

1

LA INCIDENCIA DE LA PRUEBA ESTADÍSTICA Y DEL «PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD» EN LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Esther SÁNCHEZ TORRES

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad
de Derecho de ESADE (URL)*

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN
2. EL JUEGO DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, A PARTIR DE LA «PRUEBA ESTADÍSTICA»
 - 2.1. El «impacto» sobre el colectivo protegido como elemento constitutivo de la discriminación
 - 2.2. Los criterios «jurídicos» para la valoración de los datos estadísticos
3. LA APLICACIÓN AL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL DEL «PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD», O LA SANCIÓN ANTE LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA REALIDAD ESTADÍSTICA POR LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA
4. EL «PLAN DE IGUALDAD» Y LA APLICACIÓN DE LA LÓGICA PREVENTIVA
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La consolidación del concepto de «*discriminación indirecta*» ha dado lugar desde hace unos años a una serie de pronunciamientos judiciales en los que la valoración del contexto socioeconómico adquiere un papel fundamental, no sólo en la aportación de la prueba indiciaria, desde la que se activa la inversión de la carga de la prueba, sino también en la fundamentación básica de los fallos judiciales en materia de tutela antidiscriminatoria.

La «*prueba estadística*» (esto es, la prueba consistente en la aportación de datos estadísticos significativos de la situación del colectivo especialmente protegido por la norma) y la «*argumentación estadística*» (esto es, la valoración «a partir», «en función» y «al servicio» de la realidad socioeconómica) están adquiriendo una importancia trascendental en los procesos por vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación, alterando los parámetros tradicionales que servían de referente a las partes en litigio.

En el presente estudio analizaremos algunos de estos pronunciamientos judiciales, al objeto de determinar cuáles son las reglas que rigen actualmente la prueba en materia de discriminación, qué principios deben pautar su admisibilidad y qué trascendencia práctica van a tener, particularmente para las empresas en las que supuestamente se produzcan conductas discriminatorias.

2. EL JUEGO DE LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, A PARTIR DE LA «PRUEBA ESTADÍSTICA»

2.1. El «*impacto*» sobre el colectivo protegido como elemento constitutivo de la discriminación

No cabe duda de que el concepto de «*discriminación indirecta*», al no basarse necesariamente —a diferencia de la discriminación directa— en

un elemento subjetivo o intencional, sino en el resultado que provoca una determinada conducta, exige valorar el impacto cuantitativo que sobre el colectivo especialmente protegido pueda tener determinada decisión o práctica. Así se deduce claramente, por ejemplo en relación a la discriminación por razón de sexo, del art. 2 de la Directiva 2002/73/CE, según el cual se califica como:

«Discriminación indirecta». «La situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.»

Si bien esta definición puede extenderse a otros colectivos jurídicamente amparados por las normativa antidiscriminación (afiliación sindical, discapacidad, edad, etc.), el mayor desarrollo dogmático y judicial, se ha producido en relación a la discriminación entre hombres y mujeres. Y es precisamente el concepto de «*discriminación indirecta*» el que ha permitido diferenciar, a su vez, los conceptos de «*sexo*» y «*género*», ya que sólo a partir de la incuestionable constatación de la existencia de una serie de estereotipos sociales asociados a uno y a otro sexo, puede entenderse el papel que socialmente han ocupado unos y otras, y por tanto puede entenderse que determinadas prácticas aparentemente neutras puedan ocasionar un perjuicio específico a un colectivo en beneficio del otro.

En este punto resulta absolutamente clarificadora la doctrina del TCo a propósito del concepto de «*discriminación*», en cuanto derecho que *representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE*⁽¹⁾.

Desde esta perspectiva es lógico, por tanto, partir de la observación de la realidad social, analizar los roles de los diferentes colectivos que operan

(1) Entre otras en **SSTCo 128/1987, de 16 de julio; 166/1988, de 26 de septiembre; 145/1991, de 1 de julio; 17/2003, de 30 de enero, o 3/2007, de 15 de febrero.**

en ella, detectar los medios a través de los que cada uno de ellos interactúa con el entorno y valorar cómo y en qué medida sus conductas se ven alteradas por el cambio de las circunstancias. Dicho de otra manera, y siguiendo con la problemática entre hombres y mujeres, el concepto de «*discriminación indirecta*», esencialmente como conducta contraria a la «*dignidad*», sólo se entiende a partir de la idea de «*género*».

Y de ahí que el TJCE se oponga a *la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo*⁽²⁾.

A partir de esta argumentación, consiguientemente, y en la medida en que «*la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre*»⁽³⁾, se hace del todo punto necesario entrar a valorar esta incidencia estadística.

Son diversos los pronunciamientos judiciales que, a la hora de apreciar la concurrencia de un supuesto de discriminación indirecta, han aludido a la estadística:

— En algunos casos, sin aportar datos concretos, sino una mera referencia a una situación social constatable con carácter general desde la remisión a diferentes fuentes:

- Así, en el caso de la **STCO de 14 de marzo del 2005**⁽⁴⁾, en la que se afirma que:

(2) Entre los pronunciamientos más célebres, **SSTJCE de 27 de junio de 1990 (Caso Kowalska); de 7 de febrero de 1991 (Asunto Nimz o de 4 de junio de 1992 (Asunto Bötel)**.

(3) Como expresión más reciente de esta premisa, ver la **STC 3/2007, de 15 de febrero**.

