

LOS CONTORNOS DE LA DISCRIMINACIÓN

THE CONTOURS OF DISCRIMINATION

Miguel Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer
Consejero de Estado

RESUMEN: Partiendo de la necesaria distinción entre la acepción vulgar y jurídica del concepto de discriminación, imprescindible, para no hipertrofiarlo, se analizan, en estas páginas, dicho concepto, haciendo un recorrido por su evolución y diferenciación con otras figuras con la finalidad de delimitarlo y, al tiempo, hacerlo aplicable a las nuevas realidades. Todo ello, desde su incidencia, en los centros de trabajo; y construido sobre las bases de la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, puesto que son los efectos de la acción discriminatoria, y no la intencionalidad, los que cualifican el atentado a este derecho fundamental.

PALABRAS CLAVES: Discriminación, igualdad, derecho fundamental, tutela anti-discriminatoria, discriminación indirecta, intencionalidad, víctima, acomodamiento razonable, acción positiva, discriminación por asociación, discriminación múltiple

ABSTRACT: Starting from the necessary distinction between the vulgar and legal meaning of the concept of discrimination, essential, in order not to hypertrophy it, this concept is analyzed in these pages, going through its evolution and differentiation with other figures with the purpose of delimiting it and, at the same time, make it applicable to the new realities. All this, from its incidence, in the workplace; and built on the foundations of freedom, equality and dignity of the person, since it is the effects of the discriminatory action, and not intentionality, that qualify the attack on this fundamental right.

KEYWORDS: Discrimination, equality, fundamental right, anti-discriminatory protection, indirect discrimination, intentionality, victim, reasonable accommodation, positive action, discrimination by association, multiple discrimination.

Agradezco a los organizadores la invitación a participar en este importante encuentro. Y a la profesora y amiga María Fernanda Fernández cuya cariñosa presentación agradezco, ha facilitado mi tarea al dejar centrado el tema que trataré de desarrollar como pórtico de este importante encuentro sobre la discriminación ante las nuevas realidades económicas, tecnológicas y sociales. La discriminación es un tema muy actual y muy oportuno su estudio ya que la pandemia ha puesto en primer término el problema de las desigualdades no solo en el campo del trabajo y del empleo. Las condiciones de trabajo y los derechos laborales se han visto afectados por la pandemia, pero también porque ella ha facilitado el desarrollo de nuevas realidades económicas, tecnológicas y sociales, que van a tener un considerable impacto en la discriminación también en el campo del empleo desde el que sobre todo voy a tratar de enfocar el tema.

Afrontar las nuevas discriminaciones y su tratamiento jurídico obliga a replantear el concepto jurídico de discriminación, un término de uso corriente que se usa extensivamente para referirse a situaciones que no tiene nada que ver con ella, pues el empleo usual y extensivo del término con frecuencia se refiere a situaciones que no pueden calificarse jurídicamente como discriminatorias.

Existe un concepto vulgar de discriminación que no coincide con el concepto jurídico de discriminación. En el concepto vulgar, la discriminación alude a diferencias intencionadas y a comparaciones, mientras que en el concepto jurídico, como vamos a ver, puede ser inintencional, indirecto o no comparativo, poniendo el foco en el efecto en la víctima. Una premisa para acercarnos a la discriminación es reconocer la distinción y la disfunción entre los modelos legales y vulgares de discriminación. El desconocimiento de esos planos es responsable de muchas controversias y paradojas que existen en torno a la discriminación en el plano político, doctrinal o ideológico. Por eso, como juristas, tenemos la función y la responsabilidad de delimitar el concepto de discriminación, teniendo en cuenta que ese concepto ha ido cambiando con el tiempo, y en función también de la perspectiva o el factor discriminatorio objeto de consideración.

El concepto de discriminación y, en particular, el de la discriminación en el empleo, ha sufrido cambios importantes tanto en la propia noción como en la lista de “factores odiosos” inaceptables y considerados y tratados como discriminatorios. En esa evolución el viejo principio de no discriminación, considerado como mero apéndice del principio de igualdad, se ha convertido en un derecho fundamental consagrado a nivel constitucional y a nivel europeo. El Derecho de la Unión Europea ha sido un factor decisivo para clarificar y hacer evolucionar el concepto de discriminación y su alcance, especialmente en los lugares de trabajo, un terreno abonado decisivo para la evolución del derecho antidiscriminatorio.

