

## I. Introducción

### 1. Los retos

El Derecho comunitario pretende conseguir que las discriminaciones se reduzcan de forma sensible con el fin de erradicarlas en el espacio europeo, especialmente en materia de empleo. La Unión Europea propone de forma activa un modelo de desarrollo económico, social y cultural original con el sello del derecho<sup>1</sup>, mientras que la discriminación ha marcado la historia de los pueblos de Europa desde hace mucho tiempo y hasta la actualidad.

Este objetivo refleja una cultura humanista que reconoce los derechos al ser humano y en primer lugar, el derecho a la dignidad, fuente de los derechos humanos. También manifiesta la preocupación de emplear todos los recursos humanos disponibles, evitando que las empresas y los ciudadanos malgasten unas energías que les son necesarias. Por consiguiente, cada persona debe poder tener la posibilidad de participar en la tarea común, en su interés y para asegurar la cohesión social<sup>2</sup>.

Para alcanzar este objetivo, el derecho se puede movilizar como una amenaza creíble contra las discriminaciones. El concepto indicado de discriminación refleja estos retos.

### 2. Una definición

Discriminar significa en el lenguaje común distinguir. Pero en el lenguaje jurídico discriminar significa tratar a una persona de forma desfavorable por un motivo prohibido.

Una discriminación no es solamente una distinción. Cualquier distinción no es ilícita y no constituye una discriminación. Las personas pueden recibir un trato diferente de forma lícita.

Una discriminación no es solamente una desigualdad de trato. Una diferencia de trato puede ser ilegítima pero no constituir una discriminación. Su sanción, cuando sea posible, no deriva de las normas de lucha contra la discriminación.

Una discriminación supone la conjunción de varios elementos. Una distinción o una diferencia de trato tan solo es una discriminación cuando sea ilícita<sup>3</sup>. Se produce una discriminación cuando una diferencia de trato desfavorable es ilegítima y se fundamenta en un criterio prohibido por el derecho como fundamento en el que basar las distinciones jurídicas.

### 3. Una evolución ambiciosa del derecho

En esta búsqueda de una definición de la discriminación, la evolución del Derecho comunitario es significativa.

Los textos comunitarios iniciales mencionaban los términos de discriminación, directa o indirecta, pero no los definían<sup>4</sup>.

---

\* Texto revisado de la presentación realizada en el marco de la Conferencia “Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato”, 31 de marzo-1 de abril de 2003 en Trèves

\*\* *Profesor Michel Miné*, Profesor Asociado de derecho privado en la Universidad de Cergy-Pontoise.

<sup>1</sup>S. *Stromholm*, “L’Europe et le droit”, PUF, París, 2002.

<sup>2</sup>Tratado de Ámsterdam, artículos 2, 3 k y 2, 13, 136.

<sup>3</sup>*D. Lochak*, “Réflexions sur la notion de discrimination”, A. Lester, “La législation anglaise contre la discrimination”, *Droit social*, París, 1987, página 778 y página 791.

<sup>4</sup>Se trata en especial del Reglamento del Consejo nº 1612/68 de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y la Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

A continuación, el juez comunitario se ha hecho cargo y ha asumido esta tarea de definición, gracias a su jurisprudencia, sobre la libre circulación de los trabajadores y de forma todavía más sensible sobre la igualdad profesional entre hombres y mujeres en el empleo. Estas normas relativas a la igualdad profesional, textual y, sobre todo, jurisprudencial, son unas normas generosas. En efecto, sus avances conceptuales informan los demás ámbitos de las normas de lucha contra la discriminación y benefician a las personas afectadas por las demás discriminaciones.

Por último, el Tratado de Ámsterdam amplía sensiblemente el ámbito de las discriminaciones prohibidas, pero sin proponer una definición<sup>5</sup>. Sobre la base de esta nueva disposición y como prolongación de la jurisprudencia sobre la “igualdad profesional”, las nuevas directivas sobre discriminación recuperan esta aportación teórica. Es lo que sucede con las dos directivas del año 2000, la Directiva sobre “discriminación racial”<sup>6</sup> y la Directiva “transversal”,<sup>7</sup> así como con la Directiva sobre la refundición de la directiva en materia de igualdad profesional del año 2002<sup>8</sup>. Estas directivas definen los conceptos de discriminación directa e indirecta.

En las normas de Derecho comunitario de lucha contra la discriminación figuran datos transversales a los dos conceptos (I), un concepto de discriminación directa renovado (II) y un concepto de discriminación indirecta innovador (III).

## II. Perspectivas comunes

### 1. Una arquitectura elaborada

Las normas de lucha contra la discriminación se pueden comparar con un árbol:

- las raíces serían los valores que estas normas encarnan y defienden (la dignidad de la persona y sus prolongaciones);
- el tronco serían las reglas aplicables y las cuestiones comunes a todas las discriminaciones (los conceptos de discriminación y el régimen probatorio en particular);
- las ramas estarían representadas por los distintos ámbitos concretos de la discriminación (sexual, racial, etc.) con sus especificidades jurídicas, históricas y sociológicas, siendo posible la transferencia de soluciones jurídicas entre las ramas.

