

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO: UNA MIRADA LABORAL

Sumario

1. El derecho de igualdad y la prohibición de no discriminación: el moderno *ius gentium* 2. Los derechos fundamentales laborales en la doctrina del constitucionalismo moderno 3. Igualdad y no discriminación: su diferente incidencia en el ámbito de las relaciones laborales 4. El derecho de no discriminación A. La reconstrucción del derecho de no discriminación: el tránsito desde una noción formal a otra material B. Los efectos de la reconstrucción 5. Las políticas de promoción de la igualdad de oportunidades: una panorámica de derecho comparado 6. La prohibición de no discriminación en el empleo por razón de género

Fernando Valdés Dal-Ré
Catedrático de Derecho del Trabajo
UCM

1. El derecho de igualdad y la prohibición de no discriminación: el moderno *ius gentium*

1. La atribución al principio de igualdad de la condición de derecho germinal de los derechos humanos constituye uno de los lugares comunes más frecuentados por la literatura jurídica¹. No es por casualidad que el art. 1º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Asamblea Nacional constituyente el 26 de agosto de 1789, proclamara que *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*. Y tampoco se debe al azar que el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en el mismo lugar, en París, más de siglo y medio después, el 10 de diciembre de 1948, reprodujera casi en su más estricta literalidad la feliz fórmula acuñada tras el triunfo de la revolución burguesa: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos (...)”.

Lo cierto es, sin embargo, que la frase que sirvió para dar un giro copernicano a la historia secular del derecho – y también de la moral, al colocar la igualdad en los derechos por encima de la igualdad en los deberes² -, constituye la fuente o, por decirlo con la obligada corrección, la primera de las dos grandes fuentes que, con el transcurso del tiempo, han propiciado la formidable evolución experimentada por el principio de igualdad. Una evolución que ha afectado a todos sus elementos básicos: al concepto, al contenido y a la vinculabilidad jurídica.

En los orígenes del movimiento constitucional europeo, de aquel que vino nutriéndose de las enseñanzas legadas por la revolución francesa, la igualdad se entiende como una igualdad *en la ley*, cuya finalidad es romper con un pasado (*l'ancien régime*) organizado sobre la base de privilegios y exenciones. La igualdad significa, en su sentido primario y esencial, la proscripción de los privilegios; esto es, la exigencia de que la ley enuncie en términos de generalidad e impersonalidad los supuestos de hecho que regula. La igualdad en la ley comporta, en suma, un genérico mandato dirigido al legislador con vistas a que defina con criterios de universalidad las situaciones jurídicas (libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones) reconocidas en la norma. No obstante, a este primer sentido se adiciona un segundo, cuyos efectos ya no se van a desplegar en el plano de la sujeción de todos, por igual, al ordenamiento jurídico, sino en el terreno de la aplicación de la ley a todos, también por igual. Por este lado, el principio de igualdad queda quebrantado cuando la ley deja de ser concebida como norma general y se transforma en norma singular; pero también cuando la aplicación de esa norma general se realiza no de manera general sino en razón de distinciones y consideraciones personales.

La segunda gran fuente de inspiración del principio de igualdad la aporta el movimiento constitucional norteamericano y, en concreto, la sección 1ª de la Enmienda XIV de la Constitución federal, a tenor de la cual ningún