El Derecho del Trabajo ha influido mucho en la configuración del concepto de discriminación porque ha sido en los lugares de trabajo donde los fenómenos

discriminatorios se han detectado más fácilmente y donde ha tenido que delimitarse el supuesto calificable como discriminatorio. En el plano internacional la doctrina del Comité de Libertad Sindical interpretando los Convenios núm. 87 y 98 OIT ha reflejado una casuística variada sobre discriminaciones antisindicales, pero de esa casuística ha deducido conceptos y criterios para calificarlas. Respecto a otros motivos, el libro colectivo “Discrimination in employment”, coordinado por Folke Schmidt, en el que contribuyeron grandes laboristas de la época como Gino Giugni, Lord Weddeburn, Spiro Simitis, y otros, ya ofreció un panorama de los posibles motivos de discriminación en el empleo en un listado que con el tiempo se ha visto ampliado.

La tutela discriminatoria originaria se centró inicialmente en diferencias por razones étnicas o por razones de género o por motivos religiosos, y en el ámbito laboral, además, por razones de pertenencia o acción sindical. Pero ya en estos motivos se entrecruzan y confluyen tres elementos que están en el trasfondo de la noción de discriminación.

El más claro, pero no el único, es el de la desigualdad de trato, aun no superado especialmente en temas de género, pero también, y ganando importancia, el del ejercicio de libertades, un caso típico es el de la discriminación antisindical cuya prohibición es presupuesto del ejercicio de esa libertad, pero hoy en día aparecen otras libertades que pueden ser violadas en los centros de trabajo, algunas de ellas planteando problemas específicos como el de la libertad religiosa.

Pero la discriminación no es solo igualdad y libertad. También y sobre todo tiene su base en la protección de la dignidad de la persona, porque esa dignidad es la que en última instancia fundamenta todo el derecho antidiscriminatorio. Cuando una persona de color se sentó por primera vez en un autobús en un sitio reservado para los blancos es posible que lo hiciera no tanto por gozar de esos asientos sino por considerar contrario a su dignidad personal ser excluida del uso de esos asientos, aunque ese sencillo acto haya tenido una trascendencia fundamental en la lucha contra la discriminación racial.

La discriminación aparece en las grandes declaraciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, aunque en el Convenio de Roma el art. 14 no lo consideraba autónomamente sino como apoyo de los derechos incluidos en el TEDH. Es en este contexto donde se inserta el importante art. 14 CE, colocado formalmente fuera del listado de los derechos fundamentales pero susceptibles de amparo constitucional, lo que va a ser relevante para su interpretación por la jurisprudencia constitucional.

La primera aplicación del art. 14 CE por nuestro Tribunal Constitucional fue en un caso de despido, que en la demanda fue calificado como discriminatorio al entenderse debido a motivos sindicales al haberse acordado por el empleador tras anunciar dos trabajadores su candidatura a las elecciones a representantes de personal por una lista sindical. El despido fue calificado por la jurisdicción laboral como simplemente

nulo por razones formales, no considerando probado el motivo antisindical. En la demanda de amparo, invocando los arts. 14 y 28.1 CE y los Convenios al respecto de la OIT, solicitaron del Tribunal Constitucional la nulidad radical del despido por vulnerar derechos constitucionales, debiendo ser readmitidos al trabajo sin que quepa la indemnización sustitutiva de la readmisión. La Sentencia 38/1981, de la que fue ponente don Jerónimo Arozamena, acoge los argumentos de la demanda de amparo presentada por Tomás Iglesias, colaborador entonces de la cátedra, en la que el asunto fue largamente debatido.

La Sentencia aborda temas de gran interés en cuanto a la invocabilidad de los Convenios de la OIT en cuanto al alcance de la libertad sindical respecto a la participación en las elecciones a representantes a nivel de empresa, pero sobre todo en cuanto a la protección frente a los actos de discriminación en un caso que afecta a candidatos en curso en un proceso electoral interfiriendo en ese proceso. Es aquí donde la STC 38/1981 da dos pasos decisivos en cuanto a la protección eficaz contra los actos discriminatorios, primero respecto a la carga de la prueba imponiendo al empresario la carga de probar que el despido está justificado y que obedece a motivos razonables extraños a todo propósito de la libertad sindical y, en segundo lugar, respecto a la remoción de los efectos de la discriminación, restableciendo al demandante en la integridad de su derecho, lo que en el caso se cumple afirmando la nulidad radical del despido que comporta necesariamente la readmisión del trabajador.

