

DISCRIMINACION EN RAZON DEL SEXO EN EL DERECHO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

María Eugenia Gajardo U.

Abogada

Postulante al Grado de Master en Derecho

London School of Economics and Political Science

Ayudante de la Cátedra de Derecho del Trabajo

Inglaterra

1. INTRODUCCION

La discriminación en razón del sexo ha sido un problema endémico en el área del trabajo en todo el mundo, y no es sino recién que la legislación mundial está despertando y empezando a enfrentar este problema.

En este momento, Europa aparece como el continente líder en cuanto a legislación para tratar de evitar o reducir al máximo la discriminación, pero aun así, pareciera ser que el cambio de actitud de las personas frente a la discriminación es un proceso lento, que al menos tomará algunos años más para poder, definitivamente, enraizarse en la sociedad.

La igualdad entre hombres y mujeres es un principio del Derecho Comunitario, un principio de tipo "constitucional", que partió sólo como una intención de la Comunidad Europea, pero que hoy en día cuenta con una amplia legislación y con una frondosa jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, la que ha contribuido a moldear favorablemente el principio de igualdad o de no discriminación.

Se ha definido la discriminación en razón del sexo como todo aquel trato desfavorable que se tiene hacia una mujer, en razón de su sexo, en comparación con el trato dado a un hombre¹.

El concepto transcrito limita la discriminación al caso de la mujer. Con ello recoge lo que efectivamente sucede en la realidad actual, en la cual sólo se reconoce la discriminación que se hace respecto del sexo femenino. En la práctica, la discriminación respecto de los hombres, resulta ser tan mínima que se podría estimar inexistente.

Hay dos formas de discriminaciones: la directa y la indirecta. La primera se produce cuando el trato desfavorable hacia la mujer es abierto y franco; la segunda, en cambio, se da cuando se ponen condiciones aparentemente iguales para ambos sexos, pero que, de hecho y en la práctica, la proporción de mujeres que las pueden cumplir es mucho menor que la de los hombres², y es en esta última forma, solapada y encubierta, como en la mayoría de los casos, se presenta la discriminación, dificultando enormemente su erradicación.

¹ Steven D. ANDERMAN, *Labour law, Management Decisions and Worker's Rights*, second edition, Butterworths, p. 206.

² *Ibid.*, capítulo 12.

En el caso particular de Chile, y referido al campo laboral, sólo encontramos una norma que se refiere a la discriminación. Es el artículo 2° del Código del Trabajo que dice: "Artículo 2°.- Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan

Son contrarias a los principios de las leyes laborales las discriminaciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad u origen social. En consecuencia, ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a esas circunstancias.

Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios".

2. DERECHO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El 25 de marzo de 1957, por medio del Tratado de Roma, se dio origen a la Comunidad Económica Europea, hoy llamada Comunidad Europea.

Fue Francia, que llevaba bastante ventaja a los demás países signatarios del Tratado en materia de no discriminación, la que fomentó la aprobación de un texto que garantizaba la igualdad de trato a las personas de distinto sexo. El interés de Francia en que los demás Estados adecuaran sus leyes al principio de la no discriminación se fundamentaba, principalmente, en la idea de mantener en Europa una sana competitividad. En efecto, si sólo Francia mantenía su legislación y los demás países de Europa no lo hacían, la nación gala iba a entrar al mercado con un mayor costo de mano de obra, lo que era, ciertamente, injusto y discriminatorio.

Así, lo que partió en Francia como un principio de no discriminación se incorporó al Tratado de Roma como un tema económico: promover la igualdad de competencia en el mercado. Pero, poco a poco y a través de las directivas que vamos a mencionar, fue cambiando de tonalidad para volverse un verdadero principio de igualdad de trato entre los trabajadores, con el fin último de dignificar el trabajo y a quienes lo ejecutan.

El Tratado de Roma en su Parte 3, Libro III sobre "Política Social", estableció que los Estados Miembros de la Comunidad se preocuparían, en términos generales, del mejoramiento de las condiciones de trabajo y del nivel de vida de los trabajadores.

