

# *El desarrollo de la tutela antidiscriminatoria en el Derecho Comunitario*

*Jesús Cruz Villalón*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## **1.- Derechos fundamentales y tutela antidiscriminatoria en el ordenamiento comunitario**

La Unión Europea desde los inicios de su existencia se ha enfrentado de una forma llamativamente paradójica al reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. De un lado, desde el punto de vista político, lo ha considerado como un elemento consustancial y seña de identidad del modelo social sobre el que se asienta el desarrollo de los diversos Estados miembros de la Unión; pero, de otro lado, desde la perspectiva jurídica, el acervo normativo comunitario estaba prácticamente huérfano de cualquier tipo de recepción de lo que constituye una clásica carta de derechos ciudadanos, tanto por lo que se refiere a los Tratados constitutivos como incluso en lo que afecta al Derecho derivado. La situación así descrita, que duda cabe, ha tenido fuertes dosis de contradicción.

En efecto, si se analiza en su conjunto el derecho interno de los diversos Estados miembros, se puede afirmar, sin mayores dudas, que los correspondientes sistemas jurídicos recogen un reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas con una profundidad y eficacia muy superior al resto de los Estados del concierto internacional. Particularmente por lo que refiere a los ordenamientos internos de la Europa continental, es fácil advertir la presencia de elementos jurídicos comunes en la incorporación de los derechos fundamentales, que son expresión palpable de la perfección jurídica con la que se regulan: relación amplia y relativamente completa de la lista de derechos fundamentales y libertades públicas universalmente aceptados; recepción en

particular de los derechos de segunda generación, al hilo de la conformación de los Estados sociales de derecho, que implican, por lo que en este momento interesa, la denominada constitucionalización de los derechos laborales básicos de los trabajadores; expresa aceptación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, lo que comporta extender a los sujetos privados y, en especial, a los poderes económicos, la vinculación y respeto a tales derechos fundamentales; una centralidad de la tutela frente a las conductas discriminatorias, que permite reaccionar ante actos de segregación y marginación social de muy diversa naturaleza; configuración de instrumentos específicos de reacción judiciales y administrativos, que garantiza ahora desde la perspectiva procesal unas herramientas de respuesta igualmente eficaces; conformación de un efectivo sistema sancionador, de modo que las reacciones del aparato estatal frente a las vulneraciones de tales derechos vayan más allá del puro acto declarativo, de modo que las sanciones tengan una doble eficacia, resarcitoria y profiláctica de evitar futuras transgresiones.

Más aún, la superación del test de respeto a los derechos fundamentales se ha convertido en requisito imprescindible para aceptar la candidatura de un Estado europeo a la integración plena dentro de las instituciones comunitarias; al extremo que es bien conocido como sólo la instauración de un modelo de Estado democrático ha permitido a determinados y concretos Estados iniciar los procesos de negociación y sucesiva integración. Tanto la ampliación a ciertos países del Mediterráneo a lo largo de la década de los años 80' como la futura ampliación a los países del Este es claro exponente de esta posición política de las

instituciones comunitarias, en términos tales que ha sido necesario un cambio de régimen político en tales Estados para que el Consejo Europeo haya aceptado iniciar los trámites de negociación pertinentes.

Sin embargo, el contraste es total cuando se procedía a efectuar el análisis del cuerpo normativo de la legislación comunitaria, donde inmediatamente se percibía una ausencia total de referencia a las pautas de funcionamiento democrático de las instituciones comunitarias y, particularmente, alusión a la intervención de las instituciones comunitarias como garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos de los Estados miembros. Ni siquiera en los Tratados Constitutivos figuraba formalmente esa exigencia de respeto a las Cartas de derechos fundamentales como requisito para formar parte de la Comunidad Europea y mucho menos la previsión de un mecanismo de reacción, incluida la expulsión, para la hipótesis teórica de un cambio radical de régimen jurídico nada respetuoso con los principios democráticos.

En sus inicios, la situación podía tener su explicación, en base a un implícito reparto de roles entre diferentes instituciones supraestatales en el ámbito europeo. En efecto, podría considerarse que en los momentos constitutivos y de primer desarrollo de la Comunidad Europea, el papel de vigía y garante de los derechos fundamentales en el ámbito regional le venía asignado al Consejo de Europa. Este, a través de la aprobación en su seno del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, articulado procesalmente a través de la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con reconocimiento explícito de la legitimación a los ciudadanos particulares para acudir al mismo y la vinculación jurídica directa de sus resoluciones judiciales, cubría ese flanco de tutela de tales derechos; situación que hacía innecesaria duplicidades por parte de la Comunidad Europea. Bastaba con que se diera la circunstancia de que de facto los Estados miembros ya formaban parte del Consejo de Europa y tenían ratificado el Convenio precedente, para que las instituciones comunitarias se consideraran eximidas de entrar en dicho ámbito. Más aún, en el específico ámbito laboral, también se elabora y aprueba un texto 'ad hoc' en el seno del propio Consejo Europeo: la Carta Social Europea, conocida como Carta de Turín, de 18 de octubre de 1961, que cubre un importante flanco en

ese ámbito de reconocimiento de los derechos sindicales como penetración de los derechos fundamentales en el interior de las empresas y centros de trabajo.

Finalmente, el reparto de roles se suponía perfecto, desde el instante en que se venía a considerar que el ámbito natural de actuación de la Comunidad era de todo punto diverso; esto es, se circunscribía al terreno de lo económico y mercantil, con una pura finalidad de creación de un gran mercado, que vía economías de escala produjera el consiguiente desarrollo en calidad de condiciones de vida de los ciudadanos europeos.

Sin embargo, tal panorama de reparto de roles implícito se ve superado con el paso del tiempo, correlativo a un devenir diverso de ambas instancias supraestatales. De un lado, el Consejo de Europa, por mucho que formalmente pueda tener un sesgo autónomo, es hijo de la etapa de guerra fría y de conformación de los dos grandes bloques de postguerra en Europa. Por ello, paralelo al desplome de los modelos políticos de la Europa del Este a lo largo de la década de los años 80' y la desaparición del telón de acero, pierde pulso y vitalidad el propio Consejo de Europa. Por mucho que perviva la vigencia del Convenio Europeo y de la Carta Social, estos se muestran de todo punto insuficientes y, sobre todo, se advierte como el Consejo Europeo va perdiendo capacidad de influencia política, desapareciendo toda iniciativa novedosa en su seno. En suma, el Consejo de Europa languidece en actividad y pierde impacto político en el ámbito europeo.

No es casual que lo anterior coincida con un paralelo proceso de profundización en el proyecto de construcción europea desde las instituciones comunitarias, desbordando su finalidad originaria de constitución de un gran Mercado común, para trasladarse al ámbito de la creación de un poder político en sí mismo, con voluntad de actuar de forma generalizada en los diversos ámbitos de la configuración social europea, para transformarse en una auténtica Unión Europea como sujeto político. Es este cambio cualitativo de la Comunidad Europea, el que suscita de forma inmediata los déficits de legitimidad democrática, así como las llamativas carencias en lo que refiere al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas allí donde se aplica la legislación comunitaria y allí donde intervienen de forma directa las instituciones comunitarias.



El punto de partida, por lo que refiere a la dimensión social de la Unión Europea, es de lo más parco, al extremo que con acierto se llegó a afirmar que en dicho terreno sólo eran apreciables dos "oasis" de socialidad, en nuestra perspectiva diríamos dos "oasis" de tutela antidiscriminatoria: de un lado, la prohibición de discriminación salarial por razón de sexo, y, de otro lado, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad vinculada a la libre circulación de trabajadores y profesionales a favor de los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad. Ambos oasis, por vía del Derecho derivado así como de la intervención favorable del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, experimenta un gran desarrollo a lo largo de la década de los años 60' y 70', más allá de lo que era imaginable a la luz de los textos de los correspondientes preceptos en el Tratado de Roma. Sin embargo, el propio calificativo de "oasis" marcaba desde sus inicios las limitaciones del mismo y, en particular, la imposibilidad de que los mismos se convirtieran en el germen de la tutela generalizada de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, sin proceder a una intensa reforma de los propios Tratados Constitutivos. Por tal razón, los diversos intentos que se ensayan a lo largo de la década de los años 80' e incluso principios de los 90' de penetración de tales derechos por vías indirectas, particularmente de actuación en el nivel del Derecho derivado o bien de las declaraciones programáticas de intenciones, estaban todas ellas llamadas al fracaso; al menos al fracaso si con ello se pretendía una incorporación al ámbito comunitario de la efectividad de tales derechos con una configuración y efectividad asimilada a la que existe en los diversos capítulos de los textos constitucionales de los Estados democráticos.

