteriormente esta licencia consagrando que el progenitor solamente tendría derecho a su gozo si el otro progenitor o adoptante ejerce actividad profesional o estuviere impedido o inhibido totalmente de ejercer el poder paternal³⁶⁸, subrayando que esta licencia no podría ser interrumpida por conveniencia de la entidad

³⁶⁶ El Decreto-Ley 347/98, de 9 de noviembre reglamentó este tipo de subsidios estipulando que el montante diario del subsidio para asistencia a deficientes profundos y enfermos crónicos correspondería a 65% de la retribución de referencia del beneficiario, teniendo como limite máximo la retribución mínima mensual garantizada más elevada. La Ley 142/99 ha consagrado que los periodos relativos a la licencia especial para asistencia a minusválidos y a enfermos crónicos fuesen contabilizados para el cálculo de las prestaciones debidas por los regímenes de protección social en los casos de invalidez y vejez en analogía do que sucedía ya en los casos de licencia parental y licencia especial para asistencia a hijo o adoptado, alteración concretizada por el hecho de no se justificar una diferencia de trato entre ambas las situaciones.

³⁶⁷ Otras de las novedades ha sido la posibilidad del gozo de esta licencia para asistencia a hijo de persona en unión de hecho.

³⁶⁸ De igual modo la misma legislación ha decretado que «el trabajador tiene derecho a licencia especial para asistencia a hijo del cónyuge, o de persona en unión de hecho, que con este resida, se ese progenitor ejercer actividad profesional o estuviere impedido o inhibido totalmente de ejercer el poder paternal».

patronal. En la consagración del CT el legislador ha optado por mantener inalterable esta licencia.

Tal como la licencia especial para asistencia a hijo y adoptado, esta produce los efectos decurrentes de una suspensión del contrato de trabajo, todavía, en este caso, el trabajador tiene derecho a un subsidio para asistencia a minusválidos profundos y enfermos crónicos, en los términos del Régimen de la Protección Social de la Parentalidad.

Esta licencia suspende los derechos, deberes y garantías de las partes en la medida que presupongan la efectiva prestación de trabajo, nombradamente la retribución, todavía es contabilizado para la tasa de formación de las pensiones de invalidez y vejez de los regímenes de la seguridad social, no perjudicando la atribución de los beneficios de asistencia médica y farmacéutica a que el trabajador tenga derecho.

II.3.2. DISPENSAS Y FALTAS.

II.3.2.1. DISPENSA PARA CONSULTAS, AMAMANTAMIENTO O LACTANCIA.

En el ámbito de la protección de la salud la versión original de la LPMP ha garantizado a la mujer el derecho a efectuar gratuitamente las consultas y exámenes considerados necesarios por su médico asistente durante el embarazo y hasta 60 días después del parto, garantizando al mismo tiempo que el internamiento durante este periodo fuese igualmente gratuito. El hombre ha sido alcanzado por esta norma al preverse que durante el embarazo y en función de éste, serían igualmente garantizados de forma gratuita los exámenes considerados indispensables por el médico asistente de la mujer embarazada, incumbiendo los centros de salud diversos encargos relativamente a esta en lo que respecta a esta protección, donde se destaca la promoción de realización de las análisis necesarias y proceder al rastreo

de la situación de alto riesgo y a la prevención de prematuridad.

Después del nacimiento del niño la misma LPMP ha previsto por primera vez la posibilidad de dispensa de la madre para amamantamiento, sin pérdida de retribución o cualesquier otras prerrogativas, durante dos distintos periodos con la duración máxima de una hora por cada día de trabajo hasta que el niño complete un año de edad³⁶⁹. No obstante la necesidad de preverse esta ausencia a la madre esta legislación ha pecado por no prever los casos de lactancia y consecuentemente también la posibilidad del padre de poder ausentarse para garantizar la alimentación de su hijo siempre que el amamantamiento no ocurriera. Este vacío legislativo ha sido rellenado con la aprobación de La Ley 142/99, el 31 de agosto de 1999, que no solamente ha retirado el referido límite de edad del niño para que las ausencias para el amamantamiento prosiguiesen, sino que ha instituido que cuando este no ocurriese, o después de ocurrir, los trabajadores tendrían derecho, después de decisión conjunta, a ausentarse al trabajo en los mismo términos hasta que el hijo completase uno año de edad. No obstante la importancia de esta introducción, hubiera sido preferible, a mi juicio, la previsión de un reparto de estas funciones en vez de una elección entre uno de los elementos de la pareja, en orden a posibilitar, en teoría, un mayor reparto y una mayor contribución del hombre, ya que en los casos de opción suele ser la mujer quien ejerce esta prerrogativa³⁷⁰.

Otro de los cambios introducidos por esta legislación es referente a los casos en que la madre que amamantase o el progenitor que

³⁶⁹ Con la entrada en vigor del Decreto-Ley 136/85, pasó a estar previsto la posibilidad de existir un acuerdo entre la trabajadora y la entidad patronal relativamente a la dispensa para amamantamiento y los respectivos dos periodos de ausencia con el objetivo de buscarse una mayor flexibilidad en este dominio. En los casos en que las madres tengan derecho a la dispensa a trabajo para amamantamiento y lo utilicen todavía para un fin diferente de lo previsto constituí justa causa para despido.

³⁷⁰ La Ley 142/99 consagró que en los casos de trabajo a tiempo parcial los periodos de dispensa en los casos de amamantamiento y lactancia serian reducidos proporcionalmente en relación al periodo normal de trabajo desempeñado.

estuviese en período de lactancia y trabajase a tiempo parcial, previendo que la respectiva dispensa sea reducida en la proporción al periodo normal de trabajo³⁷¹. No obstante la existencia de autores que defendían una solución diferente³⁷² solamente con la entrada en vigor de la primera versión del CT se ha garantizado que el periodo nunca puede ser inferior a 30 minutos (art. 73.5 RCT)³⁷³.

El Decreto-Ley 230/2000 pasó a prever la posibilidad de ambos padres de beneficiarse de la dispensa al trabajo por tal motivo, pareciendo resultar que uno de los progenitores solamente puede gozar de este derecho desde el momento en que el otro sea también trabajador³⁷⁴. En el derecho español la solución parecía ser ligeramente diferente, una vez que ambos trabajadores tenían que trabajar para que el padre obtuviera la dispensa en cuestión, no sucediendo lo mismo cuando el mismo cuando es la madre que la solicita.

Esta legislación ha previsto también la posibilidad de alteración a través de un acuerdo con la entidad patronal con el objetivo de garantizar una mayor flexibilidad entre los intereses de la entidad patronal y los intereses del trabajador, admitiéndose por ejemplo un único periodo de dos horas³⁷⁵.

La Ley 61/99, de 30 de Junio ha introducido una importante protección a la trabajadora lactante, la dispensa de prestación de actividad en régimen de adaptabilidad mediante certificación médica que justificase que su práctica podría perjudicar el amamantamiento.

³⁷¹ Esta solución está actualmente regulada en el art. 73.5 RCT.

³⁷² GOMES, JULIO, «Trabalho a Tempo Parcial», *III Congresso Nacional de Direito de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000, p.87, nota 41.

³⁷³ Cfr. BALLESTER PASTOR, M. A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 64.

³⁷⁴ La entrada en vigor del nuevo CT pasó a estar contemplado en la letra da ley la obligatoriedad de ambos los progenitores ejercieren actividad profesional (art 47.2).

³⁷⁵ Otra de las innovaciones del Decreto-Ley 230/2000 respecta a la aplicabilidad de este régimen al tutor del menor.

Un problema sobre que el derecho positivo no encontraba respuesta consistía en saber si el periodo de dispensa para lactancia era proporcionalmente alargado en la hipótesis de nacimientos múltiples. En sentido positivo se ha pronunciado la CITE³⁷⁶ y el Tribunal Central Administrativo en su sentencia de 12 de mayo de 2000³⁷⁷, partiendo del razonamiento que el art. 14.2 Ley 4/84 utilizaba el vocablo «misión» para traducir la tarea de amamantar que incumbe a la madre, para afirmar que «el derecho que se está a contemplar es el derecho del hijo y no de la madre», esclareciendo que «si los deberes y derechos legales son conferidos en razón de la existencia del hijo, este no podrá, obviamente, ser afectado por el nacimiento de un hermano gemelo, a no ser que la ley contemple la situación de otra forma». Esta interpretación es reforzada por el elemento sistemático, dado que los diplomas que regulan esta materia tienen por finalidad «asegurar derechos de las mujeres embarazadas, de los concebidos, de los niños y de los padres», siendo seguro que el derecho a dispensa para amamantamiento «existe por causa del hijo y para el hijo y no por causa de la madre o para la madre».

Más problemas podrían surgir con algunas situaciones relacionadas con el desarrollo de los procesos de fertilización «*in vitro*», de tráigamelos o más, donde la madre podría tener derecho a una dispensa de seis horas diarias para lactancia natural, sin pérdida de retribución. Con la entrada en vigor de la primera versión del CT y RCT se ha esclarecido esta situación consagrándose que en el caso de nacimientos múltiples el periodo de dispensa sería añadida en más treinta minutos por cada gemelo más, o sea, el periodo de dispensa para lactancia se alarga, aunque todavía no de forma proporcional³⁷⁸.

³⁷⁶ Cfr. Parecer 38A/CITE/2000.

³⁷⁷ Sentencia del Tribunal Central Administrativo de 12 de mayo de 2000, asunto 3831/99.

³⁷⁸ El RCT esclarece también que el gozo de la dispensa en estos casos debe ser gozada en un único periodo no superior a una hora. Se de la aplicación de la regla del cálculo proporcional resultar el derecho a una dispensa superior a un hora diaria, el remaneciente será gozado en un segundo periodo, admitiendo, todavía, que las partes, por acuerdo, puedan consagra un régimen diferente.

Podrá cuestionarse también si el instituto que consagra el periodo de lactancia deberá durante el gozo del respectivo derecho por parte de sus destinatarios vigilar sobre su real utilización, o sea, se los progenitores realmente alimentan sus niños durante el tiempo que se ausentan de su jornada laboral. Caso no lo hagan, es legítimo cuestionar se podrá crearse algún mecanismo que lo imponga o que prevea algún tipo de repercusiones. No siendo de todo plausible hacer este tipo de control, y teniendo en cuenta la importancia para el niño de ser acompañado por sus progenitores durante el inicio de su vida no solamente por razones de alimentación, es sustentable que este régimen pasase a estar previsto también por razones afectivas al revés de simples lactancia.

Una cuestión que tiene generado conflictos y que continua sin encontrar respuesta expresa en la ley es la de saber a quien compete fijar tales períodos. Tratándose de un derecho del trabajador a ejercer en el interés del niño, no puede ser el empleador quien fije los periodos de acuerdo con las conveniencias de la empresa, ya que es inconcebible hacer depender la alimentación del niño de aquellas. No se deberá tampoco olvidar que en muchas ocasiones el trabajador desempeña sus funciones laborales a una distancia física considerable de su habitación, conllevando muchas veces inviable el ejercicio de este derecho. Este razonamiento era también defendido por la jurisprudencia y doctrina española antes del inicio de la vigencia del art. 37.6 Estatuto de los Trabajadores que ha estipulado expresamente esta solución, previéndose en caso de conflicto con el empleador, la posibilidad de recurso a un procedimiento judicial especial³⁷⁹.

Sobre la estipulación del horario para tal dispensa importa destacar la sentencia de 19 de octubre de 1998 del Tribunal de la

³⁷⁹ Cfr. BALLESTER PASTOR M. A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., pp. 62 y ss.

Relación del Oporto³⁸⁰ que seguidamente se resume. Todo empezó cuando la trabajadora Rosa Fernandes intentó una acción contra la compañía “Confecções Jopel, Lda.”, donde desempeñaba la profesión de costurera, para que el tribunal declarase con justa causa la rescisión del contrato de trabajo por ella presentada ante la falta del pago del mes de enero de 1997, por impedimento de ocupación del puesto de trabajo y por impedimento al ejercicio del derecho a la dispensa para amamantamiento.

La Sra. Rosa Fernández presentó a la entidad patronal una declaración medica que comprobaba el amamantamiento de su hija, proponiendo al mismo tiempo y por escrito el ejercicio de tal derecho a través de la reducción del tiempo de trabajo en el final de la tarde o, en alternativa, en una hora en el inicio de la mañana y otra al final de la tarde. Con el objetivo de compatibilizar el derecho de la trabajadora con las necesidades de producción de la propia empresa, la entidad patronal rechaza esta propuesta por considerar que el menor perjuicio sería obtenido si las horas dedicadas al amamantamiento ocurriesen sensiblemente en medio de cada periodo normal de trabajo, facultando a la trabajadora durante este horario de un espacio propio y reservado en el local de trabajo para amamantar su hijo. En la secuencia de esta respuesta a partir del 16 de enero de 1997 la trabajadora ha optado unilateralmente por empezar a salir del trabajo 1h30 más temprano de lo habitual. Entre los días 1 y 7 de enero de 1997, la misma ha preferido presentarse al trabajo 1 hora más tarde en el periodo de la mañana. No satisfecha con este retraso la entidad patronal impidió la trabajadora de ocupar su puesto de trabajo y consecuentemente cuando procesó su retribución, el final de enero de 1997, consideró injustificadas las referidas ausencias, descontándole los respectivos periodos. La trabajadora no aceptó esta decisión, rechazando recibir la retribución. El 7 de enero de 1997, la Sra. Rosa Fernández envió una

³⁸⁰ Sentencia del Tribunal de la Relación del Oporto de 19 de octubre de 1998, asunto 641/98.

carta de rescisión del contrato de trabajo invocando justa causa por falta culposa al pago puntual de la retribución de enero debido a haber sido impedida por parte de la entidad patronal en ocupar su puesto de trabajo desde el 30 de enero de 1997 y de poder gozar su dispensa para amamantamiento. La entidad patronal contestó a la referida carta el 12 de febrero de 1997 considerando inexistentes los alegados fundamentos de rescisión para justa causa.

No satisfecha con la decisión del tribunal de primera instancia que reconoció legitimidad al pedido de rescisión del contrato de trabajo, la condenada contestó para el Tribunal de la Relación del Porto, restringiendo el objeto de recurso al esclarecimiento de la rescisión del contrato de trabajo relativamente al ejercicio del derecho a la dispensa para amamantamiento. El tribunal superior en apreciación de lo sometido consideró que la solución a esta cuestión pasaba por saber a quién competía definir el horario durante el cual la trabajadora gozaría la dispensa para amamantamiento. Este tribunal corroboró la decisión del tribunal “a quo”, que declaraba que en la falta de acuerdo entre la trabajadora y la entidad patronal sobre el horario para el amamantamiento competía a la trabajadora definirla. El Tribunal del Porto añadió aún que esta interpretación privilegiaba los intereses de la madre trabajadora y del niño, siendo en la opinión de este colegio de jueces la única que estaba conforme a la naturaleza del derecho de dispensa para amamantamiento consagrado LPMP y en el Decreto-Ley 136/85.

Las dispensas de trabajo aquí referidas no determinan la pérdida de cualesquier derechos, siendo tratadas como prestación efectiva de servicio, incluso la retribución (art. 50.2 CT). Esta prerrogativa se encuentra ya prevista en Directiva 92/85/CEE (art. 9), garantizándose todavía un régimen más favorable ya que este precepto solamente hace referencia a los exámenes pre-natales.

II.3.2.2 FALTAS PARA ASISTENCIA A MENORES, A PERSONAS CON DISCAPACIDAD O ENFERMEDAD CRÓNICA.

El régimen de asistencia en casos de enfermedad a familia, más concretamente a hijos, adoptados o hijastros hasta los diez años de edad no trae problemas relativos a las diferencias de régimen entre hombres y mujeres ya que fue previsto para los trabajadores de ambos sexos. Esta licencia fue prevista por primera vez en la LPMP en su versión originaria, donde se ha consagrado la posibilidad de que aquéllos pudieran faltar hasta un límite máximo de 30 días por año para asistencia improrrogable e imprescindible en casos de enfermedad o accidente³⁸¹. En caso de hospitalización del menor, las faltas justificadas son alargadas durante todo el periodo en que la misma durar, no pudiendo ser ejercida simultáneamente por ambos los progenitores o equiparados. La Ley17/95 ha completado el régimen al consagrar que en los casos de minusvalía de los hijos o adoptados del trabajador o hijos del cónyuge que con él residiesen, la licencia podrá ocurrir independientemente de la edad. Esta solución ha tenido su justificación en la mayor dependencia de aquellos y al hecho de esta normalmente persistir al largo de la vida independientemente de la edad, trayendo así una mayor justicia al tratar de forma desigual lo que es desigual³⁸². Cuatro años después, con la aprobación de la Ley 142/99, este régimen ha sido extendido a los trabajadores a quien hubiera sido deferida la tutela o confiada la guarda del niño por decisión judicial.

³⁸¹ En caso de hospitalización de menores de 10 años el periodo de ausencia al trabajo podía prolongarse durante el periodo en que aquella ocurriese, no pudiendo todavía ser desempeñado simultáneamente por la madre y por el padre o equiparados. Con la entrada en vigor de la Ley 142/99 este tipo de licencia pasó a ser aplicada, con las necesarias adaptaciones, a los trabajadores a quien tuviese sido deferida la tutela o confiada la guarda del niño por decisión judicial.

³⁸² Sobre la posibilidad del trabajador de faltar para asistencia a menores en caso de enfermedad o accidente, a hijos, adoptados o hijastros menores de 10 años, el Decreto-Ley 230/2000 ha previsto el derecho de la entidad patronal de solicitar al trabajador la prueba del carácter improrrogable e imprescindible exigible para este tipo de situaciones. Esta exigencia fue prevista con el propósito de evitarse situaciones de fraude, intentando impedir de este modo que una disposición inicialmente consagrada para un fine legítimo estuviesen en el origen de una tasa de absentismo injustificable.

Con la entrada en vigor de la primera versión del CT, este régimen ha sido aplicado también a las hipótesis en que el hijo, adoptado o hijo del cónyuge con quien este resida, sea portador de enfermedad crónica. La RCT este régimen ha sido extendido al cónyuge o a la persona en unión de hecho con cualquier de los titulares de este derecho, así como a la persona a quien hubiese sido deferida la confianza administrativa del menor, desde que viviesen en comunión de mesa y habitación con este. Como en todas las situaciones analizadas *supra*, el trabajador no puede estar impedido o inhibido totalmente de ejercer el poder paternal (Art. 100 e) RCT).

La última versión del CT ha ampliado la edad de 10 años para los 12 años y permitido por primera vez y en buena hora que «el trabajador puede faltar al trabajo hasta 15 días por año para prestar asistencia inaplazable e imprescindible en caso de enfermedad o accidente a hijo con 12 o más años de edad, que, en lo caso de ser mayor, haga parte de su agregado familiar» (art. 49, n° 2). El Código pasó también a prever que los periodos de ausencia para asistencia acrecen un día por cada dependiente allá del primero.

Una vez que el CT no ha introducido grandes cambio al respecto, siendo oportuno criticar, ya que estas faltas continúan en gran medida siendo ejercidas por las mujeres, por lo que se hace necesario de este modo un cambio de las mentalidades para que esta pueda ser repartida más a menudo por la pareja. Hay necesidad también de implementarse un modelo que incentive al hombre a asumir una mayor cota de responsabilidad en las faltas al trabajo para prestar asistencia a dependientes, así como en todas aquellas que garanticen el apoyo a la familia y que solamente puedan ser ejercida por uno de los elementos de la pareja y representen una pérdida de retribución para quien de ellas beneficia. Para que este deseo pueda tornarse realidad, serían necesarias dos tipos de soluciones que impidan que sean las razones

económicas las que determinen mayoritariamente la opción por la mujer. La más conservadora defiende la existencia de un subsidio pagado por el Estado, igual a la diferencia que el agregado recibiría si fuese la mujer quien falta durante el mismo periodo. Esta solución tiene una mayor relevancia basada en el hecho de que la mayoría de los casos el hombre obtiene un mayor sueldo que la mujer, así como que las referidas ausencias representarían de este modo una mayor repercusión cuando sean gozadas por aquél.

Otra perspectiva más radical considera que las faltas para asistencia a la familia que impliquen una pérdida de retribución deberá ser financiado por un subsidio igual al total de la retribución que el trabajador recibiría ejerciendo funciones siempre que sean realizadas por el hombre. Esta segunda solución incentivaría al hombre a faltar al trabajo en vez de la mujer para impedir, de este modo, una pérdida de retribución para el agregado familiar. Seguramente que esta solución sería destinataria de innumerables críticas por representar una diferencia de trato, teniendo que buscarse su justificación bajo el régimen de la discriminación positiva que se desarrollará en capítulo oportuno. En mi opinión esta sería una forma de «obligar» al hombre a desempeñar un papel más preponderante en la esfera familiar, terminando con el estigma de la mujer a la hora de la contratación laboral al permitirle una mayor disponibilidad para las funciones laborales. La propia mujer podrá contestar esta solución considerándose en estos casos perjudicada por no beneficiar aquí las mismas ventajas que el hombre, aunque entiendo que en este orden de cosas es importante tener en mente que la tarea de equilibrar el reparto de las funciones familiares con el trabajo entre la pareja merece un sacrificio por todos, incluso de la propia mujer, ya que el objetivo final está direccionado para la igualdad de género en la esfera laboral que importa alcanzar.

Teniendo en consideración el ordenamiento jurídico portugués, estas soluciones serían mayoritariamente menos relevantes para los funcionarios del estado y del sector privado comparativamente con los trabajadores por cuenta propia, ya que estos tienen menos apoyo financieros del Estado. Se podrá contestar esta diferencia de régimen históricamente enraizado en el panorama portugués, debiendo buscarse un equilibrio más justo ya que no es favorable que un trabajador por cuenta propia no tenga, al contrario de los otros trabajadores, derecho a cualquier subsidio por licencia por paternidad, faltas para asistencia a discapacitados y enfermos crónicos, licencia parental y faltas especiales de abuelos, no se debiendo olvidar la importancia que la iniciativa empresarial representa para la sociedad y que una tan gran diferencia de trato entre los distintos regímenes hará principalmente con que la mujer tenga mayores dificultades a la hora de optar por desarrollar un actividad por cuenta propia.

Una de las formas más eficaces para que haya un mayor reparto en las faltas para asistencia a hijos, adoptados o hijastros pasa por que se deje de exigir que el otro progenitor tenga actividad profesional y que no haya faltado por el mismo motivo o que esté imposibilitado de prestar la asistencia, siempre que sea el hombre a faltar al trabajo, abriendo de este modo mayores hipótesis para que el hombre goce de esta prerrogativa.

Importa referir que la admisibilidad de faltas al trabajo por razones de fuerza mayor relacionadas con razones familiares urgentes ha sido impuesta por la legislación comunitaria, más concretamente en la cláusula 3 Directiva 96/34/CE, donde se consagra la posibilidad de todos los Estados miembros puedan especificar las respectivas condiciones y límites.

Una vez que el legislador ha optado, en mi opinión erróneamente, por no definir los conceptos de asistencia improrrogable e

imprescindible en caso de enfermedad. Sobre esta materia importa subrayar alguna jurisprudencia portuguesa. Así, en secuencia del Tribunal del Trabajo de Tomar haber condenado en proceso de trasgresión la empresa Renova a pagar la debida retribución a la trabajadora Gracinda Marques relativa a los 11 días de ausencia al trabajo, más concretamente entre el 2 y el 16 de septiembre de 1985, en secuencia de internamiento en hospital de su hija menor de 10 años víctima de accidente, se ha recurrido al Tribunal de la Relación de Coimbra que se ha pronunciado el 5 de abril de 1988³⁸³.