(4) En sentido similar, véase el **ATC de 11 de mayo de 2004** en el que se alude al hecho de que «los datos estadísticos demuestran que en la actualidad, el porcentaje de pensiones de viudedad percibidas por mujeres es más elevado que en el caso de los hombres». A propósito del mismo tema de la pensión de viudedad, el **ATC de 9 de marzo de 2004** matiza, sin embargo, al declarar que «*siendo cierto que los datos estadísticos demuestran que en la actualidad, el porcentaje de pensiones de viudedad percibidas por mujeres es más elevado que en el caso de los hombres, ese impacto adverso en un número mayor de mujeres no puede ser valorado como factor causante de la discriminación alegada. En la línea ya apuntada en el ATC 188/2003, de 3 de junio, la diferenciación normativa*

«Y por lo que se refiere a la discriminación indirecta por razón de sexo, tras constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino y que, en consecuencia, la medida enjuiciada afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, hemos declarado que no aparece justificado que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 ET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo.»

• Igualmente en el caso de la **STCO de 20 de diciembre de 1999**, según la cual:

«En segundo lugar también se ha puesto de manifiesto mediante el informe que obra en autos del Instituto para la Mujer, recogiendo datos facilitados por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que en la actualidad la abrumadora mayoría de los funcionarios y laborales que solicitan la excedencia para el cuidado de los hijos son mujeres.

Estos datos permiten concluir que en efecto hoy por hoy, en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada supone un grave obstáculo a la conservación de un bien tanpreciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuando así la situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º).

A una conclusión parecida llegamos en la STC 109/1993 en un supuesto que guarda alguna relación con el caso aquí enjuiciado. En la mencionada

atiende sólo a la existencia o no de un vínculo matrimonial, por lo que la constatación estadística no puede considerarse aisladamente de los razonamientos reiterados por la jurisprudencia de este Tribunal sobre la materia...». Similar matiz lo realiza también el **ATC de 3 de junio de 2003**. Véase también a propósito de la cuantía de la prestación por desempleo precedida de una reducción de jornada, **ATC de 15 de febrero de 2006**.

Sentencia, relativa a las excedencias para la lactancia de los hijos menores de nueve meses, con cita de la STC 128/1987, se partía de la premisa de que con ellas “se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones) ... (pues) existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él” (fundamento jurídico 6.º); esta constatación era, precisamente, la que permitía concluir con la declaración de la constitucionalidad de una medida que atribuía a las mujeres —y sólo a ellas— la posibilidad de solicitar el referido permiso de una hora de ausencia del trabajo para la lactancia de los hijos ... En el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 CE —según se apunta en la STC 109/1993—; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por coyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así “diferenciaciones históricamente muy arraigadas” que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2.º).»

— En otros, haciendo mención a una realidad estadística concreta, reproduciendo determinados datos públicos o, al menos, refiriéndose a ella para un ámbito acotado, como en el caso de la **STC de 22 de diciembre de 2004**, según la cual el art. 12.4 del ET debía calificarse como contrario al derecho y a la no discriminación por incidir mayoritariamente sobre el colectivo de mujeres, en la medida en que son ellas las que con carácter general recurren a la contratación a tiempo parcial:

«En las actuaciones que se acompañan al auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad consta una publicación del Instituto de la Mujer, titulada “Las mujeres en cifras, 1997”, en la cual figura una información estadística elaborada por dicho Instituto a partir de los datos de la encuesta de población activa, tercer trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística), conforme a la cual del total de la población ocupada en España

en el referido trimestre a jornada completa (11.580.200 personas), las mujeres representaban el 31,50 por 100; y del total de la población ocupada a tiempo parcial en ese mismo trimestre (938.900 personas), las mujeres constituían el 75,16 por 100.

Asimismo, consultada la publicación “Mujeres en cifras” del Instituto de la Mujer correspondiente al año en curso (2004), resulta que, según la estadística elaborada a partir de datos de la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre del año 2004 (Instituto Nacional de Estadística), del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial en dicho trimestre (1.242.300 personas), las mujeres representan el 81,94 por 100.

Estos datos permiten concluir que, en efecto, el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga, a la luz de la doctrina antes expuesta, a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de períodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (*disparate effect*), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE (RCL 1978, 2836), habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio.»

Sea con mayor o menor precisión, el recurso a la estadística ha tenido una importancia clave en algunos procesos de tutela antidiscriminatoria:

— Como «*indicio básico*» desde el que operar la inversión de la carga de la prueba. El ejemplo paradigmático de ello lo constituye la **STS de 1 de junio de 1999**⁽⁵⁾, en la que se produce un interesante debate —especialmente

(5) En dicho pronunciamiento se enjuiciaba una supuesta práctica de discriminación en el sistema de promoción a Subdelegado y Delegado de sucursal de una entidad financiera. En instancia se dieron como probados los siguientes hechos:

«I.— Entre las fechas 1-5-1986 a 6-6-1998 la Caixa de Catalunya contrató a un total de 1.579 personas, de los cuales 799 son hombres y 780 mujeres. De ellos 626 hombres y 725 mujeres ingresaron por la categoría de auxiliar C, dentro del grupo de personal administrativo y de gestión (doc. 3 del ramo de prueba de la demandada) ... II.— Entre las fechas 1-5-1986 a 15-6-1998 han solicitado el acceso a la plaza de delegado/a de sucursal, un total de 95 hombres y 31 mujeres en total 126 personas. Todos ellos habían ingresado en la entidad por la categoría de auxiliar C, y se encuentran ubicados en

como consecuencia del uso sesgado que de determinados datos hizo la defensa de la empresa—, y en la que se acabó concluyendo la efectiva existencia de discriminación:

