

*Manuel Correa Carrasco**

RESUMEN:

La necesidad de medidas efectivas para garantizar la igualdad de oportunidades en el mercado laboral es inobjetable. Ello no obstante, hay que tener presente el importante papel reconocido a la libertad de empresa y, consecuentemente, la necesidad de ponderar los derechos e intereses en juego y buscar puntos de equilibrio entre ellos. Ello explica que la consecución de la igualdad se canalice jurídicamente a través de dos vías complementarias. Por un lado, mediante la adopción de medidas de acción positiva dirigidas a favorecer la posición en el mercado de trabajo de determinados colectivos especialmente vulnerables. Por otro lado, a través de mecanismos dirigidos a marcar con nitidez los límites en los que debe quedar circunscrito el principio de libertad de empresa en el ámbito de las relaciones laborales.

PALABRAS CLAVE:

Mercado de trabajo. Igualdad de oportunidades. Integración laboral. Prohibición de discriminación.

- Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid • mcorrea@der-pr.uc3m.es

ABSTRACT:

The need of effective measures to guarantee the equality of opportunities on the labour market cannot be objected. It, nevertheless, it is necessary to consider the importance of the role that gives it to the freedom of company and, consistently, the need to consider the rights and interests in game and to look for points of balance between them.

This explains that the attainment of the equality should canalize juridically across two complementary routes. On the one hand, by means of the adoption of measures of positive action directed to favoring the position on the labor market of certain specially vulnerable groups. On the other hand, across mechanisms directed to marking with clarity the limits in which it must remain limited the principle of freedom of company in the area of the labour relations.

KEY WORDS:

Labor market. Equality of opportunities. Labour integration. Prohibition of discrimination.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad constituye uno de los principales pilares sobre los que se asienta nuestro modelo de convivencia y, como tal, aparece consagrado entre los fundamentos del entramado jurídico-institucional diseñado en la Constitución Española de 1978 (CE). Este cualificado reconocimiento se traduce en la necesidad de que toda acción de los poderes públicos se encuentre orientada hacia la realización de objetivos vinculados al logro de la igualdad efectiva entre los ciudadanos, neutralizando, consecuentemente, toda diferencia de trato injustificada que pueda aparecer en cualquiera de las facetas por las que se desenvuelva la personalidad del individuo (art. 14 CE). Pero, además de ello, la plena satisfacción del principio de igualdad requiere una progresiva eliminación de los obstáculos que han dificultado el desarrollo personal y profesional de determinados colectivos de personas que, por diferentes razones, han venido adoleciendo tradicionalmente de una cierta relegación en su escala social que, a la postre, los ha situado en una posición de clara desventaja a la hora de tratar de lograr sus aspiraciones vitales. De ahí que, más allá de la igualdad formal, nuestro texto constitucional apueste claramente por la consecución de la igualdad material y, señaladamente, de la igualdad de oportunidades (art. 9.2 CE). Consecuentemente, y al margen de la reconocida incidencia del principio de igualdad en las relaciones *inter privatos*, toda acción normativa debe ir dirigida a esa

“remoción de obstáculos” que impiden la existencia de condiciones objetivas de igualdad para todos los ciudadanos en las distintas esferas sociales.

El ámbito de las relaciones laborales es, sin duda, un escenario privilegiado para constatar la consecución de tales objetivos. La existencia de desigualdades estructurales entre los individuos, por un lado, y las eventuales arbitrariedades y discriminaciones que pueden darse en el acceso al empleo y en el desarrollo de la relación laboral, por otro, justifica la necesidad de medidas efectivas para garantizar la igualdad de oportunidades en el mercado laboral. Por ello, nos encontramos ante un espacio donde las políticas de igualdad deben tener una especial incidencia, habida cuenta además, de la centralidad que ocupa el trabajo en la vida de las personas.

Ello no obstante, y sin perjuicio de la necesidad de tales políticas públicas, hay que tener presente que nos situamos en un terreno, el de las relaciones de producción, caracterizado por el importante papel reconocido a la libertad de empresa (art. 38 CE) que, entre otros aspectos, se traduce en el amplio espacio de libertad de contratación y de organización del trabajo que ostenta el empresario. Junto a ello, no hay que olvidar que existen otros ámbitos de decisión, individual y colectiva, que constituyen espacios de autonomía que es preciso preservar, sin perjuicio de las limitaciones que necesariamente proyectará sobre ellos el necesario respeto a los principios constitucionales.

Consecuentemente, es preciso ponderar los derechos e intereses en juego y buscar puntos de equilibrio entre ellos. Este es, sin duda, la aspiración y el objetivo de la normativa existente sobre la materia. De ahí que, la consecución de la igualdad se canaliza jurídicamente a través de dos vías complementarias y confluyentes que tratan de incidir, de diverso modo, sobre el principio de libertad de contratación empresarial matizando su alcance.

Por un lado, mediante la adopción “en positivo” de medidas dirigidas a favorecer la posición en el mercado de trabajo de determinados colectivos especialmente vulnerables. Se configurarían, por tanto, como medidas de acción positiva a favor de tales colectivos, concretándose en las denominadas “medidas selectivas”, habitualmente contextualizadas en el marco de las políticas activas de empleo. Por ello este conjunto de acciones o medidas jurídicas quedaría integrado en el bloque normativo constituido por el llamado Derecho del Empleo.

Por otro lado, y junto a la descrita actuación normativa “en positivo”, se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico medidas dirigidas a marcar los límites en los que debe quedar circunscrito el principio de libertad de empresa. En efecto, como se sabe, los derechos y libertades reconocidos en la CE establecen entre sí limitaciones recíprocas que tienen por objeto garantizar un espacio de actuación, más o menos acotado, a cada uno de ellos. En el caso de la libertad de empresa, un buen número de dichas limitaciones provienen de la necesidad de garantizar la efectividad del principio de igualdad, lo que se traduce, “en negativo”, en la introducción de prohi-

biciones de discriminación dirigidas al empresario. Tales prohibiciones pueden ser genéricas, cuando se refieren a la proscripción de toda diferencia de trato que no esté suficientemente justificada, o específicas, cuando atienden a alguna causa determinada, sea el sexo, la edad, la condición social, la raza, o la afiliación política o sindical. En el contexto de la relación laboral, son éstas últimas las que tendrán mayor incidencia, ya que el ámbito de actuación de las primeras queda limitado por el espacio de disponibilidad reconocido al empresario, que no siempre ha de tener que justificar una diversidad de tratamiento en las decisiones relativas a la gestión de los recursos humanos en la empresa¹.

Aunque se trate de perspectivas analíticas perfectamente deslindables entre sí², a veces, ambos tipos de medidas aparecen contempladas de forma conjunta en algunas normas, como ocurre con la reciente Ley de Igualdad (LOI)³ o en la Ley de Igualdad de Oportunidades para los Discapacitados (LIOD)⁴, donde por su propia naturaleza “integral”, aparecen, junto a medidas claramente dirigidas a favorecer el empleo y la formación de las mujeres, otras que tienen como objetivo específico la lucha contra la discriminación. En cualquier caso, habida cuenta de su diversa naturaleza y a efectos de salvaguardar la claridad expositiva, se analizarán separadamente unas y otras.

2. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA

2.1. CARACTERIZACIÓN GENERAL

Una de las fórmulas habitualmente utilizadas para atajar las desigualdades estructurales que afectan a determinados colectivos es, como se ha señalado, la adop-

-
1. En este sentido, y en relación con las diferencias retributivas, v. STC 34/1984, de 9 de marzo. Como señala esta sentencia, partiendo de la base de que “*no existe un principio que obligue a la igualdad*” y de que hay que reconocer, también en el ámbito de las relaciones laborales, un margen de actuación al principio de autonomía de la voluntad, el empresario “*en ejercicio de sus poderes de organización de la Empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales*”, siempre y cuando, eso sí, “*la medida salarial no posea un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución*”.
 2. V., al respecto, el trabajo de SÁEZ LARA, “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, en la obra colectiva, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales (XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, MTAS, Madrid, 2005; pp. 325 ss.
 3. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23/03/07).
 4. Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 03/12/03).

ción de medidas de acción positiva que, como tales, están directamente vinculadas a la consecución de la igualdad sustancial (9.2 CE). En efecto, estas medidas, adoptadas comúnmente en el marco de políticas selectivas de empleo, se dirigen de forma exclusiva a los miembros de colectivos que tienen la consideración de especialmente "vulnerables", derivada de su débil posición en el contexto de un mercado laboral caracterizado por el principio de libertad de contratación. En suma, se trata de afrontar situaciones de desventaja que se verifican en un plano fáctico y que no pueden ser neutralizadas por el mero reconocimiento del derecho a la igualdad de trato o igualdad formal.

El hecho de que, antes al contrario, se trate de medidas configuradas sobre la base de una desigualdad de trato, pues su objetivo es favorecer a los miembros de tales colectivos frente al resto de trabajadores, podría plantear, paradójicamente, algunos problemas desde la perspectiva de su eventual incompatibilidad con el principio de igualdad formal⁵. Ello no obstante, como se ha encargado de aclarar el Tribunal Constitucional (TC), en ocasiones, para lograr alcanzar la igualdad sustancial se requiere que la adopción de medidas especiales que estarían justificadas por la existencia de necesidades especiales, socialmente relevantes, que es preciso atender⁶.

Partiendo de esta caracterización general, las acciones positivas pueden comprender un amplio elenco de diversa naturaleza y alcance. Simplificando, desde el punto de vista conceptual, podemos distinguir dos subgrupos con características bien diferenciadas.

a) Las medidas de acción positiva

Por un lado, habría que hacer referencia al bloque normativo constituido por acciones positivas en sentido estricto, que comprendería todos aquellos supuestos en los que se utilizan fórmulas dirigidas a neutralizar las desventajas estructurales que aquejan a estos colectivos vulnerables. Uno de los mecanismos más incisivo a tales efectos en la discriminación inversa, que supone priorizar la contratación o promoción profesional del candidato perteneciente al grupo protegido. Por su parte, otras fórmulas como el sistema de cuotas o las reservas específicas de puestos de trabajo comparten esta misma finalidad y, consecuentemente, son utilizadas con frecuencia para conseguir paliar las dificultades con las que se encuentran los miembros de tales colectivos.

5. Un ejemplo de ello, lo encontramos en la STJCE de 22/11/05 (as. Mangold), donde se debate la controversia entre la prohibición de discriminación por edad y una medida de fomento de empleo dirigida a un determinado colectivo de trabajadores de edad avanzada.

6. En este sentido, v. STC 269/94, de 3 de octubre.

b) Las medidas selectivas de empleo

Por otro lado, dentro del conjunto normativo que integra las llamadas “políticas activas de empleo”⁷, nos encontramos con una serie de medidas dirigidas a incentivar específicamente a determinados colectivos de trabajadores que manifiestan una mayor vulnerabilidad social por las especiales dificultades que presentan para acceder al mercado de trabajo o permanecer en él una vez que se han incorporado al mismo. Estas “medidas selectivas”, incardinadas en el marco de las políticas activas de empleo, comparten la finalidad que, de forma genérica, define a éstas, es decir, la de incentivar el empleo. Pero, además, tienen como rasgo diferencial el de favorecer la inserción laboral de estos colectivos, para evitar su exclusión social, lo que supone la utilización de técnicas específicas y más complejas que las habitualmente integran las políticas activas⁸. Por tanto, las medidas selectivas de empleo se configuran como instrumentos contra la discriminación que sufren determinados grupos de personas que, de este modo, ven agravada su condición de desempleados. Consecuentemente, en estas medidas selectivas convergen, tanto objetivos vinculados a la política de empleo como otros directamente conectados con las políticas de exclusión social⁹, partiendo de la base de que “la mejor salvaguardia contra la exclusión social es un trabajo”¹⁰.

En nuestro ordenamiento jurídico, el establecimiento de estas medidas selectivas encuentran hoy día fundamento, con carácter general, en la previsión contenida en el art. 17.3 ET, donde expresamente se habilita al Gobierno, previa consulta con los agentes sociales, para la adopción de las mismas, con el objetivo explícito de “fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo”. En parecidos términos se expresa el art. 26.1

-
7. Las políticas activas de empleo se definen en el art. 23.1 de la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre) como “*el conjunto de programas y medidas de orientación, empleo y formación que tienen por objeto mejorar las posibilidades de acceso al empleo de los desempleados en el mercado de trabajo, por cuenta ajena o propia, y la adaptación de la formación y recalificación para el empleo de los trabajadores, así como aquellas otras destinadas a fomentar el espíritu empresarial y la economía social*”.
 8. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Políticas selectivas: un peculiar contenido de las medidas activas de empleo”, 4ª ponencia presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vigo, 2007 (ej. mult., p. 254).
 9. *Ib.*, pp. 252 ss.
 10. Agenda Social, Consejo Extraordinario de Lisboa, 2000 (ep. 32). Para un detenido análisis al respecto, especialmente centrado en los inmigrantes, v. el informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo relativo al acceso al empleo de los grupos vulnerables (<http://www.eurofound.eu.int/pubdocs/2002/44/en/1/ef0244en.pdf>).

de la Ley de Empleo (LDE)¹¹, donde, por un lado, se identifica con mayor precisión a los encargados de poner en marcha los programas específicos de fomento de empleo, estableciéndose una remisión a las competencias compartidas que asumen el Gobierno y las comunidades autónomas; y, por otro, se señalan quiénes son los colectivos específicos a los que, de forma prioritaria, han de ir dirigidas tales medidas, aludiendo explícitamente a jóvenes, mujeres, discapacitados, inmigrantes y parados de larga duración mayores de 45 años. Por último, en lo que se refiere al contenido de las mismas, hay que destacar su marcada diversidad, abarcando, tanto subvenciones directas para favorecer el acceso al empleo de los integrantes de estos colectivos, como otras medidas de naturaleza formativa dirigidas a aumentar su empleabilidad¹².

En suma, puede decirse que la regulación española sobre la materia no hace otra cosa que asumir los compromisos derivados de las políticas comunitarias que, durante las últimas décadas, han tenido como destinatarios a los miembros de estos colectivos específicos (donde, sin embargo, también se incluían a otros grupos desfavorecidos o con alto riesgo de exclusión social, como las minorías étnicas). Ciertamente, tanto el propio elenco de los colectivos seleccionados como beneficiarios, como la naturaleza y la intensidad de las medidas adoptadas, han ido variando a lo largo de este tiempo en función de factores de diversa índole, como las transformaciones del mercado de trabajo y sus efectos sobre tales colectivos, los cambios de prioridades en las políticas laborales de los Gobiernos nacionales, las demandas de los colectivos con mayor grado de organización o el impacto de las políticas específicas adoptadas sobre la situación general del empleo en cada caso¹³. Los sucesivos Planes Nacionales de Acción para el empleo elaborados en nuestro país es una buena prueba de ello, pero, en cualquier caso, la idea subyacente a los mismos, es decir, la conexión entre desempleo y exclusión social, se mantiene inalterada. Y es que, en realidad, estamos ante un principio de acción comunitaria que está estrechamente vinculado al modelo socioeconómico europeo que, como ha quedado refrendado desde el Tratado de Ámsterdam (art. 136), bascula sobre tres ejes fundamentales que interaccionan entre sí: la competitividad, el pleno empleo y empleo de calidad y la cohesión social¹⁴.

11 Ley 56/2003, de 16 de diciembre (BOE de 17/12/03).

12. Un ejemplo de ello, en el RD 357/2006, de 24 de marzo, por el que se regula la concesión directa de determinadas subvenciones en los ámbitos del empleo y la formación profesional ocupacional (BOE 07/04/06).