La empresa Renova fundamentó su opción en no retribuir a la trabajadora durante el referido periodo con el argumento de que la ausencia de ésta no revestía un carácter de improrrogabilidad y de necesidad exigido por la cláusula 36^a, n. 2, g) del Contrato Colectivo de Trabajo (CTT), que justificaba las faltas motivadas por imposibilidad de prestar trabajo con origen en un hecho no imputable al trabajador, nombradamente por necesidad de prestación de asistencia improrrogable a miembros del agregado familiar. Este precepto mencionaba el n. 1 de la cláusula 37^a del mismo CTT, que consagraba que las faltas justificadas no determinarían la pérdida de cualesquier derechos o regalías del trabajador.

El tribunal empezó por recordar que el art. 13.1 LPMP consagraba el derecho de las trabajadoras a faltar al trabajo, hasta 30 días por año, para prestar asistencia improrrogable y imprescindible en caso de enfermedad o accidente, a hijos menores de 10 años, estableciendo el número 2 del mismo artículo que en caso de internamiento en hospital, el derecho a faltar se extendería durante el periodo en que aquel durase. El tribunal subrayó la diferencia instituida en este régimen consonante ocurriese o no el referido internamiento, subrayando aún que esta diferencia continuaba verificándose al respecto de la

³⁸³ Sentencia del Tribunal de la Relación de Coimbra de 5 de abril de 1988, asunto 24/88/406.

justificación de las faltas, ya que siempre que aquel no ocurriese la entidad podría exigir al trabajador la prueba del carácter improrrogable y imprescindible de la asistencia a prestar, mientras que en la segunda hipótesis la justificación de faltas sería hecha, cuando exigida, mediante una simple declaración de internamiento pasada por el hospital. El tribunal destaca aún que en este último caso el carácter de imprescindibilidad exigido se verificaba siempre ya que en su opinión la ley razonaba que en estas situaciones la asistencia sería imprescindible porque el internamiento de un menor de 10 años lo traumatizaría profundamente en la medida en que lo apartaba del ambiente familiar, con las inevitables repercusiones al nivel afectivo. La exigencia de improrrogabilidad, por su parte, estaría fundamentada con la existencia del propio internamiento. El art. 18 LMPM y art. 9 Decreto-Ley 136/85 estipularon también que las faltas al trabajo bajo ambas circunstancias no determinarían la pérdida de cualesquier derecho, siendo consideradas para todos los efectos, como prestación efectiva de trabajo, excepto en cuanto a la retribución. El art. 25 LPMP afirmaba también que lo dispuesto no perjudicaría los derechos emergentes de disposiciones más favorables constantes de instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo, legitimando la aplicabilidad de la referida alinea g) del n° 2 de la cláusula 36ª CTT y el n° 1 de la cláusula 37ª CCT. Considerando que los requisitos de imprescindibilidad e improrrogabilidad exigidos por la CTT estarían asegurados el tribunal concluyó que las referidas faltas al trabajo estarían bajo este régimen más favorable no determinando la pérdida de la correspondiente retribución, corroborando así la decisión del tribunal “a quo”.

En resumen, las faltas no determinan la pérdida de cualesquier derecho, siendo tratadas como prestación efectiva de trabajo para todos los efectos, excepto en cuanto a la retribución, aunque tratándose de faltas para asistencia a menores, el trabajador tiene derecho a un

subsidio, en los términos fijados oportunamente por la Protección Social de la Parentalidad.

II. 3.2.3. FALTAS POR ASISTENCIA A OTROS FAMILIARES.

El Decreto-Ley 70/2000 ha previsto por primera vez en el ordenamiento jurídico portugués la posibilidad del trabajador a faltar hasta 30 días por año, para prestar asistencia inaplazable e imprescindible en caso de enfermedad o accidente al cónyuge o persona en unión de hecho, ascendente o descendente con más de 10 años de edad, o afine en línea recta³⁸⁴.

La entrada en vigor del Decreto-Ley 230/2000, que ha reglamentado la LPMP al respecto de la protección en el trabajo de los trabajadores englobados por el régimen del contrato individual de trabajo, ha completado el dispuesto al prever que la entidad patronal pueda exigir la prueba del carácter inaplazable e imprescindible de la asistencia y que en la asistencia prestada a hijo, adoptado o hijo del cónyuge, con quien este resida, la exigencia de una declaración, bajo compromiso de honra, de que el otro progenitor, adoptante o el cónyuge, tenía actividad profesional o que estaba imposibilitado de prestar la asistencia. La legislación en análisis no ha previsto, sin nada que lo justifique, la misma exigencia en los casos de tutela o confianza del menor, tanto más que se previa la posibilidad de la entidad patronal exigir una declaración, bajo compromiso de honra, que el otro progenitor, adoptante, o cónyuge o persona que tenga el menor, pariente o afine a cargo o a su guarda no ha faltado por el mismo motivo.

³⁸⁴ El art. 32 del Decreto-Ley 70/2000, ha aplicado este régimen, con las necesarias adaptaciones, a los trabajadores a quien hubiese sido deferida la tutela o confiada la guarda del niño con más de 10 años de edad, por decisión judicial.

Con la entrada en vigor de la RCT, este régimen ha sido destinatario de algunos cambios, pasando el límite de días de faltas para 15 días por año e incluyendo ahora también los parientes o afines en el 2º grado de la línea colateral y los adoptados o entenados con más 10 años de edad, previendo además la posibilidad de los referido plazo ser añadido en un día más por cada hijo, adoptado o entenado allá del primero³⁸⁵. Otro de los cambios está relacionado con el desaparecimiento de la referencia expresa a las faltas para asistencia a persona con quien el trabajador vive en unión de hecho. Esta supresión no se comprende, ya que de acuerdo con el Código está presente la preocupación por parte del legislador en tratar de modo igual el casamiento con la unión de hecho³⁸⁶. De acuerdo con este razonamiento entiendo que se deberá interpretar de forma extensiva esta norma, considerando que su espíritu engloba la unión de hecho y que ha sido confirmada con la entrada del nuevo CT que veo colmatar esta laguna (art. 252.1) y que también ha previsto la posibilidad del periodo de ausencia acrecer 15 días por año, «en el caso de prestación de asistencia inadiable e imprescindible a persona con minusvalidez o enfermedad crónica, que sea cónyuge o viva en unión de hecho con el trabajador» (art. 252.2).

Sobre la posibilidad de la entidad patronal de exigir una declaración, también ha sufrido algunos cambios con la primera versión del CT, pasando a preverse que esa exigencia sea aplicable a los otros miembros del agregado familiar, caso ejercen actividad profesional, que no faltaron por el mismo motivo o que están imposibilitados de prestar asistencia, todavía presentemente deja de ser necesario que en los

³⁸⁵ Allá de la aplicabilidad de este régimen a los trabajadores a quien hubiese sido deferida la tutela o confiada la guarda del niño con más de 10 años de edad, por decisión judicial, la RCT ha pasado a prever también su aplicabilidad a los trabajadores a quien hubiese sido deferida la tutela o confiada la guarda del niño con más de 10 años de edad, por decisión administrativa.

³⁸⁶ Véase, por ejemplo, el art. 277.2, que ha cambiado correctamente el régimen legal anteriormente vigente al consagrar, en los casos de fallecimiento, el mismo número de días de faltas justificadas para ambos los casos.

casos de asistencia a pariente o afine en la línea recta ascendente sea exigible la pertenezca al mismo agregado familiar (art. 252 CT).

Estas faltas, por último, no determinan la pérdida de cualesquier derecho, siendo consideradas, excepto cuanto a la retribución, como prestación efectiva de servicio [art. 255. 2, c) CT].

II.3.2.4. FALTAS PARA ASISTENCIA A NIETOS.

Como supuesto separado del resto, la Ley 142/99 ha consagrado derechos especiales a los trabajadores para faltar al trabajo hasta 30 días consecutivos tras el nacimiento de nietos desde que se verificasen tres condiciones: a) que los nietos fuesen hijos de adolescentes con edad hasta 16 años, b) que los padres viviesen en comunión de mesa y habitación con los abuelos y c) que estos fuesen ambos trabajadores excepto en caso de imposibilidad física o psíquica de uno de ellos.

Cuando ambos abuelos trabajasen, este derecho podría ser ejercido por cualquier uno de ellos por decisión conjunta³⁸⁷. El Decreto-Ley 230/2000 ha esclarecido que el derecho consagrado podría ser ejercido integralmente por uno de ellos, o por ambos en tiempo parcial o en periodos sucesivos, permitiendo de este modo un reparto de esta responsabilidad. También la exigencia del cónyuge trabajar ha dejado de verificar no solamente en el caso de este se quedar física o psíquicamente imposibilitado de cuidar del nieto como en las situaciones de aquel no viva en comunión de mesa y habitación con el trabajador. En la opinión de Guillermo Dray³⁸⁸, deberá hacerse aquí una interpretación extensiva del precepto de forma a englobar las

³⁸⁷ El Decreto-Ley 77/2000 definió y reguló la protección social en las situaciones de faltas especiales de los abuelos, precisando el montante diario del subsidio por este tipo de licencia en 100% de la retribución de referencia del beneficiario. Las faltas dadas por los trabajadores en este ámbito eran destinatarias del mismo trato que las faltas bajo la licencia de maternidad o paternidad.

³⁸⁸ AAVV, *Código do Trabalho anotado...*, cit., p. 147.

situaciones en que solamente el nieto y no el progenitor adolescente viva en comunión de mesa y habitación con los abuelos, argumentando su razonamiento la *ratio* de la norma: «colmatar eventuales ausencias de los padres adolescentes en la educación y acompañamiento del desarrollo físico y psíquico del menor, a través de la intervención de los abuelos». Esta solución parece ser confirmada con la entrada en vigor de la RCT cuando exige que el trabajador declare que el nieto vive consigo en comunión de mesa y habitación sin establecer semejante exigencia para el hijo adolescente [art. 75.1, a)].

Uno de los cambios introducidos por la primera versión del CT ha sido la aplicabilidad a este régimen legal al tutor del adolescente, el trabajador a quien haya sido deferida la confianza judicial o administrativa del mismo, su cónyuge o persona con quien vive en unión de hecho (art. 99.3 RCT)³⁸⁹. Este régimen ha pasado también solamente a aplicarse en relación a nietos que sean hijos de adolescentes con edad inferior a 16 años, pareciendo quedar de fuera, de este modo, excluidos los nietos de los hijos adolescentes con 16 años contrariamente al que resultaba de la LPMP que hacía mención a los «adolescentes con edad hasta los 16 años de edad».

La última versión del CT ha ido más allá y pasó a permitir que el trabajador pueda faltar al trabajo para prestar asistencia inaplazable e imprescindible, en casos de enfermedad o accidente a nieto menor de edad, o independientemente de la edad, con minusvalidez o enfermedad crónica, substituyendo así los progenitores.

Las faltas no determinan la pérdida de cualesquier derechos, siendo consideradas, excepto cuanto a la retribución, como prestación efectiva de servicio (art. 255 CT)

³⁸⁹ El trabajador que pretende faltar por este motivo no puede estar totalmente impedido o inhibido de ejercer el poder paternal [art. 100 g) RCT].

III LA CESACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El art. 3.1, c), Directiva 76/207/CE³⁹⁰, al afirmar la aplicación del principio de la igualdad de trato a las condiciones de empleo y de trabajo, explicita que esta incluye las condiciones de despido. El propio TJCE, en el asunto Burton³⁹¹, de 16 de febrero de 1982, ha tratado de interpretar el concepto de despido, al considerar que este engloba distintas formas de cesación de esta relación jurídica, incluso la cesación por mutuo acuerdo.

También en este dominio se puede afirmar que el despido relacionado con el estado de embarazo, puerperio o lactante constituye una discriminación directa en función de sexo, en la medida en que respecta solamente a las mujeres, siendo antagónica a la referida Directiva comunitaria³⁹².

En este sentido, importa referir también el asunto Weeb³⁹³, donde el TJCE ha considerado como contraria a la referida Directiva el despido de una trabajadora que ha sido contratada por tiempo indeterminado con el objetivo de substituir otra trabajadora durante la licencia de maternidad y que no pudo asegurar esta substitución por haber ella propia quedado embarazada poco tiempo después de su contratación. De este modo, se rechaza el razonamiento de que la desigualdad de trato no se basa en el hecho de que la trabajadora esté embarazada, sino en su incapacidad de cumplir, durante determinado periodo, la prestación para la cual ha sido contratada (asegurar la substitución de la trabajadora en licencia de maternidad), situación comparable a la de un trabajador masculino incapacitado por razones medicas de trabajar durante el mismo periodo de tiempo. De este modo se niega la

³⁹⁰ Después de la alteración realizada por la Directiva 2002/73/CE.

³⁹¹ STJCE de 16 de febrero de 1982, Burton, asunto 19/81.

³⁹² BALLESTER PASTOR, M. A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 50.

³⁹³ STJCE De 14 de julio de 1994, Weeb, asunto C-32/93.

posibilidad de equiparar el embarazo a un estado patológico³⁹⁴. Por otro lado, la determinación de la importancia de la presencia de la trabajadora para el buen funcionamiento de la empresa no puede ser tenida en cuenta, ya que hay el riesgo de retirar la protección garantizada por el derecho comunitario a la mujer durante el periodo de embarazo. No se podrá negar que la disponibilidad de una trabajadora en el lugar y tiempo de trabajo acordados es una precondition fundamental para la realización efectiva del objeto contractual, siendo seguro que el gozo del permiso de maternidad le impide prestar su actividad durante ese mismo periodo, aunque el empleador pudiese despedir a las trabajadoras con base en los problemas específicos que ocurrirían derivado de esa futura ausencia, la protección de las mujeres embarazadas sería en teoría eliminada.

Los partidarios de que el despido sería legítimo podrían intentar justificar este argumento con base en el hecho de haber sido contratada por tiempo indeterminado, como subrayado por el Abogado-general Tesouro en las conclusiones de esta sentencia, pudiendo pensarse que en los casos de los contratos a tiempo determinado la solución sería otra, ya que en este último caso la ausencia de la trabajadora, originada en el gozo del permiso de maternidad, asumiría una importancia vital por dificultar el cumplimiento de las obligaciones

³⁹⁴ En el asunto Hertz, el TJCE ha considerado que no era discriminatorio en razón de sexo el despido de una trabajadora motivado por faltas continuadas debidas a una enfermedad con origen en un embarazo o en un parto, ya que el Tribunal ha razonado que estas ausencias se han verificado después de un periodo de licencia de maternidad e implicarían también, en las mismas condiciones, el despido de un trabajador del sexo masculino. Una vez que el problema aquí no se ha centrado en el embarazo per se, se ha aceptado la comparación con trabajadores de sexo masculino para averiguar la existencia de comportamientos discriminatorios. Tratándose de una discriminación indirecta, podrían también invocarse justificaciones legítimas. Se limitan de este modo el periodo temporal de protección de la trabajadora a la duración de la licencia de la maternidad, pasando a partir de ahí a motivarse las ausencias en la enfermedad genéricamente entendida, puesto que en la opinión del Tribunal la enfermedad prolongada, mismo que con origen en el embarazo o en el parto no está prevista en la Directiva. Este diploma limitase a proteger la mujer en los despidos motivados por la maternidad durante el periodo de licencia fijado por el Estado-miembro. Después de este periodo y de acuerdo con lo referido por el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, en el asunto C 394/96, nos quedamos delante «estados patológicos que no relevan de los riesgos comunes del embarazo y que deben, de este modo, recibir el mismo trato que las situaciones de enfermedad de “derecho común”».

contractuales. Incluso, y de acuerdo con la opinión de alguna doctrina razonarse que en caso de tiempo determinado el despido de la Sr^a Weeb no sería discriminatorio, conlleva a una conclusión paradójica, tal como que se puede despedir a la trabajadora por precisamente estar embarazada, tanto más que de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE sería difícil distinguir las situaciones de contratos de trabajo celebrados por tiempo indeterminado de aquellos concluidos a término³⁹⁵. En conclusión, en ambos casos importa subrayar que la inexigibilidad de prestar trabajo está relacionado con el embarazo, por más relevante que esa prestación pueda ser teniendo en consideración la configuración contractual concreta, siendo seguro que la Directiva comunitaria no tiene en consideración la duración del vínculo contractual³⁹⁶ y tampoco es legítimo depender la protección a la mujer embarazada durante y después del parto concedida por el derecho comunitario de la cuestión de saberse si su presencia, durante el periodo correspondiente a la licencia de maternidad, es indispensable al funcionamiento a la empresa, bajo el riesgo de crearse un precedente peligroso y de retirarse el efecto útil a las normas de la Directiva 76/207/CEE, tanto más que tal previsión iría seguramente contribuir para un mayor recurso a la contratación a término por permitir un nivel de protección de las trabajadoras más reducido. En este ámbito importa recordar el art. 4.1 Directiva 1999/70/CE³⁹⁷, que establece que los trabajadores bajo el contrato a término no podrán ser destinatarios de un trato menos favorable en materia de condiciones de empleo, donde se incluyen el despido, do que los trabajadores permanentes en una situación comparable, por el simple hecho de los primeros tener un contrato a termo, excepto cuando razones objetivas justificaren un trato diferente, excepción esta que no engloba el embarazo.

En el ordenamiento jurídico portugués, el empleador no podría

³⁹⁵ BOCH, CHRISTINE, *Case Law...cit.*, pp. 561 y ss..

³⁹⁶ Cf. Conclusiones del abogado general RUIZ-JARABO COLOMER en el asunto C 109/00.

³⁹⁷ Sobre las implicaciones de esta Directiva en el derecho portugués, *Vid.* GOMES, JÚLIO, «O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope...», *cit.*, pp. 35 y ss..

recurrir al despido por hecho imputable al trabajador (art. 351 CT), por no existir justa causa³⁹⁸.

El art. 24 Directiva 206/54/CE, ha impuesto a los Estados-miembros la obligación de tomar las medidas necesarias contra los despidos que constituyan reacciones a quejas de los trabajadores, nombradamente el recurso a acciones judiciales destinadas a hacer respetar el principio de la igualdad de trato. En este sentido el CT ha previsto como abusiva la sanción disciplinar motivada por el hecho del trabajador haber ejercido, o pretender ejercer los derechos y garantías que le asisten (art. 331)³⁹⁹, presumiendo como abusivo de la sanción que ocurre dentro del plazo de un año a contar de la fecha de la reclamación o otra forma de ejercicio de derechos relativos a igualdad y no discriminación [art. 331.2, b)]⁴⁰⁰.

III.1. PARECER PREVIO AL DESPIDO.

La protección concedida a las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes está prevista en el art. 10 Directiva 92/85/CEE, con el objetivo de reducir los riesgos que un eventual despido implica para las referidas trabajadoras, nombradamente su situación física y psíquica, incluso el peligro de promover la trabajadora embarazada a interrumpir voluntariamente el embarazo⁴⁰¹. En el ordenamiento jurídico portugués la protección en el despido⁴⁰² consta actualmente en

³⁹⁸ El art. 6 de la Convención n. 103 de la OIT, ratificada por Portugal impone una total inflexibilidad en materia de despido de trabajadoras embarazada, puérperas o lactantes, al prescribir, sin excepciones, la ilegalidad del despido colectivo ocurrido durante los periodos de ausencia relacionados con la maternidad, incluso las hipótesis en que el pre aviso termina durante la referida ausencia. La Convención n. 183, que la modifica, por contrario, ya admite el despido por motivos no relacionados con el embarazo, la maternidad o el amamantamiento (art. 8.1).

³⁹⁹ Este precepto corresponde, con adaptaciones, al art 32 de la LCT.

⁴⁰⁰ El art. 375 del CT ha previsto la obligación de indemnizar el trabajador en el caso de aplicación de sanción disciplinar abusiva.

⁴⁰¹ *Vid.* SSTJCE de 4 de octubre de 2001, Handels, asunto C-109/00; de 30 de junio de 1998, Brown, asunto C-394/96; 14 de julio de 1994, asunto C-32/93.

⁴⁰² Solamente el despido, en cualquier de sus formas admisibles, es lo que esta englobado por la previsión de este normativo, con exclusión de los casos de caducidad

el art. 63 CT, siendo aplicable a las referidas trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes, así como al trabajador en el gozo de la licencia parental. Importa todavía señalar que ha sido con la entrada en vigor del primero CT y del la respectiva RCT que el padre pasó a quedarse protegido por este régimen durante el periodo de la licencia de paternidad (art. 98.4 RCT).

Importa también referir que la presunción de que el despido por hecho imputable al trabajador que se encuentre en una de las referidas situaciones se presume hecho sin justa causa.

Una de las exigencias del referido artículo es que el despido de tales trabajadoras carece del parecer previo de la CITE. El régimen anterior previsto en la antigua LPMP hacía referencia a la «cesación del contrato de trabajo» y no solamente al despido. Se han eliminado de este modo algunas dudas traídas por la doctrina, nombradamente al respecto del alcance de esta norma, más concretamente cuando se estuviese ante una denuncia del contrato por el empleador durante el periodo experimental⁴⁰³. Este cambio legislativo ha sido destinatario de algunas críticas, al considerar que hubo una regresión relativamente al régimen instituido por el Régimen Jurídico del contrato individual de trabajo, aprobado por el Decreto-Ley 48408, de 24 de noviembre de 1969⁴⁰⁴.

En lo que respecta a las modalidades de despido promovido por el empleador que carecen del referido parecer, se incluyen el despido por hecho imputable al trabajador (art. 351), el despido colectivo (art. 359), el despido por extinción del puesto de trabajo (art. 367) y el

del contrato de trabajo, con o sin término, quier de la denuncia del contrato en periodo experimental.

⁴⁰³ Cfr. CARVALHO, CATARINA, «Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral...», cit., pp. 145 y 146 y FURTADO MARTINS, P., *Cessação do contrato de trabalho*, 2ª ed., Principia, 2002, pp. 203 y 204.

⁴⁰⁴ Véase al respecto: GOMES, JÚLIO, «Do Uso e Abuso do Período Experimental», *RDES*, año XLI, 2000, p. 263.

despido por inadaptación (art. 373). El CT define el momento en que el parecer debe ser solicitado (art. 63.3). No obstante la exigencia del parecer estar previsto para los despidos colectivos, no me parece hacer mucho sentido relativamente en las hipótesis en que el despido engloba todos los trabajadores.

Siempre que la CITE no se pronuncie dentro del plazo exigido, se considera satisfecha la referida exigencia de pronunciación en sentido favorable al despido (art. 63.4 CT)⁴⁰⁵. En los casos en que la CITE emita un parecer desfavorable, el despido solamente podrá ocurrir a través de una acción judicial que reconozca la existencia del motivo justificativo (art. 63.6 CT).

En los casos que el despido resulte ilícito el empleador no se puede oponer a la reintegración del trabajador (art. 63.8) y el trabajador tiene derecho, en alternativa, a indemnización calculada en los términos del art. 392.3 CT⁴⁰⁶.

Importa todavía cuestionar lo que sucede en la hipótesis del parecer ser notificado a los contrayentes dentro del plazo, todavía con un contenido desfavorable al despido: ¿el empleador puede intentar una acción judicial con vista al reconocimiento de la existencia de motivo justificativo cuando la trabajadora ya ha sido despedida? En mi opinión no parece hacer mucho sentido.

⁴⁰⁵ En el despido por hecho imputable al trabajador, después de las diligencias probatorias referidas en el art. 414.3 CT; en el despido colectivo, después de la fase de las consultas regulada en el art. 420 CT. en el despido por extensión del puesto de trabajo, después de las consultas referidas en los n. 1 y 2 del art. 424 CT; en el despido por inadaptación, después de las consultas reguladas en el art. 427 CT.