### 2. Los conceptos vinculados

Una discriminación es una ruptura de la igualdad por un motivo prohibido. Por consiguiente, el concepto de discriminación depende íntimamente del concepto de igualdad<sup>9</sup>. En el derecho laboral existen dos conceptos de igualdad:

- la igualdad abstracta: implica que una regla se debe aplicar a todas las personas afectadas de la misma forma. Es, por ejemplo, la igualdad ante la ley. Este concepto de la igualdad figura en los textos que fundamentan el estado de

<sup>5</sup>El artículo 13 del Tratado de Ámsterdam contempla “toda discriminación” basada en distintos criterios.

<sup>6</sup>Directiva del Consejo 2000/42/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, artículo 2, Concepto de discriminación.

<sup>7</sup>Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, artículo 2, Concepto de discriminación.

<sup>8</sup>Directiva del Consejo 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, artículo 2 citado.

<sup>9</sup>C. MacCrudden, “El nuevo concepto de igualdad”.

derecho<sup>10</sup>. Con este concepto se prohíben las discriminaciones que consisten en aplicar una norma diferente o de forma diferente a personas que se encuentran en la misma situación; este concepto conserva todo su valor, pero se muestra insuficiente para abarcar el hecho discriminatorio en su conjunto;

- la igualdad concreta: implica que una norma se debe aplicar a las personas afectadas teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra cada una de ellas. En efecto, en muchas situaciones se puede discriminar aplicando una norma de la misma forma a personas que se encuentran en situaciones diferentes. El hecho de no tener en cuenta la diferencia puede ser discriminatorio.

Del concepto teórico de la igualdad se deriva un concepto de la discriminación. El concepto indicado tiene consecuencias prácticas en relación con las respuestas que se han de aportar a las preguntas formuladas, con ocasión de litigios o en el marco de negociaciones colectivas.

Así, en un contencioso relativo a dos asuntos similares, el hecho de considerar la baja por maternidad como una ausencia igual que las demás, en un concepto de igualdad abstracta, o al contrario, como una ausencia diferente, específicamente femenina, en un concepto de igualdad concreta, conduce a concluir la ausencia de discriminación o, por el contrario, la existencia de una discriminación sexual directa para las mujeres excluidas de una ventaja por el hecho de estar ausentes por baja de maternidad<sup>11</sup>.

No existe un principio general de igualdad en el derecho laboral. Dicho principio enfrentado al poder, de hecho y de derecho, del empresario se mostraría muy frágil.

Una discriminación puede ser directa o indirecta. Así, para el juez comunitario, una discriminación puede consistir en la aplicación de reglas diferentes a situaciones comparables o en la aplicación de la misma regla a situaciones diferentes<sup>12</sup>.

De esta forma, el Derecho comunitario tiende a la consecución de la igualdad de hecho y de derecho.

### 3. Un campo de aplicación amplio

**a.** Los conceptos de discriminación se aplican al sector público y al sector privado, incluidos los organismos públicos (los órganos del Estado no pueden ignorar el derecho aplicable a su personal).

**b.** No existe un principio general de no discriminación en el ámbito comunitario ni en el ámbito internacional<sup>13</sup>. En efecto, el derecho indicado de las normas de lucha contra la discriminación en beneficio de personas físicas que la sociedad considere como más vulnerables en el mercado laboral. La lista de motivos prohibidos, que refleja los valores de la sociedad, es limitativa y evolutiva.

Así, en Derecho comunitario positivo, está prohibido discriminar a una persona o a un grupo de personas, es decir, basarse en un criterio relacionado con su ser<sup>14</sup> y sus actos<sup>15</sup> para tomar una decisión desfavorable en su contra.

<sup>10</sup>Declaración Universal de la Organización de Naciones Unidas de 1948, Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 (Francia), etc.

<sup>11</sup>TJE, 30 de abril de 1998, *CNAVTS c/ Mme Thibault*, Asunto C-136/95.

<sup>12</sup>TJE, 17 de junio de 1998, *Kathleen Hill*, Asunto C-243/95, Recopilación 1998, página I-3739.

<sup>13</sup>En el ámbito internacional, “la eliminación de la discriminación en materia de empleo y profesión” constituye uno de los cuatro “pilares” del derecho laboral (Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su continuación de 19 de junio de 1998, Informe general 91º sesión de 2003, Convenio de la OIT nº 111 de 1958).

<sup>14</sup>El género (el sexo), la nacionalidad, la raza o el origen étnico, la discapacidad y la edad.

<sup>15</sup>La religión o las convicciones y la orientación sexual.

El Derecho comunitario no repite todos los criterios empleados en el Derecho internacional y su lista es más restringida que la de otras fuentes<sup>16</sup>. Pero el Derecho comunitario contempla las múltiples discriminaciones que afectan a las mujeres por causa de su género y, en particular, de sus orígenes<sup>17</sup>. Prohíbe las incitaciones a la discriminación contra las personas basada en un criterio, así como contra personas que no se derivan de un criterio, pero que sufren, no obstante, un trato desfavorable<sup>18</sup>.

**c.** Los ámbitos de aplicación de los conceptos de discriminación son amplios, estando prohibida la diferencia de trato en toda la actividad profesional. Así ocurre:

- en el acceso al empleo, momento estratégico en el cual las prácticas discriminatorias son frecuentes y resultan ser las más graves; aquí se manifiesta el rechazo a la exclusión;
- en el ejercicio del empleo, especialmente en materia de retribución, condiciones de trabajo y de empleo, promoción, formación profesional y despido; aquí se manifiesta el rechazo a la explotación.