De esta manera, los Estados Miembros creían fortalecer el funcionamiento del mercado común y armonizar los sistemas sociales.

En la declaración de principios del Tratado se promueve la cooperación entre los Estados Miembros en el campo social, particularmente en materias relacionadas con el empleo, derecho al trabajo, condiciones de trabajo, entrenamiento vocacional básico y avanzado, seguridad social, prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, higiene ocupacional, derecho de asociación, de negociación colectiva entre empleadores y trabajadores, etc.³.

³ Tratado de Roma, art. 118.

El Tratado sólo contiene una norma relativa al tema laboral: es el art. 119. En él se estableció, por primera vez, el principio de no discriminación en el ámbito laboral entre los hombres y las mujeres. Los Estados Miembros de la Comunidad debían asegurar y mantener el principio de que hombres y mujeres deberían recibir igual pago por igual trabajo. Dentro de la remuneración se comprende no sólo el salario ordinario básico o mínimo, sino que también cualquier otra prestación accesorio en dinero o especie, que el trabajador recibe directa o indirectamente del empleador con motivo de su trabajo.

En otro inciso del mencionado artículo 119 se establece que igualdad de pago sin discriminación basada en el sexo significa que el pago por pieza, por el mismo trabajo, deberá ser calculado en base a la misma unidad de medida, y que el pago por unidad de tiempo deberá ser el mismo por el mismo trabajo.

Como se puede apreciar, el concepto de remuneración dado por el artículo 119 del Tratado de Roma es muy amplio, y trata de abarcar toda contra-prestación y beneficios que el trabajador reciba por concepto de su trabajo.

Derivado del Tratado de Roma surgieron Directivas, las que vienen a ser documentos legislativos cuyo objetivo primordial es poner en funcionamiento real y efectivo los principios abrazados en el Tratado.

Dentro de estas Directivas hay tres que son particularmente importantes para el tema de la discriminación: la Directiva de Igualdad de Pago dictada en 1975⁴; la Directiva de Igualdad de Trato, aprobado en 1976⁵, y la Directiva sobre Trato Igualitario para hombres y mujeres en materias de Seguridad Social, promulgado en 1978⁶. Existen otras Directivas relacionadas con el Derecho del Trabajo, pero que no tienen conexión relevante con el tema de discriminación tratado aquí⁷.

Veremos someramente estas tres Directivas, analizando el contenido de ellas.

a) *Directiva N° 75/117 de 1975 sobre Igualdad de Pago*

El art. 1° en la Directiva amplía enormemente la aplicación del art. 119, cuando señala que la igualdad de pago no se refiere sólo a trabajos iguales, sino que a trabajos que, aunque no sean iguales, son del mismo valor. De tal manera que habrá discriminación si se paga menos a una mujer que a un hombre cuando sin ser los trabajos iguales en su naturaleza, son iguales en su valor.

En otros artículos de esta Directiva se establece que cada Estado Miembro de la Comunidad deberá adoptar todas las medidas que sean pertinentes para crear las vías e instancias judiciales adecuadas para salvaguardar el derecho a no ser discriminado, incluyendo las medidas necesarias para proteger a los trabajadores que sean despedidos por presentar reclamos debido a un trato discriminatorio.

Asimismo los Estados Miembros deberán derogar toda ley, reglamento o cualquier tipo de regulación que sea de cualquier forma discriminatoria entre los trabajadores.

⁴ Directiva 75/117/EEC

⁵ Directiva 76/207/EEC.

⁶ Directiva 79/7/EEC.

⁷ Directiva 77/187/EEC, sobre Protección de los Derechos de los Trabajadores cuando existe Transferencia de una Empresa.

El art. 4° obliga a los Estados Miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar que las estipulaciones contenidas en contratos colectivos, escalas de sueldos, contratos individuales de trabajo y otros, respeten el principio de igualdad de pago bajo pena de ser declaradas nulas, a menos que se enmienden.