¹ Vid., por todos, Pérez Luño 1981, pp. 257 y ss

² Vid. Ferrajoli 2001c, p. 330

Estado podrá (*no State shall*) negar “a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”. La *equal protection clause* introduce una nueva comprensión del principio de igualdad, referida ahora al contenido mismo de la ley. De inmediato, esta inteligencia va a ser aplicada por la jurisprudencia en el ejercicio de la función de revisión de las justificaciones de las diferenciaciones introducidas por las leyes (*judicial scrutiny of the State’s justifications*). La igualdad no se percibe como igualdad *en* la ley, como lucha frente a los privilegios del pasado, pues no hay necesidad (conciencia histórica) de destruir un régimen de privilegios que no ha existido con anterioridad³. La igualdad ahora se entiende, ante todo, como igualdad *ante* la ley, como un mandato dirigido al legislador de no establecer, al delimitar el ámbito de aplicación de las normas, diferenciaciones, distinciones o preferencias injustificadas o arbitrarias. No interesa ahora entrar en el debate acerca de si fue o no éste el propósito originario de ésta cláusula⁴. Lo fuera o no, su consecuencia resultante, desde una perspectiva histórica, no es discutible; no ofrece margen a la duda: el principio de igualdad se va a convertir en un límite material, y no sólo estrictamente formal, a la libertad del legislador. La *equal protection clause* pasa a entenderse y a ser aplicada por los jueces y tribunales norteamericanos como un deber de igualdad legislativa, de tratamiento igual a los iguales, utilizándose como canon de discernimiento de la diferencia de trato el canon de razonabilidad. Por este lado y en suma, la igualdad ante la ley termina vedando la desigualdad de trato legislativo no fundada en una causa objetiva y razonable y, desde esa inteligencia, va a desarrollar, con el tiempo, una “virtualidad letárgica” frente a las diferenciaciones que pretendan sacar adelante los poderes públicos⁵.

Con mayor o menor retraso, la igualdad legislativa pasa a formar parte de las manifestaciones del principio de igualdad, leído e interpretado en clave de tríada: igualdad en la ley, igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley⁶. Y lo que es más importante, esta tríada queda integrada en el núcleo fuerte e irreductible de los derechos fundamentales. En su configuración actual, el derecho de igualdad es el resultado de un largo y fértil proceso de formulaciones normativas de muy diverso signo, nacionales e internacionales, de interpretaciones aplicativas y de elaboraciones teóricas sobre el que se está construyendo, y en parte ya se ha edificado, el moderno *ius gentium* de nuestras sociedades.

No obstante y antes de entrar en la evolución del principio de igualdad, señaladamente en el proceso de escisión de un nuevo derecho, el de no discriminación, la configuración de aquél principio y de esta prohibición como

³ Vid. las lúcidas reflexiones de Fioravante 2000, pp. 81 y ss

⁴ Vid. el debate en Wolfe 1991, pp. 194 y ss

⁵ Cfr. Wolfe 1991, p. 275, quien, no obstante, apostilla que esa virtualidad no logró alcanzar a los asuntos raciales

⁶ Como se ha dicho, el concepto de igualdad en la aplicación de la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos los que se encuentran en la misma situación, vedando al aplicador establecer diferencias o distinciones personales, distintas de las enunciadas en la propia ley. Sin embargo y en su concreción, este principio juega de distinta forma en función de la naturaleza del órgano que aplique la norma: administrativo o judicial. Y en caso de órganos judiciales, el significado varía en atención a que en el ordenamiento rija o no el principio del precedente. Para toda esta compleja problemática, aquí ajena, y, en general, para la evolución del concepto de igualdad, por todos, Rubio Llorente 1997, pp. 633 y ss

derechos fundamentales, cuya titularidad también corresponde a los trabajadores, como más adelante habrá de razonarse, invita a adentrarse, bien que con obligada brevedad, en el análisis de dos cuestiones de la máxima centralidad. La primera, la noción de esta figura, la de los derechos fundamentales. La segunda, la función históricamente desempeñada por el reconocimiento de los trabajadores como un grupo políticamente activo en el tránsito de constitucionalismo anclado de manera exclusiva en la defensa y tutela del individuo hacia otro que añade y suma, a esta óptica individualista, otra de factura colectiva social.

2. Los derechos fundamentales laborales en la doctrina del constitucionalismo moderno

2. En un ensayo escrito hace ya años, Norberto Bobbio, con su habitual lucidez, recuerda que los derechos no son realidades eternas, situadas fuera del tiempo y del espacio; son, antes al contrario, fenómenos históricos y, por lo mismo, en la historia han de ser ubicados y desde ella ha de ser analizada su formación así como su desarrollo y sus vicisitudes. En su obra, Bobbio no se ocupa de reflexionar sobre los derechos en general; se circunscribe a una muy concreta categoría de derechos cuya reivindicación colectiva, conceptualización teórica y atribución positiva ofrece las señas de identidad de nuestra época, precisamente por ello calificada y redefinida por el ilustre filósofo italiano como “el tiempo de los derechos”⁷.