⁴⁰⁶ LEAL AMADO, J., «Despedimento ilícito e oposição patronal à reintegração: um caso de resolução judicial do contrato de trabalho?», *Temas Laborais*, 2005, pp. 133-138 y ROMANO MARTINEZ, P., «Do direito do empregador se opor à reintegração de um trabalhador ilicitamente despedido», *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga*, 2007, pp 267 a 289.

III.2. CADUCIDAD DEL CONTRATO A TÉRMINO.

Cuando el empleador pretenda invocar la caducidad del contrato de trabajo a término de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante, el art. 144.3 CT, impone la obligación de comunicar a la CITE el motivo de su no renovación, en el plazo máximo de 5 días útiles. Esta innovación ha sido introducida en la primera versión del CT (art. 133.3), visando permitir una mejoría en la protección de estas trabajadoras, al crearse un mecanismo de control de los motivos de no renovación de contratos a término, situación que condenablemente no era regulada en la anterior legislación ya que la cesación de este tipo de contratos opera por caducidad y aquellas solamente previa protección para la cesación de los contratos de trabajo que ocurriesen por despido⁴⁰⁷.

El TJCE se ha pronunciado sobre esta cuestión, habiendo concluido que la prohibición de despido prevista en el art. 10 Directiva 92/87/CEE se aplica tanto a los contratos de trabajo con duración indeterminada como a los celebrados con duración determinada⁴⁰⁸. Tanto más porque la duración de esta relación laboral puede ser más o menos larga, puesto que el contrato puede ser objeto de renovaciones. Todavía, el Tribunal ha considerado que la no renovación de tal contrato, cuando este ha llegado a su término normal, no podrá ser equiparado, *per se*, a un despido prohibido por la referida norma comunitaria. Todavía, en la medida, en que la no renovación sea motivada por el estado de embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa en función de sexo, contraria a la Directiva 76/207/CEE. De acuerdo con el razonamiento del TJCE, «la no renovación del contrato significaría una recusa de contratar una mujer embarazada», lo que violaría la última Directiva referida y consecuentemente las normas de derecho portugués que la transpusieron, nombradamente los arts. 24, 30 y 31 CT.

⁴⁰⁷ Véase al respecto el Parecer n° 5/CITE/2005.

⁴⁰⁸ Cfr. STJCE de 4 Octubre de 2001, Melgar, asunto C-438/99.

En el mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español⁴⁰⁹, al considerar que existe discriminación cuando el empleador deja de renovar el contrato en virtud de haber obtenido conocimiento del embarazo de la trabajadora. En la materia de hecho probada constaba que el empleador ha renovado el contrato de otras cinco trabajadoras, para las mismas funciones, e hizo caducar solamente lo de una, informando verbalmente su esposo de la misma de que la causa de la no renovación estaba relacionada con su embarazo. En consecuencia, el referido órgano judicial ha considerado como nula la decisión del empleador de no renovar el contrato a término, entendiendo que el mismo había sido renovado, tal como sucediera con las restantes trabajadoras. De este modo, los efectos de la decisión del empleador eran equiparables a un despido ilícito.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico portugués, se ha previsto que las dificultades probatorias pueden ser atenuadas ya que «cumple a quien alega discriminación indicar el trabajador o trabajadores en relación a los cuales se considera discriminado, incumbiendo al empleador probar que la diferencia de trato no asienta en cualquier factor de discriminación» (art. 25.5 CT). Otros comportamientos podrán ser indicadores, como el comportamiento habitual del empleador en materia de contratación o cesación de contratos de mujeres embarazadas, puérperas o lactantes o la contratación de otro trabajador prácticamente en simultáneo con la invocación de la caducidad del contrato⁴¹⁰.

Otra situación que puede traer dudas está relacionada con la hipótesis de la trabajadora contratada a término incierto para sustituir a quien goza la licencia de maternidad [140.3 CT]. El contrato dura por

⁴⁰⁹ Cfr. ARCE GÓMEZ, J. C., *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 85 y 86 y BALLESTER PASTOR, M. A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 22, nota 27.

⁴¹⁰ Cfr. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad...*, cit., pp. 198 y ss.

el tiempo necesario a la sustitución del trabajador ausente (artículo 140.1 CT). Incluso, si pasado alguno tiempo, aquella trabajadora se queda también embarazada, importa determinar cómo se podrá resolver este caso. Siendo seguro que la única diferencia relativamente al caso referido anteriormente está relacionada con el hecho de haber celebrado la trabajadora un contrato de duración limitada.

En principio, para que el contrato caduque es necesario que la trabajadora reemplazada vuelva, ¿todavía podrá el empleador invocar la cláusula general del art. 343, b) CT que consagra que «por imposibilidad superveniente, absoluta y definitiva, del trabajador prestar su trabajo (...)» el contrato de trabajo caduca en los términos generales? En mi opinión no se podrá calificar esta imposibilidad como definitiva, una vez que podrá ocurrir que ocurra una interrupción involuntaria del embarazo o que la trabajadora se limite a gozar el periodo obligatorio del permiso. En regla, el empleador tendrá de celebrar de este modo otro contrato a término para substituir la substituta⁴¹¹.

III.3. EL PERIODO DE PRUEBA.

En los términos del art. 114 CT, en la denuncia del periodo experimental no existe la obligación de ocurrir justa causa, incluso, no puede ser fundada en motivos discriminatorios, nombradamente en razón de sexo, como sería el caso de denuncia de contrato por razón del embarazo de la trabajadora, ya que a ocurrir, sería contra el art. 13 CRP y en el consagrado en los arts. 24, 30 y 31 CT.

No obstante el referido, ello no significa que el empleador nunca pueda denunciar durante el periodo experimental el contrato de una trabajadora embarazada. La diferencia es que aquí hay la necesidad de

⁴¹¹ Sobre la caducidad del contrato de trabajo vid., PALMA RAMALHO, M. R., *Direito do Trabalho*, II, 2ª Ed., Almedina, 2008, pp. 789-811 y NASCIMENTO, RICARDO, *Da Cessação do Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 93-109.

que esa denuncia esté fundada en motivos ajenos al embarazo, como por ejemplo, la insuficiencia profesional para el desempeño de sus funciones. No se deberá olvidar que inclusive no tratándose de un despido, el régimen de denuncia está bajo las condiciones de trabajo previstas en el art. 24 CT, de acuerdo con la interpretación del TJCE conforme referido anteriormente. En este sentido no solamente es incomprensible que el CT no hiciese una referencia expresa a esta exigencia como no se comprende no haber previsto la obligatoriedad de la entidad patronal comunicar a la CITE el motivo de la no renovación del contrato de trabajo (art. 144.3 CT), y lo mismo no ocurra en los casos de denuncia durante el periodo experimental.

La inexistencia de la fundamentación hace muy difícil la prueba del carácter abusivo de la denuncia, como lo ha afirmado Pedro Furtado Martins⁴¹² al referir que «no teniendo la entidad empleadora que fundamentar el acto de denuncia, no será fácil enseñar las verdaderas razones que lo justifican. Todavía, el artículo 25.5 CT, ya analizado *supra*, consagra un régimen especial en materia de carga de la prueba, haciendo recaer sobre la trabajadora solamente la carga de alegar discriminación, fundamentándola, compitiendo a la entidad empleadora la prueba de que del contrato no ha sido basada en cualquier comportamiento discriminatorio relacionado con el embarazo de la trabajadora. El referido artículo deberá ser articulado con el n. 6 del mismo artículo, que esclarece, y en algunas situaciones alarga este régimen de la carga de la prueba, a la invocación de prácticas discriminatorias motivadas, señaladamente, por el ejercicio de derechos inherentes al estatuto de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante.

Importa además referir que la inversión de la carga no significa que el empleador deba probar que no ha realizado cualquier práctica

⁴¹² Véase al respecto: FURTADO MARTINS, PEDRO, *Cessação do contrato de trabalho...cit.*, p.203, nota 8.

discriminatoria, o sea el empleador no tiene que destruir la presunción, sino de demostrar la existencia de una causa lícita justificativa de la denuncia. Esta necesidad de justificación, aplicable a la denuncia del contrato en el periodo experimental, ocurre en un segundo momento ya que el art. 114.1 CT que regula este régimen no lo impone para la generalidad de las situaciones⁴¹³. Importa también referir que esta necesidad de motivación surge, no en el momento de la denuncia propiamente dicha, sin en un momento eventualmente subsecuente a la impugnación judicial de la misma por parte de la trabajadora por la considerar discriminatoria, no compitiendo al tribunal evaluar las calidades de la trabajadora para el desempeño de aquella funcione, sino tan solamente asegura que la ruptura contractual no oculta un motivo discriminatorio.

En lo que respecta a los efectos de la ilicitud de la denuncia en el periodo experimental, hay dos corrientes doctrinales distintas. Una de ellas defiende que la misma no debe ser equiparada a un despido ilícito, con todas las consecuencias de ahí decurrentes, no obstante admita la aplicación del instituto de la responsabilidad civil, como Furtado Martins⁴¹⁴ defiende⁴¹⁵.

Otros autores defienden esta equiparación, considerando que ocurriendo una denuncia abusiva del contrato de trabajo, nombradamente por motivos discriminatorios, todo se pasa como si el empleador no tuviera el derecho de lo denunciar o como se no existiese el referido periodo experimental, ya que la libertad otorgada al empleador de poder denunciar el contrato no significa que lo pueda

⁴¹³ Con el mismo entendimiento, basado en normas semejantes del ordenamiento jurídico español, BALLESTER PASTOR, M. A., *El Periodo de prueba...*, cit., pp. 50 y ss. La misma autora, en su estudio *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral...*, cit., p. 22. nota 27 y p. 52, nota 84, hace referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional en sentido semejante.

⁴¹⁴ FURTADO MARTINS, *Cessação do contrato de trabalho...*, cit., p. 202.

⁴¹⁵ La Sentencia del Tribunal de la Relación de Lisboa de 8 de noviembre de 2000, no obstante concordar con el autor, ha terminado por contradecirse al afirmar que la rescisión del contrato en el periodo experimental no puede consubstanciar un despido ilícito a no ser que tal rescisión integre una situación de abuso de derecho.

hacer fuera de los límites de la finalidad del periodo de prueba, dejándose de producir los efectos jurídicos previstos⁴¹⁶. Se podrá equiparar esta situación a los casos en que por error la entidad patronal cesa unilateralmente el contrato de trabajo después del periodo experimental correspondiendo esta denuncia a una declaración de despido ilícita por inexistencia de justa causa y de procedimiento disciplinar⁴¹⁷. Como defiende Ballester Pastor⁴¹⁸, la extinción del contrato de trabajo durante el periodo experimental puede proporcionar otras calificaciones diferentes de la denuncia, en función de las circunstancias del caso concreto.

III.4. SUSPENSIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO.

La providencia cautelar de suspensión judicial del despido es objeto de un trato más favorable a la trabajadora embarazada, puérpera o lactante o del trabajador en el gozo del licencia parental (art. 6.7 CT), en la medida en que la misma solamente no será procedente en la hipótesis de verificarse que el parecer de la CITE es favorable al despido y que el tribunal considere una seria probabilidad de verificación del motivo justificativo (art. 39.1 Código Procesal del Trabajo).

III.5. PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DE JUSTA CAUSA.

En relación con el despido de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante, el artículo 63.2 CT consagra una presunción eludible de inexistencia de justa causa. Esta solución no se comprende,

⁴¹⁶ Cfr. COUTINHO DE ABREU, JORGE, *Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 666 y ss.

⁴¹⁷ En la Sentencia del Tribunal de la Relación del Porto, de 1 de enero de 1999, se ha razonado que el incumplimiento del plazo previsto en el art. 114.2 del CT para la denuncia del contrato de trabajo por el empleador, durante el periodo experimental, cuando este haya durado más de sesenta días, implica para el empleador la obligación de pagar al trabajador un montante igual a la retribución correspondiente al periodo de antecedencia en falta.

⁴¹⁸ BALLESTER PASTOR, M. A., *El Periodo de prueba...*, cit., pp. 63 y ss.

ya que la carga de la prueba de la justa causa compete siempre, en términos generales, al empleador. La referida presunción no presenta también cualquier ventaja al nivel de la providencia cautelar de suspensión judicial del despido, regulada en el Código Procesal del Trabajo, una vez que la misma tiene ya un trato especial como referido *supra*⁴¹⁹.

III.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ILICITUD DEL DESPIDO.

De acuerdo con el artículo 63.8 CT, siempre que el despido de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante, durante el gozo de la licencia parental inicial, o en cualquiera de sus modalidades, fuera declarado ilícito al verificarse una de las situaciones previstas en el art. 381 o en virtud de la invalidez del respectivo procedimiento en los términos del art. 382 y ss., podrá optar por la reintegración, sin que el empleador se pueda oponer, a través de la facultad prevista en el CT, es decir que el derecho a la reintegración no sufre cualquier reserva, aunque se trate de un microempresa o de una trabajadora con cargo de administración o dirección (art. 392.1 CT)⁴²⁰. La trabajadora puede todavía optar por recibir la indemnización por la antigüedad (art. 391 CT)⁴²¹, además de una indemnización por daños no patrimoniales [art. 389.1, a) CT].

⁴¹⁹ Véase al respecto: AZEVEDO, CARLOS A. C., «A Igualdade de Oportunidades», *Revista do Ministério Público*, nº 75, pp. 89 y ss..

⁴²⁰ Sobre los problemas de constitucionalidad suscitadas por el art. 391 CT vid AMADO, JOÃO LEAL, «Despedimento ilícito e oposição patronal à reintegração: um caso de resolução judicial do contrato de trabalho?», *Temas Laborais*, 2005, pp. 133 a 138; SILVA, LUIS GONÇALVES DA, «O Código do Trabalho face à Constituição», *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol I, pp. 9-105.

⁴²¹ La ley anterior atribuía a la trabajadora la indemnización por antigüedad elevada al doble de la prevista en la ley general, es decir, dos meses de retribución base por cada año de antigüedad o fracción. El régimen actual en vigor abre la posibilidad del tribunal poder fijar el montante de la indemnización entre 15 y 45 días de retribución base y diuturnidades por cada año completo de antigüedad o fracción.

CAPITULO IV LA IGUALDAD EN LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. DEL SISTEMA UNIVERSALISTA Y SIN GÉNERO.

El corolario del Estado social de Derecho, entendido como una tarea y una competencia del Estado⁴²², es conectado muchas veces directamente con el derecho del trabajo siendo además actualmente reconocido por la generalidad de las constituciones europeas y por el derecho internacional. En este dominio es merecedor de particular atención en variados instrumentos, nombradamente el art. 22º DUDH, el art. 9º PIDESC, la Convención n. 102 OIT, el art. 12º Carta Social Europea, los arts. 117º a 122º Tratado de Roma, el Código Europeo de la Seguridad Social⁴²³ y en el número 10, del Título I, de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

En Portugal el derecho a la seguridad social es proclamado en el art. 63º CRP dentro del Capítulo II (Derechos y deberes sociales). No obstante las diversas revisiones constitucionales, la formulación del derecho se ha mantenido substancialmente idéntica al largo de los tiempos, si cambios en los principios fundamentales que plasman el derecho a la seguridad social.

En la lectura del art. 63.1 CRP es plasmada la adopción del derecho portugués por la concepción universalista⁴²⁴, es decir, que el

⁴²² CORREIA, SÉRVULO, «Teoria da relação jurídica de Seguro Social», *Revista Estudos Sociais e Corporativos*, Año VII, nº 27, julio/septiembre, Junta da Acção Social, Lisboa, 1968.

⁴²³ O Código Europeu de Segurança Social aprobado el 16 de abril de 1964.

⁴²⁴ La concepción universalista del derecho a la seguridad social, en términos históricos, está expresa en el «*Plano Beveridge*», elaborado durante la 2º Guerra (1942). En este Plan se responsabilizaba al Estado la tarea de liderar y financiar un sistema de seguridad social, que visaba la protección contra los riesgos sociales en situaciones de carencia, garantizando prestaciones mínimas y tendencialmente uniformes a todos los individuos, independientemente de su situación profesional, admitiéndose, todavía, el recurso a regímenes complementares de protección. Esta formulación marcó el aislamiento de la seguridad social con base exclusiva e los seguros sociales la confirmación de las perspectivas asistencialista y universalista. De este modo, para la concepción universalista, el derecho a la seguridad social es un derecho de todos, englobando ciudadanos y residentes (extranjeros y apátridas) de un dado país. A todos debe ser concedido el derecho a un mínimo vital o social, independientemente de su situación económico-profesional, en función de la ocurrencia de determinados eventos enunciados en la legislación nacional y considerados como susceptibles a comprometer la obtención de esos mínimos El

derecho a la seguridad social es concebido como un derecho de todos, compitiendo al Estado organizar, subsidiar y coordinar su esfera de derechos, que protegerán en función de la ocurrencia de determinados eventos, como la enfermedad, vejez, invalidez, viudez, desempleo y demás situaciones de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo. Sin embargo, existen otros preceptos constitucionales que expresan la adopción de una concepción laboralista a la seguridad social, visando este derecho a la manutención de los rendimientos del trabajo anteriormente recibidos, en los casos en que se verifiquen eventos que reduzcan o eliminen la capacidad de trabajo⁴²⁵.

No obstante esta importante función por parte del derecho a la seguridad social, pienso que en los días de hoy se deberá ir más allá, pudiendo desempeñar una importante función en lo que respecta a la igualdad, y más concretamente, a la igualdad entre hombres y mujeres en la esfera laboral, a través de medidas concretas que permitan al sexo infrarepresentado recuperar y compensar el camino perdido al largo de los tiempos. Importa, así, en los próximos capítulos, analizar algunos aspectos del derecho de la seguridad relacionados con la esfera laboral, procurando sugerir algunas medidas que podrán contribuir para aquel intento.

I. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO COMUNITARIO.

Importa empezar este tema con la relación que se inicia entre la igualdad en el empleo y en la seguridad social. De este modo será fundamental señalar que es en el ámbito de la seguridad social que surge la excepción más importante de la Directiva 76/207⁴²⁶, donde se

financiamiento del sistema es mayoritariamente público, pudiendo admitir-se la existencia de obligaciones contributivas por parte de los trabajadores y respectivas entidades patronales, todavía, de valor fijo e reducido.

⁴²⁵ Así, el art. 59 e) CRP, garante a los trabajadores el derecho a la asistencia material, cuando involuntariamente se encuentren en situación de desempleo. Los arts. 56.2 b) y 63. 2 CRP, conceden el derecho de participación de las asociaciones sindicales y de otras organizaciones representativas de los trabajadores en la gestión de las instituciones de seguridad social.⁴²⁵ El art. 63.3 CRP indica, entre las situaciones a proteger por el sistema de seguridad social, las de falta o disminución de capacidad para el trabajo.

⁴²⁶ ORDOÑEZ SOLIS, D., *La igualdad entre hombres y...*, cit., p. 186.

prevé un principio de aplicación progresiva de la igualdad e trato en materia de seguridad social y se aplaza su plena aplicabilidad a la adopción de normas de derecho derivados en momento posterior.

Sobre la referida aplicación progresiva del principio de la igualdad, el TJCE, en las sentencias Roberts, Marshall I y Beets-Proper, confirió a la noción de «condiciones de trabajo» un sentido amplio, mientras que la excepción al principio al principio de la igualdad entre hombres y mujeres en relación con el ámbito de la seguridad social prevista en la referida Directiva se optó por interpretarse en un sentido estricto.

En las referidas sentencias⁴²⁷, el TJCE ha razonado que la excepción del ámbito de la aplicación de la Directiva 76/207 prevista en el art. 1, apartado 2, la misma debía interpretarse de manera restrictiva. Así, la excepción a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en el art. 7, apartado 1, aliena a), Directiva 79/7, sólo es aplicable a las consecuencias derivadas de la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y jubilación y para otras prestaciones de la seguridad social.

Entre los finales de los años 70 y principios de los 80 se aprobaron varias directivas comunitarias con carácter general que perseguían la implantación progresiva del principio de igualdad de trato con el intuito de armonizar los sistemas de seguridad social en lo que respecta a la igualdad entre hombres y mujeres. Los Estados miembros se quedarán por vía las mismas obligados a adaptar su legislación interna de acuerdo con aquellas⁴²⁸.

⁴²⁷ SSTJCE de 26 de febrero de 1986, Roberts, *cit.* ap. 38, Marshall I, *cit.* ap. 36 y Beets-Proper, *cit.* ap. 38

⁴²⁸ LÓPEZ GANDÍA, J., «La Directiva comunitaria 79/9/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho Español», *Noticias/CEE*, 1988, n° 44, p. 155 y TEJERINA ALONSO, J. I., «La Directiva comunitaria 79/9/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Su incidencia en la legislación española», *Noticias/CEE*, 1988, n° 46, p. 76.

En el análisis de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social importa distinguir los sistemas legales de los sistemas profesionales de seguridad social.

Los regímenes legales de seguridad social han sido regulados por la Directiva 79/7/CEE⁴²⁹ mientras los profesionales por el antiguo art. 119 TCEE y la Directiva 86/378/CEE, alterada por la Directiva 96/97/CE y revocada posteriormente por Directiva 2006/54/CE.

A la hora de calificar un régimen de pensiones como legal o profesional a efectos de aplicación del Derecho comunitario, sólo el criterio consistente en determinar que la pensión se abona al trabajador por razón de la relación de trabajo entre el interesado y su antiguo empresario conforme el criterio del empleo, extraído del propio contexto del art. 119 TCEE puede revestir carácter decisivo.

No obstante los criterios de política social de cada Estado miembro resulta claro que no pueden prevalecer sobre un triple criterio fijado por la jurisprudencia del TJCE. Es decir, que la pensión sólo afecte a una categoría de trabajadores, que esté en función de los años de servicio cumplidos y que la pensión abonada por el empleador público sea perfectamente comparable a la que abonaría un empresario privado a sus trabajadores⁴³⁰.

Siempre que la pensión de jubilación en particular no pueda considerarse como inmersa en un régimen legal de seguridad social y le será de aplicación el principio de igualdad retributiva previsto en el art. 119.1 TCE, ya que se entiende que en estos supuestos el plan de pensiones es parte de la retribución que corresponde a determinados funcionarios actuando los poderes públicos aquí como un verdadero empresario respecto de un colectivo concreto y no de la categoría general.

⁴²⁹ Véase al respecto el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, de 16 de diciembre de 1988, COM (88) 769, p. 119, donde se destaca las ambigüedades que presentaba la noción de seguridad y las incertidumbres que planteaba su interpretación.

⁴³⁰ Véase al respecto la STJCE de 28 de septiembre de 1994, Beune, *cit.* entre otras.

La delimitación del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la Directiva 79/7 ha dado lugar a variada jurisprudencia comunitaria⁴³¹. Sobre el ámbito de esta Directiva importa determinarse lo que se entiende por prestaciones legales de seguridad social. Hasta la entrada en vigor de la Directiva sobre regímenes legales de seguridad social, estos quedaban exentos de cualquier control de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, ya que ni el antiguo art. 119 TCE ni las Directivas sobre igualdad retributiva y sobre igualdad de trato resultaban aplicables.

El TJCE a través de su jurisprudencia⁴³² y a la hora de interpretar el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, ha exigido, para entender aplicable las disposiciones de la Directiva, que las prestaciones concretas estuviesen directa y efectivamente vinculadas con la protección contra cualquiera de los riesgos enumerados en el apartado 1 de su artículo 3: los regímenes legales que aseguren una protección contra la enfermedad, la invalidez, la vejez, el accidente laboral y la enfermedad profesional y el desempleo y las disposiciones relativas a ayuda social en la medida que estuviesen destinadas a completar los regímenes legales o a suplirlos.