Sin embargo cada Estado es libre para determinar la manera de llevar a cabo esas medidas de acuerdo con las particulares circunstancias nacionales y del sistema legal. Pero una vez tomadas deben ser de conocimiento público.

b) *Directiva N° 76/207 de 1976 sobre Igualdad de Trato para Hombres y Mujeres*

La igualdad de trato, según el art. 1°, se refiere al acceso al trabajo, promoción, entrenamiento profesional, condiciones de trabajo y seguridad social, en las que no debe haber diferencias en razón del sexo.

En cuanto al acceso al trabajo, el art. 3° señala que no puede haber discriminación en las condiciones y criterios de selección para todos los trabajos o puestos, cualquiera sea el sector o rama de actividad y a todo nivel de la jerarquía ocupacional. Lo anterior, sin perjuicio de establecer que podrán existir excepciones para aquellas actividades, determinadas por el Estado Miembro, en que, debido a la naturaleza del contexto en que se desarrollan, el sexo del trabajador constituya un factor determinante.

Igual que en la directiva anterior los Estados Miembros se comprometen a modificar, suprimir o derogar toda ley, reglamentos o medida administrativa que sea contraria al principio de igualdad de trato. Del mismo modo los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que las normas sobre igualdad de trato sean respetadas por los acuerdos colectivos, contratos individuales de trabajo, reglamentaciones internas referentes al traspaso de empresas, y normas que gobiernan a los trabajadores independientes o a los profesionales. Todo ello bajo sanción de nulidad, si no son corregidos.

Todas aquellas normas discriminatorias existentes en razón de la protección a los trabajadores deberán ser revisadas y eliminadas si se encuentra que el principio de protección, inspirador de la norma, carece de vigencia.

La Directiva obliga, también, a los Estados Miembros a respetar el principio en todos los tipos y niveles de orientación vocacional, entrenamiento vocacional, perfeccionamiento del entrenamiento vocacional y reentrenamiento. Finalmente, protege a los trabajadores que presentan reclamos o inician procedimientos judiciales para exigir respeto al principio de igualdad de trato, obligando a los Estados Miembros a adoptar todas las medidas necesarias para su protección.

c) *Directiva N° 79/7 sobre Trato Igualitario entre Hombres y Mujeres en Materias de Seguridad Social*

En el artículo 1° de esta Directiva se estableció que el objetivo de la misma era promover la implementación progresiva del principio de igualdad de trato en materias de Seguridad Social.

El ámbito de aplicación de la Directiva en cuanto a las personas, abarca a toda la población trabajadora, incluyendo en ella a las que trabajan independientemente, a los empleados y trabajadores dependientes cuya actividad ha sido interrumpida por enfermedad, accidente o desempleo, a las personas en busca de

trabajo y a los empleados o trabajadores independientes que estén jubilados o con invalidez.

La Directiva se aplica a materias tales como estatutos legales que regulen enfermedad, invalidez, tercera edad, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y desempleo.

En el artículo 3º inciso 2º se excluyeron expresamente de su ámbito de aplicación materias tales como los beneficios otorgados a los sobrevivientes del imponente y beneficios familiares (con algunas salvedades que no es del caso mencionar en este trabajo).

Esta Directiva establece que la igualdad de trato en materias de Seguridad Social significa que no deberá existir discriminación en razón del sexo, sea directamente o indirectamente (con referencia en particular al estado civil o familiar) en materias tales como: la extensión de los sistemas de pensión y las condiciones de acceso a ellos, la obligación de contribución y el cálculo de las mismas y de los beneficios, etc.

El trato igualitario buscado por esta Directiva se dará sin perjuicio de la protección a la maternidad.

Al igual que en las otras Directivas⁸, en ésta se establece que los Estados Miembros deberán introducir en sus sistemas legales todas aquellas medidas necesarias para establecer un sistema de reclamo eficaz cuando exista discriminación. Deberán, asimismo, ser abolidas todas aquellas normas que contengan discriminación con respecto a las materias abarcadas por ella.

Se deja libre a los Estados Miembros para excluir de esta Directiva materias tales como la determinación de la edad de retiro con el fin de otorgar pensión de vejez, ventajas con respecto a pensiones de vejez, otorgadas a personas que han criado hijos, adquisición de derecho a beneficios luego de períodos de interrupción del empleo debido a la crianza de niños, etc.