A partir de esta enumeración amplia, algunos de cuyos enunciados constituyen normas, es posible deducir determinados actos discriminatorios prohibidos. Es lo que sucede con la segregación, que constituye una condición de trabajo desfavorable en materia de destino.

El acoso también constituye una forma de discriminación<sup>19</sup>. El acoso puede expresarse en los diferentes ámbitos de la discriminación (género, origen racial, discapacidad, etc.). El comportamiento contemplado es muy amplio y engloba los actos destinados a perjudicar a una persona, así como los actos que tienen el mismo resultado, incluso en el caso de que no tuvieran la misma voluntad. Este acoso puede ser jerárquico (vertical), entre compañeros (horizontal) o ambiental.

La incitación a la discriminación contempla a toda persona, especialmente, pero no exclusivamente, a las personas en situación jerárquica.

**d.** El alcance jurídico de estos conceptos es extenso. Toda norma jurídica puede someterse a la criba del análisis de las normas de lucha contra la discriminación, directa y, sobre todo, indirecta. Así, pueden declararse contrarias a derecho y, por consiguiente, quedarán sin aplicación:

- una norma de carácter jurídico de los agentes sociales, especialmente de los convenios colectivos laborales<sup>20</sup>;
- una norma de carácter jurídico procedente del Estado (disposiciones legislativas<sup>21</sup>, reglamentarias y administrativas).

<sup>16</sup>No se mencionan, en especial, los criterios de origen social, actividad sindical u opinión política (véanse el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, artículo 14; los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), nº 111 y nº 97). Por el contrario, el proyecto del Convenio para una Constitución Europea contempla una larga lista de criterios (artículo II-21).

<sup>17</sup>*F. Gaspard*, "Lutter conjointement contre le racisme et le sexisme", 45º sesión de la Comisión sobre el estatuto de la mujer (O.N.U.), Prochoix, París, nº 18, verano de 2001. *A.Ardura et V.Simon*, "Combattre les discriminations en Europe : expériences de lutte contre les discriminations à l'égard des femmes immigrées", Programa de Investigación Codelfi, Com. DG V, informe final enero de 2001, Iséres.

<sup>18</sup>Artículo 2.4. de las directivas mencionadas.

<sup>19</sup>Artículo 2.3.

<sup>20</sup>TJE, 30 de abril de 1998, *CNAVTS c/ Mme Thibault*, Asunto C-136/95, citado anteriormente.

<sup>21</sup>TJE, 9 de febrero de 1999, *Régina c/ Secretary of State for Employment*, Asunto C-167/97.

### III. Un concepto renovado: la discriminación directa

El concepto de discriminación directa incluye el hecho discriminatorio en el ámbito de los efectos producidos (A) y con carácter amplio, para determinadas personas (B). En algunos casos particulares, el recurso a un criterio puede fundamentar una diferencia de trato (C).

#### 1. El principio

##### a. El objetivo

La discriminación directa utiliza un criterio para fundamentar una diferencia de trato. Se produce una discriminación cuando una persona es tratada de forma menos favorable por un motivo prohibido.

Así, la discriminación directa puede ser intencional y explícita con respecto al motivo prohibido. Pero al estar dicha discriminación explícitamente afirmada, en especial en una norma, cada vez con menor frecuencia, el derecho pone el énfasis en el efecto producido por la diferencia de trato, según un concepto objetivo de la discriminación<sup>22</sup>. El carácter intencional de la discriminación ya no constituye un elemento esencial en los ámbitos civil y administrativo<sup>23</sup>.

Desde el momento en que se constate la diferencia de trato desfavorable en concreto, es decir, en lo que se refiere a un criterio prohibido<sup>24</sup>, se establece la discriminación.

De esta forma, conviene preguntarse si las personas habrían recibido el mismo trato si no respondieran a dicho criterio<sup>25</sup>.

##### b. El método

El enfoque de la discriminación producida se realiza por medio de una comparación. Esta comparación se lleva a cabo:

- mediante el análisis de las situaciones.

Se trata de no limitar las comparaciones a situaciones idénticas, que raramente se encuentran. Conviene verificar que las situaciones son “comparables”. Mediante un análisis profundo de la materialidad de los hechos, conviene evaluar las situaciones. El método de comparación debe ser objetivo, libre de estereotipos.

- mediante un análisis en el tiempo.

Se puede tratar de una comparación en concreto. La posibilidad de comparar en el tiempo es amplia.

Las situaciones observadas pueden ser actuales. Es la situación que resulta menos difícil de estudiar. Se deben considerar algunos elementos<sup>26</sup> para realizar estas comparaciones sincrónicas.

<sup>22</sup>Las normas internacionales contemplan la discriminación en relación con sus efectos: Convenio n° 111 de la OIT, Convenio de la ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1971 y el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.

<sup>23</sup>En derecho penal, en el que se debe garantizar la presunción de inocencia, la jurisprudencia se muestra menos exigente por lo que se refiere a la demostración de la intención de la infracción (véase en el derecho francés: *M. Miné*, “La discrimination raciale à l’embauche devant le juge pénal”, *Le Droit ouvrier*, París, julio de 2003).