La jurisprudencia comunitaria una vez ha sido importante para determinar que tipo de regímenes se consideraban incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7. Por ejemplo, en la sentencia *Drake*⁴³³, el TJCE consideró que una prestación que un Estado miembro paga a una persona que se encarga de cuidar a una persona inválida entra dentro del régimen legal de protección contra el riesgo de invalidez; en el caso *McDermott y Cotter*⁴³⁴, relacionado con una norma irlandesa que previa un subsidio de desempleo para las mujeres casadas reducido en su importe y duración respecto del que disfrutaban los hombres casados e solteros se consideró contraria al principio de la

⁴³¹ Véase al respecto LÓPEZ GANDÍA, J., «La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social», *Noticias CEE*, n°s 43-44, pp. 155 y ss.

⁴³² SSTJCE de 4 de febrero de 1992, *Smithson*, asunto 143/90; de 16 de julio de 1992, *Jackson y Cresswell*, asuntos acumulados 63/91 y 64/91; de 7 de julio de 1994, *Bramhill*, C-420/92; de 19 de octubre de 1995, *Richardson*, asunto 137/94, entre otros.

⁴³³ STJCE de 24 de junio de 1986, *Drake*, asunto 150/85.

⁴³⁴ STJCE de 13 de marzo de 1991, *Cotter*, y *McDermott*, asunto C-377/89.

igualdad; ya cuanto a los regímenes sobre exención del pago de participación en gastos farmacéuticos y otras prestaciones, el Tribunal comunitario consideró en el caso Richardson⁴³⁵ que se quedarían incluidos en el ámbito material de aplicación de la Directiva 79/7.

No obstante este contribuyo por parte del TJCE, ha sido manifiesta falta de coherencia en algunas de sus sentencias, nombradamente en el asunto Atkins⁴³⁶, donde excluyó del ámbito objetivo de aplicación de la igualdad en materia de Seguridad Social determinadas prestaciones de «ayuda social», razonando que no respondían al objetivo de protección contra uno de los riesgos enumerados en el art. 3 de la Directiva, considerando que las ayudas allí referidas únicamente se destinarían a completar o suplir la protección ofrecida por los regímenes públicos de la Seguridad Social. De este modo, el Tribunal comunitario puso límites al ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, al excluir del campo de la Seguridad Social un régimen en virtud del cual se conceden reducciones sobre los transportes públicos a determinadas categorías de personas y, en particular, a ciertas personas de edad avanzada.

Se puede afirmar como regla general que para una prestación se quedar incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 debe estar directa y efectivamente vinculada con la protección frente a cualquiera de los riesgos o situaciones de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo. Así, se han considerado excluidos del ámbito de aplicación de esta Directiva una reserva a favor de los hombres de la concesión de aumentos de las prestaciones de vejez de larga duración por cónyuge a cargo⁴³⁷; una legislación sobre concesión de ventajas en materia de seguro de vejez a las personas que se hayan ocupado de sus hijos, o por la que se establecen derechos a prestaciones como consecuencia de periodos de interrupción de la actividad debidos a la educación de los hijos⁴³⁸.

Además se consideró fuera del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva por fuerza del apartado 2 del art. 3, las disposiciones relativas

⁴³⁵ STJCE de 19 de octubre de 1995, Richardson, *cit.*

⁴³⁶ STJCE de 11 de julio de 1996, Atkins, C-228/94

⁴³⁷ STJCE de 7 de julio de 1994, Bramhill, C-420/92.

⁴³⁸ STJCE de 13 de diciembre de 1994, Grau-Hupka, asunto 297/93.

a las prestaciones de supervivientes, maternidad y prestaciones familiares que no fuesen los aumentos debidos por cónyuge o persona a cargo, compitiendo al Derecho interno de cada Estado miembro su regulación, no se percibiendo que las prestaciones a favor de supervivientes y las ayudas a la familia, materia donde se ha constatado una grande cantidad de disposiciones discriminatorias, quedándose así excluidas de la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres⁴³⁹.

No obstante el hecho de la Directiva 79/7 excluir de su ámbito de aplicación las prestaciones a favor de supervenientes, esto no impide que una norma de derecho interno de los Estados miembros exija la aplicación del derecho a la igualdad de trato a las pensiones de viudedad en el panorama nacional.

Importa también señalar que la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, admitía en sus arts. 9 a) y b) una discriminación basada en el sexo en las pensiones de sobrevivencia. La nueva redacción de este artículo dada por la Directiva 96/97/CE es más restrictiva en cuanto a la excepción permitida y tan sólo excepciona la aplicación obligatoria del principio de igualdad de trato en cuanto al régimen de los trabajadores autónomos, respecto de las pensiones de supervivencia, hasta que el derecho comunitaria impusiese el principio de igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social al respecto. Este cambio obedece a que la legislación debe acordarse a lo establecido por el Tribunal de Justicia en el asunto Ten Oever⁴⁴⁰ que clasificó las pensiones de supervivientes como «retribución» en el sentido del art. 119 TCEE y, por lo tanto, sujetas al principio de igualdad, aislando la presunción de que el hombre es el proveedor de la familia y la mujer la que depende de él.

⁴³⁹ En este sentido: PÉREZ DEL RÍO, T., *Mujer e Igualdad: estudio en...*, cit., p. 61.

⁴⁴⁰ STJCE de 14 de diciembre de 1993, Moroni, asunto C-109/1991.

En relación con la prestación de maternidad, debe señalarse que la Directiva 92/85/CEE veo establecer una serie de requisitos mínimos que los Estados miembros estarían obligados a respetar⁴⁴¹.

Por otra parte, la Directiva 79/7 prevé en su art. 7 una serie de supuestos en los que el Derecho comunitario faculta a los Estados miembros para que excluyan del ámbito de aplicación de esta Directiva algunas materias, donde se destaca la fijación de edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones; las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado a sus hijos y la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos; la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de derechos derivados de la esposa; la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo; las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la Directiva, de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen general.

Esta facultad, todavía, tenía como limitación que los Estados miembros estarían obligados a revisar y actualizar periódicamente estas excepciones a la regla general de igualdad de trato teniendo en cuenta la evolución social en la materia. La jurisprudencia europea determinó todavía que estas excepciones deberían ser interpretadas de forma restricta⁴⁴² y se refiere solamente a las discriminaciones que sean objetivamente necesarias para garantizar que el equilibrio financiero del régimen de pensiones no se vea comprometido; en otras prestaciones para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de seguridad social y finalmente como forma de garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones⁴⁴³.

⁴⁴¹ Véase al respecto FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., *La mujer ante el Derecho de...*, cit., pp. 64-66.

⁴⁴² STJCE de 30 de enero de 1997, Balestra, asunto C-139/94.

⁴⁴³ STJCE de 11 de agosto de de 1995, Grahan y otros, asunto C-92/94.

La jurisprudencia se ha centrado principalmente en dos excepciones, nombradamente la posibilidad de fijarse edades de jubilación distintas según el sexo y la concesión de aumentos en las prestaciones de larga duración por vejez, accidente y trabajo o enfermedad profesional por la esposa a cargo.

El TJCE ha confirmado la excepción prevista en el art. 7.1 a) de la Directiva 79/7, que permitía a los Estados miembros mantener un régimen de edad diferente para la jubilación de hombres y mujeres, en la sentencia *Burton*⁴⁴⁴. Posteriormente en el asunto *Equal Opportunities Commission*⁴⁴⁵ el Tribunal consideró justificadas las ventajas concedidas a las mujeres con el fin de permitir a los Estados miembros llevar a cabo progresivamente una modificación de los sistemas de pensiones de jubilación, sin perturbar el deseable equilibrio financiero. En la sentencia *Balestra*⁴⁴⁶, el mismo tribunal ha admitido la posibilidad de que un Estado miembro tuviese establecido una edad diferente para los hombres y otra para las mujeres a efectos de la concesión de pensiones de vejez y jubilación.

En resumen, el TJCE, atendiendo al carácter excepcional de la fijación de edades diferentes de jubilación según el sexo, ha realizado una interpretación restrictiva de dicha posibilidad, entendiendo admisibles las discriminaciones sólo en el caso de ser necesarias y de encontrarse objetivamente vinculadas a esas diferentes edades de jubilación.

Otra excepción, prevista en art. 7.1.d) de la Directiva 79/7, que admite la exclusión de la aplicación del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres está relacionada con los aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, vejez, accidente laboral o enfermedad profesional por la esposa a cargo. La jurisprudencia ha tenido una vez más un importante rol terminando por confirmar la referida excepción⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ STJCE de 16 de febrero de 1982, *Burton*, asunto 19/81.

⁴⁴⁵ STJCE de 7 de julio de 1992, *Equal Opportunities Commission*, asunto C-9/91.

⁴⁴⁶ STJCE de 30 de enero de 1997, *Balestra*, *cit.*

⁴⁴⁷ STJCE de 7 de julio de 1994, *Bramhill*, *cit.*

Relativamente al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 79/7 importa señalar una vez más la jurisprudencia del TJCE que optó por establecer un concepto amplio del término «población activa» referido en el art. 2 de la referida Directiva, incluyendo las personas que trabajan, que buscan un empleo, o cuyo trabajo o búsqueda de empleo se haya interrumpido debido a una de las contingencias a las que se refiere el art.3⁴⁴⁸.

La propia Directiva 79/7 « tiende a realizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, no de un modo general, sino únicamente en su calidad de trabajadores»⁴⁴⁹, es decir, el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre el principio de igualdad en los regímenes legales de seguridad social está vinculado al concepto de trabajador, a personas que realizan una actividad o que han interrumpido la misma. De este modo, la Directiva en análisis no es aplicable a las personas que no han ejercido una actividad, ni tampoco a las que han ejercido una actividad que no se ha visto interrumpida por alguna de las contingencias mencionadas en la Directiva⁴⁵⁰. Por tanto, el ámbito de aplicación personal de la Directiva 79/7 contemplado en el art. 2 no se puede variar en función del campo de aplicación material de la misma recogido en su art. 3, en otras palabras, para que sea aplicable el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres se tiene que dar que la persona afectada se encuentre dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva y que la prestación respecto a la que se reclama un tratamiento igualitario esté incluida dentro del ámbito objetivo de aplicación de la misma Directiva de forma simultánea⁴⁵¹.

En lo que respecta a la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de los regímenes profesionales de Seguridad Social⁴⁵², la Directiva 86/378/CEE vino en seguimiento del contenido en el

⁴⁴⁸ STJCE de 1 de febrero de 1996, Posthuma-Van Damme y Osturk, asunto C-280/94.

⁴⁴⁹ STJCE de 27 de junio de 1989, Achterberg-te Ryele y otros, asuntos acumulados 48/88, 106/88, y 107/88.

⁴⁵⁰ STJCE de 27 de junio de 1989, Achterberg-te Ryele y otros, *cit.*

⁴⁵¹ STJCE de 11 de julio de 1991, Verhopen y otros, asuntos acumulados C-87/90, C-88/90 y C-89/90.

⁴⁵² Véase al respecto: ARCE, GÓMEZ, J. C., *El trabajo de las mujeres en el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.69.

anterior art. 119 TCEE relativo a la protección social del principio de igualdad de retribuciones. Esta Directiva entiende por regímenes profesionales como aquellos que no están regulados por la Directiva 79/7, y que tienen por finalidad proporcionar a trabajadores encuadrados en una empresa o grupo de empresas, en una rama industrial o sector profesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a substituirlos, siempre respetando el principio de igualdad de trato.

En el ámbito de aplicación objetivo de la Directiva 86/378 ha sido sin duda más amplio que el de la Directiva 79/7, ya que se extendía a los regímenes profesionales que protegían frente a los riesgos derivados de enfermedad, invalidez, vejez, accidente de trabajo y enfermedad profesional y desempleo, prestaciones de supervivencia y familiares. La misma Directiva era aplicable a los regímenes profesionales que prevén otras prestaciones sociales, en dinero o en especie y, en particular, prestaciones de sobrevivientes y prestaciones familiares, siempre que dichas prestaciones se destinen a trabajadores por cuenta ajena y constituyan, por ello, gratificaciones pagadas por el empresario al trabajador en razón del empleo.

La Directiva 96/97/CE de 20 de diciembre de 1996 veo modificar la referida Directiva 86/378/CEE, como resultado de una recopilación exhaustiva de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal de Justicia relativo a esta Directiva, donde se destaca el nuevo art. 6 que establece un listado de disposiciones reguladoras de los regímenes profesionales de seguridad social que se consideran contrarias al principio de igualdad de trato.

No obstante, la Directiva 96/97 no incluye en su ámbito de aplicación ni los contratos de seguro en los que participe el empresario, tanto si se trata de trabajadores autónomos como de trabajadores por cuenta ajena, ni las disposiciones opcionales de los regímenes profesionales que se ofrezcan individualmente a los participantes ni los regímenes profesionales en la medida en que las prestaciones se financien a partir de las contribuciones abonadas por los trabajadores con carácter voluntario. Sin embargo, las prestaciones suplementarias que se derivan de las aportaciones efectuadas con carácter voluntario

por los trabajadores asalariados si se hallan en el ámbito de aplicación del antiguo art 119 TCEE.

El asunto Barber limitó su aplicación a los trabajadores por cuenta ajena y dejó al margen a los trabajadores por cuenta propia. En consecuencia de esta sentencia la Directiva 96/97 vino precisar cuales son las excepciones susceptibles de ser aplicadas a los trabajadores autónomos. Relativamente a estos trabajadores, los Estados miembros podrán aplazar la aplicación obligatoria del principio de igualdad respecto de la fijación de la edad de jubilación, bien hasta la fecha en la que dicha igualdad se realice en los regímenes legales o bien, como máximo, hasta que una Directiva imponga dicha igualdad, en las pensiones de supervivencia, hasta que el derecho imponga el principio de igualdad de trato en los regímenes legales, y en la aplicación de elementos diferentes en el cálculo actuarial, y todo ello con un plazo límite de 1 de enero de 1999.

En cuanto al contenido y límites del derecho a la igualdad de trato por razón de sexo en materia de seguridad social importa destacar que e concepto de igualdad se define, tanto para los regimenes legales como para los profesionales, como la ausencia de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, en relación con la obligación de cotizar y con el cálculo tanto de cotizaciones como de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo y, finalmente, en lo que se refiere a las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

La adopción de Directivas relativas al principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social ha tenido como efecto la eliminación de las discriminaciones directas vigentes en los Estados miembros, la mayor dificultad reside, obviamente, en la supresión de aquellas normas que bajo la apariencia de formulas neutras tienen en la práctica efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre un número superior de personas de determinado sexo y que resulten en la exclusión de un grupo de personas caracterizadas por tener un mismo sexo del ámbito protector de la Seguridad Social o restringir su acceso a ciertos beneficios sociales o limitar su disfrute.

La jurisprudencia ha dado un importante contribuyo considerando como discriminatorios de forma indirecta ciertos regímenes legales⁴⁵³, rechazando las consideraciones de índole estrictamente presupuestaria para justificar objetivamente de forma suficiente un trato indirecto discriminatorio.

En lo que respecta a las discriminaciones directas y indirectas en los regímenes profesionales de seguridad social, el art.9 Directiva 2006/54/CE contiene una exhaustiva lista de supuestos que se consideran contrarios al principio de igualdad. El TJCE ha declarado también discriminaciones directas como la obtención por los viudos de una pensión sometida a requisitos especiales que no se exijan a las viudas, un plan de pensiones de empresa que impida que las mujeres casadas participen en él⁴⁵⁴, un plan de pensiones que supedita la concesión de una pensión de supervivencia a la edad de los cónyuges, 65 años en el caso de los hombres y 60 en el caso de las mujeres⁴⁵⁵.

Sobre las discriminaciones indirectas se puede destacar un convenio colectivo que prevea que los empleadores paguen un subsidio transitorio en caso de extinción de la relación laboral únicamente a los trabajadores a jornada completa, cuando el colectivo de trabajadores a tiempo parcial se compone de un número mucho mayor de mujeres que de hombres⁴⁵⁶.

Para la erradicación de la discriminación por razón de sexo en materia de seguridad social, se recogen en el art. 5 Directiva 79/7 y art. 23 Directiva 2006/54/CE una serie de obligaciones que los Estados miembros deben respetar. En este sentido, los Estados miembros se quedan obligados a adoptar las medidas conducentes a la declaración de nulidad de las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato en la materia, contenidas en convenios colectivos, reglamentos de empresa y demás acuerdos, debiendo adoptar medidas contrarias a la

⁴⁵³ Véase al respecto las SSTJCE de 13 de diciembre de 1989, Ruzius-Wilbrink, *cit.*; de 19 de noviembre de 1992, Molenbroek, asunto C-226/91; de 21 de noviembre de 1990, Integrity, asunto 373/89; de 24 de febrero de 1994, Rocks, asunto 343/92.

⁴⁵⁴ STJCE de 17 de Abril de 1997, Evrenopoulos, *cit.*

⁴⁵⁵ STJCE de 25 de mayo de 2000, Podesta, *cit.*

⁴⁵⁶ STJCE de 27 de junio de 1990, Kowalska, *cit.*

aprobación o extensión de tales disposiciones. Igualmente, los arts. 6 y 17.1 de las referidas Directivas recogen, respectivamente, la obligación de articular las medidas necesarias para que toda la persona que se considere víctima de una discriminación prohibida en materia de prestaciones de seguridad social pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional, no estando sujetas a condición alguna y son suficientemente precisas, pudiendo los particulares invocar la falta de medidas de aplicación adoptadas dentro de los plazos establecidos⁴⁵⁷.

Sobre cómo debe realizarse la equiparación en caso de desigualdades injustificadas por razón de sexo en los regímenes de Seguridad Social por parte de los Estados miembros, el TJCE en varias sentencias ha admitido la posibilidad de igualación por abajo por parte de un empresario a la hora de establecer una edad de jubilación uniforme que impone el plan de pensiones de la empresa, en aquellos países que admitían edades de jubilación distintas para hombres y mujeres. En el asunto *Coloroll Pension Trustees Ltd y otros*⁴⁵⁸, se señala que «por lo que se refiere a períodos de empleo cubiertos entre la comprobación de la discriminación por el Tribunal de Justicia y la entrada en vigor de las medidas destinadas a eliminarla, la correcta aplicación del principio de igualdad de retribuciones exige que se conceda a los trabajadores. Por el contrario, en lo que respecta a los períodos de empleo posteriores a la entrada en vigor de dichas medidas, el artículo 119 no se opone a que la igualdad se restablezca mediante la reducción de las ventajas de las que disfrutaban los trabajadores privilegiados».

De este modo, es contrario al principio de la igualdad cualquier intento por parte de los empresarios de conseguir la paridad de una manera progresiva ya que el hecho de que una medida sea puramente transitoria no afecta a que el principio de igualdad deba establecerse de forma inmediata y completa, pudiendo así considerarse una concepción excesivamente formal de la igualdad ya que olvida el objetivo principal que debe perseguir cualquier decisión en la materia, esto es, lograr la paridad real de los individuos.

⁴⁵⁷ Véase al respecto STJCE de 4 de diciembre de 1986, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, *cit.*

⁴⁵⁸ STJCE de 28 de septiembre de 1994, *Coloroll Coloroll Pension Trustees Ltd y otros*, asunto C-200/91.

En otros asuntos, el Tribunal de Justicia ha manifestado una noción distinta entendiendo que una diferencia de trato puede justificarse si su finalidad es lograr un resultado igualitario. Sin embargo, en aquellos casos en que el Tribunal se ha inclinado hacia la igualdad de resultados ha sido para empeorar la posición previamente disfrutada por las mujeres. Se puede mismo afirmar que las prioridades del TJCE han sufrido remarcables variaciones a lo largo de los años, ya que las primeras sentencias demostraron un claro compromiso con la mejora de las condiciones de vida y trabajo para posteriormente modificar su postura la cual la noción de igualdad iba unida a la de justicia retributiva, surgiendo una concepción formal, cuando considera satisfactorio el tratamiento uniforme, incluso si esto significa privar a las mujeres de sus actuales ventajas y expectativas creadas, conforme es demostrativo la decisión de que la igualdad se debe instaurar inmediatamente y sin ninguna medida transitoria que proteja los intereses creados para las mujeres. Solamente en aquellos casos donde las mujeres hayan ya recibido beneficios la igualdad requiere la extensión de dichos beneficios a los hombres. Se puede así afirmar que este razonamiento es reprobable bajo el punto de vista de alcanzarse la igualdad real.

Sobre la obligación de repararse el perjuicio causado por una violación del principio de la igualdad entre hombres y mujeres, el TJCE había entendido incluido en el ámbito de la reparación el pago de intereses sobre la cantidad abonada en concepto de indemnización por un despido discriminatorio prohibido por la Directiva 76/207/CEE⁴⁵⁹. En la sentencia Sutton⁴⁶⁰, el TJCE se pronunció sobre si esta doctrina es extrapolable y puede aplicarse a los fines de obtener el pago de intereses sobre cantidades a percibir en concepto de atrasos de una prestación de seguridad social incluida dentro del ámbito de la Directiva 79/7/CEE considerando que «aunque el art. 6 de la Directiva 79/7/CEE obliga los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que toda persona que se considere víctima de una discriminación prohibida por la Directiva en el marco de la concesión de prestaciones de Seguridad Social pueda conseguir que se declare la

⁴⁵⁹ STJCE de 2 de agosto de 1993, Marshall II, *cit.*

⁴⁶⁰ STJCE de 22 de abril de 1997, Sutton, asunto C-66/95.

ilegalidad de dicha discriminación y obtener el abono de las prestaciones a las que habría tenido derecho de no haberse producido aquélla, el pago de intereses sobre los atrasos de prestaciones no puede considerarse un elemento esencial del derecho así definido».

Resulta difícil descubrir cuales fueron los razonamientos para que una disposición formulada en los mismos términos en dos Directivas diferentes pero con una finalidad común: lograr la igualdad de trato entre hombres y mujeres, reciba una interpretación distinta en función del ámbito al que afecta, en un caso las condiciones de trabajo y en otro los regímenes públicos de seguridad social. Una vez que el Tribunal de Justicia había estimado que el transcurso del tiempo era susceptible de reducir el valor de la reparación del perjuicio sufrido no se explica por qué la misma apreciación no es aplicable a las prestaciones de seguridad social⁴⁶¹.

II. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN EL DERECHO PORTUGUÉS.

El derecho a la seguridad social integra la parte de los derechos fundamentales correspondiente a la «ciudadanía de todos».⁴⁶² Todos tienen derecho a la seguridad social, que constituirá un sistema universal. Un de los principios aplicables al derecho a la seguridad social es el principio de la igualdad consagrado en el art. 13 CRP, pudiéndose considerar que este derecho es un derecho a prestaciones, exponente de un Estado social, que promueve la igualdad real y efectivas entre todos, mirada desde una perspectiva de justicia social, es decir, como una igualdad a construir y que presupone una diferenciación o discriminación (positiva) hasta que todos estén en igualdad real, con iguales condiciones materiales. Se puede afirmar de este modo que la igualdad jurídica o formal podrá exigir una obligación de diferenciación, que fundamentan y legitiman la creación, por el legislador ordinario, de un subsistema de protección social distinto para hombres y mujeres como se estudiará y defenderá en el capítulo siguiente. Se todos tienen los mismos derechos, ni todos tienen las mismas condiciones para su ejercicio, habiendo que crear esas

⁴⁶¹ PÉREZ DEL RÍO, T., *Mujer e igualdad: Estudio en...*, cit., p 73.