Cuáles son los derechos que cumplen simultáneamente la doble función de identificar los derechos de nuestro tiempo y de caracterizar nuestra era como la del tiempo de derechos, no es un interrogante que se preste a discusión. Por encima y al margen de las intensas y no pacificadas querellas y polémicas que acompaña la práctica totalidad de las numerosas perspectivas desde las que aquellos pueden analizarse (lingüística, teórica, dogmática, axiológica, histórica o sociológica, por citar las más significativas), los derechos de nuestro tiempo, los que los individuos reclaman ante y contra la sociedad y los poderes que la gobiernan, son los “derechos fundamentales”; aquellos que se perciben, se entienden y actúan como fundamento de todo un orden jurídico-político plasmado en textos y cartas constitucionales y en declaraciones o pactos internacionales.

La atribución a los derechos fundamentales de la condición de derechos de nuestra época tiene un valor universal, entendida la nota de universalidad no sólo ni tanto en un sentido subjetivo, que atiende a la titularidad de los derechos, cuanto en un significado material. En el arco de tiempo que discurre entre, de un lado, los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII en ambos lados del Atlántico y que alumbran los dos grandes tipos de constitución que se entrelazan en la teoría e historia del constitucionalismo moderno⁸ y, de

⁷ Bobbio 1991, p. 57 y ss

⁸ La Constitución como norma fundamental de garantía (versión americana) y la Constitución como norma directiva fundamental a la que han de acomodarse en sus acciones, en nombre de la comunidad de

otro, los movimientos democráticos de finales del siglo XX que también se producen en las dos orillas del océano común a resultas de la caída de regímenes de signo totalitario, los derechos fundamentales han experimentado una notable expansión. Lejos de configurarse como una categoría cerrada de una vez por todas, los derechos fundamentales han ido incorporando a su catálogo nuevos intereses, bienes y expectativas como consecuencia de las sucesivas y no agotadas reivindicaciones y luchas de los individuos y de los grupos sociales en los que ellos se integran a fin de lograr mayores y más decentes espacios de igualdad, libertad y dignidad. Pero los derechos fundamentales no sólo han ampliado su catálogo, el cual tiende a enunciarse en la actualidad con la ayuda de símiles biológicos, en cuanto formado por distintas generaciones de derechos⁹ o en cuanto integrado por derechos de protección generacional¹⁰. También ha variado la propia configuración dogmática de la noción derecho fundamental, señaladamente en lo que se refiere a su estructura y a su eficacia.

Numerosos y de muy diverso signo han sido los factores que han acompañado este proceso de expansión de los derechos fundamentales y de transformación de su morfología jurídica. No es mi intención narrar, ni tan siquiera en sus trazos más gruesos, las vicisitudes por las que ha atravesado este proceso, aún inacabado¹¹. Pero no resultará impertinente recordar el relevante papel que en él han desempeñado los que cabe denominar, utilizando por el momento una terminología desprovista de toda finalidad de tipificación jurídico-constitucional, “derechos fundamentales laborales” o, mejor aún, derechos fundamentales del trabajador. La utilización de la figura del trabajador como una situación jurídica atributiva de unos derechos sancionados como fundamentales por textos constitucionales ha servido, por lo pronto, para corregir algunos de los rasgos originarios del pacto social fundante del Estado moderno y, por lo mismo, para alterar las bases del propio Estado. En la doctrina del constitucionalismo moderno, aquél, el pacto social, ya no puede ser entendido ni como la mera expresión de la voluntad de los individuos de limitar los poderes políticos con fines de garantizar la libertad y la propiedad (*liberty and property*) (versión americana) ni como la afirmación de la soberanía del Estado, de un Estado en el que el ámbito de aplicación, el contenido normativo y la protección efectiva de las libertades públicas constitucionalmente reconocidas no pasan de ser simples enunciados programáticos, desprovistos de fuerza jurídicamente vinculante hasta tanto en cuanto no sean desarrollados por la voluntad no limitada de la ley (versión europea)¹². La consideración de los trabajadores como miembros de un grupo social políticamente activo a efectos constitucionales altera la estructura y los contenidos materiales de ese pacto.

valores que aquella encarna, todos los sujetos políticamente activos, sean públicos o privados (versión del liberalismo europeo). Cfr. Fioravante 2000, pp. 97 y ss