Las materias que se dejan fuera del amparo de la Directiva son de tal importancia y envergadura, que hacen peligrar el objetivo de no discriminación en materias de Seguridad Social. Es de esperar que la Comunidad Europea revise esta posición adoptando una postura más amplia de no discriminación en lo que respecta a este tema.

d) *Valor del Tratado y de las Directivas*

Es importante tener en cuenta que, para todos los Estados Miembros de la Comunidad Europea, el Tratado de Roma viene a ser una fuente constitucional a la que deben someterse, y las Directivas se consideran como la legislación secundaria a la que se ha adecuado la mayoría de la legislación de la Comunidad Europea.

Las Directivas son los instrumentos usados para poner en práctica los principios y declaraciones del Tratado de Roma, siendo éstas obviamente de inferior jerarquía que al Tratado mismo, pero, aun así, priman frente a la legislación interna de cualquier Estado Miembro. De ahí la obligación de cada uno de ellos de adaptar su legislación a ellas.

⁸ Directiva 80/987/EEC, sobre Protección del Trabajador en el caso de Insolvencia del Empleador.

Las Directivas tienen como función principal establecer los objetivos del tratado, dejando que cada Estado Miembro las implemente de la forma que más se avenga con su idiosincrasia y sistema legal.

3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE JUSTICIA

La Corte Europea de Justicia es la Corte de la Comunidad Europea. Ella es responsable de interpretar la ley de la Comunidad (el Tratado de Roma y las Directivas) y de decidir acerca de las violaciones al Tratado por parte de los Estados Miembros. Su sede está en Luxemburgo y se compone por jueces de los Estados Miembros.

A comienzos de los años sesenta, la Corte Europea de Justicia inició un rol activo en cuanto a desarrollar el Derecho de la Comunidad Europea, desarrollo que sería independiente de la legislación de los Estados Miembros.

La jurisprudencia ha dado forma a una nutridísima doctrina que se aplica en la interpretación del Tratado y a la forma como él se aplica en cada país miembro. De ellos citaremos las tres que estimamos más importantes.

La primera doctrina se conoce como la doctrina de la "supremacía" y consiste en la primacía del Derecho Comunitario por sobre el derecho nacional de cada Estado Miembro. La Corte adoptó esta postura ya que, a juicio de ella, de otra forma sería imposible desarrollar un Derecho Comunitario con algún grado de uniformidad.

En efecto, si cada Estado Miembro entraba a cuestionar el Derecho Comunitario, no adaptando o no aboliendo leyes opuestas a él, era imposible pensar en un derecho más o menos común para los países miembros⁹.

Esta teoría de supremacía se vio reflejada en la sentencia que emitió la Corte en el caso Costa con ENEL¹⁰, en que dijo que el sometimiento del sistema legal interno de los Estados Miembro al Derecho de la Comunidad Europea, implica una limitación permanente (con ciertos límites) de sus soberanías, por lo que un acto legislativo posterior que sea incompatible con el Derecho Comunitario no puede prosperar.

La segunda doctrina creada por la Corte Europea de Justicia es la doctrina del "efecto directo", en que se elaboró la idea de que los individuos pueden ejercer derechos derivados de las obligaciones impuestas a otros sujetos, dentro de la Comunidad¹¹. Así, la Corte estableció en el caso Van Gend con Loos¹² que el Derecho de la Comunidad puede ser aplicado no sólo a Estados Miembros, sino que, también, a individuos particulares.

Un aspecto más que diferencia a las normas de derecho contenidas en el Tratado de Roma con las contenidas en Directivas, es que las normas del Tratado se pueden hacer valer en contra de los Estados Miembros como asimismo también en contra de individuos. En cambio, las normas legales contenidas en Directivas sólo pueden hacerse efectivas en contra de los Estados Miembros en su relación con individuos¹³.

⁹ Directiva 86/379/EEC, sobre Empleo de Personas Minusválidas en la Comunidad.

¹⁰ Directiva 92/56/EEC, sobre Despidos Colectivos, etc.

¹¹ Directiva 75/117/EEC.

¹² Directiva 76/207/EEC.