<sup>24</sup>La versión inglesa del texto “on grounds of” parece más pertinente que la versión francesa “pour des raisons de”.

<sup>25</sup>El “criterio del elemento distintivo único”, “but for test”, TJE, 17 de febrero de 1998, *Mme Grant*, Asunto C-249/96. Sobre la evolución de la jurisprudencia en el Reino Unido sobre esta cuestión: *M. Miné*, “Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France - Royaume-Uni”, *Travail et Emploi*, París, n° 80, septiembre de 1999, página 91, especialmente página 96.

Pero las situaciones pueden sucederse. Los mismos elementos pueden encontrar aplicación, pero aplicándolas a situaciones diacrónicas<sup>27</sup>. Estas comparaciones retroactivas entre situaciones sucesivas pueden realizarse sin limitación en el tiempo.

Se puede tratar de una comparación en abstracto. Esta posibilidad de comparación con personas hipotéticas es un recurso potencialmente provechoso. Ofrece una clave para interpretar situaciones de hecho cuando debido a las segregaciones en el mercado laboral es imposible realizar comparaciones concretas<sup>28</sup>. Cuando las personas reciban un trato que parece poco favorable, conviene preguntarse cuál sería el trato que se daría a otras personas que no respondieran al mismo criterio<sup>29</sup>. Este tipo de comparación hipotética ya se realiza para examinar la situación de la mujer en relación con la maternidad<sup>30</sup>. En este caso, el autor del trato en cuestión debe explicar las causas objetivas de la situación percibida como desfavorable.

## 2. Disposiciones específicas para las personas discapacitadas

El empresario está obligado en la actualidad a realizar los ajustes razonables que sean necesarios para permitir a una persona discapacitada acceder a un empleo y ejercer una función<sup>31</sup>. La persona discapacitada se beneficia de un derecho a obtener unos ajustes que tengan en cuenta las particularidades de su discapacidad (locales, materiales, ambiente laboral). Dichos ajustes constituyen una medida obligatoria destinada a asegurar la igualdad de trato, que no se ha de confundir con una acción positiva aleatoria destinada a prevenir o a remediar la discriminación.

El empresario tan solo puede abstenerse de tomar sus medidas y, por consiguiente, privar a una persona de un empleo o una carrera profesional normal si la carga financiera resulta desproporcionada. Debe justificar este carácter desproporcionado con respecto a la empresa (medios financieros) y la política del Estado (ayudas al empleo de las personas discapacitadas). Un rechazo injustificado a los ajustes constituye una discriminación directa.

## 3. Derogaciones limitadas

No se puede justificar una discriminación directa, que contradiga directamente el principio de igualdad ante la ley<sup>32</sup>. Por consiguiente, la prohibición de discriminar tan solo conoce derogaciones excepcionales, identificadas de forma precisa, que afectan a determinados empleos.

### a. Una exigencia profesional esencial y determinante

<sup>26</sup>TJE, 31 de mayo de 1995, Asunto C-400/93 (situación juzgada comparable); TJE, 11 de mayo de 1999, Asunto C-309/97 (situación juzgada no comparable). Según el caso, conviene examinar en especial la naturaleza del trabajo y las funciones ejercidas, así como la formación profesional.

<sup>27</sup>TJE, 27 de marzo de 1980, Asunto C-129/79, *Macarthys Ltd c/ Wendy Smith*.

<sup>28</sup>*M.-T. Lanquetin*, "L'égalité entre les femmes et les hommes : sur la directive 2002/73 CE du 23 sept. 2002", *Droit social*, París, 2003, página 315.

<sup>29</sup>En una empresa en la que las funciones de secretaría administrativa son ejercidas por mujeres, el personal de limpieza está compuesto por inmigrantes originarios de las antiguas colonias, etc., ¿cuál sería el trato si estos puestos de trabajo estuvieran ocupados por personas del grupo dominante en la empresa, los "hombres blancos nacionales" (retribución, tareas encomendadas, formación, etc.)? En Quebec, *M.-T. Chicha*, "L'équité salariale : mise en oeuvre et enjeux", Ed. *Yvon Blais*, Quebec, 1997, en relación con la Ley de 21 de noviembre de 1996, sobre los empleos con predominancia femenina.

<sup>30</sup>TJE, 4 de octubre de 2001, *Tele Danmark*, Asunto C-109/00.

<sup>31</sup>Artículo 5 de la "Directiva transversal". A. *Hendriks*, "L'aménagement raisonnable", Comunicación de 1 de abril de 2003, E.R.A. (Trèves).

<sup>32</sup>TJE, 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, Asunto C-177/88.

Una diferencia de trato puede basarse en un criterio de forma lícita cuando el criterio en cuestión constituya una exigencia profesional esencial y “determinante”<sup>33</sup>.

Esta excepción a la norma, el hecho de considerar que no se trata de una discriminación, se aplica de forma restrictiva, en relación con los objetivos de las directivas. Así, la solicitud de no aplicación de la norma debe ser legítima en cada caso y realizarse de forma proporcional. En efecto, esta excepción implica la exclusión de las personas que no responden al criterio en cuestión y una aceptación demasiado amplia destruiría el objetivo, permitiendo la manifestación de estereotipos de toda clase.