«Basta con acudir al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, donde, entre otros extremos, se constata que “es práctica empresarial constante, invitar sugerir o recomendar a determinadas personas empleadas que cursen la solicitud para el cargo de delegado o subdelegado en la Caixa de Catalunya, antes de que efectivamente los empleados la formalicen; en el entendido de que ello es un paso previo que avala la solicitud, resultando inusual y extraño presentarla si no ha mediado la indicación de hacerlo. Tales sugerencias e indicaciones son al margen de los informes anuales que se efectúan sobre los empleados por los jefes inmediatos” (hecho probado décimo). Así como que del colectivo de hombres y mujeres que entraron a “Caixa Catalunya” desde 1986 hasta el 15 de junio de 1998 han accedido al cargo de delegados 40 de los 799 hombres (5% respecto del colectivo de varones) y 12 de las 780 mujeres (1,5% del colectivo femenino) que habían sido contratados durante el expresado período (hecho probado undécimo). No se produce la desigualdad de trato en el momento de solicitar para el cargo los solicitantes, pues tal como se dice en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida con valor de hecho probado (F. 4.º), de 95 hombres peticionarios del cargo de delegado lo obtuvieron 40, y de 31 mujeres que lo solicitaron accedieron a él 12, lo que arroja un porcentaje del 42,10% de varones y del 38,71% de mujeres, entre cuyos porcentajes no existe una diferencia llamativa. Sin embargo, la discriminación se lleva a

Catalunya (docs. 11, 12, y 19 del ramo de prueba de la demandada) ... III.— De entre los 126 peticionarios, accedieron efectivamente al cargo de delegado/a de sucursal en el indicado período, 40 hombres y 12 mujeres. Ello representa que lo obtuvieron, el 42,10% de los hombres y el 38,71% de las mujeres que lo solicitaron, y que con relación al número de plazas cubiertas 52 de delegados de sucursal 40 se asignaron a hombres, y 12 a mujeres lo que porcentualmente significa que el 76,9% de las plazas cubiertas fueron ocupadas por hombres y el 23,07% por mujeres (docs. 11, 12 y 19 del ramo de prueba de la demandada) ... IV.— Entre las fechas 1-5-1986 a 15-6-1998 han solicitado el acceso a la plaza de subdelegado o subdelegada de sucursal un total de 226 hombres, y 253 mujeres, todos ellos ingresaron por la categoría de auxiliar C, y se encuentran prestando servicios en Catalunya (doc. núm. 21 ramo de prueba de la demandada) ... V.— De entre los 479 peticionarios, accedieron efectivamente al cargo de subdelegado o subdelegada de sucursal 124 hombres y 116 mujeres, lo que representa que el 54,86% de los hombres y el 45% de las mujeres que lo solicitaron, lo obtuvieron y que de las 240 plazas cubiertas el 51,6% se asignaron a hombres y el 48,3% a las mujeres (doc. núm. 21 del ramo de prueba de la demandada)».

cabo por vía indirecta, y estriba en que de hecho solicitan el puesto muchas menos mujeres que hombres, debido a la práctica empresarial (carente de aval en la reglamentación interna y también de justificación por razones objetivas) inveterada de que sólo se permite “de facto” la petición del cargo —independientemente de cuál fuera el sentido de los informes anuales emitidos sobre los empleados por sus jefes inmediatos— a aquellas personas a las que previamente se les ha sugerido que lo hagan; y como el puesto de referencia conlleva no sólo una mayor responsabilidad sino también una superior retribución que hace variar sustancialmente los ingresos con respecto a los subdelegados (hecho probado duodécimo), resulta que la discriminación en el plano laboral comporta asimismo otra en el estrictamente salarial.»

— O como parte principal o accesoria de la fundamentación jurídica del fallo⁽⁶⁾.

Es interesante analizar este diferente uso de los datos estadísticos, precisamente porque el propio Tribunal Constitucional sienta claramente que, cuando se invoca *in genere* el derecho a la igualdad, será necesario que la parte demandante aporte el denominado *tertium comparationis*, requerimiento que desaparece cuando se demanda por discriminación en contra de algunos de los colectivos referidos en el art. 14 CE:

«En segundo lugar, debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta en todo caso necesario aportar un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos en los términos de comparación lo que se compara no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE, en nuestro caso

(6) Como ejemplo más reciente, STCo 3/2007, de 15 de febrero, que comentaremos más adelante.

las mujeres ... En suma, en estos supuestos para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho.»⁽⁷⁾

En precisión a lo expuesto, cuando se demanda por un supuesto de «*discriminación directa*» (generalmente asociada al «*sexo*» y no al «*género*»), será suficiente con aportar aquellos indicios que permiten conectar abiertamente el perjuicio laboral con la contingencia asociada al sexo. Es por ello que la aportación de un *tertium comparationis* en ocasiones va a ser imposible, porque la discriminación será genuinamente por *sexo*, esto es, asociada indisolublemente a una contingencia que materialmente sólo puede afectar a las mujeres (el embarazo, el puerperio y la lactancia natural).

Ello nos lleva necesariamente a entender que en los procesos por «*discriminación*», el «*conflicto individual*» (esto es, la afectación particular que sobre determinadas condiciones de trabajo puede haber sufrido una trabajadora) se integra en el «*conflicto social*» (esto es, la afectación que para el sistema social y democrático de derecho supone dañar a un miembro integrante del colectivo especialmente protegido).

De ahí que, a la hora de aportar los elementos indiciarios en base a los que activar la inversión de la carga de la prueba, sea conveniente aportar:

— el hecho o la serie de hechos a través de los que se construye la conducta discriminatoria,

— y/o la evidencia del daño a determinada condición de trabajo y como refuerzo de ello, la constatación estadística de la situación social del colectivo protegido en el que se integra el demandante y, en los supuestos específicos de discriminación indirecta, la constatación estadística del impacto «micro» (interno o a nivel de empresa) y «macro» (externo o a nivel social) de la conducta empresarial.

(7) En STCo de 20 de diciembre de 1999.

A la luz de esta clara irrupción del factor estadístico en los procesos judiciales, y al objeto de mantener el principio de seguridad jurídica y de tutela efectiva, va a resultar crítico el poder sentar unos principios objetivos desde los que valorar esta evidencia estadística, requerimiento que abre a su vez la puerta a la judicialización de los datos estadísticos, en los supuestos en los que se considere que no son admisibles.