13. Sobre el tema, v. CACHÓN RODRÍGUEZ, *Colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo*, MTAS, Madrid, 2004; pp. 122 ss.

14. Un análisis al respecto en, CACHÓN RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 30 ss.

2.2. COLECTIVOS VULNERABLES Y MEDIDAS ESPECÍFICAS DE ACCIÓN POSITIVA

Como se ha señalado con anterioridad, en las políticas dirigidas a mejorar la posición en el mercado laboral de colectivos vulnerables confluyen los dos subtipos de medidas examinadas, es decir, tanto las acciones positivas en sentido estricto, como las propiamente son medidas selectivas adoptadas en el marco de las políticas activas de empleo. Con la finalidad de analizar cómo interaccionan normativamente ambos tipos de políticas, examinaremos brevemente el contenido de algunas de ellas en relación con determinados grupos específicos.

a) Discapacitados

La condición de trabajadores diferentes que caracteriza a los discapacitados les ha hecho acreedores tradicionalmente de medidas específicas dirigidas a favorecer su presencia en el mercado de trabajo. De este modo, y en lo que se refiere a acciones positivas en sentido estricto, hay que destacar el decidido empeño del legislador en configurar normativamente un marco de apoyo con capacidad para neutralizar la situación de desventaja de la que parten y, en última instancia, garantizar su igualdad de oportunidades. Resulta especialmente ilustrativa al respecto, la definición de acción positiva contenida en el art. 8 LIOD, donde expresamente se alude a *“aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social”*.

El hecho de que, además, se trate de un colectivo muy heterogéneo, donde las situaciones son muy variopintas y donde, consecuentemente, serían inadecuadas soluciones genéricas y poco matizadas, explica la necesidad, declarada normativamente, de atender *“a los diferentes tipos y grados de discapacidad”*, así como, que se contemplen medidas de acción positiva suplementarias para supuestos especialmente cualificados de discriminación y exclusión social, como las mujeres con discapacidad, los discapacitados severos o los que habitan en medios rurales (art. 8.2 LIOD).

Entre las medidas de acción positiva de naturaleza estrictamente laboral, destacan, sin duda, las que se concretan en reservas de cuotas a favor de los integrantes de este colectivo. Este tipo de medidas estaba ya presente en la Ley 13/1982 (LISMI)¹⁵, donde se establecía la obligación de respetar una cuota del 2% de trabajadores discapacitados en las plantillas de las empresas públicas o de las privadas que tuvieran

15. Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos (BOE de 30/04/82).

más de 50 trabajadores. En la actualidad, la eficacia del sistema de cuotas para la consecución de los objetivos fijados se ha visto refrendada por la previsión, de carácter más incisivo, contenida en el art. único de la Ley 53/2003¹⁶, y hoy recogida en el reciente Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)¹⁷, mediante la cual se establece una reserva para discapacitados del 5% en las ofertas de empleo público como medida transitoria aplicable hasta alcanzar el objetivo del 2% del total.

Junto a este tipo de medidas, se contemplan otras de alcance más limitado pero no por ello menos importantes, como las que establecen preferencias en la adjudicación de contratación pública. Es el caso de la reciente Ley de Contratos del Sector Público¹⁸, donde se prevé dicha preferencia para aquellas empresas que superen el porcentaje (2%) de plantilla ocupada por discapacitados (D.A. 6ª)¹⁹. Ciertamente, se trata de una medida menos incisiva que las anteriores, pues la preferencia sólo procede en situaciones en las que exista un empate entre las ofertas presentadas, sin que, más allá de esta eventualidad, pueda tener operatividad pues, expresamente, se proscribía la posibilidad de incorporar condiciones sociales "selectivas" en el pliego de condiciones del contrato.

Además de las acciones positivas en sentido estricto, los discapacitados también han sido destinatarios cualificados de medidas selectivas dentro de las políticas activas de empleo puestas en marcha en los últimos años. El objetivo fundamental de las mismas ha sido el de favorecer la potenciación y reajuste de sus aptitudes profesionales con vistas a favorecer su inserción laboral, tratando, de este modo, de paliar los elevados índices de inactividad que caracterizan a este colectivo²⁰. De ahí que, inspirados desde instancias comunitarias, donde se ha apostado de forma inequívoca por la integración de la discapacidad en los distintos niveles de la política de empleo (como queda acreditado con las previsiones contenidas al respecto en la Estrategia Europea sobre el Empleo), en nuestro país se han llevado a cabo programas específicos a tales efectos, siendo destacables aquellas acciones que tienden a propiciar la transición desde el llamado empleo asistido, desarrollado en los centros especiales de

16. Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados (BOE de 11/12/03).

17. Aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril (BOE de 13/04/07).

18. Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público (BOE de 31/10/07).

19. Previsión que, en este sentido, supone una transposición de las directrices contenidas en este sentido por la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

20. Se estima que dicho índice se sitúa en torno al 52%, según datos contenidos en la "Comunicación de la Comisión sobre Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo" (COM/2003/0650).

empleo, hacia el mercado ordinario de trabajo. La regulación de los llamados “enclaves laborales”²¹ constituye, sin duda, un ejemplo paradigmático de la apuntada línea de tendencia.

b) Mujeres

Particularmente incisivas han sido, sin duda, las acciones positivas dirigidas a paliar las desventajas sociolaborales con las que, tradicionalmente, se han enfrentado las mujeres a la hora de acceder y permanecer en el mercado laboral. En efecto, verificada, desde parámetros diversos, esta acentuada posición de desigualdad estructural en materia de empleo, se han puesto en marcha una serie de medidas de diversa índole con el objetivo de introducir compensaciones con capacidad de restablecer el principio de igualdad de oportunidades. A pesar de su diversidad y de la difícil caracterización de alguna de ellas, tales medidas pueden reagruparse, a efectos analíticos, en torno a las dos subcategorías anteriormente esbozadas. De este modo, podemos diferenciar, por un lado, medidas de acción positiva en sentido estricto y, por otro, lo que propiamente serían incentivos al empleo o medidas selectivas.

En el grupo de las primeras, se sitúan señaladamente las llamadas discriminaciones inversas, cuyo objetivo no es otro que el de superar la infrarrepresentación del colectivo femenino en determinados empleos o categorías laborales y que, una vez verificada, se traduce en fenómenos de segregación ocupacional, bien de tipo horizontal (cuando el empleo femenino se concentra en sectores de actividad específicos o en un reducido elenco de profesiones fuertemente feminizadas), bien de tipo vertical (cuando la concentración se produce en puestos de trabajo de bajo nivel y, consecuentemente, poco retribuidos).

Como no podría ser de otra manera, el texto de la reciente LOI refrenda la centralidad de este tipo de medidas en la consecución de los objetivos previstos en la misma. Sin embargo, en lugar de efectuar un tratamiento pormenorizado de su alcance, remite a la negociación colectiva su establecimiento²², lo que, sin duda, constituye un reconocimiento del papel a desempeñar por los agentes sociales en la lucha por la igualdad de oportunidades entre sexos y, al mismo tiempo, supone un prejuicio favorable a la oportunidad de que las medidas se adopten en los contextos organizaciones y socioeconómicos en los que se han de aplicar. La ductibilidad de la fuente

21. Objeto de regulación por el RD 290/2004, de 20 de febrero.

22. En efecto, como señala el art. 43 de la Ley 3/2007, “De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

convencional permite su adecuación a las peculiaridades de cada entorno productivo, factor que necesariamente ha de favorecer la efectividad de las acciones diseñadas.