Las actividades profesionales afectadas, identificadas de forma precisa, podrán designarse por medio de una norma estatal, en forma de listas según los criterios, o por medio de la jurisprudencia según los casos excepciones<sup>34</sup>.

### **b. Las actividades profesionales de carácter religioso**

En las actividades profesionales de iglesias y organizaciones basadas en la religión o las convicciones, el criterio de la religión o de las convicciones puede servir como fundamento para una diferencia de trato si dicho criterio constituye una “exigencia profesional esencial, legítima y justificada”<sup>35</sup>. Por consiguiente, esta exigencia será apreciada definitivamente según los empleos de que se trate.

Los Estados pueden mantener su legislación que ya establezca dicha derogación o retomar las prácticas existentes en una legislación, pero no pueden establecer nuevas disposiciones en la materia. La excepción a la norma se circunscribe a lo que ya se ha considerado como indispensable.

Esta diferencia de trato basada en el criterio de la religión no puede justificar una discriminación basada en otro criterio (género, origen racial, discapacidad, etc.).

## **IV. Un concepto innovador: la discriminación indirecta**

El concepto de discriminación indirecta puede permitir abarcar todo el ámbito de la discriminación (A), especialmente las discriminaciones sistémicas (B). No obstante, se puede justificar una discriminación indirecta (C).

### **1. A la búsqueda de un efecto discriminatorio potencial**

#### **a. El contenido del concepto**

Entre las aportaciones más esenciales del Derecho comunitario, legislativo y jurisprudencial, figura el concepto de discriminación indirecta<sup>36</sup>. El método vinculado a este concepto va a permitir descubrir la discriminación oculta.

Según las directivas, una discriminación indirecta se produce:

- 1) cuando una disposición, un criterio o una práctica (una regla o un uso en vigor en la empresa o en el Estado),
- 2) aparentemente neutros (que hacen referencia a un criterio),

<sup>33</sup> Artículo 4 de la Directiva sobre “discriminación racial”, artículo 4.1. de la Directiva “transversal”, artículo 2.6. de la Directiva sobre “igualdad entre hombres y mujeres”.

<sup>34</sup> Así, los empleos que exponen a situaciones de gran violencia pueden no ser accesibles a las mujeres, TJE, 26 de octubre de 1999, *Angela Maria Sirdar c/ The Army Board, Secretary of State for Defence*, Asunto C-273/97. Es probable que ocurra lo mismo con las personas con una salud frágil por causa de su discapacidad o su edad. A *contrario*, la interpretación del papel de Othello, de Shakespeare, podría atribuirse con preferencia a un actor negro.

<sup>35</sup> Artículo 4.2. de la “Directiva transversal”.

<sup>36</sup> Este concepto jurídico tiene su origen en Estados Unidos: Tribunal Supremo *Griggs v. Duke Power Co.*, 1971 401 US 424.

- 3) son susceptibles de implicar una desventaja particular<sup>37</sup> para las personas que respondan a uno o más criterios, o bien
- 3 bis) supondrían una desventaja particularmente para personas en función del sexo, en relación con las personas del otro sexo<sup>38</sup>,
- 4) a menos que dicha disposición, dicho criterio o dicha práctica sean justificados objetivamente por un objetivo legítimo y los medios sean apropiados y necesarios.

Así, las tres directivas tienden hacia una definición única de la discriminación indirecta, marcando la unicidad del concepto de discriminación.

Cuando se cumplen las tres primeras condiciones, existe una presunción de discriminación indirecta. Por definición, en materia de discriminación indirecta, no se tiene en cuenta la intención del autor. Tan solo cuenta el resultado, ya sea el realizado, es decir, el efecto discriminatorio<sup>39</sup>, ya sea el susceptible de realizarse<sup>40</sup>.

Como en el ámbito de la discriminación directa, el método es comparativo. Pero el concepto de discriminación indirecta ha evolucionado. Ya no se trata de medir los efectos cuantitativos desfavorables reales de la medida en cuestión<sup>41</sup>. Se trata de examinar más cualitativamente cuáles son los efectos potenciales desfavorables de una medida sobre personas que responden a un criterio determinado en relación con otras personas. El efecto potencial discriminatorio se considera con respecto a una característica de una persona indisociable de un criterio.

El concepto es innovador. Por un lado, la acción contra la discriminación puede situarse por encima de un efecto discriminatorio constatado, una práctica o una norma sospechosos, que se cuestionan de forma anticipada y preventiva. Por otro lado, la nueva definición permite tratar las discriminaciones indirectas vinculadas a criterios para los que faltan datos cuantitativos (véase la discapacidad o la orientación sexual).

Así, en una empresa privada o en un organismo público, en donde el personal esté compuesto de nacionales, la política consistente en contratar de forma privilegiada a los hijos del personal es susceptible de constituir una discriminación indirecta para las personas de origen extranjero en búsqueda de empleo.

La apreciación del efecto desfavorable puede medirse en personas o en grupos de personas. En este segundo caso, se plantea una cuestión en materia de discriminación racial: conviene definir, *a posteriori* sin identificar individualmente a las personas<sup>42</sup>, cuáles son los datos vinculados al criterio prohibido, que el empresario aplica (es decir, color de la piel, patronímico, acento, etc.).