2.2. Los criterios «jurídicos» para la valoración de los datos estadísticos

Como señalábamos más arriba, el papel fundamental que la «*prueba estadística*» adquiere en los procesos de discriminación indirecta, hace necesario concretar las características de dicha prueba o, cuando menos, los requisitos para que pueda admitirse, no ya como válida, sino como suficiente a efectos de invertir la carga de la prueba.

Es preciso recordar en este punto que el Voto Particular de la **STC de 20 de diciembre de 1999** ya alertaba de este extremo, rechazando el modo en como se habían valorado determinados datos estadísticos y proponiendo alternativamente otro criterio de aproximación⁽⁸⁾.

(8) «La Sentencia se contenta con el hecho de que, según las certificaciones aportadas a los autos en el sector de la sanidad el personal interino en su mayoría lo integran las mujeres y que son sólo éstas las que solicitan la cuestionada excedencia. Pero este dato estadístico, si se quiere seguir, como hace la Sentencia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, me parece insuficiente habida cuenta del reducido campo de comprobación estadística. Si se advierte que lo que se está enjuiciando es la aplicación del art. 29.4 Ley 30/1984 (en la redacción dada por la Ley 3/1989), dicho campo debe abarcar todo el ámbito de aplicación de esa norma, y no a un sector concreto como el de la sanidad ... la Sentencia no debió conformarse con una estadística referida a un sector concreto, sino que debió exigir que el campo de la misma fuese el del ámbito de aplicación del art. 29.4 Ley 30/1984. No me parece, pues, que el dato estadístico tomado en consideración por la Sentencia y que constituye una base esencial de su argumentación, tenga la terminante relevancia que se le ha atribuido. En cualquier caso, y aun en el no probado de que la estadística hubiera sido correctamente establecida, y demostrativa sin quiebras de la proyección negativa de la medida sobre las mujeres casi en exclusiva, creo que tal hecho no es por sí solo constitutivo de un tratamiento discriminatorio, si el mismo tiene una justificación objetiva y razonable. Me parece que la Sentencia, imprudentemente a mi juicio, se ha contentado con la mayoritaria repercusión negativa sobre las mujeres, minimizando, hasta un punto que considero incorrecto, la relevancia de la razón diferencial del trato entre funcionarios de carrera e interinos ... el dato estadístico es sólo el signo aparente de la discriminación, no el hecho constitutivo de la misma. El error de nuestra Sentencia consiste, a mi juicio, en que en la práctica ha

Ha sido la jurisprudencia del TJCE la que ha concretado en cierta medida los principios que deben pautar la invocación y la admisibilidad de la «prueba estadística». En este sentido, el principio básico es el de «pertinencia estadística», *«según la cual las estadísticas deben constituir parámetros de comparación apropiados y el órgano jurisdiccional nacional debe velar por que dichas estadísticas no queden desnaturalizadas por aspectos específicos del caso concreto»*⁽⁹⁾.

Con este punto de partida se concreta, señalándose que dichos datos deben ser válidos, en el sentido de que puedan tomarse en consideración por referirse a un número suficiente de individuos, o por no constituir la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales. En definitiva, debe tratarse de *«datos estadísticos significativos»*⁽¹⁰⁾.

Por lo que se refiere al *«método de comparación de estadísticas»*, imprescindible para contrastar los grupos de colectivos antagónicos, se exige que se comparen *«por una parte, las proporciones respectivas de trabajadores que reúnen y que no reúnen el requisito (de dos años de empleo) exigido por la norma controvertida entre la mano de obra masculina y, por otra parte, las mismas proporciones entre la mano de obra femenina»*. No basta, por tanto, *«con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro»*⁽¹¹⁾.

Finalmente, hecha esta comparación, sólo podrá estimarse la discriminación cuando los resultados arrojen: o bien un porcentaje o un diferencial considerablemente menor o de balance negativo para los trabajadores femeninos, en beneficio de los trabajadores masculinos⁽¹²⁾, o bien una

convertido el dato estadístico en el hecho de la discriminación, prescindiendo de la razón aducida, a mi juicio, suficiente, para explicar en términos de razonable neutralidad respecto del elemento género o sexo la diferencia de trato entre funcionarios de carrera e interinos en orden al disfrute de la situación de excedencia para el cuidado de hijos».

(9) **STJCE de 9 de febrero de 1999 (Asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).**

(10) **STJCE de 27 de octubre de 1993 (Asunto Danfoss).**

(11) **STJCE de 9 de febrero de 1999 (Asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).**

(12) Al respecto, la **STJCE de 10 de marzo de 2005 (Asunto Nikoloudi)**, se refiere a «una afectación muy superior» o a una decisión que afecte *«principalmente»* o *«exclusivamente»* a las mujeres. En sentido similar, la **STJCE de 23 de octubre de 2003 (Caso Schönheit y**

diferencia que, aunque menos importante, es persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo.

La aplicación de dichos principios a la situación concreta de la empresa, va a resultar mucho más fácil, en el caso en el que se aporten indicadores de discriminación, o bien las conclusiones de la evaluación o diagnóstico previo al que obliga la Ley 3/2007 de Igualdad entre hombres y mujeres.

Respecto a esta cuestión, sin embargo, deberá prestarse especial atención a cuáles han sido las formas de cálculo de dicho datos y si el referente a tomar es la «paridad» o es la «proporcionalidad». De ahí, de nuevo, que reiteremos la importancia de deslindar la situación «micro» y la «macro». En la primera, la valoración estadística de la situación de la mujer en la empresa (por ámbitos funcionales, condiciones de trabajo, tipología de contratos, etc.), deberá partir de una directa correlación con el porcentaje de mujeres existente en ésta y no del concepto de «paridad» o «representación equilibrada». Por ejemplo, no podría considerarse un indicio de discriminación la existencia de un porcentaje elevado de contratación temporal de las mujeres, si este porcentaje guarda correlación directa con el porcentaje de mujeres existente en la empresa.