¹³ Nota N° 1, p. 21

De esta manera el "efecto directo" creado por la Corte será "horizontal", cuando los derechos emanen del Tratado de Roma, y será "vertical", cuando los derechos emanen de alguna Directiva.

Hay una tercera teoría creada por la Corte Europea de Justicia, llamada la teoría de "efecto indirecto". En ella se estableció que las cortes nacionales de los Estado Miembros deberán interpretar su legislación interna acorde con el Derecho Comunitario¹⁴.

La Corte Europea de Justicia ha desarrollado el principio de la Igualdad, a través de sus diferentes doctrinas, hasta convertirlo en un derecho fundamental del Derecho Comunitario, y el legislador Comunitario se ha encargado de hacer que este derecho esté al alcance de todos los individuos, por medio de las Directivas y de otros instrumentos de carácter legislativo.

A continuación veremos algunas sentencias de esta Corte que han sido pioneras en el tema de la discriminación en razón del sexo. Para ello dividiremos los casos de acuerdo con las Directivas ya detalladas más arriba.

Casos relacionados con la Directiva N° 75/117 EEC sobre Igualdad de Pago

1. Garland contra British Rail Engineering Ltd.¹⁵. Este caso se refiere al derecho de concesiones de viaje (tarifas preferenciales y exenciones de pago) dadas a los empleados y sus familiares de esta empresa de ferrocarriles, los que al momento de jubilación del empleado, si éste era hombre los conservaba, pero en el caso de ser mujer la que jubilaba, los perdía. La Corte Europea de Justicia decretó que este derecho era un beneficio en especie, y que, por lo tanto, se encontraba amparado por el artículo 119 del Tratado de Roma bajo el concepto de pago, por lo que la Directiva de Igualdad de Pago se aplicaba al caso.
2. Comisión de la Comunidad Europea con Dinamarca¹⁶. La Corte sentenció que donde la negociación colectiva era la manera dominante de regulación laboral en el Estado Miembro, éste tenía la obligación de dar protección efectiva a todos los trabajadores, particularmente a aquellos que no se encuentran afiliados a algún sindicato y en sectores de trabajo en que la negociación colectiva no abarcaba o garantizaba totalmente la aplicación del principio de Igualdad de Pago¹⁷.
3. Worringham y Humphreys con Lloyds Bank Ltd.¹⁸. La Corte estableció que caía dentro del concepto de pago del artículo 119 del Tratado de Roma aquellas contribuciones hechas por el empleador a un esquema privado de pensión¹⁹.

¹⁴ Caso 6/64 [1964] European Court Reports, p. 585.

¹⁵ Nota N° 1, p. 22.

¹⁶ Caso 26/62 [1963] ECR, p. 1.

¹⁷ Apuntes tomados de las clases impartidas por el "Professor" Hugh Collins, del London School of Economics and Political Science, y graduado de la Universidad de Oxford y de Harvard.

¹⁸ Apuntes tomados de las clases impartidas por la Doctora Erika Szyszczak, del London School of Economics and Political Science.

¹⁹ Caso de la Corte Europea de Justicia, 1982, *Industrial Relations Law Reports*, p. 111.

Casos relacionados con la Directiva 76/207/EEC sobre Igualdad de trato

1. Dekker con Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus²⁰: un empleador se negó a contratar a una mujer para un puesto de instructora en su empresa, debido a que ella tenía tres meses de embarazo. El empleador argumentó que su asegurador no le reembolsaría los gastos de maternidad que debería pagar durante el período pre y post-natal. La Corte estimó que la negativa de contratar a una mujer por la única razón de que se encontraba embarazada, constituía una forma directa de discriminación²¹.
2. Johnston con Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary²²: una mujer oficial planteó un reclamo en contra de la práctica de que las mujeres oficiales no estaban autorizadas para recibir entrenamiento en el uso o porte de armas de fuego. La RUC explicó que la razón de esta medida era para proteger a las mujeres oficiales, ya que el hecho de andar armadas significaría un incremento en el riesgo de ser asesinadas. La Corte Europea de Justicia decretó que las mujeres oficiales no debían ser excluidas de algún trabajo en particular so pretexto de que la opinión pública pide que se les dé mayor protección que a los hombres, con respecto a riesgos que afectan de igual modo a hombres y a mujeres y que son totalmente diferentes de las necesidades específicas de protección de las mujeres, como lo es su condición biológica.