En ese sentido ha sido imprescindible proceder a una recepción directa de tales derechos en los propios Tratados Constitutivos para que pueda empezar a vislumbrarse una expansión más auténtica de los parámetros constitucionales en materia de derechos fundamentales al acervo normativo comunitario. Sin perjuicio de que pudieran señalarse algunos atisbos en reformas precedentes — particularmente en 1986 con el Acta Única Europea, en 1989 con la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores y en 1992 con el Tratado de Maastricht—, el cambio más decisivo se verifica a partir de la reforma de los Tratados en Amsterdam en 1997, que justamente ha abierto las puertas a una profundización real en esta materia.

En una rápida mención de las novedades más destacadas del Tratado de Ámsterdam, se podrían resaltar las siguientes. En primer lugar, el art. 6.1 del Tratado de la Unión declara que "La Unión se basa en los principios de la libertad, la democracia, el respeto a los derechos humanos y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros". Como complemento a lo anterior su apartado segundo establece que "La Comunidad respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. El art. 7 procede a implantar un procedimiento por el que se determine la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de dichos principios, al tiempo que habilita para la suspensión de determinados derechos de ese Estado miembro. Sin voluntad de agotar las menciones, citar finalmente el art. 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, conforme al cual "Sin perjuicio de las demás disposiciones del Tratado y dentro de los límites y competencia atribuidas por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa Consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual".

Es a partir de la entrada en vigor de las precedentes reformas que las instituciones comunitarias poseen un decisivo título competencial y la correlativa legitimación jurídica para desplegar una más amplia política en este terreno, tanto en lo que refiere a exigencia a los Estados miembros y candidatos a serlo en el respeto de los derechos fundamentales, como al desarrollo del cuerpo normativo comunitario en lo que afecta a tal materia.

Justamente esto es lo que ha propiciado la elaboración y, en algunos casos relevantes, aprobación a finales del año 2000 de textos comunitarios que van a comportar decisivas novedades en el acervo comunitario. Entre ellas, por relacionar las más importantes habría que traer a colación los siguientes. Ante todo, la declaración solemne relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea efectuada en la cumbre de Niza de diciembre de 2000

(Documento 2000/C 364/01). En segundo lugar, diversas Directivas que se adoptan con fundamento en las nuevas redacciones de los Tratados constitutivos; de ellas, resaltar tres Directivas de fuerte incidencia en el ámbito laboral: Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio (DOCE 19 julio), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre (DOCE 2 diciembre), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre (DOCE 5 octubre), que modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

No se trata de una mera coincidencia el hecho de que en tan breve lapso de tiempo Comisión, Parlamento y Consejo se hayan puesto de acuerdo en abordar todo este conjunto de materias, de incidencia directa sobre los derechos fundamentales en el ámbito de lo laboral; es el resultado justamente de la apertura del campo de actuación que propició el Tratado de Ámsterdam y ya comienza a dar frutos efectivos.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea constituye el primer texto que, desde las instancias comunitarias, procede a recoger una típica declaración de reconocimiento de los Derechos Fundamentales en el ámbito comunitario, con las virtudes añadidas de ser un texto de última generación. De este modo contiene un amplio listado de derechos que, no sólo procede a una "codificación" de la multitud de derechos recogidos tradicionalmente en el ámbito internacional y constitucional, incorporando pues los correspondientes de sesgo económico y social, sino que además procede a consagrar nuevos derechos; novedades, de un lado, conforme a los nuevos valores o sensibilidades sociales; y, de otro lado, para intentar dar respuestas a los retos que comporta la extensión de las nuevas tecnologías y su incidencia sobre concretos derechos fundamentales más vulnerables a las mismas. Con ello, además, se logra otorgar una mayor seguridad jurídica al elenco de derechos, en la medida en que ya no responde a la mayor o menor voluntad del Tribunal comunitario de desbordar el estrecho marco del acervo comunitario existente hasta el momento presente. Pero, sobre todo, es un texto que puede reforzar la posición política de las

instituciones comunitarias, en la medida en que constituye un instrumento eficaz de desarrollo del art. 6 del Tratado de la Unión antes mencionado, legitima y da coherencia a la política exterior y de seguridad común de la Comunidad y, a la postre, constituye un referente indispensable a la hora de materializar la ampliación a nuevos Estados a integrar dentro de la Unión.

Desde la perspectiva laboral y social, una repercusión práctica inmediata van a tener las tres Directivas antes mencionadas. Las dos primeras, las Directivas 2000/43 y 2000/78, en la medida en que suponen el definitivo desbordamiento de los dos tradicionales oasis de tutela antidiscriminatoria, por cuanto que las mismas consolidan una capacidad de armonización de las legislaciones nacionales respecto del principio de igualdad de trato en atención de conductas de marginación social diversas de las aisladas y clásicas comunitarias. Ya no es sólo la nacionalidad y el sexo los elementos referenciales a tomar en consideración respecto de los tratamientos discriminatorios, sino que a los mismos se les unen otros de candente actualidad, como son los relativos al origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Más aún, en estas Directivas se comienzan a apreciar atisbos de una voluntad de ir más allá de lo que constituye, desde un punto de vista técnico jurídico, el ámbito natural de la tutela frente a conductas discriminatorias, para efectuar una primera aproximación a derechos fundamentales diversos; me refiero en concreto a la novedad de la incorporación de medidas de reacción frente los actos de acoso, sea sexual o de otra naturaleza, que en el sentido estricto del término ya no conecta con el trato igual, para afectar a derechos de diversas naturaleza, como es el derecho a la intimidad o privacidad así como el derecho a la dignidad personal.

La tercera de las Directivas, la relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito de las condiciones de trabajo, es cierto que responde a un ámbito de actuación tradicional, bien consolidado dentro de la política social comunitaria. Sin embargo, ello no desmerece de la trascendencia de la modificación en 2002 de la bien conocida e influyente Directiva del año 1976. En efecto, los cambios jurídicos y sociales en el ámbito comunitario han sido profundos desde aquella ya lejana fecha de 1976, por lo que era preciso algo más que un mero *aggiornamento* de la citada Directiva de tutela de la mujer trabajadora. Son muchas las cuestiones abordadas por el Tribunal de Justicia, que



han ido conformando toda una doctrina que era aconsejable incorporar al texto de la norma, la reforma del antiguo art. 119 -actual 141- del Tratado de la Comunidad daba paso a una profundización particularmente por lo que refiere a las medidas de acción positiva, los cambios en el mercado de trabajo igualmente requerían de nuevas respuestas desde la Directiva y, finalmente, ha sido la oportunidad de oro para conformar un documento coherente y en paralelo a las dos Directivas precedentes.

Desde otra perspectiva, es oportuno resaltar como la actuación de la normativa comunitaria en materia laboral en el ámbito de la prohibición de tratamientos discriminatorios no se limita a las Directivas antes referidas. Para empezar existen otras complementarias, que ahonda en el objetivo de extender la tutela antidiscriminatoria por lo que refiere a la igualdad de trato entre hombre y mujer, como son las Directivas conocidas en materia de igualdad salarial (Directiva 74/117/CEE), relativa a la carga de la prueba (Directiva 97(80)/CE), en materia de Seguridad Social (Directivas 79/7/CEE y 86/378) y relativo al ejercicio de actividades por cuenta propia o autónomos (Directiva 86/613).