⁴⁶² Arts. 12 y 63 CRP. Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito...*, cit., p. 409.

condiciones a través de la concesión de determinadas ventajas a todos aquellos que se encuentren en situaciones de inferioridad por forma a alcanzarse una igualdad real entre las personas. No se trata de privilegiar castas, clases o grupos fechados, sino de realizar efectivamente la igualdad en situaciones sociales específicas.⁴⁶³

En este sentido, el TC defendió que «los factores materiales determinantes de un trato normativo desigual deben comportar, nombradamente, una justificación que busque soporte en la consonancia entre los criterios adoptados por el legislador y los objetivos de la ley, por un lado, y entre estos y los fines cuya prosecución el texto constitucional comete al Estado, por otro. La desigualdad de trato será consentida cuando, después de adquirido que los criterios de distinción erigidos por el legislador se compatibilizan con la ley, se concluir en el sentido de la Constitución, a luz de los principios que adopta y de los fines que comete al Estado, autorizar trato diferenciado de las situaciones delimitadas en la ley ordinaria».⁴⁶⁴

II.1. PENSIÓN DE SUPERVIVENCIA.

Reconociendo la importancia de que las medidas de discriminación positiva pueden desempeñar para la igualdad real entre hombres y mujeres en la esfera laboral, importa hacer aquí un destaque sobre el role que en el ámbito de la seguridad social y más concretamente en las pensiones de supervivencia se podrá desarrollar.

Tema controvertido en el derecho portugués ha sido el tema de las discriminaciones a favor de las mujeres en cuanto a las pensiones de sobrevivencia. Sobre eso importa acordar la sentencia 456⁴⁶⁵ donde la Comisión Constitucional consideró contraria al art. 13.2 de la CRP, y

⁴⁶³ Véase al respecto: VIERA DE ANDRADE, J. C., *Os Direitos Fundamentais na Cosntituição Portuguesa...*, cit., p.186.

⁴⁶⁴ STC de 8 de junio de 1956, asunto 76-P/85.

⁴⁶⁵ Sentencia de la Comisión Constitucional de 20 de julio de 1982, asunto 456.

por esas razón inconstitucional, el art. 1 b) de la Base XIX de la Ley 2127, aprobada el 3 de agosto de 1963, que determinaba pensión distinta para los viudos y viudas.

La norma atribuía una pensión al viudo de una víctima de accidente de trabajo solamente cuando este padezca de enfermedad física o mental que le provoque incapacidad para el trabajo o cuando tenga más de 65 años de edad, a la data de la muerte de la mujer, fijando la pensión en 30% de la retribución base de la víctima en ambas las situaciones, mientras la alinea anterior del mismo artículo consagraba que la viuda tenía en todas las situaciones derecho a una pensión de 30% de la retribución base del marido, y que pasaba para 40%, cuando aquella completase 65 años de edad, al padecer de enfermedad física o mental que le provocara incapacidad para el trabajo.

Sobre la misma disposición, surge la sentencia 181/87⁴⁶⁶, donde el TC declara estarse delante de «una discriminación y un arbitrio legislativo injustificado en razón de sexo y, por esa razón, afronta el principio de la igualdad...». Otros fallos del mismo Tribunal han sido declarados con el mismo resultado⁴⁶⁷.

Todavía en la sentencia 609/94⁴⁶⁸, el mismo Tribunal no dejó todavía de considerar que las anteriores sentencias sobre el referido asunto no deberían implicar la recusa a la supuesta beneficiaria (viuda) con menos de 65 años de edad el derecho a recibir la pensión acordada con la aseguradora, con el argumento de que, si fuera hombre, aún no alcanzaría el derecho a recibirla. El Tribunal consideró que esta interpretación significaría un efecto perverso en nombre de la igualdad al no reconocer un derecho a un presumible titular con el intento de no

⁴⁶⁶ STC de 20 de mayo de 1987, asunto 181/87.

⁴⁶⁷ Véase al respecto las SSTC de 18 de noviembre de 1987, asunto 449/87; de 23 de marzo de 1988, asunto 72/88; de 30 de diciembre de 1988, asunto 104/88; de 20 de septiembre de 1988, asunto 191/88.

⁴⁶⁸ STC de 22 de noviembre de 1994, asunto 609/94.

discriminar los viudos con menos de 65 años y, por lo tanto, aún sin derecho de recibir la referida pensión. El tribunal refiere también que el objetivo inicial en la consagración de la diferencia de trato estaba relacionado con la tentativa de contrariar el desfavor social económico, político y sexual, en que las mujeres se encuentran relativamente a los hombres, añadiendo que la ventaja atribuida en los casos previstos a la mujer estaba concretamente relacionada con el peso de las tareas domésticas que habitualmente son desempeñadas únicamente por la mujer, sin derecho a cualquier retribución, siendo tal disposición como que una compensación a esta realidad.

No obstante este último razonamiento, el Decreto-ley 322/90, de 18 de octubre, que revocó el Reglamento Especial del Regime de Pensiones de Sobrevivencia, aprobado por despacho de 23 de diciembre de 1970, ha establecido la igualdad de trato entre cónyuges en lo que respecta a las pensiones de sobrevivencia.

Importa referir que la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que ha influenciado la legislación portuguesa al respecto⁴⁶⁹, había ya impuesto en su art. 4 que el principio de igualdad de trato implicaría la ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, nombradamente en lo que respecta al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, así como al cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones⁴⁷⁰

También la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del

⁴⁶⁹ Sobre la aplicación de esta Directiva en Portugal vid., Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978 en España y Portugal (situación en diciembre de 1994) COM/95/418 Final

⁴⁷⁰ Véase en este sentido STJCE de 30 de octubre de 2007, AELC, asunto E-2/07.

principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, que revocó la Directiva 86/378/CEE, considera que «no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular relativo a el ámbito de aplicación de dichos regímenes y las condiciones de acceso a los mismos» (art. 5. a)). El art. 3 prevé todavía que «los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral.

Retomando el Decreto-ley 322/90, importa referir que este ha reconocido la titularidad del derecho a las prestaciones al cónyuge y ex-cónyuges, persona que haya vivido con el fallecido durante más de dos años de 2 años en situación idéntica a de los cónyuges⁴⁷¹, descendientes y los adoptados plenamente y los ascendientes, considerando además que las pensiones de sobrevivencia son prestaciones pecuniarias que tienen por objeto compensar los familiares del beneficiario de la pérdida de los rendimientos de trabajo determinada por su muerte.

El porcentaje a considerar para la determinación del valor de la pensión de sobrevivencia atribuidas al cónyuge o ex-cónyuge es de 60%, no pudiendo ser inferior al valor mínimo establecido por ley para las pensiones de invalidez y vejez, siendo concedidas a los cónyuges o ex cónyuges por el periodo de cinco años, en los casos en que estos a la fecha de la muerte del beneficiario tengan edad inferior a 35 años⁴⁷², o concedidas sin limite de tiempo se tuvieren edad igual o superior a 35

⁴⁷¹ Con la Ley 7/2001, de 11 de mayo, se ha regulado la situación jurídica de dos personas, independiente de sexo, que vivan en unión de hecho, reconociéndole protección en la eventualidad de muerte del beneficiario, pela aplicación del régimen general de la seguridad social

⁴⁷² El referido periodo es é prorrogado en los caso de existieren descendientes del beneficiario y del cónyuge o ex-cónyuge con derecho a pensión de sobrevivencia hasta el término del año civil en que ocurra la cesación del derecho a la pensión por parte de los descendientes.

años de edad o alcanzaren esta edad mientras tuvieren derecho a la pensión.

Teniendo presente que las medidas de discriminación positiva se conciben como medidas dirigidas a favorecer el acceso a determinados derechos y regalías para colectivos que tradicionalmente han tenido dificultades en alcanzarlos, se podrá concluir que hay varios factores que contribuyen para que la mujer siempre que tenga derecho a una pensión de supervivencia se encuentre en una situación más dependiente de los ingresos de su cónyuge.

Cuatro razones aportan para esa conclusión. Primero, debido a la discriminación salarial enraizada en nuestro sistema laboral que hay determinado al largo de los tiempos que un trabajo de mismo valor mayoritariamente ocupada por mujeres sea peor remunerado que cuando es ocupado mayoritariamente por hombres, conllevando a que la mujer reciba en media sueldos inferiores durante el periodo activo y consecuentemente menores pensiones de invalidez y vejez. En segundo porque como forma de la mujer conciliar sus responsabilidades familiares con las laborales opta muchas veces por trabajar a tiempo parcial, o por no trabajar durante una etapa de su vida, lo que significa de igual modo menor sueldo y menores pensiones en comparación con su cónyuge. Tercero, porque la mujer ha sido discriminada en el ascenso a cargos de mayor responsabilidad, luego con mayores regalías y retribuciones, con claras implicaciones en los ingresos recibidos. Cuarto, porque las tasas de desempleo, y consecuentes pérdidas de remuneración, son mayores en el sexo femenino debido a las mayores dificultades que estas tienen a la hora de conseguir un empleo en comparación con el sexo masculino

Estos cuatro factores irán determinar una mayor dependencia financiera ante el hombre al largo de una vida conyugal y mayores posibilidades de ser quedar en una situación de invulnerabilidad

económico-social cuando aquello muera, ya que en muchos casos el mayor sustento del agregado familiar provenía de sus ingresos.

Estos motivos determinan que en mi opinión la legislación comunitaria y consecuentemente las legislaciones de los varios estados miembros debiesen prever en la esfera del derecho a la seguridad social la puesta en práctica de algunas medidas como forma de disminuir el impacto de esta realidad y de una mayor vulnerabilidad del sexo femenino, contribuyendo además para se alcance en esta esfera una igualdad real entre hombres y mujeres.

Una de las providencias está relacionada con la posibilidad de permitirse que la viuda tuviese derecho a una pensión de sobrevivencia en situaciones distintas que el hombre, nombradamente fijándose un porcentaje mayor para aquella siempre que su remuneración o pensión sea manifiestamente inferior a que el hombre recibía. Se entiende que el hombre en igualdad de circunstancias por las razones ya plasmadas gozaría de una conjetura más favorable que le permitiese superar económicamente las implicaciones de la muerte de su cónyuge. Debido a este razonamiento se podrá todavía considerar abusivas las cláusulas que no garanticen al hombre que haya pasado la edad activa para trabajar de las mismas prerrogativas de la mujer siempre que sea él el viudo y recibiese un menor sueldo que aquella, razonando que en estas situaciones no habrán razones para no le aplicar también un régimen más favorable.

También la duración de la pensión en los casos de edad inferior a 35 años podría ser distinta para ambos sexos, porque se entiende que la viuda ante el actual mercado de trabajo y la discriminación existente tendrá mayores dificultades para superar las dificultades económicas producidas por la muerte del cónyuge. Sería no en tanto necesario que esta distinción estuviese de acuerdo con criterios económicos de sustentabilidad.

II.2. DESEMPLEO.

El Decreto-ley 220/2006, de 3 de noviembre, alterado y republicado por el Decreto-ley 72/2010, de 18 de Junio, que establece el cuadro legal de reparación de la eventualidad de desempleo de los trabajadores por cuenta ajena, empieza por considerar el desempleo como «toda la situación decurrente de la inexistencia total e involuntaria de empleo del beneficiario con capacidad y disponibilidad para el trabajo, inscrito para el empleo en el centro de empleo», considerando además que la reparación de la eventualidad de desempleo de los beneficiarios englobados por el régimen general de la seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena es concretada mediante atribución de prestaciones de forma a compensar los beneficiarios de la falta de retribución resultante de la situación de desempleo o de promover la creación de empleo a través del pago en una sola vez del montante global de las prestaciones de desempleo con vista a la creación del propio empleo.

Constituyen prestaciones de desempleo el subsidio de desempleo, el subsidio social de desempleo y el subsidio de desempleo parcial. El subsidio social de desempleo es aplicable en las situaciones en que no sea atribuible subsidio de desempleo y en las situaciones en que los beneficiarios hayan agotado los periodos de concesión del subsidio de desempleo, desde que se encuentren rellenos los demás condicionalismos previstos por este diploma⁴⁷³. La protección a través del subsidio de desempleo parcial es asegurada en las situaciones en

⁴⁷³ El plazo de garantía para la atribución del subsidio social de desempleo es de 180 días de trabajo por cuenta ajena con el correspondiente registro de remuneraciones, en un periodo de 12 meses inmediatamente anterior a la fecha de desempleo. El reconocimiento del derecho al subsidio social de desempleo depende aún del rellenar de la condición de recursos a la fecha del desempleo o dentro del plazo fijado en el presente decreto-ley para la presentación de pruebas, conforme se trate, respectivamente, de subsidio inicial o subsecuente. La condición de recursos es definida en función de los rendimientos mensuales *per capita* del agregado familiar, que no pueden ser superiores a 80% de la indexación de los apoyos sociales (IAS). El montante diario del subsidio social de desempleo es indexado al valor de retribución mínima mensual garantida y calculado en la base de 30 días por mes:

- 100 % para los beneficiarios con agregado familia;
- 80% para los beneficiarios aislados.

que el beneficiario, a recibir subsidio de desempleo, celebre contrato de trabajo a tiempo parcial⁴⁷⁴.

La misma legislación determina que los centros de empleo aseguren el debido apoyo a los beneficiarios en la adquisición de estrategias de aproximación del mercado de trabajo a través de la orientación, formación y acompañamiento de los esfuerzos de procura activa y de mejoría de las condiciones de empleabilidad a desarrollar por parte del beneficiario. La formación profesional propuesta por el centro de empleo debe de este modo tener como objetivo facilitar su rápido y sustentado regreso al mercado de trabajo.

Admitiendo que el sistema de la seguridad social debería ante las menores habilitaciones que de una forma en general las mujeres ostentan, en comparación con el hombre, y las mayores dificultades que se verifican por razones de discriminación cuando se candidata a una plaza de empleo concurriendo con un candidato masculino, sería importante la utilización de medidas en el sentido de les garantizar un mayor apoyo en lo que respecta a la orientación, formación y acompañamiento de los esfuerzos de procura activa en comparación con los desempleados hombres.

El plazo de garantía para la atribución del subsidio de desempleo es de 450 días de trabajo por cuenta ajena con un registro de remuneraciones, en un periodo de 24 meses inmediatamente anterior a la fecha de desempleo. El montante diario de este subsidio es igual a 65% de la remuneración de referencia y calculado en la base de 30 días

⁴⁷⁴ La atribución del subsidio de desempleo parcial es reconocido a quien sea demandante o titular del subsidio de desempleo y ejerza, o venga a ejercer, una actividad profesional por cuenta ajena a tiempo parcial, con un periodo normal de trabajo semanal inferior al practicado a tiempo completo en situación comparable, o una actividad profesional independiente desde que el valor del rendimiento relevante del trabajo independiente o de la retribución del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial sea inferior al montante del subsidio de desempleo. El montante del subsidio de desempleo parcial corresponde a la diferencia entre el valor del subsidio de desempleo acrecido de 35% de su valor y a la retribución del trabajo por cuenta ajena. La duración del periodo de atribución del subsidio de desempleo parcial tiene como limite el periodo de concesión definido para el subsidio de desempleo.

por mes, no pudiendo ser superior al triple de la retribución mínima mensual garantida ni inferior a esa retribución mínima.

Teniendo en cuenta que las mujeres reciben en media sueldos inferiores comparativamente a los hombres, por razones ya apuntadas, sería importante como forma de protección al grupo más vulnerable, que el montante diario del subsidio de desempleo fuese tuviese un porcentaje de remuneración de referencia mayor para los sueldos más bajos, determinándose que la referida porcentaje bajase proporcionalmente al valor de la remuneración de referencia.

El período de concesión del subsidio de desempleo y del subsidio social de desempleo inicial es establecido en función de la edad del beneficiario. El subsidio social de desempleo subsecuente al subsidio de desempleo tiene una duración correspondiente a mitad de los periodos fijado para el subsidio de desempleo, teniendo en cuenta la edad del beneficiario a la fecha en que cesó la concesión del subsidio de desempleo. La duración del subsidio de desempleo parcial tiene como límite el periodo de concesión que haya sido definido para el subsidio de desempleo que se encontraba en curso. Considerando que el desempleo afecta un mayor porcentaje de población activa femenina que masculina, y que aquellas tienen una mayor dificultad en ingresar en el mercado de trabajo conforme referido anteriormente, me parece razonable defender un mayor período de concesión del subsidio de desempleo y del subsidio social de desempleo inicial al sexo femenino mientras esa realidad se continúe a verificar.

Obviamente que para esta medida ser aplicable sería necesario que antes de todo el derecho comunitario, nombradamente la Directiva 79/7/CEE, previese que el principio de la igualdad de trato no obstase a disposiciones relativas a la protección de la mujer en el desempleo, previendo además la adopción de medidas concretas con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres.

En las situaciones de desempleo de larga duración debidamente comprobadas y después de agotado el periodo de concesión de los subsidios de desempleo o social de desempleo inicial, los beneficiarios pueden acceder a la pensión de vejez, por anticipación de edad en los siguientes términos:

- La edad de acceso a la pensión de vejez es anticipada para los 62 años a los beneficiarios que cumplan el plazo de garantía legalmente exigido e tengan a la fecha de desempleo, edad igual o superior a 57 años;

- La edad de acceso a la pensión de vejez es anticipada para los 57 años a los beneficiarios que, a la fecha del desempleo, poseen edad igual o superior a 52 años y poseen carrera contributiva de por lo menos 22 años civiles con registro de remuneraciones;

El diploma en análisis prevé además situaciones especiales de subsidio social de desempleo cuando a la fecha del desempleo los beneficiarios tengan edad igual o superior a 52 años hasta alcancen la edad de acceso a la pensión de vejez anticipada, desde que satisfagan a la fecha del prolongamiento las condiciones de atribución del subsidio social de desempleo. En cualquier de los regimenes se podría hacer una distinción entre los desempleados femeninos y masculinos, tornando menos exigibles los criterios a las mujeres por se considerar las mayores dificultades que tienen a la hora de conseguir un empleo.

II.3. PENSIÓN DE INVALIDEZ Y VEJEZ.

El Decreto-ley 187/2007, de 10 de mayo, ha definido y reglamentado el régimen jurídico de protección en las eventualidades de invalidez e vejez del régimen general de seguridad social con el intuito de compensar la pérdida de remuneraciones de trabajo motivadas por

aquellas⁴⁷⁵ a través de la atribución de prestaciones pecuniarias mensuales, denominadas pensión de invalidez y pensión de vejez.

La legislación en análisis ha definido invalidez como toda la situación incapacitante de causa no profesional, determinante de incapacidad física, sensorial o mental permanente para el trabajo⁴⁷⁶, haciendo además la distinción entre invalidez relativa y absoluta. La primera es aquella que el beneficiario que, en consecuencia de incapacidad permanente⁴⁷⁷, no pueda recibir en su profesión más de un tercio de la remuneración correspondiente al su ejercicio normal. La incapacidad absoluta significa que el beneficiario se encuentra en una situación de incapacidad permanente y definitiva para toda y cualquier profesión o trabajo. La vejez por su vez, está relacionada con la edad mínima legalmente presumida como adecuada para la cesación del ejercicio de actividad profesional.

El plazo de garantía para la atribución de pensión de invalidez relativa es de cinco años civiles, seguidos o interpolados, con registro de remuneraciones, mientras que el plazo de garantía para atribución de pensión de invalidez absoluta es de tres años civiles, seguidos o interpolados, con registro de remuneraciones⁴⁷⁸.

A los pensionistas de invalidez relativa es garantizado un valor mínimo de pensión variable en función del número de años civiles con

⁴⁷⁵ Integran el ámbito personal del presente decreto-ley los beneficiarios con encuadramiento obligatorio en el régimen general.

⁴⁷⁶ El Decreto-Ley 187/2007 considera situación incapacitante de causa profesional la que resulta de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

⁴⁷⁷ La incapacidad es permanente cuando sea de presumir que el beneficiario no recupera, dentro de los tres años subsecuentes, la capacidad de recibir en el desempeño de su profesión más de 50% de retribución correspondiente.

⁴⁷⁸ Son considerados los años civiles en que el total de días con registro de remuneraciones sea igual o superior a 120 días. Siempre que en algunos años civiles con remuneraciones registradas no se verifique la densidad contributiva, los días con registro de remuneraciones en ello verificados son tomados en cuenta en el apuramiento de la densidad contributiva, dándose como cumplido un año civil por cada grupo de 120 días, todavía se el número de días registrados en un año civil fuere superior a 120 días, no son considerados los días excedentes para la contabilización de otro año civil

registro de remuneraciones relevantes para efectos de la tasa de formación de pensión cuyos montantes constan de legislación propia.

También a los pensionistas de invalidez absoluta es garantizado un valor mínimo de pensión igual al valor mínimo de pensión de invalidez relativa y de vejez correspondiente a una carrera contributiva de 40 años. Cuando al valor de las pensiones calculadas en los términos generales fueren de montante inferior a los valores garantizados añade el respectivo montante una prestación por complemento social cuyo valor corresponde a la diferencia entre el valor mínimo garantido y el valor de la pensión estatutaria o reglamentar.

Sobre la contabilización del tiempo para efectos de producción de la tasa de formación de la pensión importa subrayar que la legislación en análisis determina que el tiempo de servicio militar obligatorio, impuesto solamente al sexo masculino, es contado a requerimiento de los interesados bajo algunas circunstancias⁴⁷⁹. Se cuestiona porque razón el legislador portugués no ha determinado contabilizar también el tiempo de cuidado con los hijos o personas dependientes por parte de los trabajadores allá de la licencia parental, adopción y faltas al trabajo en el ámbito familia⁴⁸⁰. Esta medida beneficiaria sin duda principalmente las mujeres y sería además una forma de compensar todos aquellos que hayan optado al largo de la vida por se dedicaren a este tipo de tareas, que el Estado continua sin valorizar debidamente, en detrimento del ejercicio de una profesión. Este tipo de medidas podrá levantar algunas dificultades sobre la mejor manera de comprobar este tipo de actividad, todavía sería importante proveerla de medios creíbles, nombradamente con el levantamiento de las personas a

⁴⁷⁹ El Decreto-Ley 187/2007, de 10 de mayo, determina que sea necesario verificarse que a la fecha de la prestación del servicio militar obligatorio no estuviesen englobados por regimenes de seguridad social, en términos de conferirán derecho al registro de remuneraciones por equivalencia a la entrada de contribuciones y que no hayan gozado de la contabilización del referido tiempo para efectos de cualquier otro régimen, de protección social.

⁴⁸⁰ Cfr. Art. 65.1 c) CT, donde se establece que «no determinan pérdida de cualesquier derechos, salvo cuanto a la retribución, y son consideradas como prestación efectiva de trabajo las ausencias al trabajo resultantes de (...) licencia parental».

cargo con una graduación de la respectiva dependencia de acuerdo con la edad y eventuales minusvalías o invalidez.

Relativamente a las pensiones de vejez de determina que la misma está relacionada con la edad mínima legalmente presumida como adecuada para la cesación del ejercicio de actividad profesional. El plazo de garantía para la atribución de este tipo de pensión es de 15 años civiles, seguidos o interpolados, con registro de remuneraciones, debiendo el beneficiario tener edad igual o superior a 65 años, sin perjuicio de algunas medidas especiales de anticipación, como:

- La aplicación del régimen de flexibilización de la edad de pensión de vejez⁴⁸¹;

- La aplicación del régimen de anticipación de la edad de pensión de vejez, por motivo de naturaleza especialmente penosa o desgastante de la actividad profesional ejercida, expresamente reconocida por la ley⁴⁸²;

- Medidas temporarias de protección específica a actividades o empresas por razones conjeturales⁴⁸³;

- La aplicación del régimen de anticipación de la pensión de vejez en las situaciones de desempleo involuntario de larga duración⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ La flexibilización de la edad de pensión de vejez consiste en el derecho de requerir la pensión en edad inferior, o superior, a 65 años. Tiene derecho a la anticipación de la edad el beneficiario que, cumplido el plazo de garantía, tenga, por lo menos, 55 años de edad y que, a la fecha en que complete esta edad, tenga completado 30 años civiles de registro de remuneraciones relevantes para cálculo de pensión.