⁹ Sobre esta visión de los derechos fundamentales, muy extendida, vid., por todos, Pérez Luño 1988, pp. 667-668 y Goyard-Fabre 1994, pp. 37 y ss

¹⁰ Tal es la terminología de Häberle 1994, pp. 111 y ss

¹¹ Las fuentes bibliográficas sobre la formación y evolución de los derechos fundamentales cubren holgadamente los más variados campos de la investigación (teoría del Estado, filosofía política, filosofía jurídica, historia del Derecho o dogmática jurídica). Una selecta y plural reseña bibliográfica puede consultarse en Fioravanti 2000, pp. 151-165

¹² Tomás y Valiente 1989, p. 42

La recepción por los textos constitucionales de unos derechos, los laborales, que no sólo atribuyen expectativas de omisión de interferencias por parte de los poderes públicos sino que también asignan expectativas de prestaciones cuya satisfacción pide el desarrollo de un programa sostenido de acciones y medidas políticas, muda la tradicional morfología de los derechos fundamentales. En buena medida, la constitucionalización de los derechos laborales ha facilitado históricamente el tránsito de una noción monista de derechos fundamentales (derechos de libertad) a otra dualista (derechos de libertad/derechos de prestación), en la que terminará normalizándose una subcategoría de derechos fundamentales, los derechos sociales, constitutivos del núcleo del Estado Social y Democrático de Derecho. O expresada la misma idea en otras palabras, la configuración por parte del constitucionalismo moderno de unos derechos laborales como derechos fundamentales ha contribuido al cambio del modelo de Estado; esto es, a la transformación de las relaciones entre Estado y Sociedad y de la función tipificadora de esas relaciones asignada a las constituciones. Estas ya no son sólo un pacto para la limitación del ejercicio del poder político; también son, y en parte nada desdeñable, un pacto para la predeterminación de un programa de acción política de promoción de la igualdad y del bienestar de los ciudadanos.

3. Las anteriores consideraciones no terminan de dar cuenta del relevante papel desempeñado por los derechos laborales en relación, ahora, a dogmática jurídica de los derechos fundamentales. Además de haber colaborado a reconstruir o, al menos, a repensar la teoría de los derechos fundamentales, en un sentido no sólo lógico o deóntico sino, también, ético y político, la consideración del trabajador como titular de derechos fundamentales ha propiciado o, acaso, está propiciando la revisión crítica de alguno de los postulados más arraigados de la estructura iuspositiva del derecho fundamental; en concreto, del que afecta a la relación jurídica de derecho fundamental o, si se prefiere, a los efectos sobre el sistema jurídico de las normas iusfundamentales.

En la concepción más clásica, en aquella que se hallaba ya presente en el momento germinal del movimiento constitucional pero que también le ha acompañado en su decurso histórico hasta nuestros días, el ámbito natural y exclusivo de las normas de derecho fundamental es el de las relaciones jurídico-públicas de sujeción general¹³; es en este tipo de relaciones, y sólo en ellas, en las que se inserta el derecho fundamental, cuyos efectos se desarrollan en un plano vertical, entendida la verticalidad en un doble sentido¹⁴: de un lado, la titularidad del derecho fundamental pertenece al individuo, que la ejerce frente al Estado; de otro, al derecho fundamental expresado en una norma de derecho iusfundamental¹⁵ corresponde una obligación o una prohibición a cargo del Estado. Si la primera manifestación ya aparece clara en el *Bill of Rights* de la Constitución Americana, la segunda se expresa con no

¹³ Jiménez Campo, 1999, p. 34

¹⁴ Ferrajoli 2001a, p. 34

¹⁵ Sobre la diferencia entre derecho fundamental, entendido como derecho subjetivo que atribuye al titular una *facultas agendi* o, en su caso, *una potestas agendi*, y la norma de derecho fundamental, que enuncia las determinaciones objetivas en que consisten estas facultades y poderes. Vid., por todos, Alexy 2001, pp. 61 y ss.

menor claridad en la Constitución francesa del año III (1791), a tenor de la cual "la declaración de los derechos contiene las obligaciones de los legisladores"¹⁶.