Este concepto de discriminación indirecta permite sacar a la luz las discriminaciones opacas o infravaloradas y vuelve a cuestionar las representaciones estereotipadas<sup>43</sup>. Es una forma de descubrir la realidad. Permite examinar sobre la base de la igualdad de trato las decisiones del empresario<sup>44</sup>, las normas convencionales adoptadas por los agentes sociales<sup>45</sup>, la legislación nacional<sup>46</sup> y, más en general, las políticas públicas y privadas.

<sup>37</sup>Directivas 2000/43 y 2000/78, citadas anteriormente.

<sup>38</sup>Directiva 2002/73, citada anteriormente.

<sup>39</sup>Las sentencias judiciales que fundamentan este concepto son las sentencias del TJE de 31 de marzo de 1981, Asunto *Jenkins*, 96/80, y TJE, 13 de mayo de 1986, Asunto *Bilka* 170-84, en materia de igualdad profesional.

<sup>40</sup>TJE, 23 de mayo de 1996, Asunto *John O'Flynn*, C-237/94, en materia de libre circulación de los trabajadores.

<sup>41</sup>Directiva 97/80, de 15 de diciembre de 1997, que retomaba la jurisprudencia comunitaria en materia de discriminación profesional entre mujeres y hombres.

<sup>42</sup>Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, artículo 8.

<sup>43</sup>TJE, 28 de marzo de 2000, Asunto *Kathleen Hill*, C-158/97, esta decisión hace referencia a los "prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y la capacitación de la mujer en la vida activa".

<sup>44</sup>TJE, 17 de octubre de 1989, *H.K. c/ Danfoss*, Asunto 109/88.



En el ámbito de la discriminación indirecta, el proceso probatorio<sup>47</sup> está íntimamente vinculado al propio concepto. El régimen probatorio puede devolver al litigio su dimensión sociológica.

### **b. Un concepto al servicio de la igualdad de hecho**

La discriminación indirecta utiliza un criterio, distinto de uno de los criterios prohibidos por las normas de lucha contra la discriminación para fundamentar una diferencia de trato, frente a personas que respondan a uno de dichos criterios. El resultado es análogo al de una discriminación directa, pero como consecuencia de un proceso diferente. Así, la discriminación indirecta está escondida por un criterio neutro que le sirve de cobertura<sup>48</sup>. La discriminación indirecta se descubre examinando los efectos de la norma o de la práctica. La discriminación indirecta es una discriminación de hecho.

El procedimiento de la discriminación indirecta revela el hecho de que las personas que respondan a uno o más criterios son víctimas de discriminación. De esta forma, se identifican grupos de personas discriminadas. En un primer momento, la acción puede pretender establecer la igualdad de trato en beneficio de dichas personas, suprimiendo la práctica discriminatoria. Pero en un segundo momento, la acción contra la discriminación indirecta puede desembocar en una política de igualdad de oportunidades y la adopción en beneficio de dichas personas y, más en general, de las personas que respondan al mismo criterio, de acciones positivas<sup>49</sup>, temporales de recuperación, estableciendo una cláusula de apertura para las demás personas<sup>50</sup>.

## **2. Un concepto provechoso para abordar la discriminación sistémica**

### **a. El carácter sistémico de la discriminación**

Las discriminaciones sistémicas son el resultado de prácticas aplicadas en una empresa, un área de empleo, un sector de actividad, unas instituciones, es decir, la sociedad en su conjunto. Estas prácticas son el fruto de estereotipos o de mecanismos aparentemente neutros y de uso más o menos explícitos. En este contexto, el sistema produce discriminación.

El sistema, por ejemplo, puede ser el proceso de contratación. Éste implica agentes externos a la empresa, los intermediarios públicos y privados en el mercado laboral, así como clientes/consumidores y proveedores, y los agentes internos de la empresa, como la dirección de los recursos humanos, los responsables en diferentes niveles de los servicios y talleres en los que se prevén las contrataciones y los trabajadores actualmente ocupados.

De esta forma, el sistema puede excluir sistemáticamente a las personas que responden a uno o más criterios de la contratación o asignarles únicamente determinados empleos o determinados servicios. Las elecciones en materia de contratación y destino se realizan en función de los criterios prohibidos para adoptar una decisión y no sobre la base de la capacitación profesional de las personas<sup>51</sup>.

Este sistema discriminatorio puede ser el resultado de agentes que tengan intenciones discriminatorias o de mecanismos macrosociales e institucionales, pudiendo combinarse ambos.

<sup>45</sup>TJE, 30 de abril de 1998, *CNAVTS*, citado anteriormente.

<sup>46</sup>TJE, 9 de febrero de 1999, *Regina*, citado anteriormente.

<sup>47</sup>*O. de Schutter*, “La charge de la preuve”.

<sup>48</sup>*P.Rodière*, “Droit social de l’Union européenne”, L.G.D.J., París, 2002.

<sup>49</sup>En Derecho comunitario: Recomendación 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984; artículo 5 de la Directiva sobre “discriminación racial”, artículo 7 de la Directiva “transversal”, artículo 8 de la Directiva sobre “género”. *O. de Schutter*, “L’outil de l’action positive”, Comunicación de 1 de abril de 2003, E.R.A. (Trèves).