Pero, sobre todo, me interesa resaltar más otro tipo de intervenciones en el ámbito comunitario que tiene un objetivo inmediato diverso al de atender a situaciones de exclusión o marginación social, sino que van dirigidas de forma inmediata a actuar para corregir ciertos efectos indeseados en el mercado de trabajo; eso sí, una intervención que se canaliza a través de la técnica jurídica de la tutela discriminatoria. Los promotores de estas iniciativas constatan que la tutela antidiscriminatoria constituye una herramienta de actuación de muy elevada eficacia para actuar sobre cierto tipo de dualidades en el mercado de trabajo no deseables, pues bien pueden incidir negativamente sobre la libre competencia mercantil o bien pueden provocar efectos perniciosos de dumping social. A título de ejemplo, podrían mencionarse los siguientes ejemplos de utilización a otros efectos de la técnica de la tutela antidiscriminatoria: 1) Directiva 97/81/CE, de 15 diciembre (DOCE 20 enero 1998), relativa al acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, cuya cláusula 4<sup>ta</sup> coloca en lugar central de toda su regulación el principio de no discriminación, a efectos de garantizar un tratamiento proporcional y parejo de los trabajadores a tiempo parcial con los trabajadores a tiempo completo; 2) Directiva 99/70/CE, de 28 junio (DOCE 10 julio), relativa al acuerdo marco sobre trabajo de duración

determinada, cuya cláusula 4<sup>ta</sup> igualmente otorga una importancia decisiva al principio de no discriminación, a los efectos de que no se acuda a la contratación de duración determinada como mecanismo de fijación de condiciones menos favorables de los trabajadores temporales respecto de los trabajadores fijos comparables; 3) el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002, cuya cláusula 4<sup>ta</sup> también establece un genérico principio de paridad de tratamiento, al determinar que los teletrabajadores se deben beneficiar de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa; 4) la propuesta de Directiva relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal (COM 2002, 149 final, de 20 marzo 2002), cuyo art. 5 igualmente arranca del establecimiento de un genérico principio de no discriminación, dirigido a garantizar que los trabajadores cedidos, durante su misión, sean tratados de manera al menos tan favorable como un trabajador comparable de la empresa usuaria por lo que refiere a las condiciones de trabajo y de empleo.

Finalmente, conviene indicar también como el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, acude con reiteración a la técnica del análisis comparativo de razonabilidad y proporcionalidad de ciertas diferencias, a los efectos de detectar posibles contravenciones respecto del ordenamiento comunitario, que se basan precisamente en su vulneración del principio de no discriminación. A mero título de ejemplo, podríamos mencionar dos pronunciamientos recientes. El primero de ellos es el relativo a la condena a la República italiana en relación con las medidas de incentivo económico a la contratación laboral de determinados grupos de trabajadores o en determinadas regiones, que pueden comportar situaciones de distorsión de la competencia empresarial en la medida en que suponga discriminación vía ayudas a las empresas (STJCE 7 marzo 2002, C-310/99). El segundo de ellos en relación con las responsabilidades del Fondo de Garantía Salarial español a tenor de la Directiva 80/987/CEE, en cuanto que condena a España por considerar discriminatorio el hecho de reconocer solo la responsabilidad del Fondo cuando se aporta una resolución judicial reconocedora de la deuda empresarial pero se niega cuando el título jurídico aportado es meramente una avenencia en un procedimiento de conciliación (STJCE 12 diciembre 2002, C-442/00).

## 2.- Los interrogantes de futuro. En particular, la reserva legal

A pesar de las muy importantes novedades que se recogen en los textos objeto de comentario, nos enfrentamos a un nuevo proceso de profundización en el ámbito comunitario de la tutela de los derechos fundamentales, que apenas acaba de iniciarse. Por ello, las incertidumbres, tanto políticas como jurídicas son notables, de modo que el debate tiene visos de prolongarse a lo largo de los próximos años. Basta al efecto con señalar tan sólo los retos más destacables a los que hemos de enfrentarnos en el inmediato futuro, derivados casi todos ellos de las carencias que ya se comienzan a apreciar en los textos precedentes.

Para empezar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es bien sabido por todos, que la forma finalmente adoptada como mera "declaración solemne" ha constituido un cierre en falso de una cuestión aún pendiente de decidir: la naturaleza jurídica que finalmente haya de adoptar dicho documento, particularmente en lo que refiere al grado de vinculabilidad y eficacia jurídica en la exigencia del respeto a los derechos allí recogidos. Es difícil de poner en duda que la fórmula de "declaración solemne" es de todo punto insuficiente y con ella no se satisfacen las grandes expectativas que había tras la elaboración de la Carta. Prueba de ello es que las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Niza declara que "De conformidad con las conclusiones de Colonia, la cuestión del alcance de la Carta se examinará posteriormente". Es obvio que el asunto queda en una situación de impase, en términos que el Consejo es consciente que tiene que otorgarle un efectivo alcance jurídico a la Carta, no pudiendo quedarse en mera declaración programática, pero que al propio tiempo se le plantean indudables problemas de articulación, sin ocultar los riesgos que asume con un reconocimiento pleno de eficacia jurídica.

En lo que refiere a la triada de Directivas en materia de trato igual, conviene llamar la atención que las mismas, aunque amplían notablemente los supuestos de trato discriminatorio, establecen un listado limitado y cerrado de causas discriminatorias. No existe una cláusula de cierre genérica como, por ejemplo, la presente en el art. 14 de la Constitución Española, cuando determina que del mismo modo se considera como tratamiento discriminatorio vedado aquel que refiere a "cualquier otra condición o circunstancia personal

o social"; como refleja la Constitución Italiana en su art. 3 en la mención final a la igualdad sin distinción de "condiciones personales y sociales". Al no estar recogida fórmula asimilable a ésta última, queda asegurado que determinados fenómenos de exclusión o marginación social van a continuar emergiendo, particularmente en el ámbito de las relaciones laborales, para los cuales no va a tener respuesta explícita la legislación comunitaria. Ante todo, en el ámbito de la política social conviene recordar que aún existen materias para las cuales las instituciones comunitarias carecen de competencias de armonización de las diversas legislaciones nacionales, lo que como efecto reflejo puede provocar la imposibilidad de que las intervenciones de la política antidiscriminatoria se pueda extender a ese terreno. De este modo, en tanto que no se modifiquen los Tratados constitutivos, no parece viable que quepa actuar sobre discriminaciones relativas al ejercicio de la libertad sindical o al ejercicio del derecho de huelga (art. 137.5 TCE). De otra parte, caben citar los problemas ya incisivos relativos al tratamiento de los trabajadores extracomunitarios, las posibles diferencias lingüísticas y los potenciales problemas de discriminación en ese ámbito, las diferencias culturales entre segmentos de población laboral, la repercusión de los nuevos descubrimientos científicos en torno al genoma humano y su posible utilización a efectos de selección del personal en el ámbito laboral, etc.

Frente a ello, cabría mencionar la voluntad expansiva que se advierte en la Carta de Derechos Fundamentales. En efecto, su art. 21 sí que contiene una redacción que arranca de un principio omnicompreensivo respecto de las causas de discriminación, sin perjuicio de mencionar sucesivamente las concretas causas sobre las que se ha centrado hasta el presente la actuación comunitaria: "Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de...". De forma adicional en el listado de causas posible determinantes de tratamientos discriminatorios, se añaden circunstancias novedosas que no estaban presentes hasta el momento actual en el acervo comunitario: orígenes sociales, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, etc. Finalmente, por mucho que se puedan apreciar atisbos de desbordamiento de la tutela antidiscriminatoria, en lo que refiere a la generalización de los derechos fundamentales – el conjunto de los recogidos en la Carta de Derechos – y su repercusión sobre las relaciones



laborales está prácticamente casi todo por hacer en el ámbito comunitario. En todo caso, todo ello no deja de plantear los problemas generales que suscita la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales en torno al grado de su vinculabilidad jurídica y al desbordamiento que comporta respecto de lo previsto en los Tratados Constitutivos, en particular por lo que refiere a su contraste con el listado más reducido y, sobre todo, cerrado, del art. 13 TCE en lo que refiere a las causas vedadas de tratamiento discriminatorio.

La normativa comunitaria en los procesos armonizadores de su política social tradicionalmente ha adoptado un criterio de no-ingerencia en lo que refiere a las opciones nacionales de articulación formal de los objetivos perseguidos con la intervención comunitaria. En tanto el ordenamiento comunitario puede llegar a ser muy preciso en lo que refiere a la relación de derechos materiales que quiere reconocer a las partes en el seno de las relaciones laborales, sin embargo ha preferido por omitir toda pauta concreta en lo que afecta al terreno de lo procedimental o lo procesal. Con todo, también en esta otra vertiente también hay atisbos de intervención comunitaria, lo que no deja de suscitar sus interrogantes.

Los primeros provienen de la propia eficacia vinculante de los recientes textos normativos comunitarios, así como de la forma de llevarlos a la práctica.