Finalmente, y en relación con la valoración de los datos «macro», entendemos que es importante reforzar la idea de su necesaria «contextualización» y «correlación con el *petitum*», especialmente para evitar prácticas de «discriminación inversa» en aquellos sectores productivos feminizados.

Igualmente, entendemos que un recurso «absolutista» a la realidad socioeconómica, puede generar determinadas distorsiones en los conflictos de «género», cuando el afectado sea un hombre y no una mujer. En este caso, podemos llegar a la conclusión paradójica, de que la protección del «género femenino», perjudica al «sexo masculino» que precisamente ha roto con los estereotipos de género, y que, por ello, con su contribución permite

Becker exige que se afecte «a un porcentaje considerablemente mayor». La **STJCE de 11 de septiembre de 2003 (Caso Steinicke)**, alude a datos estadísticos concretos, también en relación con el porcentaje de mujeres contratadas en la función pública a tiempo parcial. Con menor rigor, la **STJCE de 20 de marzo de 2003 (86) (Caso Kutz-Bauer)**, se limita a evidenciar unas diferencias que de «forma exclusiva» afectan a hombres o a mujeres.

el cuestionamiento de las estructuras sociales y, en consecuencia, favorece la consecución del derecho a la igualdad y a la no discriminación⁽¹³⁾.

- (13) El ejemplo paradigmático de ello lo constituye el debate judicial a propósito de la «ayuda de guardería» cuando éste se concede únicamente a las mujeres y no a los hombres que lo soliciten. En este sentido queremos destacar la argumentación —entre otras— de las **SSTSJ de Extremadura de 10 de junio de 2005** y de **27 de mayo de 2004** en la que, después de tomar en consideración determinados datos estadísticos, se apunta que: «Desde luego es claro que la finalidad que persigue la Ley y que se impone en la sociedad actual nada tiene que ver con esa discriminación positiva a la que aluden las resoluciones, la cual solo podría tener como resultado la prolongación en el tiempo y la institucionalización de la situación descrita de la mujer por las indicadas sentencias. Conforme a la Exposición de Motivos es claro que la época y situación que describen las sentencias han sido superadas y lo que se persigue, precisamente con la nueva regulación, es ofrecer igualdad de oportunidades al hombre y la mujer al momento de participar en la vida laboral y familiar en plano de igualdad, con pleno respeto al art. 14 de la Constitución Española en lo que la realidad biológica de ambos sexos permite, excluido desde luego el hecho de la gestación y parto, cuya incumbencia es exclusiva de la mujer. En cuanto al resto en su proyección familiar y laboral que ahora se analiza, la incorporación plena de la mujer al trabajo en plano de igualdad debe ir acompañada de una igualdad en el reparto de las cargas familiares en el cuidado de los hijos, que son responsabilidad de ambos, igualdad incompatible con el hecho de abonar a la mujer trabajadora una ayuda por guardería por considerar que socialmente a ella, trabaje o no, le está atribuido el cuidado de los hijos y si se le concede dicha cantidad posibilita el acceso al mundo del trabajo. No, ello no es así, tal y como pone de manifiesto que tal ayuda sí esté prevista para el varón viudo, lo cual es claro, pone de manifiesto que solo cuando la madre falta es cuando le “sobreviene” al padre la obligación de cuidar de sus hijos menores de seis años (por cierto, sin aludir a situaciones como las de separación o divorcio en que los hijos queden al cuidado del padre). Y precisamente esas son las situaciones que la Ley 39/1999 (RCL 1999, 2800) trata de paliar, ofreciendo al padre las mismas posibilidades, los mismos derechos y obligaciones en el cuidado de sus hijos desde el momento de su nacimiento, lo cual se contradice con el supuesto estudiado de las ayudas por guardería, considerando que vulnera el art. 14 de la CE la concesión de las mismas solo al personal femenino, pues ese trato diferenciado en la época actual no tiene ningún tipo de justificación, máxime cuando en definitiva, el hecho de que se le niegue al actor dicha ayuda en ningún caso beneficia ni a la vida familiar, ni a la madre, la cual, es claro que no se ve discriminada positivamente, sino negativamente al no lucrar alguno de los miembros de la pareja la ayuda solicitada. Conforme a ello esta Sala, de nuevo, como ya ha hecho en las precedentes resoluciones identificadas al inicio de este fundamento de derecho, llama la atención a la recurrente en relación a la atenta lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, que se reproduce en la sentencia transcrita, y al último párrafo de la resolución en la que se razona suficientemente sobre la situación real de la mujer en el mundo laboral y en las obligaciones asumidas en cuanto al cuidado de los hijos, así como sobre la circunstancia de que el hecho de conceder la ayuda por guardería exclusivamente a la mujer, negándosele al varón en ningún caso supone beneficio para la misma, sino, muy al contrario, un perjuicio en tanto en cuanto no ofrece las mismas

Esto es, el recurso automático y absolutista a los datos estadísticos, siempre que arroje un balance negativo para las mujeres, impediría técnicamente la posibilidad de que los hombres perjudicados por una determinada medida pudieran obtener la tutela antidiscriminatoria, ante la más que posible consideración de dicha medida como medida de «acción positiva» (basada en el axioma recogido en la normativa comunitaria de «diferenciar para igualar»).