Esta Sentencia reflejaba una visión de la discriminación como un problema individual del despido (aunque en su trasfondo tuviera una dimensión colectiva sindical) y como problema individual fue tratado reconociendo en el caso la existencia de un supuesto de discriminación directa por motivos sindicales. Sin embargo, la noción individualista de discriminación directa por motivos sindicales se va aplicar desde el art. 14 CE a todo tratamiento desfavorable por un motivo personal o social, o sea por una característica individual o por la pertenencia no ya a un sindicato sino a una organización religiosa, a un partido político, etc.

Se trataría, y así se decía entonces, de “poner entre paréntesis”, o sea ignorarlas y no tenerlas en cuenta, unas características u opciones personales, considerando ilícito e irreprochable su toma en cuenta para establecer diferencias. Ello suponía poner el acento tanto en la diferencia de trato como en el elemento intencional o volitivo. Ello podía dificultar la prueba de la existencia de tal elemento, pero nuestro Tribunal Constitucional trató de facilitarla, al desplazar el punto de atención en los efectos más que en los motivos, teniendo en cuenta el elemento comparativo.

Ese enfoque individualista tenía el inconveniente de ignorar el carácter sistémico de la discriminación, el hecho de que las diferenciaciones por los motivos incluidos en el art. 14 CE, también las establecidas por normas jurídicas, reflejaran una concepción de un pretendido “estado natural de las cosas”, en las que las diferencias se consideraban razonables, especialmente las diferencias entre hombres y mujeres. Así

lo entendió durante algún tiempo el Tribunal Supremo norteamericano para denegar como discriminatorias diferencias de trato por razón de sexo, lo que por mojigatería denominó por razón de género la secretaria de la profesora Ginsberg, para hablar más púdicamente de la discriminación por razón de sexo, un cambio de término que ha tenido éxito y sobre todo una gran trascendencia jurídica.

Es curioso que el asunto que dio lugar a este cambio terminológico tuvo era relativo a un caso en que el demandante era un varón soltero que cuidaba a su madre y al que no se le permitía deducir los gastos de enfermera porque la norma fiscal tenía una perspectiva androcéntrica que sobreentendía que ese cuidado familiar correspondía siempre a mujeres o, en su caso, a hombres viudos. Por ello, el caso se defendió como un asunto colectivo, en cuanto la regla fiscal reflejaba una determinada concepción del rol social de la mujer.

La trascendencia de la decisión judicial norteamericana no fue solo que el órgano judicial admitiera que la regla fiscal tenía un trasfondo discriminatorio sino también que la discriminación trascendía del caso y que tenía una dimensión colectiva. Ello suponía que la prohibición de discriminación de género no trataba tanto o solo de proteger a individuos discriminados sino a grupos o colectivos que sufren un perjuicio por sus condiciones personales o sociales, en particular las mujeres por el mero hecho de serlo. Aunque el perjudicado en el caso fuera un varón, la norma fiscal presuponía que el cuidado familiar correspondía a la mujer por el hecho de serlo y, por ello, como grupo desfavorecido por la regla cuestionada. Es llamativa la diferencia de enfoque con las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional sobre el viudo discriminado en materia de pensión de viudedad, en la que nuestro Tribunal Constitucional, desde una visión individualista, no criticó la medida por el trasfondo androcentrista de la regla, que presuponía que solo las mujeres, por su función social de amas de casa, tenían acceso a esa prestación. La norma legal daba por entendida esa función social y, con ello, la perpetuaba. Un cambio de visión lo refleja la STC 209/1988 que reconoció el derecho a no ser discriminado en materia de contribución sobre la renta por razón de ser una persona casada obligada a presentar una declaración conjunta, doctrina confirmada por la STC 45/1989 que declaró la nulidad de la regla fiscal que no permitía una declaración separada de cada uno de los cónyuges. En esta Sentencia se alegan diversos preceptos constitucionales, pero en el trasfondo de todo el tema está una discriminación basada en un pretendido “estado natural de las cosas” en relación con el rol social “normal” no productivo de las mujeres.

La dimensión colectiva permitió trascender el problema de la discriminación más allá de una cuestión singular de igualdad o paridad de trato. Aunque haya una conexión natural entre igualdad de trato y no discriminación, la prohibición de discriminación trasciende de la mera aplicación del principio de igualdad. Así lo declaró la STC 128/1987 al afirmar que la cláusula antidiscriminatoria representa “una

explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas”.