La configuración de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, cuya eficacia directa queda constreñida al ámbito de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), ha ido templándose y corrigiéndose con el transcurso del tiempo. Sin entrar en los detalles de esta evolución, que en modo alguno puede darse por concluida¹⁷, lo que interesa ahora destacar es que la revisión crítica de los efectos verticales de los derechos fundamentales ha encontrado en la relación jurídica privada entre empresario y trabajador su mejor terreno de expresión y desarrollo.

Por lo demás, el reconocimiento a favor de los trabajadores, en cuanto sujetos de una relación privada, de unos derechos amparados con la veste de la fundamentalidad no sólo ha colaborado a un replanteamiento dogmático de la eficacia de los derechos fundamentales; también ha contribuido, a través de un diálogo recíproco, a una reformulación dogmática de las posiciones jurídicas, activas y pasivas, de las partes del contrato de trabajo.

3. Igualdad y no discriminación: su diferente incidencia en el ámbito de las relaciones laborales

4. Como ya se ha tenido oportunidad de hacer notar, el derecho de igualdad es el resultado de un largo y fértil proceso de formulaciones normativas de muy diverso signo, nacionales e internacionales, de interpretaciones aplicativas y de elaboraciones teóricas sobre el que se está construyendo, y en parte ya se ha edificado, el moderno *ius gentium* de nuestras sociedades. Pero no es el principio de igualdad, en general, el objeto de estas reflexiones finales; la atención va ir referida a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales. Es ésta, sin embargo, una aproximación al tema que me propongo desarrollar excesivamente genérica; de ahí que su exacta comprensión requiera algún esfuerzo de delimitación complementario.

En cualquiera de las tres manifestaciones mencionadas (igualdad ante la ley, igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley), la igualdad actúa, en principio, como mandato o prohibición dirigido a los poderes públicos. Desde esta óptica y por ejemplo, los trabajadores, como cualquier otra persona, son titulares y pueden reclamar, a través de los remedios arbitrados en cada ordenamiento, que las leyes laborales que les resulten aplicables no establezcan desigualdades de trato no objetivas o arbitrarias. Por consiguiente y en principio, la condición de trabajador o la naturaleza laboral de las normas ni añade ni quita nada al juego del principio de igualdad.

Con todo y con ello, tampoco debe ni ignorarse ni esquivarse la vigencia, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, del principio de igualdad en relación con un bien determinado tipo de cauce de ordenación y regulación de

¹⁶ Cfr. art. 1, sección "deberes", de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791

¹⁷ Vid. Valdés Dal-Ré 2003

las relaciones laborales y con el instrumento formal que exterioriza ese singular poder normativo del que, en los sistemas de libertad sindical, disponen los grupos sociales organizados. Aludo, como fácilmente puede haberse ya adivinado, a la negociación colectiva y al convenio colectivo. Es evidente, sin embargo, que un análisis de la vinculación del principio de igualdad sobre a actividad contractual colectiva excede con creces los límites de la presente exposición, bastando aquí con recordar que, a tenor de la doctrina de nuestra jurisprudencia constitucional, el referido principio actúa, bien que con ciertas singularidades, como un límite del ejercicio por parte de los sindicatos y empresarios (o de sus asociaciones) del constitucional derecho a la negociación colectiva laboral¹⁸.

La perspectiva de análisis cambia, sin embargo, cuando el principio de igualdad pretende configurarse como un derecho oponible entre las partes del contrato de trabajo. Es esa la perspectiva que interesa. O que me interesa al menos inicialmente, como punto de arranque para acceder al epicentro de la cuestión que será aquí algo más debatida: la prohibición de discriminación.

4. El derecho de no discriminación

5. En el universo de los derechos de la persona del trabajador, la prohibición de no discriminación constituye, sin duda alguna, la estrella de luz más intensa; cuando menos, si el brillo se mide con criterios cuantitativos. La práctica totalidad de los ordenamientos positivos, con una u otra formulación, contienen normas o preceptos que pretenden combatir las distintas formas de discriminación laboral. Normas o preceptos éstos que son directamente aplicables al contrato de trabajo; esto es, que pueden ser invocados por el trabajador que ha sido sujeto pasivo de una conducta discriminatoria imputable a su empresario como fundamento de una determinada pretensión. No es la prohibición de no discriminación, sin embargo, un derecho fácil de configurar en términos reconocibles para todos los ordenamientos. Y tampoco la discriminación se expresa de un mismo modo; hay, antes al contrario, una diversidad de manifestaciones, que traducen otros tantos modos de discriminar.