<sup>50</sup>TJE, 6 de julio de 2000, K. Abrahamsson, Asunto n° 407/98 y TJE, 19 de marzo de 2002, Lommers, C-476/99.

<sup>51</sup>En materia de discriminación racial, se puede hablar de una tendencia hacia un grupo étnico en la organización del trabajo.

### **b. Un concepto que explora nuevos ámbitos**

El concepto de discriminación indirecta parece tener un amplio potencial para abarcar las discriminaciones sistémicas.

En primer lugar, permite revelar hechos que a menudo están ocultos (la no contratación de determinadas personas que responden a un criterio o un destino específico).

Por otro lado, permite examinar el sistema que produce la discriminación centrándose únicamente en los efectos producidos. Cada etapa del proceso puede ser cuestionada.

Este proceso puede implicar en gran medida a los agentes externos a la empresa como las escuelas que forman a los estudiantes a las que se dirige la empresa (orientación escolar anterior, modo de selección para ingresar, tipo de formación, ayuda a la colocación, etc.).

Este proceso puede concentrarse posteriormente en la empresa. En este punto hay una cuestión esencial: la evaluación del trabajador por parte del empresario<sup>52</sup>. Esta evaluación de la capacitación profesional de la persona por parte del empresario está en el mismo centro del poder de dirección. Este poder de evaluación puede ser percibido como discrecional, pero ya no puede ser arbitrario. El empresario debe justificar que en la aplicación de este poder no se ha cometido discriminación. Por consiguiente, su elección debe apoyarse en elementos materiales objetivos y pertinentes que permitan explicar la elección de la contratación y el destino para una persona, pero también para toda su política en relación con sus efectos. El juez puede examinar la evaluación de la capacitación realizada y, por lo tanto, realizar un control de este poder del empresario<sup>53</sup>.

De esta forma, el juez puede contribuir a la racionalización del ejercicio del poder. También puede cuestionar la pretendida racionalidad económica de los parámetros utilizados por el empresario y otros agentes para tomar sus decisiones. Así, el concepto de discriminación indirecta requiere una “evaluación justa e igualitaria de la capacitación”<sup>54</sup>.

### **3. Una posible justificación**

La presunción de discriminación indirecta puede ser descartada por el empresario si justifica su práctica, en relación con los objetivos de las directivas. En algunos ámbitos, el texto contempla justificaciones.

Este aspecto de la justificación parece la cuestión principal para la aplicación del concepto de discriminación indirecta<sup>55</sup>.

#### **a. La justificación descarta la discriminación**

Si el empresario puede justificar de forma convincente que el objetivo que persigue es legítimo y que los medios utilizados para ello son los apropiados y han sido aplicados de forma razonable, la presunción de discriminación indirecta desaparece. Incluso en el caso de que haya personas que padezcan un trato desfavorable por el hecho de dicha política, éste no constituye una discriminación. Por el contrario, si el empresario no puede aportar una justificación plena de su política, se afirma la discriminación indirecta.

Para que una justificación sea admisible y, por consiguiente, pueda impedir el reconocimiento de una discriminación indirecta, debe responder a los cánones de la jurisprudencia comunitaria<sup>56</sup>.

<sup>52</sup>A. Lyon-Caen, *Droit de l'emploi*, curso de DEA, Universidad Paris X - Nanterre; “Combattre les discriminations : des enseignements européens pour une démocratisation du marché du travail”, Investigación en curso, FORUM/CPDR/CEE/CREDOF, O. de Schutter et F. Eymard-Duverney, Ministerio de Trabajo francés (DARES).

<sup>53</sup>Por lo que se refiere a la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un trabajo de igual valor, Convenio de la OIT n° 100, que incita a una “evaluación objetiva de los empleos” (artículo 3).

<sup>54</sup>FORUM/CPDR/CEE/CREDOF, citado anteriormente.

<sup>55</sup>M.-A. Moreau, “Les justifications des discriminations”, Congreso Europeo de Estocolmo, 3-6 de septiembre de 2002, [www.labourlaw2002.org](http://www.labourlaw2002.org), *Droit social*, París, diciembre de 2002, página 1112.

## b. La apreciación de las justificaciones

Para ser admisible, la justificación debe:

- ser objetiva;
- perseguir un objetivo legítimo, por definición ajeno a toda discriminación.

El control de legitimidad del objetivo perseguido puede ser apreciado en su realidad y su adecuación en función de diferentes parámetros (tamaño de la empresa, sector de actividad, estado del mercado laboral, etc.). Se trata de determinar si los motivos aducidos por el empresario “pueden ser considerados como razones económicas objetivamente justificadas” y en qué medida, así como investigar los móviles reales del empresario.

La exigencia de un vínculo de causalidad directa entre la justificación y el objetivo invocado por el empresario es esencial;

- con medios necesarios y proporcionados.

Se trata de verificar la adecuación de los medios al objetivo perseguido y el carácter necesario de la medida. Los medios elegidos por el empresario deben responder “a una necesidad verdadera de la empresa”, “ser aptos para alcanzar el objetivo perseguido” y “necesarios a tal efecto”. Así, no son admisibles los intentos de justificación basados en modelos estereotipados expresados por medio de consideraciones comerciales (por ejemplo, la exclusión basada en la edad, la discapacidad o el origen en nombre de la pretendida exigencia de los consumidores).