La progresiva objetivación de la noción de discriminación, en relación con los motivos psicológicos o intencionales, se acompaña también de una reducción de la importancia del elemento comparativo. Hemos partido de una interdicción de diferencias que requería una comparación con el tratamiento “normal”, pero aparecen supuestos de discriminación en los que la comparación no resulta necesaria o posible, y en ello ha tenido mucha influencia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al aplicar directivas antidiscriminatorias en materia de empleo en las que las víctimas lo eran precisamente por ser tratadas igual que los demás, cuando ellos eran o se sentían diferentes.

En suma, ha cambiado el significado de la discriminación. La misma ya no se limita a la consideración individual de la ilicitud o arbitrariedad de diferencias de trato por razón de sus motivos, sino que parte de una consideración colectiva de fenómenos sociales que crean víctimas discriminadas por el hecho de ser miembros de un determinado grupo o categoría de personas o por sus elecciones personales. Ello implica que la prohibición de la prohibición de discriminación progresivamente haya ido poniendo el acento más que en el elemento subjetivo de la intención del discriminador en el elemento objetivo de las consecuencias que supone la diferencia adoptada para la víctima y también para las personas iguales que la víctima. Ello permite el reconocimiento de discriminaciones aun en supuestos en los que falte un elemento de comparación sobre el que medir una diferencia de trato.

En esta transformación del concepto de discriminación ha tenido una importancia relevante la aceptación de la noción de discriminación indirecta, que por su naturaleza tiene siempre una dimensión colectiva. Esa prohibición de discriminación indirecta, de origen jurisprudencial, está hoy recogida en las normas jurídicas, pero sigue siendo importante su delimitación tanto por los tribunales ordinarios o constitucionales como por la jurisprudencia de Estrasburgo y de Luxemburgo.

La noción de discriminación indirecta centra el punto de atención en la realidad de los hechos. Esto tiene consecuencias en materia probatoria en cuanto a la noción de impacto desigual y la posibilidad de uso de estadísticas, pero sobre todo en su aplicación al tratar de corregir situaciones consolidadas de desventajas en el acceso efectivo a derechos, bienes o servicios por la pertenencia a un grupo o por una característica personal.

La idea de grupo histórica o socialmente desventajado se aplica también en el Derecho del Trabajo para descubrir diferencias de trato por así decirlo camufladas, pero siempre sospechosas en su dimensión colectiva. Un caso típico es el del trabajo a tiempo parcial, si la mayoría de las personas que lo realizan son mujeres, y si la regulación jurídica del mismo es menos favorable que la del trabajo a tiempo completo, no tendremos más remedio que decir que aquí hay un problema de desigualdad

desfavorable de trato, de discriminación indirecta aunque no haya habido ninguna intención ni en el legislador ni en el empleador de lograr ese resultado desfavorable.

Con ello se pone en duda la aparente “neutralidad” de uno y otro, pero al hablarse de neutralidad nos encontramos con un nuevo elemento que incide en el tema de la discriminación, en cuanto la igualdad no puede ser entendida siempre como uniformidad o desconocimiento de las diferencias. Marzia Barbera se ha referido al perfil diferenciador de la igualdad que requiere eliminar eventuales influencias negativas de la categoría natural o social de pertenencia, removiendo obstáculos de partida y garantizando iguales oportunidades. También nuestro Tribunal Constitucional se ha abierto a esta idea cuando ha defendido la constitucionalidad de las medidas de acción positiva como forma de compensar o resarcir situaciones de partida desfavorables para conseguir una igualdad de resultados, en una justicia diferenciada en función de los grupos de pertenencia.

La característica personal reaparece en nuevos supuestos de discriminación, como son la discriminación por edad en materia de empleo de la que se ha ocupado frecuentemente el TJUE, o la discapacidad. Una particularidad de estos casos es la importancia de los posibles motivos de justificación al permitir la Directiva de la Unión Europea diferenciaciones razonables por razón de edad o por razón de discapacidad, a la vez que en este último caso se impone un deber al empleador de ajuste o acomodamiento razonable, una noción que supera la noción de proporcionalidad y que se ha debido aplicar también a otros motivos discriminatorios, y también aquí aparecen medidas de acción positiva, como imponer el empleo de un porcentaje de discapacitados.

La tutela antidiscriminatoria se está preocupando también por lo que cabría llamar la tutela de las diferencias. Frente a la clásica demanda igualitaria, se postula tener en cuenta para ciertos temas la diferencia biológica de sexo, ante un marco de regulaciones, que la ignoran por estar pensadas sobre un modelo androcéntrico. Los procesos corporales femeninos han sido elementos claves para fundar las desigualdades de las mujeres y, sin embargo, los permisos por menstruación, que están reconociendo algunos ordenamientos o algunas prácticas de empresa encuentran dificultades por la orientación “androcéntrica” de las normas y de las prácticas empresariales. Medidas adecuadas al respecto pueden ser significativas para el incremento de la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo.