Sin embargo, la realidad estadística —como de hecho la realidad misma— debe observarse de manera longitudinal, dinámica y evolutiva. Es por ello que entendemos que en las demandas por discriminación instadas por hombres, pero sobre conflictos de «género», debería hacerse una interpretación relativa de dichos datos o una valoración —quizás también estadística— de la evolución que, en aspectos vinculados a aquél, ha tenido el colectivo de hombres, especialmente cuando el conflicto que se

posibilidades al varón, para que desarrolle iguales derechos y obligaciones en el cuidado de los hijos desde su nacimiento. Entre otros motivos por cuanto que el hecho de reconocer dicha ayuda a cualquiera de los miembros posibilita que ambos tengan la misma oportunidad de acceder al mercado laboral y de ser responsables en el cuidado de la prole. Y es que quizás, pudiera ser, que el cónyuge de los actores no pueda trabajar por tener que hacerse cargo del cuidado de los hijos menores de seis años, y la concesión de la ayuda solicitada propicie la inserción del mismo en la vida laboral en tanto en cuanto no se da por supuesto o por sentado que es a ella a quien incumbe el cuidado y atención de los mismos, sino también al varón, quien, por ser responsabilidad común, y obrando en beneficio también común de la familia, consciente de la labor que como padre ha de ejercitar, solicita la ayuda. No quiere ello decir que se desconozcan ciertas realidades, es que la interpretación que se efectúa a la luz de la Ley 39/1999 es la de propiciar la desaparición de las diferencias que puedan existir entre el hombre y la mujer en su proyección tanto familiar como profesional. Es el siguiente paso en el intento de conseguir dicha igualdad, que el caso examinado es partir de un aserto esencial plasmado legislativamente: los hijos menores de seis años no son de responsabilidad exclusiva y excluyente de la madre, sino de ambos progenitores. Y para que ello se materialice ha de partirse de otorgar iguales oportunidades al hombre y la mujer también en este caso en los derechos, pues el derecho que se le concede a uno, partiendo de una igualdad real, es indudable que beneficia a ambos cónyuges y al desarrollo de la vida familiar. Sólo resta decir que lo que hasta aquí se razona, no empece para que se dicten resoluciones que en otros ámbitos favorezcan la inserción laboral de la mujer, tal y como alega la recurrente, aludiendo a la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económicas en relación a la reducción de la base de cotización para jóvenes y mujeres de nueva incorporación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en tanto que la clave de los precedentes razonamientos en cuanto a la ayuda por guardería estudiada han quedado extensa y prolijamente razonados».

suscita trae su causa en una condición laboral de poco o nulo impacto en la mejora de la situación de las mujeres.

3. LA APLICACIÓN AL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL DEL «PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD», O LA SANCIÓN ANTE LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA REALIDAD ESTADÍSTICA POR LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA

Relacionado con lo que apuntábamos anteriormente a propósito de la importancia de la realidad estadística en la argumentación judicial y en esta línea de evolución del concepto de «*discriminación indirecta*», el Tribunal Contitucional, en la sentencia de 15 de febrero de 2007, incorporó un nuevo principio, esta vez de «*interés público*». Con independencia de que éste nos devuelva a la discusión originaria sobre si los derechos fundamentales pueden ser vulnerados por privados o sólo por los poderes públicos, lo cierto es que dicho argumento refuerza el carácter «*cuasi objetivo*» de la responsabilidad por discriminación.

El supuesto de hecho que da lugar a la sentencia, parte de la solicitud de una trabajadora cajera-dependienta de Alcampo S.A. de una reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de seis años. La trabajadora propone una reducción que no abarca la totalidad de los días laborables pactados inicialmente en el contrato, razón por la cual la empresa lo deniega. El Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid desestima igualmente la pretensión de la trabajadora, bajo el argumento de que su solicitud no se atiene a los límites imperativamente establecidos en el art. 37 ET, al haberse excluido con la reducción propuesta, varios de los días laborables de trabajo, en paralelo a una modificación de la jornada, por haberse suprimido por completo el turno de mañana.

Resulta interesante que el Ministerio Fiscal interesa la inadmisión del recurso de amparo, al entender que:

«La razón que justifica la decisión de la empresa no guarda relación alguna con la cualidad de mujer de la empleada, sino con la modalidad contractual de vincular a empleador y trabajadora y que afectará por igual a hombres y mujeres, al fundamentarse tal modalidad de prestación de servicios en la necesidad empresarial de cubrir alternativamente los puestos de trabajo en función de sus necesidades de producción u organización.»

En este contexto, y tras reproducir la pacífica doctrina sobre el concepto de discriminación por razón de sexo⁽¹⁴⁾, el Tribunal reitera la doctrina sentada anteriormente por la STC de 20 de diciembre de 1999, a propósito de la no exigencia del «*tertium comparationis*» en los litigios en los que se invoca una supuesta discriminación⁽¹⁵⁾.

Ello le lleva no sólo a destacar la importancia de la estadística⁽¹⁶⁾, sino a exigir a nuestros Tribunales, en aplicación clara del principio de «*transversalidad*»⁽¹⁷⁾, que en los litigios en los que se invoque el derecho a la no dicriminación por razón de sexo, se realice no sólo una labor de interpretación técnica de la norma, sino una labor de contextualización social del conflicto:

-
- (14) «... tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; o 17/2003, de 30 de enero, FJ 3)».
- (15) «Debe notarse que, como ha destacado este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad in genere, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 CE, no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta».
- (16) «En efecto, en estos casos lo que se compara «no son los individuos», sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 CE en nuestro caso las mujeres».
- (17) Recordar sintéticamente que el principio de «*transversalidad*», acuñado en la Conferencia de Pekín de 1995, está llamado a inspirar la actuación de todos los poderes públicos, pertenezcan éstos al ámbito legislativo, ejecutivo o judicial. En este sentido se les requiere para que, con carácter previo a la adopción o aplicación de cualquier decisión, realicen un estudio o aproximación sobre cuál será el impacto previsto respecto de hombres y mujeres. Igualmente, y en la fase concreta de ejecución, se les obliga a evitar la exclusión o afectación a las mujeres. Y finalmente se les requiere para desarrollar una ulterior fase de evaluación sobre los efectos de cada decisión sobre el colectivo femenino. Para mayor concreción, ir a la «Guía para la evaluación del impacto en función del género» en http://ec.europa.eu/employment_social/gender_equality