Ello no obstante, y al margen de que esta idoneidad en el plano teórico puede verse contradicha por una dinámica negocial poco sensible a esta problemática, lo que, a la postre, puede acabar frustrando la consecución de los objetivos previstos por la norma, hay otra cuestión que ésta deja irresuelta. En efecto, si bien es cierto que en el texto de la LOI las referencias a las medidas de acción positiva van inequívocamente dirigidas a las mujeres, como se aprecia en la redacción de preceptos como el art. 43 o el art. 11 de dicha norma²³, no ocurre lo mismo con la nueva redacción dada por la misma al art. 17.4 ET, donde la preferencia de contratación favorece a *“las personas de sexo menos representado”*²⁴. Esta construcción, coherente con la doctrina sentada por la jurisprudencia comunitaria²⁵ y plasmada al más alto nivel en los textos normativos comunitarios²⁶, supone una nueva visión del problema de la igualdad de sexos, más vinculada a la realización del principio de igualdad de oportunidades y, en consecuencia, más alejada de la tradicional configuración de carácter marcadamente unilateral. De este modo, a diferencia de la temporalidad con la que han venido concibiendo las medidas de acción positiva a favor de colectivos desfavorecidos, en su nueva configuración, como medidas bilaterales dirigidas a garantizar una participación proporcional de los mismos en la vida económica, social y política, tienen una clara vocación de permanencia. No obstante, y sin perjuicio de que la evolución futura del contexto sociolaboral permita la plena vigencia aplicativa de dicha construcción, parece que, a tenor de la realidad actual, son todavía muchos los ámbitos donde sería preciso mantener la concepción clásica de acción positiva, al menos hasta alcanzar posiciones de equilibrio.

Además de las acciones positivas en sentido estricto, el trabajo femenino también ha sido objeto de incentivos al empleo mediante el establecimiento de medidas selectivas integradas en las políticas activas de empleo desplegadas por los poderes

23. Es inequívoco al respecto, el tenor de este—último precepto: *“...los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”*.

24. Atendiendo a la literalidad de este precepto (según redacción dada por la Ley de Igualdad), *“...la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto, podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”*

25. Fundamentalmente, en las SSTJCE de 17/10/95 (as. Kalanke), de 11/11/97 (as. Marschall), de 28/03/00 (as. BADECK), y de 06/07/00 (as. Abrahamsson).

26. Señaladamente, en el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

públicos en los últimos años. En efecto, la existencia, en términos comparativos, de elevadas tasas de desempleo femenino²⁷, por un lado, unido a la persistencia de dificultades para el acceso y permanencia en el mercado de trabajo de las mujeres, vinculadas, principalmente, a un reparto distorsionado de roles sociales y familiares, son factores que justifican la necesidad de continuar adoptando las mencionadas medidas de incentivo. Consecuentemente, la superación de tales dificultades pasa por mantener las medidas de empleo selectivo, propiciar un reparto de cargas familiares más equilibrado, modificando para ello el régimen jurídico por el que se establece el catálogo de derechos laborales vinculados a esta problemática (licencias, excedencias, permiso parental) en la línea iniciada en su día por la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral²⁸ y continuada, recientemente, por la LOI.

Junto a ello, y de forma más específica, se han adoptado medidas dirigidas a paliar las consecuencias negativas que, en el plano laboral, pueden derivar para las mujeres que han sido víctima de violencia de género, favoreciendo el acceso al mercado de trabajo y el mantenimiento en el puesto desempeñado, principalmente, mediante la introducción de especialidades en el régimen jurídico de las vicisitudes laborales (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales, suspensión y excedencias) y de la extinción contractual.

Finalmente, sería preciso incidir en la línea de la progresiva eliminación de la práctica, bastante arraigada, de feminizar determinadas categorías laborales, cuestión ésta en la que son los agentes sociales los llamados a tener un mayor protagonismo, pues son los procesos de negociación el ámbito natural donde debe llevarse a efecto este cambio de tendencia.

c) Trabajadores extracomunitarios y pertenecientes a minorías étnicas

Otro de los colectivos especialmente necesitados de medidas eficaces que puedan paliar las consecuencias de su débil posición en el mercado laboral es, sin duda, el de los trabajadores inmigrantes provenientes de terceros países. Junto a ellos, y con una problemática muy similar, se encuentran los trabajadores pertenecientes a ciertas minorías étnicas. En ambos casos, las medidas adoptadas tienen como principal objetivo el de evitar que la discriminación laboral padecida por estas personas, especialmente intensa y arraigada en determinados supuestos, sea un elemento coadyuvante en el proceso de marginación y exclusión social de las mismas.

27. Como se deduce del diagnóstico efectuado por el "Plan de Trabajo para la igualdad de las mujeres y de los hombres 2006-2010", contenido en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM (2006) 92 final).

28. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE de 06/11/99).

Como puede apreciarse, la problemática relativa a la segregación laboral de estos colectivos está estrechamente vinculada a otra de mayor relieve como es la referida al racismo y la xenofobia. De ahí, más allá del plano estrictamente laboral, es preciso afrontar el problema con medidas de diversa naturaleza que incidan sobre todas sus dimensiones, pues, solo así, podrán diseñarse soluciones satisfactorias.

Esta concepción pluridimensional que se deduce de un diagnóstico adecuado del fenómeno está también presente en las iniciativas adoptadas. Al menos es lo que ocurre a nivel europeo, desde donde se ha apostado claramente por propiciar la integración de estos colectivos e, incluso, hacerlos partícipes del derecho comunitario a la libre circulación de trabajadores. En este sentido, hay que destacar que durante la última década se han desarrollado una serie de iniciativas en esta línea. Por un lado, en el Consejo de Tampere de 1999²⁹ se sentaron las bases para un efectivo desarrollo de lo dispuesto en el art. 13 del Tratado CE en relación con la lucha contra el racismo y la xenofobia. De forma complementaria, en el Consejo de Helsinki de ese mismo año se aprobaron las Directrices para el empleo para el año 2000 que, de forma explícita, recogían la necesidad de establecer las condiciones para que el mercado de trabajo propiciara la integración social, siendo preciso adoptar políticas dirigidas a combatir la discriminación de estos colectivos.

Fruto de estas iniciativas, se aprobó la Directiva 2000/43/CE³⁰, cuyo objetivo no es otro que el de garantizar la igualdad de trato de los integrantes de minorías étnicas, dejando al margen, sin embargo, el problema de la diversidad de tratamiento por la nacionalidad (art. 4.2). A tales efectos, se contemplan, además de previsiones explícitas en materia de prohibición de discriminación, referencias a la posibilidad, perfectamente compatible con dicha prohibición, de adoptar medidas de acción positiva que compensen la situación de desventaja social padecida por este colectivo.

Por otra parte, hay que destacar el avance que supone la Directiva 2004/38/CE³¹ para la libre circulación de extracomunitarios por el territorio de la Unión, al suprimirse exigencias y trabas administrativas (tarjeta de residencia) para el acceso al trabajo de los mismos, si bien se trata de una medida restringida a aquéllos que acompañen, como familiares, a algún ciudadano europeo desplazado.

29. Celebrado en dicha ciudad durante los días 15 y 16 de octubre de 1999.

30. Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico (DOUE de 19/07/00).

31. Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Con todo, se trata de iniciativas que deben ser complementadas por medidas que favorezcan la inserción laboral de estos trabajadores, como las relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales³², la flexibilización de los requisitos laborales relativos a la nacionalidad o las competencias lingüísticas, así como garantizar la plena aplicabilidad de la igualdad de condiciones laborales, haciendo especial hincapié en las salariales.

Hasta la fecha, sin embargo, no puede decirse que en nuestro país haya habido una especial sensibilidad por esta problemática, siendo significativa, la reiterada ausencia de estos colectivos de los programas de fomento del empleo.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

3.1. MARCO NORMATIVO Y CARACTERIZACIÓN GENERAL

Como hemos señalado con anterioridad, junto con las medidas concebidas “en positivo” para propiciar la igualdad de oportunidades en el empleo entre los distintos colectivos o grupos sociales, es necesario establecer, de forma complementaria, restricciones que, “en negativo”, tengan la virtualidad de evitar diferencias de trato injustificadas en el acceso al empleo o en las condiciones de trabajo. Tales limitaciones giran en torno al principio de prohibición de discriminación, cuya proyección en el ámbito laboral afecta, de manera fundamental aunque no exclusiva, al amplio margen de actuación conferido al empresario a la hora de contratar a los trabajadores y organizar el trabajo en la empresa. En consecuencia, los ámbitos objetivos sobre los que eventualmente puede proyectarse la desigualdad de trato en el trabajo son muy variados, abarcando desde los procedimientos de contratación, hasta los aspectos relativos a la promoción profesional o las propias condiciones de trabajo (especialmente, las salariales) y de disfrute de los derechos laborales.