Otro fenómeno social que está incidiendo profundamente en la tutela antidiscriminatoria es resultado de la migración extraeuropea, que no solo ha supuesto importación de personas sino importación de diversas culturas y creencias que esas personas quieren mantener vivas en el país de llegada. Las sociedades se han hecho más abiertas, plurales y tolerantes, pero el fenómeno religioso está creando problemas y conflictos en los lugares de trabajo. El Derecho del Trabajo originariamente ha partido desde la perspectiva negativa, la de la neutralidad de la empresa, de una no injerencia de ejercicio externo de esas libertades fuera del centro de trabajo, pero esa

neutralidad implica una restricción del ejercicio de esas libertades en los centros de trabajo. Hoy se plantea si la tutela antidiscriminatoria además de la lucha contra las desigualdades rechazables debe también proteger determinadas libertades, no solo la libertad sindical sino también, entre otras, la libertad religiosa.

La realidad del multiculturalismo y sobre todo la existencia de ciertas confesiones religiosas o convicciones personales (por ejemplo en materia alimenticia), cuya práctica puede afectar al momento del trabajo, está planteando nuevos desafíos sobre la incidencia de esos derechos en el centro de trabajo, lo que en el fondo plantea si para la protección de las convicciones religiosas en el puesto de trabajo existe un derecho a la diferencia. Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea están exigiendo un grado de proporcionalidad o de acomodamiento razonable en los supuestos de limitaciones de vestimenta por motivos religiosos, de descanso semanal sabático, etc. en los que el concepto de discriminación ha sido utilizado para respetar la diversidad, un tema polémico y lleno de aristas, que afecta más que a la discriminación a la tutela de las libertades.

A todo ello se une el fenómeno de la llamada discriminación múltiple se trata de los casos, no infrecuentes, en los que una persona es víctima por diversos factores, etnia, sexo, religión, discapacidad, etc., situación en la que esos factores se entrecruzan, lo que no siempre facilita su delimitación y tratamiento.

La tutela antidiscriminatoria se está haciendo así más compleja, no se trata solo de derruir muros diferenciadores, de prohibir la toma en cuenta de ciertas circunstancias personales o sociales sino también de respetar y reconocer la existencia de diferencias y un buen ejemplo ha sido el tema de la discapacidad, cuyo tratamiento sobrepasa con mucho la discriminación clásica, porque además de aplicarla se completa con medidas específicas de protección que se han extendido también a la llamada discriminación por asociación en cuanto a personas afectadas por la conexión con una persona discapacitada (STJUE 306/06, Coleman).

Los elementos de igualdad, libertad y dignidad y la perspectiva de víctima han permitido conectar el derecho antidiscriminatorio con fenómenos paralelos como el de la protección frente al acoso (especialmente de origen sexual) o la indemnidad o no retorsión frente al denunciante, o proteger situaciones de desventaja o de conexión. Pero a mi juicio, existe el riesgo de que esa apertura a nuevos cambios tenga implicaciones negativas sobre el derecho antidiscriminatorio, perdiendo su originaria y permanente razón de ser, que va más allá de una perspectiva de mejora distributiva de bienes y derechos, en una sociedad que ha de reconocerse tiene una base pluralista. Hago más las palabras de María Fernanda Fernández sobre la necesidad de tomarse en serio la tutela antidiscriminatoria y de no contaminarla con cuestiones extrañas que pueden requerir reconocimiento de derechos o adaptaciones de reglas, pero no son susceptibles, salvo que efectivamente se sufra un victimismo, de medidas de tutela antidiscriminatoria en sentido propio.

La línea de conexión sobre la que se basa la tutela discriminatoria tiene un necesario fundamento axiológico, parte de unos valores que los juristas del trabajo debemos asumir y defender frente a una lógica puramente economicista y de mercado. En estos dos días vais a intercambiar ideas y a discutir cuestiones de las que derivarán mejoras y progresos en la tutela antidiscriminatoria o en otras tutelas que desbordan el campo propio de ésta. Estoy seguro del éxito de vuestro trabajo colectivo tanto por los temas elegidos como por las personas que van a desarrollarlos, de lo que ya me congratulo de antemano.