Para empezar el de mayor enjundia, a nuestro juicio, deriva del impacto general sobre el sistema de fuentes nacionales derivado de las normas comunitarias. El más novedoso y relevante se sitúa en la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando precisa que "Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley" (art. 52.1). Se trata de una regla que penetra de forma directa en una de las claves institucionales de cualquier sistema constitucional nacional: la determinación de las reglas de reserva normativa y, en particular, los poderes asignados al Parlamento restringiendo correlativamente el margen de actuación por parte de otros poderes normativos. Es materia que suele venir reflejada en las distintas Constituciones de los Estados miembros, particularmente de aquellos que responden a los sistemas normativos propios de la Europa continental. En muchos de los Estados miembros existe una precisa reserva normativa a favor del Parlamento en orden a la regulación de

los derechos fundamentales y, en particular, en lo relativo a las limitaciones del principio de igualdad y prohibición de tratamientos discriminatorios. Sin embargo, en otros sistemas nacionales el panorama de fuentes puede resultar algo más confuso o incluso puede llegar a requerir de una reforma constitucional para dar pleno cumplimiento a lo previsto por el art. 52.1 de la Carta. Este, sin lugar a dudas, constituye un primer elemento que ha podido determinar las cautelas comunitarias a la hora de reforzar la eficacia jurídica de la Carta. Entrando en mayores detalles, será obligado analizar cual es el alcance concreto de la regla contenida en el art. 52 y, en concreto, cómo ha de interpretarse la mención a la "ley" como instrumento jurídico exclusivo de limitación del ejercicio de los derechos fundamentales. Cuando menos, tres binomios pueden suscitarse en este orden. En primer lugar, la dualidad ley de Parlamento versus Reglamento del poder ejecutivo, que es la más clásica y previsiblemente la que más directamente estaba en la mente del legislador comunitario cuando introdujo este condicionamiento; probablemente la interpretación más inmediata del artículo es la de identificar el término "ley" con norma emanada del Parlamento nacional y, con ello, vetar que ello pueda verificarse por vía la actuación del poder normativo del Gobierno, que es tan relevante en significativos Estados miembros de la Unión Europea. En segundo lugar, la dualidad ley "nacional" versus ley "regional". Respecto de aquellos Estados caracterizados por una estructura del poder político descentralizado, con importante asunción de competencias públicas por parte de entidades políticas regionales -Länders alemanes, Comunidades Autónomas españolas, Regiones italianas, etc.- habrá que preguntarse hasta qué punto la expresión Ley también es referible a ese ámbito, pues en muchos de esos modelos más o menos Federales de estructuración del poder estatal se constituyen los correspondientes Parlamentos regionales y estos ostentan los correspondientes poderes normativos, cuyos productos en ocasiones también se califican formalmente como "leyes". En tercer lugar, derivado de las peculiaridades propias de la creación normativa en el sistema de relaciones laborales, la dualidad ley "estatal" versus ley "pactada", producto esta última de la autonomía colectiva. Naturalmente, es difícil que el legislador comunitario, en el momento de elaborar una norma general relativa a los derechos fundamentales y a la tutela antidiscriminatoria concebido para todas las vertientes del ciudadano europeo, haya previsto su repercusión en lo que refiere a las peculiaridades de las relaciones laborales; por ello, lo más plausible

es pensar que la Carta está limitando sobre todo la capacidad normativa de los Gobiernos nacionales, como poderes ejecutivos, en beneficio de la centralidad de la capacidad legislativa del Parlamento, sin tomar en consideración el reparto de roles entre norma estatal y norma convencional. En todo caso, no está de más traer a colación esta tercera dualidad, pues tarde o temprano habrá que individualizar cual es el margen de actuación por parte de la negociación colectiva a la hora de establecer diferenciación de tratamientos, partiendo en todo caso de la premisa de que también los convenios colectivos están sometidos al principio de tutela antidiscriminatoria. Por sólo recordar un asunto crucial, es la negociación colectiva en casi todos los modelos nacionales quien procede a fijar la estructura y el quantum retributivo de los trabajadores, de lo que pueden derivar importantes discriminaciones indirectas en atención a una pluralidad de factores prohibidos: sexo, lengua, origen, etc.

Desde otra perspectiva, conviene también recordar como cada vez con más intensidad la política social comunitaria pivota sobre el diálogo social y, entre sus manifestaciones, fomenta la transposición del ordenamiento comunitario a través de la negociación colectiva, como una señal de identidad más diferencial de las relaciones laborales. Pues bien, también en este terreno habrá que preguntarse hasta qué punto ello es compatible con la regla del art. 52.1 de la Carta, cuando hace apelación exclusiva a la ley como forma de regulación o de limitación del principio de tutela antidiscriminatoria.

En suma, sea cual sea el resultado de este debate sobre los tres binomios, me interesa resaltar por encima de todo que con esa apelación a la necesaria intervención de la ley, la Carta se ha introducido en un espacio nuclear de nuestros sistemas jurídicos, por afectar a cuestión tan crucial como es la relativa a la funcionalidad de las Fuentes del Derecho y, con ello, pone de relieve la interdependencia del ordenamiento comunitario y el correspondiente nacional en un nivel tan decisivo como es el constitucional; pues, insisto, suelen ser los textos constitucionales los que recogen las reglas de reserva de ley y de protagonismo del Parlamento, propias de cada Estado nacional; incide, a la postre en la propia concepción nacional del alcance del modelo de Estado democrático de derecho.

### 3.- La actividad jurisdiccional

Los pronunciamientos de condena judicial son la fórmula por excelencia y más típica de actuación en la aplicación de un derecho por naturaleza en discusión. Particularmente hábil y efectiva han resultado ciertas actuaciones judiciales, cuya autoridad tanto coactiva como moral ha servido de reacción sancionadora frente a comportamientos de pasado como de pautas de orientación respecto a la organización del trabajo en las empresas a partir de ese instante. En un principio, tanto los procedimientos judiciales como las mismas sentencias a las que estos daban lugar no estaban concebidos para dar respuesta a las situaciones de discriminación. No obstante, con el paso del tiempo, se han ido incorporando todo un aparato normativo que ha permitido un más fácil abordaje de tales asuntos por nuestro Juzgados y Tribunales laborales.

Desde el punto de vista comunitario, la consecuencia más relevante que provoca la incorporación de la tutela antidiscriminatoria en el ámbito europeo reside en que, como efecto reflejo, provoca un llamamiento a una nueva intervención del Tribunal '*ad hoc*', esto es, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La atribución de efectiva vinculación jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales y alcance ya real de las Directivas antidiscriminación, desemboca irremediablemente en un llamamiento a ampliar el ámbito competencial de conocimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un espacio en el que hasta el presente sólo ha intervenido con carácter marginal o, cuando menos, secundario. Y ello, naturalmente, plantea problemas de colisión con las instancias judiciales nacionales, particularmente con las especializadas en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas: los Tribunales Constitucionales nacionales.

Desde otro punto de vista, y a pesar de que la normativa comunitaria es exquisitamente respetuosa con las opciones nacionales en orden a articular el control del cumplimiento de la tutela antidiscriminatoria, tiene muy presente la centralidad que en la mayoría de los Estados miembros ha de tener la acción judicial (art. 6 de la Directiva 76/207, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres; art. 7.1 de la Directiva 2000/43



por lo que refiere a la discriminación por origen racial o étnico, así como el art. 9.1 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación). De este modo, aunque no siempre se impone como obligada la vía judicial, presupone que esta va a ser la vía generalizada; y, eso sí, para la hipótesis de que se opte por la actuación judicial, progresivamente ha ido introduciendo reglas procesales de enorme impacto, como garantía de que esa vía judicial puede resultar realmente eficaz garante de la tutela antidiscriminatoria. Muchas de estas reglas nacen históricamente en el "oasis" exclusivo de la tutela frente a discriminaciones por razón de sexo, si bien una de las innovaciones derivadas del Tratado de Ámsterdam y de las Directivas de 2000 es que procede a una universalización de tales criterios, procediendo a extenderlos "*mutatis mutandis*" al resto de las causas incorporadas como tratamientos discriminatorios prohibidos.