Ante esta realidad, la función del ordenamiento jurídico debe ser la de tratar de buscar puntos de equilibrio cristalizados en normas que, por un lado, no restrinjan en exceso el ámbito de libertad empresarial que es preciso garantizar, pero que, por otro, tengan la capacidad de proscribir todo tipo de conducta discriminatoria en el ámbito laboral. El marco normativo en materia de prohibición de discriminación constituye, por tanto, la plasmación del mencionado equilibrio y, por ello, el punto de referencia para determinar su alcance aplicativo.

32. En esta materia, constituye un indudable avance en el ámbito comunitario la adopción de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, por la que se derogan las anteriormente dictadas sobre la materia.

En el plano internacional, las referencias a la prohibición de discriminación en el trabajo la encontramos en textos normativos tan cualificados como la Declaración Universal de Derechos Humanos³³, en cuyo art. 23 se efectúa una proclamación específica de dicho principio que supone la traslación al ámbito laboral de la genérica contenida en otros preceptos (arts. 1, 2 y 7). Igualmente, aparecen proclamaciones de similar tenor en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁴, cuyo art. 7 enfatiza la necesidad de preservar la igualdad de condiciones laborales, con especial referencia a las salariales, evitando, entre otras, las diferencias que pudieran producirse por razón de sexo. Este tipo de discriminaciones es objeto de atención específica, además, en la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer³⁵. A ello hay que añadir, ya en el marco de la OIT, la adopción de una serie de Convenios en la materia que tratan de configurar una serie de estándares de aplicación generalizada en todos los Estados. Destacan al respecto, el 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación³⁶; el 100, sobre igualdad retributiva entre sexos por trabajos de igual valor³⁷; el 103³⁸ (actualizado por el 183³⁹), sobre protección de la maternidad; o, el 156, sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares⁴⁰. La progresiva ratificación de estos textos convencionales arroja un balance positivo, pues, como destaca un reciente informe de la OIT, ello ha significado que *“la condena de la discriminación en el empleo y la ocupación es hoy día casi universal, al igual que el compromiso político de afrontarla”*⁴¹. Ello no obstante, ese mismo informe alerta de la necesidad de seguir combatiendo la discriminación en el trabajo, pues en un contexto mundial *“donde la desigualdad y la inseguridad se acentúan de manera manifiesta (...) la existencia de desigualdades significativas y persistentes en los ingresos, los capitales y las oportunidades diluyen la eficacia de toda actuación encaminada a combatir la discriminación, lo cual puede provocar inestabilidad política y trastornos sociales que alteran la inversión y el crecimiento”*⁴².

33. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.

34. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966.

35. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 17 de noviembre de 1967.

36. Adoptado el 25 de junio de 1958.

37. Adoptado el 29 de junio de 1951.

38. Adoptado el 28 de junio de 1952.

39. Adoptado el 15 de junio de 2000.

40. Adoptado el 23 de junio de 1981.

41. Informe global del Director General de la OIT sobre “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean” (96ª Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007).

42. *Ib.*

Del mismo modo, aunque con un carácter más incisivo, el Derecho Comunitario y Europeo ha elaborado un importante *corpus* normativo en la materia, siendo destacables las referencias contenidas en el art. 14 de Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas⁴³ y, asimismo, en el art. 13 del Tratado de Ámsterdam (TCE)⁴⁴, donde se amplían los motivos de discriminación contenidos en los anteriores textos fundacionales, y que se complementa con otros específicos, relativos a la no discriminación por sexo (3.2)⁴⁵ o la igualdad en la vida laboral (136-137 y 141). Declaraciones que se complementan con las previsiones de parecido tenor establecidas en los arts. 20 a 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁶.

La formulación al más alto nivel de las distintas dimensiones del principio de igualdad y no discriminación y, de forma complementaria, la elaboración de una sólida doctrina jurisprudencial por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) a la hora de aquilatar el significado y alcance de tales preceptos, han servido de referente para la sucesiva adopción de normas comunitarias de Derecho derivado. En este sentido, destacan las Directivas generales, como la D. 2000/78/CE⁴⁷, que sirve de marco para el establecimiento de un Programa de Acción Comunitaria para la lucha contra la discriminación (2001-2006)⁴⁸, cuyo fruto más relevante ha sido la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de sexos⁴⁹, que trata de recoger y sintetizar el acervo comunitario sobre la materia, resultado de la evolución aplicativa de los anteriores marcos normativos⁵⁰.

43. Adoptado en el seno del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

44. Precepto ahora sustituido por el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

45. Precepto, ahora sustituido por el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y que se inspira en el art. 20 de la Carta Social Europea (revisada) de 3 de mayo de 1996 y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

46. Texto publicado en el DOCE de 14/12/2007, que sustituirá a la versión actual de la Carta, de fecha 7 de diciembre de 2000, una vez que entre en vigor el Tratado de Lisboa.

47. D. 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE de 02/12/00).

48. Aprobado por la Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000 (DOUE de 02/12/00).

49. D. 2006/54/CE, del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOUE de 27/07/06). Un análisis de la misma, en VICENTE AÑÓ, "Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Comentario a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo", RMTAS, 67.

50. De hecho, esta Directiva refunde a las anteriormente adoptadas sobre la materia, es decir, las D. 76/207/CEE (modificada, a su vez, por la D. 2002/73/CE), 75/117/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE, que quedarán definitivamente derogadas después de un periodo transitorio que concluye el 15/08/09.

Como no podría ser de otra manera, la influencia de este acervo comunitario se ha dejado sentir en la formulación normativa del principio de igualdad y no discriminación en nuestro ordenamiento jurídico y, consecuentemente, en la dinámica aplicativa de nuestros tribunales. Esta formulación la encontramos, fundamentalmente, en los arts. 9.2 y 14 CE, donde el principio de igualdad (material y formal) se articula como uno de los pilares esenciales de nuestro modelo de sociedad. A nivel de legislación ordinaria, las múltiples facetas que integran la dimensión laboral del mismo han sido recogidas, principalmente, en los arts. 17 ET y 22 LDE.

El principal objetivo de este conjunto normativo es lograr erradicar las prácticas discriminatorias que, eventualmente, han venido desarrollándose en el mundo del trabajo. Para ello, tratan de incidir sobre la libertad de empresa, estableciendo limitaciones a la misma, pero también sobre otros ámbitos de decisión, como la negociación colectiva, desde los que podrían derivarse discriminaciones de diversa índole.

A la hora de articular normativamente estas limitaciones, sin embargo, es preciso tener en cuenta, como ya se ha apuntado, que existe un ámbito de libre actuación por parte de esos centros de decisión que no puede ser desconocido y en los que, consecuentemente, cabe el establecimiento de diferencias de trato entre los trabajadores. El necesario equilibrio entre el respeto a estos espacios de libertad (libertad de empresa, autonomía individual o colectiva) y la proscripción de la discriminación exige una ponderación de los derechos e intereses en juego que debe proyectarse, tanto sobre el contenido de las normas antidiscriminatorias, como sobre los parámetros interpretativos que ha de ser utilizados en su aplicación práctica.

De este modo, como se deduce de una rica y consolidada doctrina constitucional al respecto, en aquellos supuestos donde no concurra ninguna causa de discriminación prohibida, del libre juego de la libertad empresarial o de la autonomía individual puede derivarse el establecimiento de diferencias de trato. Tales diferencias no son sólo admisibles, sino que, además no necesitan justificación, pues en la regulación de las relaciones laborales ha de existir *"un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario... puede libremente disponer la retribución del trabajador respetando los mínimos legales o convencionales"*⁵¹.