Casos relacionados con la Directiva 79/7/EEC sobre Trato Igualitario entre Hombres y Mujeres en Materias de Seguridad Social

1. Mc Dermontt y Cotter con The Minister for Social Welfare and the Attorney General²³: se objetó el sistema de seguridad social irlandés porque las mujeres casadas recibían menos beneficio de desempleo y por menor período que una mujer soltera. El gobierno irlandés modificó este aspecto de su legislación pero le dio un efecto retroactivo muy limitado, por lo que la Corte Europea de Justicia declaró que la retroactividad de la no discriminación debía hacerse hasta el momento en que entró en vigencia la Directiva²⁴.
2. Dik y otros con College van Burgemeester en Wethouders der Gemeente Arnheim/College van Burgeester en Wethouders der Gemeente Winterswijk²⁵: aquí fue cuestionado un aspecto de la legislación danesa, en que las mujeres casadas que quedaron desempleadas antes de la vigencia de la Directiva, no tenían derecho a recibir subsidio de cesantía. La Corte Europea de Justicia estableció que no era posible para un Estado Miembro

²⁰ Caso 143/83 [1985] ECR, p. 427.

²¹ NIELSEN y SZYSZCZAK, *The Social Dimension of the EC* (Copenhagen, Handelshojskolens Forlag, 1993), p. 81.

²² Caso [1981] ECR, p. 767.

²³ ROGER RIDEOUT, *Principles of labour Law*, 5ª edición, p. 254.

²⁴ Caso 177/88 [1990] ECR I, p. 3941.

²⁵ Nota N° 17, p. 107.

de la Comunidad perpetuar de esa manera una discriminación contenida en una legislación antigua.

4. CONCLUSIONES

Hemos querido dar, en este trabajo, una somera reseña de lo que actualmente se está viviendo en la Comunidad Europea en el tema de igualdad entre los hombres y la mujeres, con la esperanza que esto sirva para poner, en nuestro país, el tema de la discriminación sobre la mesa.

Tratar de importar sistemas legales a nuestra realidad es una tarea vista por la mayoría de los juristas como poco realista. Pero, sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que es muy importante analizar el desarrollo y evolución que ciertas materias, como la discriminación, han tenido en otros lugares como Europa. Sólo del estudio de los avances en el tema podremos obtener una buena base para emprender la comprensión de una materia nueva en nuestra cultura. Tema nuevo, no porque en nuestro país no exista discriminación, sino que nuevo, porque sólo recién se está empezando a analizar con mayor profundidad.

Claro está, que el artículo 2º del Código del Trabajo es totalmente ineficaz para la real protección en contra de la discriminación que afecta a tantas personas en nuestro país, particularmente a mujeres.

Es tiempo de volver la mirada hacia aquellos lugares en que el desarrollo en torno al tópico de la discriminación ha sido mayor y tratar de aprender de otras experiencias. Se requiere muchísimo más que una bonita declaración por parte del legislador con respecto a la discriminación. Se requieren medidas eficaces, capaces de luchar en contra de esa amenaza.

Muchas veces se plantea el tema de la igualdad entre hombres y mujeres como absolutamente antagónico con el tema de las diferencias que existen entre ellos. En la práctica existen situaciones en que una omisión en reconocer estas diferencias, como, por ejemplo, la maternidad, puede perpetuar una desventaja. Pero, por otra parte, permitir un trato desigual puede fácilmente legitimar estereotipos y ahondar las desventajas hacia las mujeres.

No se puede pretender cambiar defectos inmemoriales en la sociedad de la noche a la mañana y menos por medio de la simple dictación de una ley. Se requiere mucho más, se requiere un replanteamiento total de la sociedad, capaz de desarrollar las plataformas necesarias para que las mujeres como grupo afectado puedan acceder a las ventajas de un trato igualitario.