**Entre estas reglas, destacaría como más relevante, las siguientes:**

**En primer lugar,** la superación de los análisis formalistas, que se limiten a comprobar la identidad plena entre el trabajo de unos y otros colectivos, para entrar en un análisis de fondo, investigando las múltiples formas posibles de configuración de discriminaciones ocultas o indirectas. A partir del momento en que la sociedad se hace más compleja, también se convierte en más complejo el armazón jurídico y, con ello, las posibilidades de acudir a fórmulas de ingeniería jurídica que hagan más difícil de descubrir los disfrazados tratamientos discriminatorios. Desde este punto de vista, se le impone al Juez laboral un mandato de ir a la búsqueda de la verdad material más allá de cual sea la construcción formal que se le pretenda presentar exteriormente como tal. En este contexto va a adquirir una enorme relevancia la definición de tratamiento discriminatorio, incluyendo al efecto tanto las discriminaciones directas como lo que se entiende por discriminaciones indirectas, con fórmulas que obligan a investigar sobre todo las vísceras de la regulación material de las condiciones de trabajo (art. 2 Directiva 76/207 en lo que refiere a la igualdad de trato entre hombres y mujeres; art. 2 Directiva 2000/43 por lo que refiere a la discriminación por origen racial o étnico, así como el art. 2 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación).

**En segundo lugar,** estrechamente vinculado con lo anterior, el establecimiento de reglas de debilitamiento de la carga de la prueba (Directiva 97/80, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; art. 8 Directiva 2000/43 por lo que refiere a la discriminación por origen racial o étnico, así como el art. 10 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación). Sobre la premisa de que los datos fácticos los ostenta el empleador y que para determinadas situaciones de discriminación su constatación plena se convierte en la imposición de una prueba diabólica, a la presunta víctima que alega un tratamiento discriminatorio se le impone exclusivamente la aportación de un *fumus* discriminatorio, es decir, los elementos imprescindibles como para presentar indicios racionales de que se ha verificado en el fondo un tratamiento diferencial injustificado en sus condiciones de trabajo; a partir de ese instante, corresponde la prueba de su inexistencia al empleador, que es el sujeto que está en condiciones de aportar los elementos de juicio de cómo se produjo la situación, habitualmente resultado de una acción empresarial en el ejercicio de sus poderes organizativos en la empresa y derivado de la situación de subordinación consustancial al trabajo asalariado sometido a la legislación laboral. No se trata de una estricta inversión de la carga probatoria, desde el instante en que no cualquier diferencia de trato por sí misma ha de constituir necesariamente discriminación.

**En tercer lugar,** la consideración también como lesivo de los derechos fundamentales, en este caso concretamente el relativo a la tutela judicial efectiva, cualquier tipo de medida reactiva sancionadora o perjudicial en el sentido más amplio del término frente a quien presente una reclamación por estimar la presencia de una conducta discriminatoria de parte empresarial (art. 7 de la Directiva 76/207, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres; art. 9 de la Directiva 43/2000, por lo que refiere a la discriminación por origen racial o étnico; art. 11 de la Directiva 2000/78, por lo que refiere a la genérica discriminación por razón del empleo y la ocupación).

**Junto a ello, se abren como interrogantes, hasta qué punto reglas procesales muy extendidas en el régimen de la tutela antidiscriminatoria, pueden ser elevadas al ámbito comunitario. Entre ellas, a título ilustrativo y de forma telegráfica, mencionarían las siguientes.**

En primer lugar, la declaración de nulidad radical de las conductas lesivas de los derechos fundamentales, entre ellas como primordial la relativa a la prohibición de tratamientos discriminatorios. Ello comporta que no es suficiente una mera declaración indemnizatoria del tratamiento discriminatorio, sino que tales ilícitos por su gravedad deben traer consigo una restitución *in integrum* frente al daño ocasionado. En algunos pasajes de los textos comunitarios se utiliza expresión similar, imponiendo que ciertos actos se declaren nulos, si bien ello se produce con un carácter limitado, o bien no referido a la perspectiva aquí concretamente referida. En efecto, en ciertos textos comunitarios se habla de nulidad referida a disposiciones contrarias al principio de igualdad que figuren en los contratos individuales o convenios colectivos, incluidos los reglamentos internos de las empresas o las normas que rijan las asociaciones con o sin ánimo de lucro (art. 5 de la Directiva 76/207, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres; art. 14 de la Directiva 43/2000, por lo que refiere a la discriminación por origen racial o étnico; art. 16 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación). Sin embargo, estos textos omiten las referencias a las decisiones unilaterales del empresario, que pueden ser uno de los focos más relevantes de tratamientos discriminatorios.

Desde luego, por lo que refiere a las actuaciones empresariales en el ejercicio de sus poderes organizativos, los mismos también entran dentro del ámbito de lo vedado por la tutela antidiscriminatoria, si bien ello no conduce desde la perspectiva comunitaria necesariamente a la condena de *la restitutio in integrum*. En todo caso, el Tribunal de Justicia ha marcado importantes pautas, entendiendo por ejemplo que ello se extiende también a los contratos de duración determinada, que la trabajadora no tiene obligación de notificar al empleador su situación de embarazo (STJCE 4 octubre 2001, asunto 109/00), que incluso la condena se puede llegar a producir por negativa a renovar un contrato temporal a la llegada de su término si ello está motivado por la situación de embarazo de la trabajadora (STJCE 4 octubre 2001, asunto C-438).

En segundo lugar, por lo que refiere a la vertiente sancionadora de los incumplimientos, las Directivas contemplan una remisión a la fórmula que cada Estado miembro estime más oportuna, recogiendo lo que han venido constituyendo principios orientadores básicos de la jurisprudencia

comunitaria: la exigencia de que se trate de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 15 de la Directiva 43/2000, por lo que se refiere a la discriminación por origen racial o étnico; art. 17 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación; art. 8 quinto de la propuesta de reforma la Directiva 76/207 en lo que se refiere a la igualdad de trato entre hombres y mujeres). Hasta ahora no se ha ido mucho más allá de lo contemplado en la jurisprudencia comunitaria, no se sabe bien si por cautela, falta de consenso político o bien opción decidida de no intervenir desde las instancias comunitarias asumiendo las consecuencias del principio de subsidiariedad. En todo caso, por lo que refiere a las indemnizaciones como una de las manifestaciones típicas de las sanciones en los ordenamientos nacionales de los diversos Estados miembros, algunas de las Directivas siguen la pauta de anunciarlas como medidas posibles a imponer, pero no forzando a su presencia en la normativa de transposición. Una de las novedades de la Directiva 2002/73, de reforma de la relativa a la igualdad de trato entre hombre y mujer, consiste en presentar una fórmula mucho más acabada en lo que refiere a esta materia. En efecto, en esta Directiva por primera vez en el ordenamiento comunitario se establece una regla imperativa; en ella se establece con contundencia que 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”. Eso sí, se establece una alternativa entre la indemnización y la reparación que aún conserva ciertas dosis de ambigüedad, particularmente por lo referido a la fórmula alternativa a la indemnización consistente en la “reparación”. En particular, se concreta que como regla general la “indemnización o reparación no podrá quedar limitada por un tope máximo fijado *a priori*”, salvo un caso muy singular relativo al acceso al empleo (art. 6.2 Directiva 2002/73).

Interrogante singular se plantea respecto a la respuesta frente a la constatación de la presencia de una diferencia de trato discriminatorio referido a su resultado; en concreto hasta qué punto derivado del comportamiento discriminatorio es obligado que la paridad de tratamiento se materialice siempre y en todo caso por medio de una igualación por arriba de la diferencia de condiciones de trabajo, o bien puede valorarse que en determinadas ocasiones la diferencia de tratamiento consiste en un tratamiento de privilegio



de un concreto grupo que debe ser suprimido por medio de la técnica de la igualación por abajo. Por ejemplo, en materia retributiva, lo generalizado es que la persona discriminada que percibe ingresos inferiores pasa a obtener los ingresos superiores que venía percibiendo hasta el presente el grupo con el que se compara; el interrogante es si ello es una regla generalizable y además si puede llegar a producirse en el ámbito comunitario. De otra parte, la restitución *in integrum* en muchas ocasiones se considera que requiere que la resolución judicial tenga efectos tanto de pasado como de futuro.

**En tercer lugar**, la admisión de la prueba estadística o sociológica como elemento coadyuvante a la aportación de esos elementos indiciarios. La posibilidad de aportar como prueba la situación de reparto entre grupos privilegiados versus grupos victimizados, así como que concurre una llamativa diferencia entre unos y otros colectivos.

**En cuarto lugar**, la admisión de la prueba de asesores, de modo que cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación, el Juez o Tribunal pueda recabar el dictamen de los organismos públicos competentes o entidades privadas especializadas por razón de la materia.