En un contexto jurídico como el descrito, el análisis tópico de la prohibición de no discriminación que me propongo realizar versará, en lo esencial, sobre el concepto de no discriminación, poniendo de relieve las diferencias existentes entre los derechos de igualdad y no discriminación así como las convergencias y las divergencias, formales y materiales, de los ordenamientos en la regulación de la prohibición de no discriminación

Probablemente ningún derecho fundamental ha experimentado una transformación tan importante en su concepto material y en su vinculabilidad jurídica como el derecho a no ser discriminado. En lo que concierne al primer aspecto, el derecho ha transitado de una noción formal a una noción material; y en lo que se refiere a su vinculabilidad, la interdicción de no discriminación, de

¹⁸ Vid., entre otras, la muy importante sentencia TC 177/1988, de 10-10

ser concebida como un derecho estrictamente oponible frente a los poderes públicos, ha pasado a ser un derecho de directa aplicación en la esfera privada y, muy señaladamente, en las relaciones laborales.

A. La reconstrucción del derecho de no discriminación: el tránsito desde una noción formal a otra material

6. En sus orígenes, la prohibición de no discriminación se caracteriza por dos notas. El derecho a no sufrir discriminación se configura, de un lado, como un postulado general deducible del principio de igualdad y, de otro, como un derecho desprovisto de autonomía propia; un simple medio de defensa de otros derechos o un mero “canon de regularidad jurídica del ejercicio de otros derechos”¹⁹. El tratamiento llevado a cabo por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en su versión original, ilustra de manera ejemplar la mencionada configuración.

El art. 14 de la CEDH, que se abre con la rúbrica “prohibición de no discriminación”, dispone que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”²⁰. Afirmado de manera indubitada el carácter simplemente enunciativo de las causas de discriminación²¹, el cotejo meramente terminológico entre las versiones francesa y española, que utilizan la expresión “sin distinción alguna” (*sans aucune distinction*), y la inglesa, que emplea el giro gramatical “sin discriminación” (*without discrimination*), suscitó de inmediato las primeras dudas sobre el alcance de la prohibición, las cuales fueron resueltas en uno de los primeros pronunciamientos dictados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En la sentencia sobre el asunto lingüístico belga²², este tribunal manifestaría que una interpretación fundada sobre la versión francesa conduciría a un resultado absurdo: considerar que el artículo 14 prohíbe toda distinción de trato en el ejercicio de los derechos y libertades. Una lectura sistemática de ambas versiones evidencia - diría el Tribunal - que dicho precepto no proscribía todas las distinciones, sino sólo aquellas que son arbitrarias. En otras palabras, la calificación de una conducta como discriminatoria requiere la concurrencia simultánea de dos requisitos: una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y una falta de justificación objetiva y razonable de esa diferencia²³.

¹⁹ Cfr. Pérez del Río *et alii* 1993, p. 25

²⁰ El art. 1.1 del Protocolo 12 al CEDH, abierto a ratificación el 4 de noviembre de 2000, no aporta una variación sustancial con el texto del Convenio. Probablemente, la modificación más relevante sea la sustitución de la referencia a la “Convención” por la de “la ley”, de manera que aquél precepto comienza diciendo que “el goce de los derechos reconocidos por la ley (...)”.

²¹ La doctrina no duda de este carácter, que se deduce de la literalidad misma del precepto. Por todos, vid. Velu/Ergec 1990, p. 124

²² Sentencia de 23 de julio de 1968, “relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseñement en Belgique”, A-6

²³ Es esta una doctrina ya constante. Entre otras muchas, sentencias del TEDH de: 23 de noviembre de 1983, asunto *Van der Musselle c. Belgique*, A-70, párr. 10; 28 de noviembre de 1984, asunto *Rasmussen*

En esta primera versión, la interdicción de discriminación se concibe como una simple concreción del principio de igualdad ante la ley, que se manifiesta no de manera autónoma sino en conexión con otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio tiende a facilitar. El enjuiciamiento y valoración de las conductas discriminatorias se efectúa, en esta fase inicial, con el utillaje conceptual elaborado para la detección de los tratamientos desigualmente vulneradores de la igualdad; esto es, con el juicio de discernimiento sobre la concurrencia o no de una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato. El derecho a no ser discriminado queda asimilado así y a todos los efectos a una diferenciación de trato de carácter razonable y justificado. Por consiguiente, las distinciones no entran sin más en colisión con el derecho; tan sólo se vedan las que resulten arbitrarias, enjuiciada la arbitrariedad en términos de ausencia de proporcionalidad entre el medio utilizado y el objetivo perseguido.