«El hecho de que el órgano judicial no se haya planteado la cuestión de si denegar a la trabajadora la reducción de jornada solicitada constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y profesional supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex art. 14 CE de la cuestión que se le planteaba, de suerte que, como hemos afirmado en diversas ocasiones en relación con otros derechos fundamentales, el reproche que desde la perspectiva constitucional merece formularse contra la Sentencia recurrida en amparo “no es tanto ni sólo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado” (SSTC 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 5; y 92/2005, de 18 de abril, FJ 5).»

Por primera vez, un órgano judicial aplica las directrices para la evaluación del impacto en función del género a una decisión judicial. Es preciso recordar cómo en la comunicación de la Comisión sobre integración de la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias⁽¹⁸⁾ se afirma que:

«No basta con aplicar medidas positivas centradas en las mujeres, sino más bien ... recurrir a todas las políticas y medidas generales con el fin específico de lograr la igualdad.»

Pues bien, la STC 3/2007 obliga a los Tribunales, no sólo a que apliquen correctamente las reglas sobre inversión de la carga de la prueba en los procesos de tutela constitucional o que valoren con rigor la existencia de una justificación objetiva, proporcional y razonable como única posibilidad limitativa del derecho fundamental, sino especialmente a evaluar el impacto de sus pronunciamientos sobre la situación social de las mujeres:

«Siendo ello así, y reconocida la incidencia que la denegación del ejercicio de uno de los permisos parentales establecidos en la ley puede tener en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, es lo cierto que el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar y valorar el derecho fundamental en juego. Como hemos señalado también en relación con el tema de la excedencia, los órganos judiciales no pueden ignorar la dimen-

(18) COM (96) 67.

sión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde. Como afirmamos en nuestra STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, la razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5).»

No hacerlo supondrá automáticamente una indebida tutela del órgano judicial que vulnerará directamente el derecho, en este caso, a la no discriminación por razón de sexo:

«Dado que esta valoración de las circunstancias concretas no se ha realizado, debemos concluir que no ha sido debidamente tutelado por el órgano judicial el derecho fundamental de la trabajadora. La negativa del órgano judicial a reconocer a la trabajadora la concreta reducción de jornada solicitada, sin analizar en qué medida dicha reducción resultaba necesaria para la atención a los fines de relevancia constitucional a los que la institución sirve ni cuáles fueran las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa, se convierte, así, en un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y para la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, y en tal sentido, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con nuestra doctrina.»

4. EL «PLAN DE IGUALDAD» Y LA APLICACIÓN DE LA LÓGICA PREVENTIVA

Siguiendo en esta línea de evolución, la Ley 3/2007 de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres alude directamente a las fuentes estadísticas como instrumento clave en el proceso de tutela antidiscriminatoria:

— En primer lugar, exigiendo a las Administraciones Públicas la integración de la perspectiva de género en su actividad ordinaria⁽¹⁹⁾.

(19) Para lo cual, tal y como dispone el **art. 20**:

«los poderes públicos en la elaboración de sus estudios y estadísticas, deberán: a) incluir sistemáticamente la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos;

— En segundo lugar, cuando requiere que, con carácter previo a la elaboración del «Plan de Igualdad», se realice un «diagnóstico de situación»⁽²⁰⁾.

— En tercer lugar, a la hora de definir qué debe entenderse por «*participación equilibrada*» en la toma de decisiones, criterio que —por lo demás— podría servir para dotar de mayor seguridad jurídica al concepto anteriormente referido de *diferencia significativa*⁽²¹⁾.

b) establecer e incluir en las operaciones estadísticas nuevos indicadores que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar; c) diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención; d) realizar muestras lo suficientemente amplias como para que las diversas variables incluidas puedan ser explotadas y analizadas en función de la variable sexo; e) explotar los datos de que disponen de modo que se puedan conocer las diferentes situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de intervención; f) revisar y en su caso adecuar las definiciones estadísticas existentes con objeto de contribuir al reconocimiento y valoración del trabajo de las mujeres y evitar la estereotipación negativa de determinados colectivos de mujeres. Sólo excepcionalmente, y mediante informe motivado y aprobado por el órgano competente, podrá justificarse el incumplimiento de alguna de las obligaciones anteriormente especificadas».

Igualmente en el **art. 63** dispone que:

«Todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos remitirán, al menos anualmente, a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal». Y finalmente el **art. 77**, según el cual «En todos los Ministerios se encomendará a uno de sus órganos directivos el desarrollo de las funciones relacionadas con el principio de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de las materias de su competencia y en particular, las siguientes: a) recabar la información estadística elaborada por los órganos del Ministerio y asesorar a los mismos en relación a su elaboración...».

(20) Así, en el **art. 46** se define el «Plan de Igualdad» como:

«el conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo».

(21) Así en la **Disposición adicional primera** se señala que:

«A los efectos de esta Ley se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento».

— Y finalmente, aunque no de forma expresa, al exigir la elaboración de «informes de impacto de género» en relación con la actuación de los poderes públicos⁽²²⁾.

Junto a ello, y a través de la figura del «*Plan de Igualdad*», pretende incorporar el principio de transversalidad a la empresa, de manera que de modo reflejo a como va a ocurrir en la actividad de los poderes públicos, el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará la actuación empresarial. De este modo, este principio deberá integrarse en la adopción y ejecución de decisiones unilaterales, contractuales o convencionales o en la definición, diseño y desarrollo del conjunto de todas sus actividades organizativas.