**En quinto lugar**, la declaración como irrenunciables de los derechos fundamentales y libertades públicas, de modo que se prohíbe todo tipo de compensaciones por el daño ocasionado, otorgando facultades singulares de iniciativa al propio órgano judicial.

**En sexto lugar**, la habilitación de procedimientos singulares de carácter colectivo, que permitan un debate de conjunto de la situación de un grupo genérico de trabajadores, sin necesidad de personalizar o individualizar el conflicto en concretos y precisos trabajadores.

Frente a todo lo anterior, deben también apuntarse los elementos de debilidad de la vía judicial como instrumento decisivo para atajar cualesquiera situaciones de discriminación. Entre ellas, también de forma telegráfica, apuntaría las siguientes. En primer lugar, el dato constatado en la generalidad de los sistemas procesales nacionales de que el grueso de las acciones judiciales se concentran en el momento final de la relación laboral, en concreto una vez que se ha extinguido el contrato de trabajo; ello supone, que la vía judicial se presenta como poco idónea para dar respuesta a

las situaciones de presuntos tratamientos discriminatorios individuales mientras que se mantiene viva la relación contractual entre las partes, que son precisamente el grueso de las potenciales conductas discriminatorias en el seno de las empresas. En segundo lugar, en paralelo a lo anterior, la percepción que se produce una escasa litigiosidad judicial cuando la relación laboral se desarrolla en el seno de las pequeñas empresas; ámbito por lo demás que es donde hoy en día posiblemente se concentran con mayor intensidad las situaciones más patentes de discriminación laboral. En tercer lugar, la extremada complejidad de ciertos sistemas de gestión de personal, que los hacen más inmunes a las técnicas inquisitivas clásicas de las discriminaciones ocultas; y, sobre todo, que sólo cabe comprobarlas por investigaciones *in situ*, que requieren del desplazamiento físico del órgano judicial, actuación que si bien suele estar formalmente prevista en las correspondientes legislaciones procesales nacionales, sin embargo son bastante excepcionales en la práctica judicial. En cuarto lugar, el juego del principio de autonomía colectiva que hace más problemática la penetración en los criterios de oportunidad sindical-empresarial a la hora de fijar las contrapartidas y los equilibrios internos en el seno de la contratación colectiva.

#### **4.- La intervención administrativa: Inspección de Trabajo y medidas de incentivo**

La otra vía de actuación pública proviene de la propia Administración Pública, que si bien se incorpora más tardíamente en el tiempo, presenta visos de consolidarse con el paso del tiempo (art. 7.1 de la Directiva 2000/43 se refiere a la discriminación por origen racial o étnico, así como el art. 9.1 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación; art. 6 de la Directiva 2002/72 de reforma de la Directiva 76/207 en lo que refiere a la igualdad de trato entre hombres y mujeres).

En este contexto, es bien conocido el rol influyente que ha tenido durante largo tiempo la Inspección de Trabajo, cuando menos en aquellos sistemas nacionales que han tomado como referente a la Administración napoleónica francesa, entre los cuales se encuentra indiscutiblemente el caso español. En algunos Estados miembros, la figura del Inspector (a) de Trabajo ha ganado un elevado prestigio y reconocimiento en las empresas y centros de trabajo, de modo que actualmente su influencia es decisiva, más allá de su capacidad real y efectiva

de imposición de sanciones, sin desconocer que esta herramienta constituye un indudable elemento de poder por parte de la Institución.

De este modo, dentro del amplio abanico de tipificación de infracciones administrativas en algunos países se han recogido las de carácter discriminatorio, con la calificación al más elevado nivel de gravedad. Así, por mencionar el caso español, se consideran como infracciones muy graves, "Las decisiones unilaterales del empresario que implique discriminaciones desfavorables por razón de la edad o cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa, lengua dentro del Estado español, o por razón de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales". Este título jurídico habilitaría para llevar a cabo campañas específicas de comprobación de las posibles discriminaciones en las empresas.

Entre las debilidades más destacadas de esta herramienta destacaría las siguientes:

**En primer lugar**, la concentración de la actividad inspectora en algunos países en dos cuestiones capitales: prevención de riesgos laborales y recaudación de recursos de la Seguridad Social; materias éstas que se encuentran bastante alejadas de la perspectiva objeto de análisis en este momento. En segundo lugar, el escrupuloso respeto a un modelo de Estado de Derecho, en el que la división de poderes conduce a la exclusividad en el ejercicio de la actividad jurisdiccional; ello provoca, como efecto derivado el hecho de que se rehuya por parte de la Administración laboral de actuaciones que puedan suponer ingerencia en litigios propios de la acción judicial. En tercer lugar, la conformación de un aparato jurídico garantista en lo formal a favor del posible sancionado; tales reglas de garantías en lo formal en muchas ocasiones desembocan en la inoperancia práctica de la sanción administrativa o, cuando menos, un alcance muy limitado de la misma. Por último, se aprecia también como la actuación de control de la actuación inspectora de la Administración queda centrada en las decisiones unilaterales del empresario, que realiza en el ejercicio de sus poderes organizativos; mientras que,

como elemento de contraste, las discriminaciones formalmente no proceden sólo de la dirección de la empresa; en particular, este instrumento se presenta como inoperante cuando se trata de hacer frente a los tratamientos discriminatorios derivados de la negociación colectiva.

Por ejemplo, en lo referido al régimen garantista, conviene advertir que las Directivas antidiscriminatorias introducen una expresión notablemente ambigua en lo que refiere a la extensión procedimental de la regla de debilitamiento de la carga probatoria. En el caso de la primera Directiva, la 97/1980 específica relativa a la inversión de la carga probatoria en materia de sexo, se advierte expresamente que la misma juega primordialmente cuando se trate de invocar derechos "en vía jurisdiccional". Frente a ello, la dos Directivas de 2000 no contemplan esta precisión y además se refieren sin mayores matices a la invocación del presunto tratamiento discriminatorio "ante un tribunal u otro órgano competente",

*«...hoy en día el régimen preciso de las condiciones de trabajo viene determinado por las cláusulas de los convenios colectivos...»*

excluyendo expresamente la regla del debilitamiento de la carga probatoria en los procedimientos "penales". Como es fácil imaginar, ello provoca notorias dudas interpretativas en aquellos sistemas nacionales donde las Administraciones Públicas ostentan amplias facultades de control de la legalidad laboral y, en particular, allí donde ejercen importantes potestades sancionadoras. Parece que las Directivas en cuestión ya no circunscriben la regla relativa al reparto de la carga al ámbito judicial, dando por cierto que allí donde actúe la Administración Pública en labores asimilables también estará ésta sometida a idénticas reglas de debilitamiento de la carga probatoria. Sin embargo, ello no dejará de plantear dudas en el ámbito de la sanción administrativa y lo hará en un doble plano. De un lado, en el plano comunitario, por cuanto que habría que adivinar cual es el alcance de la expresión procedimientos "penales": si ello va exclusivamente referido a las actuaciones judiciales, o también la sanción administrativa queda incluida en la excepción de la Directiva. De otro lado, en el plano constitucional pues en ciertos ordenamientos el principio de presunción de inocencia se eleva a tal rango y además se considera que afecta tanto a la sanción penal judicial como a la sanción administrativa, teniendo presente que tal principio de inocencia es opuesto al establecimiento de formas más o menos intensas de producción de la inversión de la carga probatoria.



En segundo lugar, conectado con lo último dicho, como es bien sabido, hoy en día el régimen preciso de las condiciones de trabajo viene determinado por las cláusulas de los convenios colectivos. De este modo, no es sólo el empresario unilateralmente quien provoca los resultados discriminatorios, sino directamente lo negociado en los convenios colectivos por los representantes colectivos de trabajadores y empresarios. De este modo, la existencia de canales públicos de control de la legalidad de los convenios colectivos es decisiva a la hora de atajar posibles conductas discriminatorias. Las propias Directivas antidiscriminación son conscientes de la influencia cada vez mayor de los convenios colectivos, e integran a éstos dentro de la política de incentivos a las medidas antidiscriminatorias (art. 11 de la Directiva 2000/43, por lo que refiere a la discriminación por origen racial o étnico, así como el art. 13 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación; art. 8 ter de la Directiva 2003/73, de reforma de la Directiva 76/207 en lo que refiere a la igualdad de trato entre hombres y mujeres). Y, en esta perspectiva, también puede llegar a asumir un importante protagonismo la propia Administración Pública, aunque ello naturalmente depende del modelo de división de poderes que rijan en cada Estado miembro entre el poder judicial y el ejecutivo e, incluso, hasta qué punto el principio de autonomía colectiva veda cualquier tipo de ingerencia pública –sea ésta judicial o administrativa– en lo libremente pactado por los representantes de trabajadores y empresarios. Como elementos de debilidad de esta fórmula, caso que exista un poder de control administrativo, cabe tener muy en cuenta que en esa fase terminal de conclusión de las negociaciones y comienzo de entrada en vigor del convenio, la Administración laboral parte de un fuerte interés por mantener la paz laboral y no reavivar enfrentamientos que han quedado zanjados, correctamente o en falso, en el momento de la firma del convenio.