7. Esta noción formal de la prohibición de discriminación será progresivamente sustituida y reemplazada por otra de carácter sustantivo y parificador. La discriminación deja de ser entendida como un problema de desigualdad, como un límite a la actuación de los poderes públicos, a los que se considera como único sujeto potencialmente vulnerador del derecho y, por tanto, único sujeto efectivamente responsable de la adopción de aquellas medidas, negativas o positivas, que garanticen un disfrute de derechos para todos, no discriminatorio. Y en su lugar, se va abriendo camino otra configuración para la que la discriminación ya no plantea un problema de trato desigual injustificado. La discriminación evoca, en este segundo sentido, una situación de marginación social de ciertos colectivos de personas físicas (seres humanos) y, por lo tanto, la interdicción de no discriminación instrumenta en el plano jurídico la vía de supresión de las malformaciones que se han ido creando en la sociedad. O por decirlo con las rotundas palabras de nuestro Tribunal Constitucional, la cláusula de no discriminación “persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana”²⁴.

Entendida la discriminación en estos términos, como un mal social en cuya erradicación han de empeñarse sin miramiento alguno los ordenamientos jurídicos, las causas de la propia discriminación (sexo, raza o condición social, por citar algunos ejemplos significativos) ya no pueden ser invocadas como legítimos títulos potencialmente justificativos de tratamientos diferenciadores, cuya valoración final, desde la perspectiva del par igualdad/desigualdad, es la no razonabilidad o arbitrariedad de la diferenciación misma. La discriminación

c. *Denmark*, A-87, p. 34; 23 de octubre de 1990, asunto *Darvy c. Suède*, A-187, par. 25 y 29 de noviembre de 1991, asunto *Vermeire c. Belgique*, A-214-C, p. 27. No obstante y en pronunciamientos posteriores, el TEDH ha señalado que la aplicación del art. 14 no requiere una violación concomitante de otro precepto del Convenio (entre otras, sentencias de 16 de diciembre de 1997, asunto *Église Catholique de la Canée c. Grèce*, Rec. 1998, p. 2843, p. 47, y de 27 de marzo de 1998, asunto *Petrovic c. Autriche*, Rec. 1998-I, 721). Vid. Bossuyt 1999, pp. 475 y ss, y Sudre 2001, pp. 338 y ss.

²⁴ Cfr. sentencia TC 19/1989, de 31 de enero, F.J. 4º

deja de ser entendida como una distinción arbitraria y no objetiva, y asume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia. De un lado, por el carácter “odioso” del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas (sexo, raza o edad) o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada²⁵.

8. El tránsito de un sistema formal de discriminación a otro material, que pone el acento no en la motivación de la discriminación sino en el resultado perjudicial para los sujetos víctimas de la marginación, no ha seguido una clara ordenación temporal: declaraciones de inspiración formal anteceden a veces y otras suceden a formulaciones de contenido material. El resultado de este proceso de avances y retrocesos es la convivencia de textos internacionales que responden a tendencias distintas e, incluso, la cohabitación en un mismo texto de preceptos que obedecen a orientaciones diversas²⁶. No obstante, la aprobación de los Convenios 111 y 117 de la OIT marcan un punto de inflexión en la consolidación de este nuevo concepto de no discriminación, del que ya puede predicarse su definitiva consolidación en el panorama del moderno *ius gentium*. Por lo demás, tampoco aquél tránsito se debe exclusivamente al impulso de la comunidad internacional; también es tributario de las influencias procedentes de la lucha antidiscriminatoria llevada a cabo desde instancias estrictamente nacionales. La discriminación indirecta, que es la modalidad de discriminación que más ha colaborado a configurar las conductas discriminatorias en función del resultado, prescindiendo de todo rastro de intencionalidad del agente que discrimina, accede al articulado del ya citado Convenio núm. 111 de la OIT²⁷ así como a la Convención de la ONU para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer²⁸ después de su elaboración por el Tribunal Supremo de los EE.UU.²⁹.