⁴⁸² La anticipación de la edad de pensión de vejez, es establecida por ley que defina las respectivas condiciones de acceso, designadamente la naturaleza especialmente penosa o desgastante de la actividad profesional ejercida por el beneficiario e las particularidades específicas relevantes en su ejercicio.

⁴⁸³ La anticipación de la edad de pensión de vejez por razones conjeturales es establecida por ley y tiene como límite los 55 años de edad del beneficiario.

⁴⁸⁴ La anticipación de la edad de pensión de vejez en las situaciones de desempleo involuntario de larga duración es establecida por ley y tiene como límite los 57 años de edad del beneficiario.

La flexibilización de la edad para efectos de la pensión de vejez consiste en el derecho de requerir la pensión en edad inferior, o superior, a 65 años. Tiene derecho a la anticipación de la edad el beneficiario que, cumplido el plazo de garantía, tenga, por lo menos, 55 años de edad y que, a la fecha en que complete esta edad, tenga completado 30 años civiles de registro de remuneraciones relevantes para cálculo de pensión. En el establecimiento de una pensión de vejez anticipada se determina una tasa global de reducción al montante de la pensión de acuerdo con el periodo menor o mayor de anticipación.

También aquí el legislador portugués podría haber determinado la contabilización para efectos de este tipo de pensiones el tiempo de cuidado con los hijos o personas dependientes por parte de los ciudadanos fuera del contexto de licencias parentales o faltas para asistencia a hijos y otros familiares, ya que estas no son en muchas ocasiones suficientes fruto de las mismas ocurrieren normalmente en periodos específicos. En este ámbito importa tener presente que muchas mujeres abdicar de una vida profesional para cuidar de la familia y se quedan muchas veces imposibilitadas de obtener este tipo de pensiones por no cumplir con los requisitos mínimos. No obstante no se trata de trabajo remunerado la verdad es que su intervención en el seno familiar permite en innumerables ocasiones que su cónyuge y otros familiares puedan dedicarse a una profesión lo que les permitirá más tarde tener el derecho eventual a este tipo de pensiones.

A los pensionistas de vejez es garantizado un valor mínimo de pensión variable en función del número de años civiles con registro de remuneraciones relevantes para efectos de la tasa de formación de pensión cuyos montantes constan de legislación propia. Una vez más sería importante que, en analogía con lo defendido para las pensiones de vejez anticipada, el cuidado de dependientes pudiese ser contabilizada fuera del ámbito de una licencia parental o del régimen de faltas para cuidado de familiares, ya que no se sencillo comprender

que una persona que se haya dedicado a cuidar de los suyos a la hora de poder gozar de una pensión de vejez se queda solamente con una pensión mínima social, muchas veces insuficiente para proporcionar alguna independencia económica.

Resulta claro que este tipo de medidas significarían un esfuerzo presupuestario todavía las mismas contribuyan para una mayor justicia social y una igualdad real entre hombres y mujeres, siendo innegable que serían las mujeres las principales beneficiadas con este tipo de medidas.

Siempre que el valor de las pensiones calculadas en los términos generales sea de montante inferior a los valores garantizados, añada al respectivo montante una prestación por complemento social cuyo valor corresponde a la diferencia entre el valor mínimo garantido y el valor de la pensión estatutaria o reglamentar.

Relativamente a los montantes se podrá discutir aquí también la repercusión de la discriminación de la mujer en términos de ascenso a un puesto de mayor jerarquía profesional, y consecuentemente a un mayor ingreso con repercusiones al nivel de la pensión de vejez e invalidez. ¿No será exigible al Estado, en cuanto garante de justicia social, encontraren una forma de compensar esa realidad. ¿No culminará en un camino de injusticia el hecho de no solamente permitirse que la discriminación en el ascenso sobre el sexo femenino continúe ocurriendo como además se la deje repercutirse por todo el resto de la vida, ya que a la hora de determinarse el montante de una pensión se lo hace bajo el reflejo de un histórico remunerativo claramente discriminatorio?

Pienso que llegada es la hora de procurar mecanismos que permitan introducir un suplemento monetario al total de la pensión apurada para el ciudadano perteneciente al sexo históricamente

perjudicado. Es seguramente un tema controvertido que merece atención por parte de los políticos y del poder legislativo para que se puedan tomar medidas sobre esta materia.

Esta presunción de discriminación sobre la trabajadora será todavía más visible en los casos en que sus habilitaciones académicas no corresponden de todo con su precurso profesional. ¿Será todavía legítimo pensar que cuando dos personas de sexo distinto no hayan conseguido de forma nítida alcanzar la correspondencia entre habilitaciones *versus* precurso profesional al largo de sus carreras, presuponer que la perteneciente al sexo infrarrepresentado no lo hizo porque ha sido discriminada, mientras que el otro no lo ha conseguido por razón de su inhabilidad profesional?

Sencillo es determinar que la mujer es discriminada a la hora de ascender a un puesto mejor remunerado, todavía ni siempre esto sucede. ¿Será preferible beneficiar todo el grupo infrarrepresentado a la hora de determinar el montante de un pensión de forma a compensar los elementos realmente discriminados, beneficiando aquellos que perteneciendo al grupo nunca lo han sido, o dejar de hacerlo, para no asumir el riesgo de no beneficiar quien no lo merece?

Pienso que la ciencia estadística puede desempeñar aquí una importancia crucial, todavía no es tarea sencilla ya que la discriminación ocurre a menudo de forma oculta y discreta en los interiores de las empresas, en las mentes de los reclutadores. Por esa razón lo ideal será atacar el problema propiamente dicho, es decir, a atacar la propia discriminación que ocurre a la hora de optarse entre un candidato peor preparado en detrimento de otro por el hecho de aquel pertenecer al sexo suprarrepresentado. Sin embargo, mismo partiéndose de una premisa hipotética que no hay más discriminación en el momento de contratar o de promover, el pasado todavía no se puede borrar, todavía cuando llega la hora de determinarse el

montante de cada pensión se lo hace de la misma forma para hombres y mujeres, corroborándose con la discriminación que se compete erradicar.

Sobre la contabilización del tiempo para efectos de producción de la tasa de formación de la pensión importa subrayar que esta legislación determina que el tiempo de servicio militar obligatorio, impuesto solamente al sexo masculino, es contado a requerimiento de los interesados bajo algunas circunstancias. Una vez más sería preferible la misma solución defendida para los casos de pensión de invalidez.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La igualdad formal está relacionada con un trato estrictamente igualitario que ante un trato formalmente igual presume su constitucionalidad. Esta presunción admite todavía ser contrariada en el argumento de que ni todo trato desigual es inconstitucional, ya que ante hechos concretos de la vida real no se puede dar siempre un trato igual delante de realidades distintas. En Europa, la constitucionalidad de la diferenciación se basa en la existencia de una justificación objetiva y razonable para la misma, como ha señalado el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos al referir que «la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable». La igualdad material surge en las Constituciones europeas en el periodo pos Segunda Guerra Mundial, bajo la nueva concepción de Estado social y democrático de Derecho, como una excepción a la igualdad formal y como un mandato a los poderes del Estado de intervención en la sociedad. En analogía con otras constituciones europeas, la CRP hace referencia expresa a este principio, describiendo como tarea fundamental del Estado alcanzar la igualdad real de los ciudadanos en su artículo 9. Es en el contexto de la igualdad material que las medidas de discriminación positiva son generalmente definidas como normas de carácter temporal consignadas a la eliminación de comportamientos y prácticas de diversas índoles, como culturales, sociales, políticas y económicas, que impiden al grupo desfavorecido alcanzar determinado bien. Estos tipos de medidas van más allá del control de la aplicación de las leyes que desarrollan el principio de igualdad, ya que proporcionan ventajas concretas al grupo discriminado, encontrando su justificación en el objetivo que intentan alcanzar en el futuro: la igualdad de hecho.

SEGUNDA

Las medidas de discriminación positiva deben llevarse de forma restrictiva y cuidadosa, por afectaren derechos fundamentales del colectivo históricamente privilegiado. Hay defensores que argumentan que este tipo de medidas sólo deben ser utilizadas cuando no exista otro medio de alcanzar el objetivo de igualdad real en el ámbito concreto en el que se quiere instaurar. La interpretación de la jurisprudencia constitucional europea y de la doctrina han reconocido por ejemplo que la discriminación positiva está relacionada con el trato formalmente desigual que basa la diferencia en el tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado, entre los que se encuentran las mujeres, caracterizándose principalmente por ser medidas que favorecen a los miembros de un colectivo por su pertenencia al mismo, sin que haya necesidad de ocurrir la intención, el deseo o el merito para beneficiarlo y sin tomar en cuenta sus circunstancias individuales. Es importante todavía encontrar el punto de equilibrio entre el interés de garantizar una igualdad de hecho y compensar discriminaciones históricamente realizadas sobre determinado grupo de individuos y el interés en la contratación de los más aptos, independientemente del sexo a que pertenecen. Para alcanzarse ese deseable equilibrio, es razonable que la preferencia otorgada al grupo infrarrepresentado deba ocurrir solamente cuando los candidatos minusvalorados muestren aptitudes semejantes a los restantes candidatos y no declaradamente inferiores, ya que de otra manera, en mi opinión, son injustas, desproporcionales y rígidas, porque tienen en cuenta principalmente los objetivos previamente estipulados por las medidas de discriminación positiva, dejando en un plano secundario el análisis del caso concreto y las respectivas aptitudes de los candidatos, siendo incuestionable que tal selección tampoco prestigia al candidato favorecido o al grupo al que pertenece, estigmatizándolo.

TERCERA

La primera manifestación de la compatibilidad de la discriminación positiva con el derecho comunitario ocurrió con el artículo 2.4 Directiva 76/207/CEE, donde se optó por una estrategia de «ni promover ni prohibir la misma» ya que el Consejo ha preferido mantenerse aislado de una posición más aclaradora, no sólo con relación a la utilidad de la discriminación inversa como también a los términos en que ésta se debería ejercer, dejando toda la competencia para los Estados Miembros. El artículo 141.4 TCE, en la nueva redacción, dada por el Tratado de Ámsterdam, se dispone que: «con el objetivo 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». Aunque el Tratado no imponga también la discriminación positiva como una política de los Estados Miembros, su referencia refuerza la legitimidad de las políticas nacionales al respecto, bien como incentiva a la adopción de tales medidas por parte de los Estados, pudiendo considerarse que puede resultar compatible con el Derecho comunitario el establecimiento de diferencias positivas siempre y cuando estas se dirijan a colectivos que se encuentran en una situación desigual. La intervención del Tribunal Comunitario ni siempre ha sido la más favorable en los asuntos relacionados con la aplicación de discriminación positiva, ni tampoco ha aceptado de forma pacífica las decisiones para la misma, habiendo algunos de sus fallos generado controversia y críticas por parte de algunos cuadrantes de la sociedad como son los casos de las sentencias Kalanke, Marschall, Badeck, Abrahamsson y Briheche.

QUARTA

Entrando en el dominio del contrato de trabajo, es tras la Directiva 76/207/CEE que se aprueba, en el ordenamiento jurídico portugués, el Decreto-Ley 392/79, que consagró que el derecho al trabajo implicaría la ausencia de cualquier discriminación basada en el sexo, incluso por referencia a la situación familiar, donde se incluía un eventual embarazo de la mujer (art. 3.1). Casi veinticinco años después, con la entrada en vigor del CT, el referido diploma ha sido revocado, y prevé ahora que «el trabajador o candidato a un puesto de trabajo tiene derecho a igualdad de oportunidades y de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción o carrera profesionales y a las condiciones de trabajo, y no puede ser (...) perjudicado, privado de cualquier derecho (...) en razón, nombradamente de (...) sexo, (...) situación familiar (...)» (art. 24.1). Es bajo esta exigencia que el CT ha establecido la regla de que el empleador no puede exigir al candidato a un puesto de trabajo la transmisión de informaciones relativas a su salud y estado de embarazo (art. 17.1), solución ya defendida por la doctrina, consagrando además que el empleador no puede «exigir a la candidata a un puesto de trabajo, o a la trabajadora, la realización o presentación de testes o exámenes de embarazo» (art. 19.2).

QUINTA

No obstante la previsión del artículo 30 CT de que «la exclusión o restricción de acceso de un candidato a un puesto de trabajo o trabajador en razón del respectivo sexo a determinada actividad o a la formación profesional exigida para tener acceso a esa actividad constituye discriminación en razón de sexo», se han admitido aquí algunas excepciones. La primera, respecta a la prohibición o condicionamiento al acceso a actividades que puedan implicar riesgos para el patrimonio genético. Este precepto, inspirado en diferentes Directivas comunitarias, donde se destaca la Directiva 92/85/CEE,

relativa a la aplicación de medidas para promover la mejoría de seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en el periodo de lactancia, tuvo como antecedente legislativo el artículo 8 Decreto-Ley 392/79, que, desde la entrada en vigor del CT, previene no sólo la protección del patrimonio genético del trabajador, sino la de sus descendientes. De este modo, siempre que los resultados de la evaluación realizada revelaren la existencia de riesgos para la seguridad o salud de las referidas trabajadoras o repercusiones en el embarazo o amamantamiento, existe la necesidad de tomar las medidas necesarias para evitar la exposición nociva.

SEXTA

La licitud del rechazo por parte del empleador en contratar una candidata a un puesto de trabajo en virtud de estar impedida de ejercer su actividad, basado en la existencia de una norma nacional que prohíba o condicione a las mujeres embarazadas, puérperas o lactantes de desempeñar determinadas funciones y que imponga a las mismas el deber de informar a la entidad patronal sobre su estado de gestación, difícilmente es compatible con el derecho comunitario y, más concretamente, con la interpretación del TJCE, donde, sobre el asunto *Mahlburg*, razonó que «la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener como consecuencia un trato desfavorable en lo que respecta al acceso al trabajo...», lo que no permite al empleador rechazar la celebración del contrato en virtud de no poder colocarla inmediatamente en el puesto de trabajo, tanto más que esta prohibición sólo tiene efectos durante un periodo de tiempo limitado con relación a la duración total del contrato. Por lo que respecta a la cuestión de las consecuencias financieras para la entidad patronal, el TJCE ha considerado que estas no son relevantes para rechazar la contratación, añadiendo que un rechazo de contratación con base en el embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado, sólo podrá aplicarse a las mujeres.

SÉPTIMA

Una de las principales cuestiones relativas a la discriminación retributiva de las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes respecta a la pérdida de los premios de asiduidad, productividad o en la participación de los resultados en secuencia de las faltas justificadas para consultas pre natales, del gozo de licencia por maternidad o dispensa para la lactancia. En ese sentido, el CT ha consagrado que «las licencias, faltas o dispensas relativas a la protección en la paternidad no pueden fundamentar diferencias en la retribución de los trabajadores» (art. 31.4), prohibiendo, asimismo, cualquier trato diferenciado con respecto a la retribución entre los trabajadores cuando prevé que «las diferencias de retribución no constituyen discriminación cuando cimentadas en criterios objetivos, comunes a hombres y mujeres, entre otros, basados en el merito, productividad, asiduidad o antigüedad» (art. 31.3), por considerar que sería una discriminación en función de sexo. Esta solución adoptada por el legislador portugués resultó de la Directiva 76/207/CEE, alterada posteriormente por la Directiva 2002/73/CE, cuando prevé que «el tratamiento menos favorable de una mujer en el cuadro del embarazo o de la licencia por maternidad (...) constituye una discriminación en función de sexo» (art. 2.7). Esta misma protección engloba también a los trabajadores masculinos que gocen de licencias de paternidad.

OCTAVA

El CT prevé la dispensa a las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes de prestar trabajo nocturno durante un periodo de 112 días, antes y después del parto; a lo largo del restante periodo de embarazo, siempre que necesario para la salud de la madre o del concebido; así, como durante todo el tiempo que dura la lactancia, siempre que sea necesario, una vez más, para la salud de la madre o del concebido. La misma legislación prevé además que sería atribuido a estas

trabajadoras un horario de trabajo diurno compatible, o en la imposibilidad de aplicarlo, su dispensa. Con relación a las horas extraordinarias al nivel de la protección de la mujer embarazada y a las trabajadoras con hijo de edad inferior a un año, el ordenamiento jurídico portugués ha garantizado la no obligatoriedad de trabajo suplementario a trabajadoras embarazadas o con hijos con edad inferior a un año de edad (art. 227.3 CT). Estas medidas tienen no sólo el objetivo de proteger la salud de los intervinientes sino de proporcionar la deseable conciliación de la vida profesional y familiar, facilitando el reingreso en las tareas profesionales por parte de la madre, fomentando además una cultura donde el referido reparto sea visto como un derecho y un deber de los trabajadores y una responsabilidad social de las propias empresas hacia la igualdad.

NOVENA

En lo que respecta a la prestación de actividades en régimen de adaptabilidad, se garantiza a la trabajadora embarazada y puérpera su dispensa. Este derecho es alargado también a las hipótesis de lactancia «cuando la práctica de horario organizado según el régimen de adaptabilidad afecte las exigencias de regularidad». En este último caso, de la dispensa prevista, puede beneficiar cualquier de los progenitores que lleve a cabo la lactancia del niño. Con relación al régimen de banco de horas, que prevé la posibilidad del periodo normal de trabajo ser aumentado a través de reglamentación colectiva hasta cuatro horas diarias y alcanzar sesenta horas semanales, con el acrecido a tener un límite máximo de doscientas horas por año, hubo la necesidad de extender el carácter de excepción a este régimen en los mismos moldes del que estaba ya previsto para el régimen de adaptabilidad. Se ha adoptado la misma solución, comprensiblemente, en el régimen del horario concentrado que prevé que, por acuerdo entre el empleador y el trabajador, o por los instrumentos de reglamentación colectiva de trabajo, se pueda concentrar el periodo normal de trabajo semanal en el

máximo de cuatro días de trabajo o que, por los instrumentos de reglamentación colectiva, se pueda determinar un horario de trabajo que contenga hasta tres días consecutivos de trabajo, seguidos, como mínimo, de dos días de descanso, siempre y cuando la duración del periodo normal de trabajo semanal sea respetada, en media, en un periodo de referencia de 45 días. Para de igual modo facilitar la compatibilidad de la vida profesional con la vida familiar, el CT ha garantizado también a los trabajadores con uno o más hijos, o adoptados menores de 12 años y minusválidos independientemente de la edad, la posibilidad de trabajar a tiempo parcial, bajo un horario flexible. El esfuerzo del legislador portugués en seguir los retos comunitarios en materia de conciliación es sin duda significativo, proporcionado que el deseo de constituir familia y la aspiración en proseguir una carrera sean compatibles y cada vez más realidad. Es saludable verificarse además que este tipo de medidas se han previsto desde inicio de su regulación para el padre o adoptante, en el caso de lactancia y de menores de 12 años y minusválidos, ya que otra solución no sería expectable por se tratar de una asunto transversal a ambos sexos. Es todavía tiempo de esperar que la crítica situación que la economía atraviesa no resulte en un estancamiento del modelo comunitario en esta materia con eventuales repercusiones en los ordenamientos jurídicos de los Países miembros.

DÉCIMA

Después de un tímido inicio en la consagración de licencias relacionadas con la asistencia a la familia se ha asistido a lo largo de los últimos años en Portugal a un claro desarrollo que se ha enraizado en la sociedad occidental de nuestros días, verificándose cada vez más su insociabilidad de la esfera de derechos del trabajador durante toda su relación laboral y su vital importancia para el reparto entre la vida particular y las responsabilidades profesionales. Sin duda se trata de un tema que tiene repercusiones una igualdad de resultados entre

ambos sexos en la esfera laboral. En este ámbito se podrán subrayar dos de las principales motivaciones que podrán en mi opinión justificar la adopción de este tipo de licencias. La primera, relacionada con el hecho de que un mayor reparto entre las responsabilidades familiares y las responsabilidades laborales beneficiará en práctica mayoritariamente a las mujeres, ya que son éstas quienes incuestionablemente les dedican más tiempo a las mismas, facilitando de este modo el ejercicio de una profesión y disminuyendo sus dificultades comparativamente con los hombres en el ingreso, manutención y promoción en el trabajo. La segunda, que al contrario de la anterior solamente se verifica cuando está prevista para los trabajadores de ambos sexos, permitirá que el hombre comparta las responsabilidades familiares con su pareja, proporcionado que la mujer tenga así una mayor disponibilidad para desempeñar una profesión y deje de ser la única a «perjudicar» por la entidad patronal siempre que haya necesidad de ausencia al trabajo para asistencia a familia, disminuyendo de este modo su estigmatización.

DECIMOPRIMERA

Acerca del régimen de faltas para asistencia a menores, a personas con discapacidad o enfermedad crónica, importa referir que, en gran medida, las mujeres siguen ejerciéndola, y, por eso, es necesario que haya un cambio de mentalidad, para que esta tarea pueda ser repartida más a menudo por la pareja. Hay necesidad también de implementarse un modelo que incentive al hombre a asumir una mayor cota de responsabilidad en las faltas al trabajo para prestar asistencia a dependientes, así como en todas aquellas que garanticen el apoyo a la familia y que sólo puedan ser ejercida por uno de los elementos de la pareja y representen una pérdida de retribución para los que de ellas benefician. Para que este deseo se haga realidad, se necesitan dos tipos de soluciones que impidan que las razones económicas se conviertan en aquellas que determinan mayoritariamente la opción de la mujer. La

más conservadora defiende la existencia de un subsidio pagado por el Estado, igual a la diferencia que el agregado recibiría si fuera la mujer quien faltara durante el mismo periodo. Esta solución tiene una mayor relevancia debido al hecho de que, en la mayoría de los casos, el hombre tiene un sueldo mayor que el de la mujer, además, las referidas ausencias tendrían, de este modo, una mayor repercusión cuando fueran gozadas por aquél. Otra perspectiva más radical considera que las faltas para asistencia a la familia que impliquen una pérdida de retribución, se deberían financiar por un subsidio igual al total de la retribución que el trabajador recibiría ejerciendo funciones siempre que realizadas por el hombre. Esta segunda solución incentivaría al hombre a faltar al trabajo en lugar de la mujer para impedir, de este modo, una pérdida de retribución para el agregado familiar y, en mi opinión, «obligaría» al hombre a desempeñar un papel más preponderante en la esfera familiar, terminando así el estigma de la mujer a la hora de la contratación laboral permitiéndole una mayor disponibilidad para las funciones laborales.

DECIMOSEGUNDA

La protección concedida a las trabajadoras embarazadas, puérperas o lactantes en el despido en el ordenamiento jurídico portugués figura actualmente del artículo 63 CT, siendo aplicable, además, al trabajador en el gozo de la licencia parental. Importa también referir la presunción de que el despido por hecho imputable al trabajador que se encuentre en una de las referidas situaciones se presume hecho sin justa causa. Cuando el empleador pretenda invocar la caducidad del contrato de trabajo a término de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante, el artículo 144.3 CT, impone la obligación de comunicar a la CITE el motivo de su no renovación, en el plazo máximo de 5 días útiles. Se introdujo esta innovación en la primera versión del CT (art. 133.3), con vista a permitir una mejoría en la protección de estas trabajadoras, al crearse un mecanismo de control de los motivos de no renovación de

contratos a término, situación que condenablemente no era regulada en la legislación anterior, ya que la cesación de este tipo de contratos opera por caducidad y sólo previa protección para la cesación de los contratos de trabajo que ocurriesen por despido. La providencia cautelar de suspensión judicial del despido es objeto de un trato más favorable a la trabajadora embarazada, puérpera o lactante o del trabajador en el gozo de la licencia parental (art. 6.7 CT), en la medida en que la misma sólo no será procedente en la hipótesis de que se verifique que el parecer de la CITE es favorable al despido y que el tribunal considere la verificación del motivo justificativo como una seria posibilidad.