En tercer lugar, se advierte un cambio de tendencia en las técnicas de intervención de las Administraciones Públicas en el desarrollo de las relaciones laborales. En efecto, conforme se hace más complejo el funcionamiento del mercado de trabajo y al mismo tiempo se advierte la elevada influencia de las reglas mercantiles, se exploran nuevas vías de acción pública. Nuevas vías que parten de la constatación de la escasa eficacia de las medidas de imposición directa, en tanto que pueden obtenerse resultados materiales más intensos por

vías indirectas de incentivo o fomento a las decisiones empresariales que desemboquen en los objetivos programados por las políticas públicas de empleo, en esta ocasión en el terreno pretendido de lograr una eliminación de las situaciones dadas de segregación o marginación laboral de ciertos grupos de trabajadores. Me refiero a la extensión de un modelo de relaciones laborales donde se quiere primar un desarrollo pacífico de las mismas, donde se actúe más por la vía del consenso que de la imposición, más sobre la base preventiva que sobre la clave resarcitoria o punitiva, más sobre el reforzamiento de lo fisiológico que la aceptación de la obligada presencia de grandes bolsas de incumplimiento y de fraude en el respeto a las normas vigentes; en definitiva, más sobre la técnica del ofrecimiento de la zanahoria que de la imposición del palo.

En este otro terreno, y por lo que refiere a la materia que estamos considerando, es digna de resaltar la relevancia que ha adquirido en algunos países y que puede adquirir en el futuro inmediato en otros, de algunas instituciones administrativas especializadas en la tutela de los derechos fundamentales y, en particular, en ofrecerse como canales de fomento de las políticas de igualdad. Tiene ya larga tradición en ciertos ordenamientos la institución del *ombudsman* o defensor del pueblo, como organismo garante de los derechos de los ciudadanos, inicialmente frente a los excesos de los poderes públicos pero a veces también adentrándose en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas. Dentro de esa órbita en algunos países se han instituido organismos especializados para afrontar los retos de paridad de determinados colectivos, particularmente los que refieren a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Es en esa línea donde se inserta una de las novedades de la Directiva 2000/43, referida a la discriminación por origen racial o étnico, así como la Directiva 2003/73 de reforma de la Directiva 76/207 en lo referido a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. El art. 13 de la primera y el art. 8 bis de la segunda prevén como obligatoria la designación de uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas, sin discriminación “por motivo de su origen racial o étnico” la primera y “sin discriminación por razón de sexo” la segunda de ellas; previsión que no se contempla en la tercera de las Directivas, la 2000/78. Entre sus cometidos, se encontraría el asesoramiento a las víctimas a la hora de tramitar reclamaciones en la materia, la realización de

estudios independientes, la publicación de informes y, en algún caso, incluso el análisis y supervisión de la igualdad de trato. La previsión, como es habitual en el ordenamiento comunitario, queda abierta a la materialización plural en los ordenamientos nacionales, atendiendo a sus tradiciones y experiencias previas de tutela de los derechos. Así, no obliga a la constitución de un organismo 'ad hoc' para la paridad por razón de sexo y otro en paralelo para la paridad por razones étnicas, pues permite alternativamente que tal cometido se le asigne a los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de salvaguardia de los derechos individuales; con clara alusión a las ya existentes múltiples variantes de *ombudsman* o Defensor del Pueblo.

En la misma línea, cabe mencionar también el papel asignado a los Estados miembros de actuar como motor del diálogo social entre los interlocutores sociales, a los efectos de que éstos a su vez adopten prácticas de superación de las posibles situaciones de discriminación o segregación laboral (art. 11 de la Directiva 2000/43, por lo que refiere a la discriminación por origen racial o étnico, así como el art. 13 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación; art. 8 ter de la Directiva 2003/73 de reforma de la Directiva 76/207 en lo que refiere a la igualdad de trato entre hombres y mujeres).

Por último, y en la misma línea que lo anterior, las Administraciones Públicas cada vez despliegan labores más relevantes en el terreno del encauzamiento de las políticas activas de empleo; haciéndolo cada vez más dentro de las pautas acordadas a nivel comunitario, a tenor de su nueva competencia de coordinación de las políticas de empleo (arts. 125 ss TCE). A través de este instrumento y por medio de mecanismos de muy diversa naturaleza, las Administraciones pueden condicionar indirectamente las preferencias empresariales, de modo que se incentive la colocación de aquellos grupos profesionales tradicionalmente víctimas de los históricos tratamientos discriminatorios. Con sus acciones de intermediación en el mercado de trabajo, de organización de las líneas y programas de formación y reciclaje profesional, de bonificaciones a la contratación laboral puede marcar pautas de actuación que bien incrementen o bien reduzcan las diferencias entre unos y otros colectivos. Como debilidades de esta fórmula se podrían apuntar dos.

De un lado, que las políticas pueden ser contradictorias en este terreno, pues en ocasiones pueden ir dirigidas también a optar por fórmulas de empleo precario de los grupos tradicionalmente en posiciones de mayor debilidad en el mercado de trabajo, como es el trabajo a tiempo parcial o la contratación temporal no deseados, en un contexto de fuertes *handicap* a la reducción de las superiores tasas de desempleo de tales colectivos perjudicados. De otro lado, que la capacidad de impacto de estas medidas sobre la política de contratación empresarial no están demostradas, pudiéndose a veces convertir en meras medidas de acompañamiento a decisiones ya adoptadas de antemano por las correspondientes direcciones empresariales.

Finalmente, indicar que las tres Directivas abren paso a que los Estados miembros puedan adoptar medidas de acción positiva (art. 5 Directiva 2002/43, art. 7 Directiva 2000/78 y art. 2.8 Directiva 76/207 tras su reforma por la Directiva 2002/73, ésta última además con directo fundamento en el art. 141.4 TCE). A través de tales medidas se vienen a establecer reglas de promoción, preferencia o favorecimiento del grupo social tradicionalmente discriminado, con vistas a acelerar el proceso de transformación hacia una situación fáctica final de equiparación real y efectiva, que supere más rápidamente las enraizadas diferencias injustificadas. En otras ocasiones, ya no se trata sólo de un objetivo de transición, destinado a forzar un mayor ritmo en el cambio histórico, sino de diferencias estructurales o consustanciales que fuerzan a medidas de apoyo directo a los grupos perjudicados. Naturalmente, por su propia configuración, estas medidas de acción positiva implican un trato de desfavor del grupo tradicionalmente privilegiado, por tanto, comportan situaciones perjudiciales para concretos trabajadores que, cuando menos subjetivamente, se pueden sentir discriminados. Por esta razón, las medidas de acción positiva son las más discutidas y difíciles de encajar en un sistema jurídico estrictamente defensor de la igualdad formal; a la postre, se trata de un problema de equilibrio, de modo que ha de valorarse el tipo de medida adoptada, su proporcionalidad y la justificación del sacrificio exigido a sujetos concretos que se ven postergados en su genérico derecho a la igualdad individual de oportunidades, dando primacía al fomento de la igualdad social. En la medida en que su objetivo suele ser el de superar situaciones históricas de desigualdad, requisito habitual será que se trate de medidas temporales, para hacer



frente a situaciones coyunturales de discriminación tradicionales, que se supone desaparecerán en el inmediato futuro; es el caso prototípico de las discriminaciones por sexo. No obstante, cuando se trata de diferencias que son por su naturaleza consustanciales a la situación del sujeto discriminado, la medida puede llegar a contemplarse como permanente, incluso son los casos en los que con mayor facilidad se admite la oportunidad e incluso necesidad de tales acciones positivas; tal sucede típicamente con las reglas de favorecimiento del empleo de los trabajadores minusválidos siendo consciente de que se trata de un asunto polémico y nada pacífico, la normativa comunitaria en ningún momento impone como necesarias las medidas de acción positiva, sino que se limita a admitirlas, de modo que si se adoptan por parte de las legislaciones nacionales las mismas no puedan ser atacadas y anuladas por ser contrarias al principio de no discriminación. Como es bien conocido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque con significativas cautelas también las ha admitido (STJUE 17 octubre 1995, asunto Kalanke 450/90; 11 noviembre 1997, asunto Marschall C-409/95; 28 marzo 2000, asunto Badeck C-158/97; 19 marzo 2002, asunto Lommers C-476/99).