Por su parte, la autonomía colectiva, como ámbito de libertad, debe tener igualmente un espacio de actuación que, proyectada en los procesos de negociación, pueda dar como resultado regulaciones diversificadas en función de sus destinatarios, sin que ello, necesariamente, suponga incurrir en el terreno vedado por la prohibición de discriminación⁵². De este modo, como ha sido refrendado por la doctrina

51. STC 34/1984, de 9 de marzo.

52. Un reciente estudio sobre esta problemática, en LUJÁN ALCARAZ, "Igualdad y disparidad en la negociación colectiva", en *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, cit., pp. 685 ss.

constitucional, hay que tener en cuenta que “*en el ámbito de las relaciones privadas en el que, en principio, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de autonomía de la voluntad*”⁵³. Ello no supone, sin embargo, negar la virtualidad lesiva del convenio cuando sobrepasa los límites de la diferencia de trato permitida ni, lógicamente, va en detrimento del necesario respeto que el mismo, como fuente del Derecho, ha de tener al conjunto de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y, concretamente, a las “*exigencias indeclinables*”⁵⁴ que se derivan del derecho a la igualdad y no discriminación.

Más problemática es, sin duda, la posibilidad de que se conciba la existencia de diferencias de trato cuando concurre alguna de las causas prohibidas de discriminación. En este sentido, según la doctrina constitucional establecida al respecto⁵⁵, hay que partir de la base de que las diferencias de trato, aún siendo posibles, deben concebirse como excepcionales, de modo que sólo serían admisibles si la medida adoptada supera el correspondiente test de razonabilidad y proporcionalidad. Ello exige, básicamente, que la medida por la que se establece una diferencia de trato tenga una justificación objetiva; que se trate de una medida proporcionada, es decir, adecuada y necesaria para lograr el fin perseguido; y, que, por supuesto, este fin sea legítimo⁵⁶.

Al margen de los supuestos anteriormente descritos, la concurrencia de una causa de discriminación prohibida hace ilegítima la diferencia de trato y, consecuentemente, la decisión adoptada, con independencia de su naturaleza, sería mecedora del correspondiente reproche jurídico. Ello afectaría, por un lado, a las denominadas discriminaciones directas, es decir, aquéllas alusivas a las situaciones en las que una persona haya sido tratada, concurriendo una de las razones prohibidas, de manera menos favorable que otra en una situación análoga o comparable⁵⁷. Pero, también quedarían sometidas al ámbito de prohibición las discriminaciones indirectas, comprensiva de todos los supuestos en los que una disposición, criterio o práctica, apa-

53. STC 177/1988, de 10 de octubre (F.J. 4º).

54. *Ib.*

55. V., entre otras, las SSTC 119/2002, de 2 de mayo y 27/2004, de 4 de marzo.

56. Tales exigencias, fruto de sucesivas elaboraciones doctrinales por parte de la jurisprudencia comunitaria a la hora de interpretar el alcance del art. 141 TCE (v., a título ilustrativo, la reciente STJCE de 06/12/07, *as. Úrsula Vob*), aparecen hoy día cristalizadas en normas jurídicas, como el art. 2.2.b).i D. 2000/78/CE.

57. En parecidos términos, art. 2.2.a) D. 2000/78/CE.

rentemente neutras, sitúan a personas de una condición determinada en desventaja particular con respecto a otra en análogas circunstancias. Como puede apreciarse, es el resultado, perjudicial para el colectivo en cuestión, y la falta de justificación objetiva de la medida, los elementos determinantes para considerarla discriminatoria. Consecuentemente, éste último tipo de discriminaciones deberían ser objeto de depuración, y ello con independencia de la fuente que la estableciera, sea una disposición legal, convenio o acuerdo colectivo, contrato de trabajo, uso o costumbre local o profesional, o decisión empresarial⁵⁸.

3.2. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE DISCRIMINACIÓN: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El adecuado tratamiento jurídico de la lucha contra la discriminación exige afrontar de forma específica cada una de las causas prohibidas pues, sólo de esta manera, es posible dar respuestas satisfactorias a las demandas de tutela que se derivan de las variadas circunstancias concurrentes en cada caso. Con todo, hay que señalar, que son los tribunales, a la hora de enjuiciar los casos concretos sometidos a su conocimiento y aplicar los parámetros normativos de alcance general, los que han ido aquilatando de forma progresiva los matices que han de observarse en la apreciación de las distintas causas de discriminación. De ahí la importancia de analizar la jurisprudencia al respecto, al hilo del estudio de algunos supuestos concretos.

a) La discriminación por sexo en el acceso al empleo

La prohibición de discriminación por sexo constituye, sin duda, el ámbito donde mayor desarrollo ha tenido, desde el punto de vista normativo y doctrinal, las formulaciones dirigidas a garantizar la plena efectividad del principio de igualdad. Ello se debe, en gran medida, a que estamos ante uno de las causas con mayor incidencia de prácticas discriminatorias, siendo destacables en las distintas facetas de desarrollo de la relación laboral, desde los procedimientos de acceso al empleo hasta la extinción contractual, pasando por el disfrute de derechos laborales vinculados a la

58. Desde esta perspectiva, es más completa la definición contenida en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, cuyo art. 6, establece: "*Se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios*".

maternidad o, en general, las condiciones de trabajo establecidas, especialmente, las salariales. En relación con estas últimas, han resultado significativas las discriminaciones indirectas detectadas en los convenios colectivos y que, habitualmente, pasaban sin problemas el filtro del control de legalidad de oficio (art. 90.5 ET). En todos ellos, han encontrado proyección prácticas discriminatorias que, una vez identificadas, han permitido recurrir a los instrumentos específicos diseñados para su adecuada tutela judicial, en el marco del proceso especial establecido en la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), principalmente referidos a la inversión de la carga de la prueba (art. 96 LPL), la legitimación sindical (art. 20 LPL), o la triple dimensión sobre la que se proyecta la misma (inhibitoria, restitutoria y reparadora).

De este modo, y centrándonos ahora en aquéllas discriminaciones que se verifican en el momento de acceso al empleo, pueden identificarse tres tipos distintos. Por un lado, las que se contienen en las ofertas de empleo publicadas; por otro, las que se materializan mediante exclusiones injustificadas de las bolsas de trabajo; y, por último, las que acaecen, habitualmente en forma de discriminaciones indirectas, en los procesos de selección.

Las ofertas de empleo suelen incurrir habitualmente en prácticas contrarias a la prohibición de discriminación por sexo. En efecto, además de utilizar un lenguaje sexista, son comunes la inclusión injustificada de criterios (relativos a exigencias sobre horarios, dedicación, edad, experiencia) que, a la postre, devienen excluyentes para las mujeres. Junto a ello, la descripción estereotipada de las habilidades y competencias exigidas, claramente referenciadas al sexo masculino, constituyen, en ocasiones, manifestaciones específicas de discriminaciones indirectas, por su finalidad solapada de excluir a las mujeres.

Otra práctica habitual de discriminación, y no sólo en relación con el sexo, viene dada por la exclusión injustificada de las bolsas de empleo existentes en empresas o instituciones públicas o privadas, coartando de este modo la eventualidad de una futura contratación. Ilustrativo de este tipo de prácticas es el supuesto contemplado en las STC 214/2006, de 3 de julio, donde la conducta discriminatoria afecta a situaciones especialmente protegidas, como sucede con el embarazo y la maternidad⁵⁹. En esta sentencia, se enjuiciaba el caso de una mujer desempleada e inscrita en el INEM que, percibiendo el subsidio de desempleo, solicita la prestación por maternidad, motivo por el cual el citado organismo la excluye de una oferta de empleo, a pesar de que contaba con todos los requisitos necesarios para concurrir a la misma.