DÉCIMO TERCERA

Según el artículo 63.8 CT, siempre que el despido de la trabajadora embarazada, puérpera o lactante, en el gozo de la licencia, sea declarado ilícito, al verificarse una de las situaciones previstas en el artículo 381 CT, o en virtud de la invalidez del respectivo procedimiento en los términos de los artículos 382 y ss, podrá optarse por la reintegración, sin que él empleador se pueda oponer, a través de la facultad prevista en el CT, aunque se trate de una microempresa o de una trabajadora con cargo de administración o dirección (art. 392.1 CT). La trabajadora puede todavía optar por recibir la indemnización por la antigüedad (art. 391 CT), además de una indemnización por daños no patrimoniales [art. 389.1, a) CT] La segunda opción prevista por el legislador portugués es en mi opinión oportuna ya que la primera solución podrá revelarse en muchos casos inconveniente e incómoda para la trabajadora debido a la situación creada por el empleador.

DÉCIMO CUARTA

En el artículo 63.1 CRP se encuentra plasmada la adopción del derecho portugués por la concepción universalista, es decir, que el derecho a la seguridad social se concibe como un derecho de todos, compitiendo al

Estado organizar, subsidiar y coordinar su esfera de derechos, que protegerá en función de la ocurrencia de determinados eventos, como la enfermedad, vejez, invalidez, viudez, desempleo y demás situaciones de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo. Sin embargo, existen otros preceptos constitucionales que expresan la adopción de una concepción laboralista a la seguridad social, ya que este derecho sirve para mantener los rendimientos del trabajo anteriormente recibidos, en los casos en que se verifiquen eventos que reduzcan o eliminen la capacidad de trabajo. No obstante esta importante función por parte del derecho a la seguridad social, pienso que, en los días de hoy, deberíamos ir más allá, desempeñando una importante función respecto a la igualdad, y más concretamente, a la igualdad entre hombres y mujeres en la esfera laboral, a través de medidas concretas que permitan al sexo infrarrepresentado recuperar y compensar el camino perdido en épocas anteriores. Al reconocer la importancia de que el derecho de la seguridad social podrá contribuir para la igualdad real entre hombres y mujeres, ya que su posición privilegiada se demuestra determinante para dismantelar algunas injusticias sociales, se ha dado particular destaque en este dominio a las pensiones de sobrevivencia, invalidez y vejez y desempleo donde se concluye que se pueden llevar a cabo importantes medidas para compensar las pensiones menores que de, manera general son abonadas a las mujeres, y su mayor dependencia financiera delante su cónyuge.

DÉCIMO QUINTA

La adopción de Directivas comunitarias relativas al principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social ha tenido como efecto la eliminación de las discriminaciones directas vigentes en los Estados miembros. La mayor dificultad está, todavía, en la supresión de las normas que, bajo la apariencia de formulas neutras, tienen, en la práctica, efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre un número superior de personas de determinado sexo y que resultan en la exclusión de un grupo de personas, que tienen un mismo sexo, del ámbito protector de la Seguridad Social, o restringir su acceso a determinados beneficios sociales, o limitar su disfrute. La

jurisprudencia ha realizado una importante contribución, ya que consideró discriminatorios, de forma indirecta, ciertos regímenes legales y rechazó las consideraciones de índole estrictamente presupuestaria para justificar objetivamente, de modo suficiente, un trato indirecto discriminatorio.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., ABELLÁN HONRUBIA, V., (coord.), *La integración de España en Las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 1985;

AA.VV., CRUZ VILLALÓN, J., (coord.), *La Igualdad de Trato en el Derecho Social Comunitario*, Aranzadi, Madrid, 1997;

AA.VV., CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RIO, T., (coords.), *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000;

AA.VV., HERVEY, T. Y O'KEEFFE (eds.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chancery, Chichester, 1996;

AA.VV., MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., y REGUERO CELADA, J., (coords.), *Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad*, Comares, Granada, 2004;

AA.VV., OREJA AGUIRRE, M. y FONSECA MORILLO, F., (coords.), *El Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, Vol. I, Megraw Hill, Madrid, 1998;

AA.VV., PÉREZ DEL RIO, T., (coord.), *La Discriminación por Razón de Sexo en la Negociación Colectiva*, MTAS - Instituto de la Mujer, 1997;

AA.VV., *Código do trabalho anotado*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2004.

AA.VV., RUIZ PÉREZ, E., *Mujer y trabajo*, Bomarzo, 2003;

AA.VV., *El principio de igualdad de retribuciones de los trabajadores en los países miembros de las Comunidades Europeas*, Informe de la Comisión al Consejo sobre el incumplimiento del principio de igualdad de

retribuciones de los trabajadores masculinos y femeninos a 12 de febrero de 1978, MTAS - Servicio de publicaciones, Madrid, 1980;

AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Juan Antonio Sagardo y Bengoechea*. Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1999, pp. 363-338;

AA.VV., *La igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, MTAS, Madrid, 2001;

ABANULO, A., «Equal Pay for Work of Equal Value: The 'Result – oriented Approach that Never Was'», *ILJ*, Vol. 28, nº 4, December, 1999, pp. 365-371;

ABELLÁN HONRUBIA Y VILA COSTA, *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1998;

ADELINO MALTEZ, J., *Tradição e Revolução – uma biografia do Portugal Político do século XIX ao XXI*, Vol. I, Lisboa, 2004;

-Tradição e Revolução – uma biografia do Portugal Político do século XIX ao XXI, Vol. II, Lisboa, 2005;

ALARCÓN CARACUEL, M., «El principio de igualdad de trato en el derecho de la Unión Europea» AA.VV., (coord.) CRUZ VILLALÓN, J., *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997;

ALBERTO DOS REIS, J., *Ciência Política e Direito Constitucional*, Coimbra, 1907;

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985;

ALONSO OLEA, M., «Comentario a la STC 29/1992, de 9-III», *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo X, Civitas, Madrid, 1984;

- «La Unión Europea y la política social», *España y la Unión Europea. Las Consecuencias del Tratado de Maastricht*, Plaza y Janés, Madrid, 1992;

- «Resolución del contrato de trabajo en período de prueba y discriminación por razón de embarazo», *REDT*, nº 36, octubre/diciembre, 1988, pp. 620 y ss.;

ALONSO LIGERO, M. S., «La no discriminación laboral por razón de sexo», *La Europa de los doce. Normas y bases de las políticas laborales*, Mesa redonda (coord. BORRAJO DA CRUZ, E.), CEOE, Madrid, 1986, p. 158;

AMADO, JOÃO LEAL, «Despedimento ilícito e oposição patronal à reintegração: um caso de resolução judicial do contrato de trabalho?», *Temas Laborais*, 2005, pp. 133 a 138.

ARCE GÓMEZ, J. C., *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999;

ARISTÓTELES, *Las Política*, vol. II, Espasa Calpe, Madrid, 1985;

ARNULL, A., «Equal Treatment and Job Classification Schemes», *ELRev.*, 1987, pp. 62-63;

ATKINS, S., «Equal Pay for Work of Equal Value», *ELRev.*, 1983, pp. 48-52;

AZEVEDO, CARLOS A. C., «A Igualdade de Oportunidades», *Revista do Ministério Público*, nº 75, pp. 89 y ss..

BACELAR GOUVEIA, J., *Os Direitos Fundamentais atípico*, Aequitas-Notícias, Lisboa, 1993;

BACCHI C. L., *The Politics of Affirmative Action. Women, Equality and Category Politics*, Sage Publications, Londres, 1996;

BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia y discriminación por razón de Sexo en el Orden Laboral*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1994;

- «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo», *RL*, Tomo I, 1993, pp. 183-184;

-«Discriminación y trato diferenciado normativo por razón de sexo», *RTSS*, nº 12, 1993, pp. 55-81;

- La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000;

- «La propuesta de reforma de la Directiva 76/207: evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario», *Temas Laborales*, nº 59, 2001, pp. 221 y ss.;

- «La Sentencia del TJ de Luxemburgo de 17 de octubre de 1995: entre la acción afirmativa y el varón discriminado», *TS*, nº 58, 1995, pp. 12-21;

- «Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (un análisis conceptual y de legalidad tras la sentencia Marschall)», *RL*, n° 18, 1998, pp. 49-75;

- *El Periodo de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995;

BALLESTERO, M.V., «Acción positiva y punto y aparte», *Revista DOXA*, n° 19, pp. 91-109;

BARKER, E. *Greek Political Theory: Plato and his Predecessors*, Methuen, London, 1970.

BARNARD, C., «The principle of equality in the community context: P., Grant, Kalanke and Marschall: four uneasy bedfellows», *Cambridge Law Journal*, n° 57 (2), Julio, 1998, pp. 352-373;

BARNARD, C. y HERVEY, T., «Softening the approach to quotas: positive action after Marschall», *JSWL*, n. 20, 1998, pp. 333 y ss.;

BARRERE UNZUETA, M. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997;

BERTHOU, K., «Sur les discriminations positives, CJCE 28 mars 2000, Badeck », *DS*, n° 9/10, septiembre/octubre, 2000, pp. 901-908;

BOCH, CHRISTINE, «Case Law – Case C-32/93», *CMLR*, Vol. 33, 1996, pp- 547-567;

BOLICK, CLINT, *The Affirmative Action Fraud (Can We Restore The American Civil Rights Vision?)*, Cato Institute, New York, 1996;

BORRAJO DACRUZ, E., «La no-discriminación por razón de sexo en el derecho español del trabajo» *DL*, n° 2, pp. 39 y ss.

BRAGA DA CRUZ, M., *O partido e o Estado no Salazarismo*, Editora Presença, Lisboa, 1988;

BREMS, E., «Case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, October 17, 1995», *Columbia Journal of European Law*, 1996, pp. 172-179;

- «Case C-409/95, Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 4, 1998, pp. 668-674;

BROCAS, A.; CAILLOUX, A. y OGET, V., *Women and Social Security. Progress towards equality of treatment*, OIT, Geneva, 1990;

BROWERS, J. y MORAN, E., «Justifications in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo», *ILJ*, nº 21, 2002, pp. 307 y ss.;

BROWERS, J.; MORAN, E., y HONEYBALL, S., «Justification in Direct Sex Discrimination: A Reply», *ILJ*, Vol. 32, nº 3, Septiembre, 2003, pp. 185-187;

CABEZA PEREIRO, J., « Discriminación salarial indirecta por razón de sexo. Comentario a la STC 58/1994, de 28 de Febrero, BOE de 24 de marzo», *RL*, 1994, nº 20, pp. 49 y ss.;

CABRAL, P., « A step closer to substantive equality», *ELRev.*, nº 23, 1998, pp. 481-487;

CAETANO, MARCELLO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, II, 6ª ed., Coimbra, 1972;

- *A Constituição de 1933 – estudo de Direito Político*, 2ª ed., Coimbra, 1957;

- *Constituições Portuguesas*, 7ª ed. Verbo, Lisboa, 1994;

CAMPINOS, JORGE, *A Carta Constitucional de 1826*, Lisboa, 1975;

- *O Presidencialismo do Estado Novo*, Lisboa, 1978;

CARDOSO DA COSTA, J. M. M., *A evolução constitucional no quadro da Constituição da República de 1976*, Lisboa, 1994;

CARIDADE DE FREITAS, P., *Um testemunho na transição para o século XIX: Ricardo Raimundo Nogueira*, Coimbra, 2005;

CARLOS ARCE, J., *El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999;

CARLOS MOREIRA, J., *Direito Constitucional* (elementos compilados por A. J. Machado Gonçalves e Graciano Alves), Coimbra, 1951-1952;

- *Organização Política do Estado Português* (elementos compilados por A. Machado Gonçalves y A. Pinto da Cruz), Coimbra, 1952;

CARTER, STEPHEN, *Reflections of an Affirmative Action Baby*, Basic Books, New York, 1991;

CARVALHO, CATARINA, «Considerações sobre o estatuto jurídico-laboral da mulher», *IV Congresso nacional de Direito do Trabalho*, org. António Moreira, 2001, pp. 122 y 123;

CARVALHO HOMEM, A., *O avanço do republicanismo e a crise da monarquia constitucional*, AAVV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s. 1., 1993;

CASAS BAAMONDE M^a. E., «De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio», *RL*, n° 23/24, 2002, pp. 107-124;

- «Igualdad de retribución por razón de género», *RL*, n° 22, 2002, pp. 83-104;

- «La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿O de proporcionalidad?) y principio de buena fe», *RL*, n° 12, 2004, pp. 1-14;

- «¿Una nueva constitucionalización del Derecho del trabajo?», *RL*, n° 12, 2004, pp. 1-14;

CERRI, AUGUSTO, *L'Eguaglianza nelle Giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976;

CHARPENTIER, L., «The European Court of Justice and the rhetoric of affirmative action», *EJL*, Vol. 4, n° 2, 1998, pp. 193 y ss.;

CHIPLIN, B., «An Alternative Approach to the Measurement of Sex Discrimination: an Illustration from University Entrance», *Economic Journal*, diciembre, 1981;

CLIVE, LEWIS, *Judicial remedies in public law*, Sweet & Maxwell, London, 1992;

COELHO MOREIRA, T., *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

COMISIÓN EUROPEA, Propugnar la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres: ejemplos del proyecto del FSE, Oficina de

Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1999;

CORDERO SAAVEDRA, L., «Embarazo de trabajadora y extinción del contrato de trabajo temporal. A propósito de la doctrina comunitaria y del Tribunal Constitucional», *RL*, nº 7, 2004, pp. 51-64;

CORREIA, SÉRVULO, «Teoria da relação jurídica de Seguro Social», *Revista Estudos Sociais e Corporativos*, Año VII, nº 27, julio/septiembre, Junta da Acção Social, Lisboa, 1968.

COSTA, JORGE, «A retribuição e outras prestações patrimoniais no Código de Trabalho», *A Reforma do Código do Trabalho*, 2004, pp. 381-400;

COUTINHO DE ABREU, JORGE, *Do abuso de direito – Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 2003;

CRISHAM, C. A., «Case 43- 75, Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, judgment of the ECJ of 8 April 1976», *CMLR*, 1977, pp. 108-118;

CRUZ VILLALÓN, J., «Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el derecho comunitario», en CRUZ VILLALÓN, J., (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 33-56;

CURTIN, D., «Effective sanctions and the equal treatment Directive: The Van Colson and Harz cases», *CMLR*, 1985, pp. 505 y ss.;

- «Scalping the Community Legislator: Occupational Pensions and Barber», *CMLR*, nº 27, 1990, pp. 475-506;

D'OLIVEIRA MARTINS, A., *La revisión constitucional y el ordenamiento português*, Lisboa/Madrid, 1995;

D'OLIVEIRA MARTINS, G., *Portugal-instituições e factos*, Lisboa, 1991;

DA COSTA FERREIRA, A., *Lei das férias, feriados e faltas*, Lisboa, 1997;

DA MOTTA VEIGA, A., *Lições de direito do trabalho*, 6ª ed., Lisboa, 1995;

DE ALBUQUERQUE, RUY y DE ALBUQUERQUE, MARTIM, *História do Direito Português*, Vol. II, Lisboa, 1983;

DEVINS, NEAL: "Adarand Constructors, Inc. V. Pena and The Continuing Irrelevance of Supreme Court Affirmative Action Decisions" *William and Mary Law Review*, Vol. 37, nº 2, Virginia, 1996, pp. 675-679;

DOCKSEY, C., «The Principle of Equality between Women and Men as a Fundamental Right under Community Law», *ILJ*, Vol. 20, nº1, December, 1991;

DOCKSEY, C. Y FITZPATRICK, B., «Equal treatment. The Dutch Equal Treatment Commission», *ILJ*, Vol. 24, nº1, 1995, pp. 84-90;

DUQUE VIERA, B. Mª., *O problema político português no tempo das primeiras cortes liberais*, Lisboa, 1992;

DURÁN, M. P., «La protección internacional del ejercicio de los derechos humanos por las mujeres», en AA. VV., *La igualdad de mujeres y hombres a la luz del Tratado de Amsterdam*, MTAS, Madrid, 2001;

-«Una aproximación comparada a las acciones positivas: El caso de Italia, Noruega y Argentina», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 34, 2000, pp. 279-298;

DURÁN LÓPEZ, F., «La Igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de Febrero de 1976», *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* (Estudios homenaje al profesor Alonso Olea), MTSS, Madrid, 1990, pp. 393-430.

ELLIS, E., *EC sex equality law*, Clarendon Press, 2ª ed., Oxford, 2004;

- «Recent developments in European Community sex equality», *CMLR*, Vol. 35, 1998, pp. 379-408;

- «The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of sex equality», *CMLR*, Vol. 37, 2000, pp. 1403-1426;

- «The supremacy of community pensions equality law: a two edged swords», *ELR*, Octubre, 2000, pp. 564-570;

EVANGELISTA, VÍTOR, *História das Constituições Políticas Internacionais*, Lisboa, 1978;

FÁTIMA RIBEIRO, M., «O tempo de trabalho no direito comunitário», *Dois temas de direito comunitário do trabalho*, Porto, 2000, pp. 117 y 118;

FAVOREU, LOUIS «Principio de igualdad y representación política de las mujeres» *REDC.*, n° 50, CEC, mayo-agosto, 1997, pp. 22-26;

FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN, *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003;

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., «La discriminación positiva en el ámbito comunitario. Notas a la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995», *AL*, nº 44, 1995, pp. 759-775;

FERNÁNDEZ DE LA VEGA, T., «El principio de igualdad», en AA.VV., *Derecho Social Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 48 y ss.

FERNÁNDES DOMÍNGUEZ, J. J., *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social*, La Ley, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «Igualdad y no-discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional» en AA.VV., (coords.), APARICIO, J. y BAYLOS, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992;

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «El descanso por maternidad: una conciliación posible entre empresarios y trabajadores», *RL*, nº 7, 2004, pp. 25-49;

FERREIRA DA CUNHA, P., *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Coimbra, 1995;

FERRERAS ALONSO, F., «La igualdad de trato de mujeres y hombres en la Seguridad Social española, de la realidad constitucional a la realidad diaria», *RL*, pp. 14-39;

- «La evolución de la Seguridad Social en la Unión Europea con especial referencia a las pensiones», *RL*, nº 1, 2002, 18, pp. 447-482.

FISCUS, RONALD J., *The Constitutional Logic of Affirmative Action*, Duke University Press, Durham and London, 1992;

FOUBERT, PETRA, *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community*, Kluwer Law, The Hague, London, New York, 2002;

FREEMAN, M., VARGO, K. et al., «Achieving the Rights Result: Affirmative Action and Article 4 of the Women's Convention», *IWRAW Publications: IWRAW Consultation Reports*, 1997, pp. 1-4;

FREITAS DO AMARAL, DIOGO, *Uma solução para Portugal*, Ed. Europa-América, Lisboa, 1985;

FRIEDMAN, MARILYN A., «Harming Women as a Group» *Social Theory and Practice*, Vol. 11, nº 2, 1985, pp. 124-126;

FONTES, JOSÉ, *Legislação de Direito Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, 2004;

FURTADO MARTINS, P., *Cessação do contrato de trabalho*, 2ª ed., Principia, 2002;

GARCÍA, INDA. A. y LOMBARDO, E., *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002;

GARRIDO PÉREZ, B., «La noción de trabajador beneficiario de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de seguridad social» en AA.VV., *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996. pp. 71 y ss.;

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, CES, Madrid, 2004;

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999;

GRIMSHAW, D. y RUBERY, J., *The Gender Pay Gap: A research review*, EOC- Research Discussion Series, 2001;

GOLDMAN, ALAN H., *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton University Press, Princeton, 1979;

GOMES CANOTILHO, J. J., «As Constituições» en José Mattoso (Dir.), *História de Portugal*, Vol. 5, Editorial Estampa, Lisboa, 1998, pp. 126-139;

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 7ª ed., Almedina, 2010;

GOMES CANOTILHO, J.J. y VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991;

- *Constituição da República anotada*, 1º ed., Coimbra, 1978;

GOMES, JULIO, «Trabalho a Tempo Parcial», en *III Congresso Nacional de Direito de Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000, p.87, nota 41;

- «O contrato de trabalho a termo ou a tapeçaria de Penélope» *Estudos do Instituto de Direito do trabalho*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 35 y ss.;

- «Do Uso e Abuso do Período Experimental», *RDES*, ano XLI, 2000; pp. 37-74 y 245-276;

GOMES, JÚLIO y CARVALHO, CATARINA, «Sobre o regime da invalidez do contrato de trabalho», *Congresso nacional de direito do trabalho – Memórias*, coord. de António Moreira, Almedina, 1999, pp. 149 y ss.;

GOMES, JÚLIO y CARVALHO, RAQUEL, «Código do Trabalho - a (in)constitucionalidade das normas relativas à repetição do procedimento disciplinar e à reintegração», *QL*, nº 22, 2003, p. 222;

GÓMEZ ISA, F.; «Marco Jurídico», *II Congreso Internacional sobre Género y Políticas de Acción Positiva*, Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 1999, pp. 28-49;

GOÑAS, L., «Gender Segregation and the European Employment Strategy: Levels and Divisions», *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 10, nº 2, pp. 139-159;

GONZALO, GONZÁLEZ, B., «EL principio de igualdad de oportunidades y la excepción de la discriminación inversa», *RL*, nº 12, 1996, pp. 12-19;

GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997;

- «La reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL*, nº 24, 1999, pp. 29-51;

- «Situación de Embarazo y Principio de Igualdad de Trato. La Regulación Comunitaria y su Jurisprudencia», *REDT*, nº 97, 1999, pp. 750 y ss;

GUERRA, AMADEU, *A Privacidade no Local de Trabalho*, Almedina, 2004;

GUERRERO PADRÓN, T., «Directivas Comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social», *Temas Laborales*, nº 68, 2003, pp. 73 y ss.;

GUTIÉRREZ DELGADO, J. M., «La inversión de la carga de la prueba en la discriminación por razón de sexo dentro del Derecho del Trabajo», *Principio de Igualdad en la Constitución española*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991;

GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B., «La coincidencia temporal de la baja por maternidad y las vacaciones: adaptación necesaria de la jurisprudencia española al Derecho comunitario», *RL*, nº 9, 2004, pp. 61-68;

- *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 171 y ss.;

HEIDE, I., «Supranational action against sex discrimination: Equal pay and equal treatment in the European Union», *International Labour Law Review*, Vol. 138, nº 4, 1999, pp. 390 y ss;

HERVEY, T.K., en *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, London, 1993;

JOHNSON, R. A., «Affirmative Action Policy in the United States: its impact on Women», *Policy and Politics*, 1990, Vol. 18, nº 2, p.78;

JONES, HARDY «Fairness, Meritocracy and Reverse Discrimination» *Social and Theory Practice*, Vol. 4, nº 2, 1977, pp. 211-226;

KÜCHHOLD, K., «Badeck – The third German reference on positive action», *Industrial Law Journal*, Vol. 30, nº1, marzo, 2001, pp. 116-120;

LANQUENTIN, M. T., «De l'égalité de chances. A propôs de l'arrêt Kalanke, CJCE 17 octobre 1995», *DS*, nº 5, 1996, pp. 494-501;

- «Égalité de traitement et discrimination entre les hommes et les femmes», *Action Juridique*, nº 125, juillet 1997, p.14;

- «Le principe de non discrimination», *Droit Ouvrier*, 2001, pp. 186 y ss.;

LEAL AMADO, J., «Despedimento ilícito e oposição patronal à reintegração: um caso de resolução judicial do contrato de trabalho?», *Temas Laborais*, 2005, pp. 133-138;

LEITE, JORGE, «A tutela da saúde das mães trabalhadoras (crónica a propósito da Lei17/95)», *QL*, 1995, nº 5, p. 124;

LIBERAL FERNANDES, F., «Sobre o trabalho nocturno feminino na indústria», *QL*, 1994, nº 1, p. 34;

- *Comentário às leis da duração do trabalho e do trabalho suplementar*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

LÓPEZ ANODÓN, P., «La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, caso Marschall contra Nordrhein-Westfalen)», *AJA*, nº 323, 1997, pp. 1-3;

LOPES DO REGO, C., «Higiene e saúde no trabalho – Exames obrigatórios – Reserva da vida privada», *RMP*, nº 92, 2002, pp. 149-158;

LÓPEZ GANDIA, J., «La Directiva comunitaria 79/9/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho español», *Noticias/CEE*, nº 44, 1998, pp. 155 y ss.;

- «La Directiva comunitaria 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social», *Noticias/CEE*, nº 43 y 44, pp. 155 y ss.;

LÓPEZ GARRIDO, D., «La igualdad de tratamiento laboral entre hombre y mujer en el Derecho comunitario», *AL*, nº 2, 1986;

-Libertades Económicas y Derechos Fundamentales en el Sistema Comunitario Europeo, Tecnos, Madrid, 1986;

LOPES PRAÇA, J.J., *Colecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português*, Vol. I, Coimbra, 1984;

-Colecção de leis e subsídios para o estudo do Direito Constitucional Português, Vol. II, Coimbra, 1984;

LOUSADA AROCHENA, J.F., «La protección de la salud laboral de las trabajadoras Embarazadas, Parturientas o en Período de lactancia», *AL*, nº 38, 1998, pp. 708 y ss.;

- «El principio de transversalidad y el Derecho de la Seguridad Social», *REDT*, nº 106, 2001, pp. 530 y ss;

- «El riesgo durante el embarazo (I)», *AL*, nº 28, 2001, pp. 583-599;

- «Principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres: la aplicación por la jurisprudencia ordinaria», *AL*, nº 1, enero 2004, pp. 11-24;

LÚCIA RAPOSO, V., «Os limites da igualdade: um enigma por desvendar (a questão da igualdade laboral entre os sexos)», *QL*, Coimbra, nº 23, 2004;

MACHADO DRAY, G., *O princípio da igualdade no direito do trabalho – Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999;

- «Autonomia privada e igualdade na formação e execução de contratos individuais de trabalho», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 83 y ss.;

MAIA DA SILVA, M. M., «A discriminação sexual no mercado de trabalho: uma reflexão sobre as discriminações directas e indirectas», *QL*, Coimbra, nº15, 2000, p. 107.;

MANGAS MARTÍN, A., «La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario», *Revista de las Instituciones Europeas*, 1991, pp. 587 y ss.;

MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑAN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la UE*, McGraw Hill, Madrid, 1996;

MANUEL PEREIRA, A., *As Constituições Políticas Portuguesas*, Porto, 1961;

MARQUES GUEDES, A.M., *Direito Constitucional*, Lisboa, 1961;

MARIÑO MENÉNDEZ, F. M. y FERNÁNDEZ LIESA, C., «La protección de las personas y grupos vulnerables en el derecho europeo», *MTAS*, Madrid, 2001, p.48;

MARTÍN VIDA, M. A., «Medidas de tratamiento preferente en favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la Sentencia Marschall», *REDC*, nº 53, 1998, pp. 313-336;

MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «La discriminación salarial por razón de sexo», *RL*, nº 22, 1989, pp. 16 y ss.;

MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., «La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo», *AL*, nº 41, 2000, pp. 677 y ss.