Por último, se examinará el carácter proporcionado de los medios, debiendo además ser el daño a la igualdad de trato lo más reducido posible.

La justificación debe establecer un vínculo de causalidad con la diferencia de trato.

Estas características que deben presentar las justificaciones para ser admitidas son normas de referencia. El trabajo teórico de construcción de categorías de justificación realizado por el juez comunitario en materia de discriminación sexual indirecta constituye una fuente de referencia para los demás criterios de discriminación. Simplemente a título de ejemplo, conviene señalar que:

- el criterio de la fuerza física en una clasificación profesional, favorable a los hombres, debe modularse con otros criterios, favorables a las mujeres<sup>57</sup>;
- la disponibilidad temporal, desfavorable a las mujeres, debe ser pertinente teniendo en cuenta las funciones ejercidas<sup>58</sup>;
- una política opaca lleva a considerar la situación como discriminatoria<sup>59</sup>;
- las modalidades de negociación colectiva con el empresario no pueden justificar una desigualdad de trato<sup>60</sup>; las disposiciones de un convenio colectivo no pueden constituir un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias en la igualdad de trato<sup>61</sup>;
- la menor integración de los trabajadores a tiempo parcial en la empresa no es admisible<sup>62</sup>, ni el argumento derivado del objetivo de mantener la motivación de

<sup>56</sup>TJE, 13 de mayo de 1986, Asunto *Bilka*, citado anteriormente, especialmente puntos 30 y 36.

<sup>57</sup>TJE, 1 de julio de 1986, *Rummler*, Asunto C-237/85.

<sup>58</sup>TJE, 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, citado anteriormente.

<sup>59</sup>ídem.

<sup>60</sup>TJE, 27 de octubre de 1993, *Enderby*, citado anteriormente.

<sup>61</sup>TJE, 7 de febrero de 1991, *Nimz*, Asunto C-184/89, específicamente apartado 20.

<sup>62</sup>TJE, 19 de julio de 1989, *Rinner-Kuhne*, Rec. I-5535.

los trabajadores a tiempo completo penalizando a los trabajadores que comparten un empleo<sup>63</sup>;

- las consideraciones de carácter presupuestario no pueden constituir una justificación de una diferencia de trato<sup>64</sup>.

El juez aprecia las justificaciones con la preocupación permanente de hacer respetar la igualdad de trato. Ha de analizar las explicaciones propuestas por el empresario en relación con este objetivo del Derecho comunitario. En su defecto, la admisión sistemática de justificaciones generales de carácter económico basadas en el interés de la empresa y su competitividad conduciría a que el Derecho comunitario fuera ineficaz e inefectivo.

En el fondo de la aplicación de esta noción de discriminación indirecta se busca un equilibrio entre el poder del empresario, dirigido al buen funcionamiento de la empresa (integrando quizá expectativas como las de la colectividad de trabajo), y los derechos de la persona, en particular, el derecho a la igualdad de trato. La igualdad de trato puede conciliarse con otros derechos, pero no puede ser ignorada.

El análisis de las justificaciones implica las elecciones de cada agente con respecto a los valores que defiende y a los principios de justicia a los que da preferencia<sup>65</sup>.

### c. Las justificaciones contempladas en el derecho

El Derecho comunitario establece que las diferencias de trato basadas en la edad<sup>66</sup> no constituyen una discriminación, cuando están justificadas objetiva y razonablemente por objetivos legítimos de políticas del empleo y de la formación profesional e incluye una lista indicativa de posibles justificaciones<sup>67</sup>.

Esta admisión de justificaciones muy amplia en el texto limita en gran medida el control del juez.

No obstante, éste podrá verificar que las políticas de los Estados persiguen objetivos legítimos en materia de empleo que puedan justificar las diferencias de trato fundadas en la edad.

\*\*\*

La interpretación de los conceptos de discriminación, directa e indirecta, va a dilucidarse ante las jurisdicciones nacionales, especialmente por lo que se refiere a las justificaciones aceptables. Los jueces internos de los diferentes Estados desarrollarán sus razonamientos respetando la interpretación del juez comunitario y los objetivos del Derecho comunitario para establecer la igualdad de trato y asegurar la cohesión social<sup>68</sup>. En la base de este proceso evolutivo se puede observar la dimensión cultural del derecho movilizado frente a las discriminaciones.

\*\*\*

<sup>63</sup>TJE, Hill, citado anteriormente.

<sup>64</sup>TJE, 20 de marzo de 2003, Asunto C-187/00, *Mme Helga Kutz-Bauer*, específicamente apartado 60.

<sup>65</sup>*L. Boltanski et L. Thévenot*, "De la justification", Gallimard, París, 1991.

<sup>66</sup>*M. Reid*, "The prohibition of age discrimination in employment : issues arising in practice", marzo de 2003, E.R.A. (Trèves).

<sup>67</sup>Directiva "transversal", artículo 6.1.

<sup>68</sup>Véanse los Preámbulos de las directivas. TJE, 10 de abril de 1984, *S. Von Colson et E. Kaman*, Asunto C-14/83, específicamente apartado 26; TJE, 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, Asunto C-106/98, específicamente apartado 8; TJE, 10 de febrero de 2000, *Deutsche Post AG*, Asunto C-270/97.