59. Ejemplos de esta protección cualificada lo encontramos en las SSTC 173/1994, de 7 de junio, y 17/2003, de 30 de enero, donde se han considerado discriminatorias decisiones empresariales consistentes en la no renovación de contratos temporales realizados a trabajadoras embarazadas.

El principal motivo alegado para justificar dicha decisión venía dado por el hecho de que la situación de la trabajadora, en avanzado estado de embarazo, sería un impedimento para una eventual incorporación inmediata al trabajo en el supuesto de que alguna empresa le ofertara un empleo. Sin embargo, a juicio del TC, se trata de un argumento que no supera el test de justificación y proporcionalidad al que, como hemos señalado, es preciso someter la medida. Como señala la sentencia, las eventuales dificultades que podrían concurrir para la incorporación efectiva de la trabajadora a su puesto de trabajo constituye, en todo caso, una circunstancia que debe ser valorada por la empresa en cuestión, pero no al organismo de empleo, pues *“no corresponde a la función del INEM el condicionar de antemano la decisión, haciendo suya, por esa vía, la hipotética conducta discriminatoria en que pudiera haber incurrido el ofertante de empleo”*. Por ello, se considera desproporcionada la exigencia de que la trabajadora hiciera una manifestación positiva de su deseo de ser considerada como demandante de empleo o que, en su caso, renunciara a la mejora económica derivada de las prestaciones económicas por maternidad (cuya percepción no es incompatible con el mantenimiento y plena efectividad de la demanda de empleo), siendo suficiente con el hecho de estar inscrita como desempleada.

Por otra parte, como suele ser habitual en el enjuiciamiento de este tipo de medidas, se efectúa una especial valoración de los efectos perjudiciales que se derivan de la medida para la trabajadora, teniendo en cuenta la débil situación de la mujer en el mercado laboral. De este modo, se argumenta que *“la suspensión de la demanda de empleo de las trabajadoras desempleadas entorpece o dificulta el acceso al mercado de trabajo de la mujer a la que se aplica, en la medida en que le impide ser tomada en consideración para la cobertura de las ofertas gestionadas por el organismo”*. Consecuentemente, la constancia de este perjuicio es un dato clave para desmontar la argumentación del organismo, que trataba de trazar una línea de conexión entre este supuesto de hecho y el que se deriva de la suspensión del contrato por maternidad (art. 48.4 ET). En efecto, si la finalidad de esta norma es propiciar que la trabajadora quede liberada de su obligación de trabajar, lo que se configura como un beneficio para la misma, pues le permite compatibilizar una situación coyuntural de carácter personal (embarazo y maternidad) con su permanencia en el mercado de trabajo, está claro que este beneficio desaparece cuando, como ocurre en el caso enjuiciado, se le suspende la demanda de empleo, pues ello dificulta su acceso al mismo.

Por tanto, la decisión excluyente del organismo de empleo es merecedora del correspondiente reproche jurídico desde la perspectiva del principio de igualdad que, además, se acentúa en este caso por la condición de administración pública que ostenta el mismo. En este sentido, se señala que, *“el INEM, como el resto de las Administraciones, está obligado a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva y debe eliminar los obstáculos que impidan o*

dificulten la plenitud de tales derechos (art. 9.2 CE); en este caso, debe garantizar el derecho al acceso al empleo de las mujeres en baja maternal, presentando sus candidaturas si aparecen aptas para la actividad profesional en cuestión, pues deben ser las empresas –también vinculadas por el principio de no discriminación– quienes decidirán sobre la contratación de dichas trabajadoras, tras las pruebas oportunas y valoración de la idoneidad de aquéllas”.

Por último, las discriminaciones por sexo en el acceso al empleo también suelen ser habituales en los procesos de selección llevados a cabo por las empresas. Se trata, en la mayoría de los casos, de discriminaciones indirectas, es decir, de actuaciones solapadas realizadas bajo la cobertura de criterios aparentemente neutros que, sin embargo, arrojan resultados claramente desfavorables para el sexo femenino, ya que la totalidad o gran parte de los seleccionados son finalmente hombres.

Ilustrativo a tales efectos, es el supuesto contemplado en la STSJ (Sala de lo Social) de Cantabria de 23/05/07⁶⁰. Se trataba de un proceso de selección para cubrir unos puestos de trabajo en una empresa en el que, entre otros requisitos, se exigía estar en posesión de una determinada titulación (en concreto FP II, rama técnica), respecto de la que se daba la circunstancia de que habitualmente era cursada de forma mayoritaria por hombres, siendo muy escaso el número de mujeres que se matriculan y que obtienen la mencionada titulación. Consecuentemente, la exigencia de este requisito dificultaba el acceso al empleo de las mujeres, como lo demostraba el dato irrefutable, verificado en la práctica, de que en los sucesivos procesos de selección llevados cabo anteriormente por la empresa nunca se habían seleccionado mujeres.

Partiendo de este resultado desfavorable para el colectivo femenino, derivado directamente de la aplicación del mencionado criterio en los procesos selectivos, el enjuiciamiento del mismo desde la perspectiva de una eventual vulneración del principio de igualdad pasa, necesariamente, por contrastar su justificación objetiva y razonable. Concretamente, es preciso comprobar que su exigencia responde a la necesidad objetiva de que las personas que vayan a cubrir el puesto de trabajo ofertado tengan los conocimientos y aptitudes que, en su caso, aparezcan vinculados a la posesión de la titulación requerida.

Pues bien, como se desprende del contenido del convenio colectivo aplicable, dicha vinculación no existe, ya que de la descripción de las tareas o servicios encomendados a esos puestos de trabajo no se derivaba la exigencia de la mencionada titulación y, por ello, el propio convenio no la exigía. Consecuentemente, se trata de

60. EDJ 2007/150783.

un requisito cuya inclusión como criterio a aplicar en los procesos de selección carece de justificación objetiva, al no guardar relación alguna con la actividad a desarrollar. En definitiva, como señala la sentencia comentada, estamos ante una discriminación indirecta, pues dicha exigencia resulta “*desproporcionada, dada la mínima cualificación de la categoría, y perjudicial para el colectivo femenino, pues aunque tal exigencia afectaba formalmente por igual a hombres y mujeres, estas últimas, por razones socio-económicas, no suelen poseer tal título*”, dando como resultado que, en los sucesivos procesos de selección, sólo se habían contratado a trabajadores del sexo masculino que, además (y este es un dato relevante), en muchos casos, ni siquiera poseían dicha titulación.

b) Discriminación por razón de la edad en el acceso al empleo

Otro de los factores sobre los que habitualmente recaen acciones o medidas discriminatorias en el acceso al empleo es, sin duda, la edad. Circunscrito el análisis a este estricto ámbito, y dejando al margen la compleja problemática que presenta la edad como causa de discriminación (lo que justifica sobradamente su explícita inclusión entre el elenco de las recogidas en los art. 14 CE y arts. 4.2.c y 17 ET), los principales manifestaciones de prácticas discriminatorias se producen en las ofertas de empleo. En efecto, dichas prácticas consisten, bien en la incorporación injustificada de requisitos relativos a la edad de los candidatos, bien en el hecho de que, sin exigirlos explícitamente, sean tenidos en cuenta en los procesos de selección⁶¹. En este sentido, y según los estudios realizados sobre la materia, el número de ofertas que contienen discriminaciones atendiendo a la edad ha sufrido un aumento considerable, constituyendo una de las principales causas de discriminación sufrida por los ciudadanos europeos.

La identificación de estas prácticas discriminatorias requiere, de nuevo, la utilización del test de razonabilidad y proporcionalidad de la exigencia, a tenor de las características del puesto de trabajo a desempeñar. De este modo, la aplicación de este test ha puesto en cuestión requisitos relativos a la edad de los candidatos que se han venido exigiendo habitualmente de forma mecánica pero que, sin embargo, a la postre, han sido considerados carentes de justificación objetiva para el desempeño del puesto de trabajo, como ha ocurrido, señaladamente, en relación con el acceso a determinados cuerpos de la función pública, como policías, bomberos o miembros de las fuerzas armadas.