### 5.- La acción sindical

Para concluir, también cabe referirse al importante papel que le puede corresponder a la organización sindical, como instancia representativa de los trabajadores. No se trata de analizar todo el conjunto de la acción sindical posible en este terreno, sino exclusivamente el de aludir a las herramientas legales que se les otorgan a los sindicatos y puestas al servicio de la consecución de esos objetivos de tutela.

Para empezar, el nada desdeñable reconocimiento de su papel protagonista en la negociación colectiva, siendo ellos quienes, por vía de los convenios colectivos, tienen en sus manos la posibilidad de diseñar un régimen de condiciones de trabajo que no incurran en tratamientos discriminatorios; más aún, que incluso fomente tratamientos paritarios y en algunos casos puntuales introduzcan medidas de acción positiva (art. 28 Carta de los Derechos Fundamentales). Un interrogante relevante en este terreno es hasta qué punto la autorización de adopción de medidas de acción positiva, tiene como exclusivo destinatario a los poderes estatales, cuando se alude a "los Estados miembros", negando de forma implícita que tales

medidas se recojan vía negociación colectiva. Véase al respecto lo dicho por el art. 141.4 TCE y art. 2.8 Directiva 76/207 conforme a su reforma tras la Directiva 2002/73, por lo que refiere a la igualdad por razón de sexo, el art. 5 de la Directiva 2000/43 por lo que refiere a la discriminación por origen racial o étnico, así como el art. 7 de la Directiva 2000/78 por lo que refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación. Una vez más habría que traer a colación aquí el art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, en la medida en que también ello plantea la duda de si las medidas de acción positiva son o no limitaciones del principio de igualdad y con ello tales actuaciones quedan circunscritas al ámbito de la norma con rango de Ley.

**En primer lugar**, un reconocimiento de un mecanismo de intervención procesal para actuar en nombre o en apoyo de los trabajadores presuntamente perjudicados por las conductas empresariales discriminatorias (art. 7.2 de la Directiva 2000/43 por lo referido a la discriminación por origen racial o étnico; art. 9.2 de la Directiva 2000/78 por lo que se refiere al resto de las discriminaciones en el empleo y la ocupación; art. 6.3 de la Directiva 76/207, tras su reforma por la Directiva 2002/73, en lo que refiere a la igualdad de trato entre hombres y mujeres). Conviene resaltar que en este caso, la normativa descarta la atribución directa de legitimación procesal a las organizaciones correspondientes, sin perjuicio de que lo pueda reconocer la correspondiente legislación nacional. No se trata de un sistema de legitimación directa, pues se presupone que el perjudicado es quien actúa como parte procesal en el litigio correspondiente. Con la disyuntiva entre actuación bien "en nombre" del perjudicado, o bien "en apoyo" del mismo parece que alude a la distinción institucional entre las figuras de la representación voluntaria, para el primer caso, y del coadyuvante, en el segundo caso; fórmulas de actuación procesal nítidamente diferenciadas en la legislación procesal española y también presente en otros ordenamientos nacionales, aunque la precisión técnica que comporta nos impide entrar en su detalle en estos momentos. En todo caso, lo más relevante, a nuestro juicio reside en el hecho de que tanto para el supuesto de la representación procesal como para el de la coadyuvancia, la normativa comunitaria requiere que siempre concurra la "autorización" del perjudicado. No exige el precepto que dicha autorización sea formal y expresa, por lo que serían posible fórmulas como las existentes tanto en el Derecho francés como en el español, de autorización

presunta por la mera no oposición del perjudicado a resultad de la notificación por parte de la asociación de su voluntad de intervención procesal en su nombre o apoyo. En todo caso, incluso estas fórmulas de autorización implícita han dado escasos resultados en la práctica, siendo sólo útiles cuando se trata de sistemas de legitimación por sustitución procesal o bien de intervención como coadyuvantes que no requiere de autorización alguna de parte del sujeto perjudicado.

**En segundo lugar**, una capacidad de presencia en las empresas y centros de trabajo por vía del ejercicio de las facultades que le son atribuidas de control y seguimiento del cumplimiento de la legislación laboral (Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea).

Como elementos de debilidad más reseñables apuntaría también dos. De un lado, que una vez más las situaciones más flagrantes de discriminación laboral se producen hoy en día en las pequeñas empresas y centros de trabajo del sector privado, que justamente coinciden con las entidades donde se percibe una mayor pérdida de influencia y de poder sindical. De otro lado, la limitada capacidad sindical de ser sensibles a este tipo de asuntos, donde también se tienen que enfrentar con los intereses conformados de un importante grupo de trabajadores con privilegios que ven como riesgos a sus actuales niveles de condiciones de trabajo las posibles políticas de igualdad.

No se olvide, que hoy en día uno de los focos más preocupantes de diferenciación de condiciones de trabajo entre diversos grupos de trabajadores se verifica por vía de la negociación colectiva. Ciertamente, el desarrollo aplicativo de la normativa comunitaria, sobre todo a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ha venido a atajar también las discriminaciones presentes en los convenios colectivos, particularmente aquellas más ocultas por tratarse de discriminaciones indirectas. Sin embargo, en este ámbito todavía existe mucho esfuerzo por realizar, dada la volatilidad de los contenidos convencionales y su constante adaptación a las nuevas realidades. Caso paradigmático de esto último se verifica en relación con los cambios que se producen en las formas de gestión de los recursos humanos, de alteración de las estructuras de las empresas, que tienen

repercusión inmediata sobre los contenidos y, sobre todo, sobre la estructura de la negociación colectiva.

En concreto, el mandato de igualdad de tratamiento por razón de sexo, hasta el momento presente, funciona en relación con los trabajadores y trabajadoras incluidos dentro del ámbito de aplicación de una misma norma, de modo que no permite proceder a efectuar comparaciones con grupos de trabajadores a quienes se les aplica otro régimen jurídico. Naturalmente, ello se rompe cuando la diferencia de régimen jurídico es ella por sí misma la que provoca subrepticamente la diferencia injustificada y da lugar al tratamiento discriminatorio. Ahora bien, donde hasta el momento presente resulta imposible proceder a efectuar comparaciones es allí donde los dos colectivos se encuentran regidos por convenios colectivos diversos en base a su pertenencia a distinta empresa o a diferente sector productivo. La libertad de los negociadores a la hora de establecer la estructura de la negociación colectiva les permite seleccionar las unidades de negociación y, por derivación, los ámbitos de aplicación de los convenios colectivos por empresa o sector que estimen oportunos. Eso sí, ello de futuro probablemente va a obligar a enfrentarse a un posible panorama de segmentación de la población asalariada por actividades profesionales que, a la postre, pueda también desembocar en una dualización trabajadores versus trabajadoras. En efecto, ya pueden intuirse algunos efectos de ciertas formas de descentralización productiva, en las cuales se externalizan las actividades feminizadas, que a su vez pasan a regirse por convenios colectivos distintos y, a la postre, puede dar lugar a diferencias salariales entre trabajadores y trabajadoras como consecuencia del efecto acumulado de la descentralización productiva y la estructura de la negociación colectiva; convenios que aunque formalmente no lo sean, de hecho se conviertan en convenios "franja" para las actividades profesionales feminizadas, con niveles retributivos inferiores a los previstos en los convenios de la empresa que descentraliza que respecto de sus propios trabajadores contempla niveles retributivos superiores. Ejemplo paradigmático de ello lo podemos encontrar en la STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto 320/00. Hasta el momento presente, la tutela antidiscriminatoria no puede entrar en la estructura de la negociación colectiva, libremente seleccionada por los interlocutores sociales, pues la técnica de comparación lo impide; pero de extenderse este tipo de fórmulas, será obligado reflexionar acerca de los efectos perversos de este tipo de opciones, bien organizativas empresariales bien de diseño de la estructura de la negociación colectiva. 