- «La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al trabajo, a la formación y a la promoción profesionales, y a la condiciones de trabajo», *AL*, nº 41, 2000, pp. 677 y ss

MARTINS DA SILVA, A., *A vitória do liberalismo e a instabilidade constitucional: cartismo, setembrismo e cabralismo*, en AAVV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s. 1., 1993.

Mc.GLYNN, C. Y FARRELLY, C., «Equal Pay and the Protection of Women within Family Life», *ELRev.*, Vol. 24, nº 2, abril, 1999, pp. 202-208;

MEDINA, JOÃO, *História de Portugal Contemporâneo – político e institucional*, Lisboa, 1993;

MERTUS, J.A., «Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen. Case n. C-409/95», *American Journal of International Law*, Vol. 92, nº 2., 1998, pp. 296-300;

MEXIA SALEMA, J., *Princípios de Direito Político*, Coimbra, 1841;

MILLÁN MORO, L., «Igualdad de trato entre hombres y mujeres: igualdad formal versus igualdad substancial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 3, Madrid, enero/junio, 1998, pp. 743-751;

MIRANDA, JORGE, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, 8ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009;

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

- *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008

- *As Constituições Portuguesas*, 1ª ed., Lisboa 1981;

- *As Constituições Portuguesas – de 1822 ao texto actual da Constituição*, Petrony, Lisboa, 2004;

- *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

- *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978;

- *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da moeda, Vol. II, Lisboa, 1978;

MIRANDA, JORGE y MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa anotada*, I, Coimbra, 2005;

MONTOYA MELGAR, A., «Igualdad salarial por razón de sexo» en AA.VV., *El salario y las garantías salariales. Cuadernos de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 155 y 156;

- *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001;

MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M., y SEMPERE NAVARRO, J. V., *Instituciones de Derecho Social Europeo*, Tecnos, Madrid;

MOREIRA, VITAL, *História do Constitucionalismo Português (até à Constituição de 1976)*, Coimbra, 2002-2003;

MURPHY, WALTER F. y TANNENHAUS, JOSEPH, *Comparative Constitutional Law – Cases and Commentaries*, Nova Iorque, 1977;

NASCIMENTO, RICARDO, *Da Cessaçao do Contrato de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;

NELSON, J. A., «Trabajo, sexo y división entre lo económico y lo social» *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, nº 1, 1998, pp. 36 y ss.;

NEVADO FERNÁNDEZ, M^a. J., «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores. (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de Seguridad Social.) (I)» *REDT*, nº 105, mayo/junio, 2001.

- «El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores. (Maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y de Seguridad Social) (y II).», *REDT*, nº 106, julio/agosto, 2001, pp. 500 y ss;

- *El ejercicio del derecho al honor (por el trabajador) en el contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999;

NOBRE VARGUES, I. y REIS TORGAL, L., *Da revolução à contra-revolução: vintismo, cartismo, absolutismo. O exílio político*, en AA.VV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s.1., 1993;

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., LÓPEZ CUMBRE, L. Y MORÓN PRIETO, R., «El principio de igualdad de trato en las Directivas comunitarias en materias de Seguridad Social», *RMTAS*, nº 12, 1998, pp. 139 y ss.;

NOGUEIRA PINTO, J., *Portugal – os anos do fim –O fim do Estado Novo e as origens do 25 de Abril*, 2ª ed., Lisboa, 1955, pp. 65 y ss.;

NUMHAUSER-HENNING, A., «Swedish sex equality law before the European Court of Justice. Case C-407/98 Katarina Abrahamsson and others v. Elisabeth Fogelqvist [2000] IRLR 732 (ECJ)», *ILJ*, Vol. 30, March 2001, pp. 121-126;

NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *La licencia por maternidad de la trabajadora*, Dykinson, Madrid, 2002;

OJEDA AVILÉS, A., *El Sistema Común Europeo de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997;

OLIVEIRA MARQUES, A.H., *História de Portugal*, III, 2ªed., Lisboa, 1981;

-*A primeira república portuguesa*, 3ª ed., Lisboa 1980;

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa», *AL*, nº 7, febrero 2001;

- *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*, en MTAS, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999;

ORTIZ LALLANA, C., «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas. Notas STJCE de 1 de julio de 1986», *AL*, nº 17, 1987, pp. 889-906;

- «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias/CEE*, nº 32, 1987;

- «El principio de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el ordenamiento comunitario y en España (A propósito de la STJCE de 1 de julio de 1986)», *REDT*, nº 29, 1987;

- «El proceso de igualdad salarial y las discriminaciones indirectas (notas sobre la STJCE de 1 de julio de 1986)», *AL*, nº 17, 1987;

- «Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea», *RMTAS*, nº 47, 2002, pp. 99-109;

- «Igualdad de trato por razón de sexo: un estudio especial I y II», *AL*, nº 13 y 14, 1988;

- «La política comunitaria de empleo sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», *Aqualitas*, nº 1, mayo, 1999;

PALLA LIZARDO, J., «Exames médicos obrigatórios e direitos de personalidade – o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25.10.2000», *QL*, nº 24, 2004, pp. 215- 224;

PALMA RAMALHO, M. R., *Direito do Trabalho*, Vol. II, 2ª ed., Almedina, 2008;

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo», *DL*, nº 8, 1983, pp. 7-28;

- «El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo», *RL*, 2000-I, pp. 442 y ss.

- «El derecho a la igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo», *Carta Laboral*, nº 29, mayo, 2000, pp. 1-8;

- *Los Derechos laborales en la constitución española*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991;

-«Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 30 de Junio de 1998 (asunto Mary Brown contra Rentokil Lte., C-394/1996).», *Carta Laboral*, nº 4, 1999, pp. 61-65;

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. Y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, CEURA, 12ª ed., Madrid, 2004;

PANIZO ROBLES, J. A., «Una nueva prestación de la Seguridad Social, (a propósito de la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, 1999, nº extra, pp. 130 y ss.;

PANNICK, D., *Sex Equality Law*, Clarendon press, Oxford, 1985;

PECES-BARBA M. G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III, 2004. p. 242;

PERES, DAMIÃO; DE CARVALHO, JOAQUIM; PASSOS, CARLOS; GUEDES, MARQUES y RIBEIRO, ÂNGELO, «História Política», en AA.VV, *História de Portugal* (org. de Damião Peres), VII, Barcelos, 1935;

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El derecho social comunitario en el tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994;

PÉREZ DEL RÍO, T., « Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral», *Instituto Andaluz de la Mujer*, Sevilla, 1999;

- «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho comunitario», en AA.VV, *Mujer y Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003;

- *El principio de igualdad y no-discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984;

- «La abusiva protección frente a la discriminación en el derecho comunitario. Las D. 2000/43/CEE, D. 2000/78/CEE y D. 2002/73/CEE. Modificación de la D. 76/207/CEE», *RDS*, nº 19, 2002, pp. 91-114;

- *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993

- «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate», *Temas Laborales*, nº 52, 1999, pp. 39-68;

PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, M. A., *Mujer y Salud Laboral*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2000;

PÉREZ LUÑO, A. E. «Sobre la igualdad en la Constitución española», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, 1987, pp. 133-151;

PÉREZ MENAYO, V. Y BARTOLOMÉ LLORENTE, J., «El principio de igualdad de trato entre hombre y mujer en materia de Seguridad Social (Comentario a la sentencia de 8 de marzo de 1988, dictada en el asunto 80/87)», *Noticias/CEE*, nº 61, 1990, pp. 113 y ss.;

PÉREZ YÁNEZ, R., «Un nuevo paso en la tutela comunitaria de la trabajadora embarazada. Notas sobre la STJCE de 30 de Junio de 1998», *AL*, nº 4, 1999, pp. 69-81;

PETERS, A., *Women, quotas and constitutions: a comparative study of the affirmative action for women under American, German, EC and International Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1999;

PINHEIRO FERREIRA, S., *Observações sobre a Constituição do Império do Brasil e sobre a Carta Constitucional do Reino de Portugal*, 2ª ed., Paris, 1835;

PINTO DA CRUZ, A. «Sobre a igualdade de género», *Minerva*, nº10, 2007, pp. 87-127;

PINTO DOS SANTOS, MANUEL, *Monarquia constitucional – organização e relações do Poder Governamental com a Câmara dos Deputados 1834-1910*, Lisboa, 1986;

PIZARRO BELEZA, M^a. L. «O estatuto das mulheres na Constituição», *Estudos sobre a Constituição*, Vol. I, Lisboa, 1977, pp. 63 y ss.;

PHILIP, C., «Gabrielle Defrenne, Arrêt du 8 avril 1976 (aff. 43-75)», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1976, pp. 529-535;

POZO MOREIRA, F. J., «El concepto de retribución sometido al juicio de paridad salarial», *AL*, nº 2, 2003, pp. 27-46;

- «La actuación de los organismos públicos en el proceso laboral en supuestos de discriminación por sexo: la obligada asistencia a la víctima por parte de los organismos para la promoción de la igualdad. Comentario a la Directiva 2002/73/CE», *RMTAS*, nº 52, 2004, pp. 131-144;

PRECHAL, S., «Case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, [1995] ECR I-3051», *Common Market Law Review*, nº 33, 1996, pp. 1245 – 1259;

- «Combatting Discrimination in Community Law Context», *Legal Issues of European Integration*, 1993, pp. 81 y ss.;

- «Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes», *CMLR*, nº 41, 2004, pp. 537 y ss.;

- «La lucha contra la discriminación indirecta en el marco de Derecho Comunitario», *Informe de la Dirección General y de la Comisión de la CE al Servicio de Relaciones con Europa del Ministerio de Asuntos Sociales*, Instituto de la Mujer, 1992;

PRECHAL, S. Y BURROWS, N., *Gender Discrimination Law of the European Community*. Aldershot: Dartmouth, 1990, pp. 186 y ss;

PULLARCA BONILLA, M. A. Y ROLDÁN ESTRADA, N., «Régimen normativo vigente de la pensión de viudedad: propósitos, realidades y carencias de las reformas introducidas», *Revista Técnico-Laboral*, nº 77, 1998, pp. 468 y ss.;

PUMAR BELTRÁN, N., *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2001;

QUEIRÓS, CRISTINA, *O sistema político e constitucional português*, Lisboa, 1992;

QUESADA SEGURA, R., «Discriminación salarial por razón de sexo: Directivas comunitarias y Constitución», *RL*, nº 31, 1994, pp. 35 y ss;

QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996;

- «La Sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de Octubre de 1995 sobre el caso 'Kalanke v. Glissman», *AL*, nº 5, 1996, pp. 145-159;

RADIN, M., «Las medidas de igualdad de oportunidades a favor de la mujer en el empleo», *AS*, nº 22, 1999, pp. 69-91;

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., *Introducción al derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1986;

RAMOS, RUI, *A Segunda Fundação*, en AA.VV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), VI, s. 1., 1994;

RAMOS MARTÍN, N. E., «Acción positiva en favor de la mujer en el Derecho Comunitario», *Igualdad ante la Ley, XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 2004;

- «Comentario a la sentencia del TJCE de 28 de marzo de 2000, Badeck, asunto C-157/97», *Carta Laboral*, nº 33, 2000, pp. 59-61;

- «Comentario a la sentencia del TJCE, de 3 de Febrero de 2000, asunto C-207/1998», *Carta Laboral*, nº 37, octubre 2000, pp. 53-55;

-«Comentario a la STJCE de 6 de julio de 2000, Abrahamsson, asunto C-407/1998», *Carta Laboral*, nº 41, 2000, pp. 33-36;

- «La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria», *RMTAS*, nº 37, 2002, pp. 183-202;

REGINA REDINHA, M., «Igualdade de tratamento no trabalho e no emprego», *Estudos em Comemoração dos 5 anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2001, pp. 931 y ss.;

REGUERO CELADA, J., «La igualdad de trato desde la estrategia europea de empleo. (Una perspectiva globalizadora)», *Mujer y empleo. Una estrategia para la igualdad*, Comares, Granada, 2004, pp. 43-60;

REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, MC Graw-Hill, Madrid, 1995;

- «La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», *REDC*, nº 47, 1996, pp. 309-332;

RIVERO ORTEGA, R., «Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia Kalanke del TJCE», *REDA*, nº 90, 1996, pp. 321-333;

ROBINSON, D., «Diferencias de remuneración entre los sexos según la profesión», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, nº 1, 1998, pp. 8 y ss.;

ROCHA SARAIVA, A.C., *Apontamentos de Direito Constitucional* (corrigidos por Arlindo de Castro), Lisboa, 1931;

RODRIGUES QUEIRÓ, AFONSO, «O Novo Direito Constitucional Português», *BFDUC*, Vol. 22, 1946;

RODRIGUEZ MANZANO, I., «Hacia la integración de la igualdad entre el hombre y la mujer en la política comunitaria de cooperación al desarrollo. Comentario al Reglamento CE nº 806/2004, relativo al fomento de la igualdad entre el hombre y la mujer en la cooperación al desarrollo», *Revista General de Derecho Europeo*, Iustel, nº 5, 2004;

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad de resultados», *RL*, nº 3, 1996, pp. 1-10;

-«Discriminación, igualdad de trato y acción positiva», *RL*, nº 22, 1995, pp. 90-92;

- «Comentario a la Sentencia Kalanke; la discriminación positiva de la mujer.», *RL*, nº 22, noviembre, 1998, pp. 1 y ss.;

- «Cuestión prejudicial, derecho a la tutela judicial efectiva y primacía del principio de no discriminación sobre el Derecho comunitario derivado», *RL*, nº 2, 2003, pp. 77-88;

- «El informe sobre el impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas», *RL*, nº 10, 2004, pp. 3-4;

- «Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo», *RL*, nº 23, 1999, pp. 5 y ss.;

- «Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», *RL*, nº 2/3 1993, pp. 22 y ss.;
- «Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora», *RL*, nº 11, 1991, pp. 5-10;
- «Discriminación salarial e igualdad de género», *RL*, nº 1, enero, 2001, pp. 1-9;
- «La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género», *RL*, nº 19, 2001, pp. 11 y ss;
- «Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascenso en la Sentencia Marschall del TJCE», *RL*, nº 24, 1997, pp. 1-8;
- «La igualdad de remuneración entre trabajadores y trabajadoras y el art. 119 del Tratado de Roma», *RL*, nº 1, 1986, pp. 163 y ss.;
- « Los derechos sociales en la dimensión europea», *El Espacio Social Europeo*, Centro de Documentación Europea, Universidad de Valladolid, Lex Nova, Valladolid, 1991, p. 42;
- «Seguridad Social, maternidad y familia», *RL*, nº 14, 2000;

RODRIGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO-FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M^a. E., «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», *RL*, nº 7/8, 2000, p. 3 y ss.;

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LOPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Comentario a repertorio de la jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1994», *RL*, 1995, p.8 y ss.;

ROMANO MARTINES, P., «Igualdade de tratamento no direito laboral – A Aplicação da Directiva 76/207/CEE em Portugal», *Direito e Justiça*, Vol. IX, nº 2, 1997, p. 89;

- «Do direito do empregador se opor à reintegração de um trabalhador ilicitamente despedido», *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor António Motta Veiga*, 2007, pp. 267-289;

ROSÁRIO PALMA RAMALHO, M., *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. I, Almedina, 2003;

ROSENFELD, M., *Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry*, Yale University Press, New Haven and London, 1991, pp. 163 y ss.;

ROSSILI, M., «Políticas de género de la Unión Europea», en AA.VV., *Políticas de género en la Unión Europea*, Narcea Ediciones, Madrid, 2001, pp. 28 y ss.;

RUBENSTAIN, M., *Equal Pay for Work of Equal Value*, MacMillan, Londres, 1984, pp. 61 y ss;

RUBIO LORENTE, F., «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *REDC*, 1991;

RUIZ MIGUEL, A., *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, *Doxa*, nº 19, 1996;

- «Discriminación inversa e igualdad» *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994, p. 81;

SÁ CARNEIRO, F., *As revisões da Constituição Política de 1933*, Porto, 1971;

SAENZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994;

SARMENTO E CASTRO, C., «A Protecção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores», *QL*, 2002, n° 19, pp. 27-60, y n. 20, pp. 139-163;

SASTRE IBARRECHE, R., «La acción positiva de las mujeres en el Derecho comunitario», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, n° 6, junio de 2004;

- «Protección por muerte en el Régimen General de la Seguridad Social: la necesidad de una reforma», *Temas Laborales*, n° 59, 1996, pp. 31 y ss;

SENDEN, L., «Case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, [1995] ECR I-3051», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 3, 1996, pp. 146-164;

SHAW, J., «The Burden of the Proof and the Legality of Supplementary Payments in Equal Pay Cases», *ELRev.*, 1990, pp. 260-266;

SILVERA, R., «Les salaries: toutes choses inégales par ailleurs?» en AA.VV., (Dir.) Marnani, M., *Les nouvelles frontières de l'inégalité hommes et femmes sur le marché du travail*, LA Découverte, Paris, 1998, pp. 127-138;

SIERRA HERNAIZ, E., «La sentencia Marschall ¿Un avance en la acción positiva en el derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJCE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95», *AL*, nº 22, 1998, pp. 443-454;

-«Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Comentario a la STJCE de 28 de marzo de 2000, caso Badeck», *RDS*, nº 12, pp. 212-236;

SILVA, LUIS GONÇALVES DA, «O Código do Trabalho face à Constituição», *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol I, pp. 9-105;

SKIDMORE, P., «Sex, gender and comparators in employment discrimination», *ILJ*, nº 26, 1997, pp. 51 y ss;

SOARES MARTÍNEZ, P., *Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, 1978;

SOUSA PINTO, B.A., *Análise da Constituição Política da Monarquia Portuguesa*, Coimbra, 1838-1839;

STAHLBERG, A.C, «Gender and Social Security: Some lessons from Europe», *European Journal of Social Security*, Vol. 4/5, 2002, pp. 227-239;

TAVARES RIBEIRO, M.M., *A restauração da Carta Constitucional: cabralismo e anticlericalismo*, en AA.VV, *História de Portugal* (dir. de José Mattoso), V, s.1., 1993

TEJERINA ALONSO, J. L., «La Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativo a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Su

incidencia en la legislación español», *Noticias/CEE*, 1988, nº 36, pp. 76 y ss.;

THOMAZ RIBEIRO, *História da Legislação Liberal Portuguesa*, Vol. I, Lisboa, 1891;

TORRENTE GARI, S., «¿Hay un Derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La Directiva 2002/73 de 23 de septiembre», *RMTAS*, nº 47, pp. 189 y ss.;

TRINDADE COELHO, J.F, *Manual Político do Cidadão Português*, Vol. I, 2ª ed., Porto, 1908;

TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, Editorial Gredos, Madrid, 1990/1992;

TURNER, R., *The past and present of affirmative action*, Quorum Books, New York, 1991;

VALCÁRCEL, AMELIA (comp.), *El concepto de igualdad*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1994;

VERÍSSIMO SERRÃO, J., *História de Portugal*, Vol. VII, Editorial Verbo, pp. 430 y 431;

VITAL, FEZAS, *Lições de Direito Político (segundo Luciano Correia)*, 2ª ed., Coimbra, 1928;

VIERA DE ANDRADE, J.C., *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Almedina, 2010;

WALKER, D. J., *Sex Discrimination*, Shaw & Sons Ltd., Londres, 1975;

WARREN, MARY ANNE «Secondary Sexism and Quota Hiring», *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 6, n° 3, primavera, 1977, p. 253;

WATSON, PHILIPPA «Social Policy after Maastricht», *Common Market Law Review*, Leiden. Vol. 30, n° 3, junio, 1993, p. 499;

WYATT, D., «Article 48.4 EEC: scope or the public service provisions», *ELR*, Vol. 6, 1981, pp. 460 y ss.;

- «Article 119 EEC and the fundamental principle of non-discrimination on ground of sex», en *ELR*, 1978, pp. 483-488;

- «Prospective effect of a holding of direct applicability», *ELR*, 1976, pp. 399-402;

XAVIER, BERNARDO, «O acesso à informação genética. O caso particular das entidades empregadoras», *RDES*, n° 3 y 4, Julho/Dezembro, 2003, pp. 11-49;

ZULEEG, M., «Gender equality and affirmative action under the law of the EU», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 5, 1998/1999, pp. 319-320;