61. Es especialmente ilustrativo de estos supuestos, el caso los procesos de selección realizados por la cadena de supermercados Sánchez Romero, donde, a tenor de los expedientes de solicitud de empleo encontrados fortuitamente, se valoraba negativamente la edad o la apariencia física de los candidatos.

Un ilustrativo ejemplo al respecto nos lo proporciona la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Cataluña de 10 de noviembre de 2006⁶². El supuesto enjuiciado era la publicación de un anuncio en la prensa de una oferta de empleo en el que, explícitamente, se establecía un requisito consistente en exigir una edad comprendida entre los 35 y 45 años. Teniendo conocimiento de la misma, la Inspección de Trabajo levanta acta de infracción al entender que la empresa anunciante habría incurrido en la conducta tipificada como muy grave en el art. 28.1 de la LISOS⁶³. La sanción es impugnada por la empresa alegando que la utilización del mencionado criterio selectivo, por el que se excluyen los potenciales candidatos no incluidos en esa franja de edad, no puede considerarse discriminatorio puesto que se trata de una diferencia de trato justificada, ya que *“es un requisito indispensable y fundamental para el cargo la experiencia, la madurez personal, la estabilidad emocional y la trayectoria profesional de la persona a seleccionar”*.

Frente a ello, la sentencia considera, sin embargo, que ello no constituye una justificación para excluir a los no comprendidos en esa edad, sencillamente porque *“de la prueba practicada no se infiere que las funciones normales a desempeñar por el puesto requerido no puedan ser ejercidas normalmente por personas con edades inferiores o superiores al tramo de edad comprendido entre los 35 y 45 años”*. Consecuentemente, el establecimiento de un criterio excluyente para acceder al puesto por razón de la edad debe considerarse discriminatoria, por lo que se confirma plenamente la sanción impuesta.

c) Discriminación en el acceso al empleo por afiliación sindical

Junto a los anteriormente mencionados, existen otros supuestos de discriminación prohibida que, a pesar de presentar una menor casuística en la práctica, no por ello son menos relevantes, al tener como fundamento algunas de las causas expresamente recogidas en los listados contenidos en los arts. 14 CE o 4.2.c, 16.2 y 17.1 ET.

Es el caso, especialmente señalado, de la discriminación por motivos políticos, ideológicos o de afiliación sindical, práctica muy común en alguna época donde era habitual que circularan las denominadas “listas negras” de trabajadores afiliados para evitar su contratación. Al margen de estos supuestos, hoy día menos habituales, y de la problemática inherente a las llamadas “empresas de tendencia” (donde la discriminación por esos motivos tiene una aplicación más matizada⁶⁴), pueden verificarse

62. EDJ 2006/319761.

63. Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, actualmente contemplada en el art. 8.12 del RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (BOE de 08/08/00).

64. Recogiendo estas matizaciones, v. el art. 5.2 de la Directiva 2000/78.

otros en los que la afiliación a un determinado sindicato o la pertenencia a una organización se impone, de forma más o menos solapada, como requisito para ser contratado. Como se sabe, esta práctica, común en algunas experiencias comparadas (principalmente, en los países anglosajones) donde se permiten este tipo de cláusulas de seguridad sindical (*closed shop* o *preferential hiring*), queda excluida en nuestro ordenamiento al ser contraria al derecho a la libertad sindical negativa recogido en el art. 28.1 CE, por el cual, nadie puede ser obligado o presionado a afiliarse a un sindicato.

A pesar de ello, siguen produciéndose en la práctica discriminaciones por motivos de afiliación sindical, como el enjuiciado en la reciente STC 183/2007, de 10 de septiembre⁶⁵, en la que se enjuicia el caso de un trabajador al que se le rechazó una solicitud de ingreso en la empresa por pertenecer a un sindicato distinto del que, mayoritariamente, integraba el Comité de Empresa. Siendo éste el órgano a cuya aceptación se condicionaba la definitiva aprobación de la solicitud, el rechazo de la misma traía causa directa de la negativa del mismo a otorgar aquélla. Como quiera que el mencionado órgano no aportó en el juicio elementos de convicción suficientes para justificar que esta decisión estaba basada en otros motivos, objetivos y razonables, se entiende acreditada la concurrencia de discriminación alegada. Consecuentemente, estamos en presencia de un supuesto poco habitual de discriminación por motivos sindicales, ya que, en este caso, el autor de la misma no es el empresario, sino otro ente sindical distinto al que pertenecía el trabajador afectado.

d) Discriminación en el acceso al empleo por el ejercicio de acciones procesales por parte del trabajador para la tutela de sus derechos: la "garantía de indemnidad"

Al margen de los supuestos de discriminación donde concurre una causa específica, y como complemento para su tutela efectiva, el art. 17.1 establece una garantía de indemnidad para proteger, frente a conductas empresariales discriminatorias, a aquéllos trabajadores que, a su vez, hayan reclamado, judicial o administrativamente, el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación. Consecuentemente, la adopción de decisiones discriminatorias en represalia de los trabajadores que ejercen acciones de tutela también se configura como un supuesto de discriminación prohibida por nuestro ordenamiento y, por tanto, mecedora de la sanción de nulidad, como corrobora la doctrina constitucional al respecto⁶⁶.

65. EDJ 2007/151834.

66. V., entre otras, las SSTC 55/2004, de 19 de abril; 144/2005, de 6 de junio; 171/2005, de 12 de septiembre.

Ahora bien, más controvertida es la cuestión de la determinación de los supuestos donde puede desplegarse su virtualidad esta garantía de indemnidad. En otras palabras, se trata de dilucidar si la misma tiene operatividad con independencia de que la relación laboral se encuentre o no vigente.

En el supuesto contemplado en la STSJ (Sala de lo Social) de Cataluña de 13/09/07⁶⁷ se plantea esta interesante cuestión. En ella se enjuicia el caso de la exclusión de una bolsa de empleo de Correos de una serie de trabajadores que habían sido despedidos y que, reclamando contra sus ceses, obtuvieron sentencias declarativas de la improcedencia de los mismos, percibiendo las correspondientes indemnizaciones. La exclusión tenía como base la aplicación de los criterios y requisitos establecidos en el convenio aplicable para formar parte de la mencionada bolsa de empleo. Los trabajadores, sin embargo, entienden que se trata de una medida discriminatoria que vulnera la garantía de indemnidad establecida en el art. 17.1 ET.

La sentencia rechaza esta alegación al entender que la mencionada garantía sólo tiene operatividad en los casos en que la relación laboral se mantenga vigente pero no cuando ésta ya se ha extinguido, como ocurre en el presente caso. Ello no obstante, la exclusión de los trabajadores de la bolsa de empleo se va a considerar discriminatoria al ser constitutiva de una diferencia de trato carente de justificación objetiva y razonable, *“pues de la rescisión indemnizada de un contrato de trabajo no se deriva la incapacidad del trabajador para volver a ser contratado por la empresa que lo indemniza”*. Consecuentemente, *“el trabajador indemnizado, cuando haya una nueva oferta de empleo puede concurrir en condiciones de igualdad con otros para cubrirla, máxime teniendo en cuenta que el cobro de la indemnización revela que la rescisión contractual se produjo por causa imputable a la empresa, quien nada habría pagado de ser procedente el cese”*.

Por tanto, al carecer de una justificación objetiva y razonable, la cláusula convencional (o, de forma más precisa, los “acuerdos de desarrollo” de la misma) que establecía tales condicionantes para poder formar parte de la bolsa de empleo ha de considerarse nula por discriminatoria⁶⁸.

67. EDJ 2007/196191.

68. Conclusión que, por su parte, supone la aplicación de la doctrina contenida en la STS (IV) de 09/03/07 (EDJ 2007/23375) sobre la misma problemática.