Con ello, en definitiva, se sientan las bases de un «*sistema de evaluación de riesgos de discriminación*», muy próximo al ya existente en materia de riesgos laborales⁽²³⁾ y que, efectivamente, cobra toda su lógica una vez institucionalizado el concepto de «*discriminación indirecta*».

(22) Es el caso del art. 19 («los proyectos de disposición de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género»), del art. 55 («La aprobación de convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público deberá acompañarse de un informe de impacto de género, salvo en casos de urgencia, y siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo»).

(23) En este sentido es interesante analizar los paralelismos existentes entre el **art. 46 del Proyecto de Ley de Igualdad**: «Los Planes de Igualdad de las empresas son el conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados... Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo» y el **art. 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales** («La prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente. Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa en los términos que reglamentariamente se establezcan. Los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de pre-

Siendo así, se consolida la línea de responsabilidad empresarial «*por omisión*», esto es, por defecto de prevención y con ella, la idea de «*responsabilidad cuasi-objetiva*». Así parece que debe concluirse por la ampliación de las obligaciones de detección y corrección de discriminaciones a las que debe hacer frente el empresario a través del «*Plan de Igualdad*», y por el papel que en este contexto va a tener la «*prueba estadística*», tal y como —anteriormente vimos— la están aplicando nuestros Tribunales.

Es preciso señalar cómo a través de la STCo 250/2000, el Tribunal Constitucional ya determinó, a propósito de las descripciones que sirven de fundamento a los sistemas de valoración de puestos de trabajo, la necesidad de integrar factores de corrección «de género», una vez constatadas diferencias estadísticas significativas en el salario percibido por hombres y mujeres⁽²⁴⁾.

Sin duda, el gran reto en este punto es conseguir un modelo objetivo de tratamiento de datos estadísticos que sea capaz de matizar adecuadamente los resultados que arrojen las valoraciones generales, basadas tradicionalmente en una aplicación simple de la conocida «regla de 3». La realidad social es extraordinariamente más compleja que lo que pueda mostrar cualquier aproximación meramente cuantitativa y cuando el factor cuantitativo se erige en instrumento principal desde el que activar un proceso de tutela, a riesgo de partir de una fotografía equivocada y consiguientemente no aplicar correctamente la norma, deberán realizarse las comparaciones, regresiones y ponderaciones necesarias que permitan contextualizar debidamente los datos estadísticos.

5. CONCLUSIONES

El desarrollo teórico del concepto de «*discriminación indirecta*» ha supuesto un verdadero revulsivo en los procesos de tutela antidiscriminatoria

vinción de riesgos, que podrán ser llevados a cabo por fases de forma programada, son la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva a que se refieren los párrafos siguientes...»).

(24) A propósito de la trascendencia de dicho fallo, véase a M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Feminización de tareas y masculinización de valoraciones», *Relaciones Laborales*, T. I, 2000.

y en las políticas sociales tendentes a la consecución del derecho a la igualdad de oportunidades.

La decisiva importancia de medir el impacto que determinadas decisiones o prácticas empresariales tiene sobre el colectivo de mujeres, está llevando paulatinamente a los Tribunales a dotar de mayor importancia a la prueba estadística. Y en sentido paralelo, la incorporación del «principio de transversalidad» también a la actuación de los Tribunales, va a exigirles realizar una valoración del impacto que su decisión pueda tener sobre determinada situación socioeconómica, a riesgo de vulnerar el art. 24 en conexión con el 14 CE.

Todo ello exige depurar los criterios en base a los cuales deberá realizarse la invocación y posterior toma en consideración de los datos estadísticos que, en todo caso, deberán regirse por los principios de pertinencia (cualitativa y cuantitativa), contextualización y significación.

La entrada en vigor de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres ha reforzado este criterio judicial, en la medida en que tanto poderes públicos como empresas privadas, van a verse obligadas a realizar «diagnósticos estadísticos de situación», en unos casos porque deberán desglosar por sexos toda la información a su disposición y, en otros porque será necesario calcular «indicadores de discriminación» como paso previo a la adopción de medidas de atenuación o supresión de discriminaciones a través de los «planes de Igualdad».

Pero la importancia de la prueba estadística no queda circunscrita a los procesos de tutela en materia de sexo/género. Actualmente son dos también los ámbitos en los que este tipo de prueba ha sido determinante en la argumentación del fallo judicial. En un caso, el conflicto incoado en el marco de uno de los EREs instados por la empresa Nissan, en el que se pretende la declaración de nulidad por entender que el grueso de las personas que integraban la lista de afectados pertenecían a una determinada organización sindical en favor de los sindicatos mayoritarios. En otro, sin duda más complejo en la construcción de la prueba que se reclama, a propósito de la negativa firmemente reiterada del TS en declarar nulo por discriminación por estado de enfermedad, los despidos que directa o indirectamente estén fundados en la falta de asistencia de los trabajadores por enfermedad, siempre que —obviamente— no concurra causa de

procedencia del despido⁽²⁵⁾. En este punto, el TS reclama que se acredite la pertenencia de los «trabajadores enfermos posteriormente despedidos» como colectivo homogéneo y socialmente perjudicado, como condición para activar la posibilidad de entender que concurre una discriminación «por cualquier condición personal o social», requerimiento que nos ha de llevar a demostrar socioeconómicamente el perjuicio.

Como vemos, las matemáticas y la estadística entran en el debate jurídico por la gran puerta de la tutela constitucional.

(25) Entre otras, SSTs de 23 de mayo de 2005; 22 de noviembre de 2007; de 11 de diciembre de 2007; 18 de diciembre de 2007; 22 de enero de 2008; 13 de febrero de 2008; 22 de septiembre de 2008 o 27 de enero de 2009.