B. Los efectos de la reconstrucción

9. Esta evolución³⁰ en la noción de discriminación va a ir acompañada de una renovación del fundamento mismo de la prohibición de discriminación. En el plano individual, toda discriminación adquiere un “carácter humillante”, inconciliable con el respeto debido a la dignidad humana³¹; y en el plano social,

²⁵ Cfr. Rodríguez-Piñero/Fernández López 1986, p. 109

²⁶ Vid., para un detallado análisis, Quintanilla Navarro (1996), p. 42

²⁷ Convenio núm. 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958), ratificado por España en fecha 26-10-1967. También Recomendación núm. 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958).

²⁸ Adoptada el 18-12-1979 y ratificada por España por Instrumento de fecha 16-12-1983.

²⁹ La teoría del *adverse impact* o del *disparate impact* (impacto desigual), comportó un viraje radical en la interpretación y aplicación de la *Civil Rights Act* de 1964 por parte del Tribunal Supremo, sobre todo a partir de la sentencia de "*Griggs v. Duke Power Co.*" (1971). Sobre el concepto de discriminación indirecta, entre otros muchos, Ellis (1988), p. 196 y Barbera (1991) p. 195

³⁰ Esta evolución marca una tendencia, no habiendo sido objeto de incorporación en todos los ordenamientos.

³¹ Cfr. Valticos 1977, p. 283

la discriminación coloca a los individuos y grupos sociales víctimas de la discriminación en una situación de exclusión y marginación, cuyas consecuencias desventajosas se manifiestan en la negación o en la especial dificultad de disfrutar de bienes y derechos. La lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo.

Pero aquella evolución también va a estar asociada con una variación en las técnicas de tutela de la prohibición de no discriminación. Una noción material de la prohibición de no discriminación pide algo más y algo distinto que la inexistencia de distinciones injustificadas. De un lado, exige la aplicación de un terminante mandato de paridad o de identidad de trato entre la víctima y el trato estándar. Este mandato se convierte en el instrumento primero para la eliminación de las discriminaciones³²; pero no es el instrumento único y último. La equiparación “hacia la norma estándar” puede resultar insuficiente para erradicar las situaciones de discriminación preexistentes. Es necesario entonces establecer acciones positivas; unas acciones destinadas a poner en paréntesis la idea de la neutralidad de las reglas jurídicas y a sustituirla por otra que utiliza de manera selectiva el derecho como vía de diferenciación al objeto de conseguir una igualdad real y efectiva. El objetivo no es sólo la paridad entre la víctima y la norma estándar. Es, además, *une égalité des chances*; esto es, el establecimiento de un sistema enderezado a favorecer y promover una igualdad de oportunidades, a garantizar un desarrollo sostenido de carácter igualitario.

En el proceso de tránsito de un sistema formal de discriminación a otro material, que abandona la atención sobre la motivación de la diferenciación para poner el acento en el resultado perjudicial para los sujetos víctimas de la marginación, han intervenido muy distintos actores jurídicos (legislaciones internacionales y nacionales, jurisprudencias nacionales y regionales) a cuyo diálogo fecundo y entrecruzado se debe el mérito de haber dotado de contenido sustantivo una noción provista, en su origen, de una significación formal, susceptible de aplicarse indistintamente a personas físicas y a personas jurídicas o, incluso, a “cosas”³³ y oponible solamente a los poderes públicos. Por limitar las referencias por el momento a la comunidad internacional, aquél proceso no ha seguido, desde luego, una clara ordenación temporal. Declaraciones internacionales de inspiración formal a veces anteceden a las de inspiración material; en otras ocasiones, sin embargo, aquellas suceden a éstas otras³⁴. Con todo, la aprobación de los Convenios 111³⁵ y 117³⁶ de la OIT marca un punto de inflexión en la consolidación de este nuevo concepto de no discriminación, del que ya puede predicarse su definitiva consagración en el

³² Vid. Rodríguez-Piñero/Fernández López 1986, pp. 160 y ss, quienes ponen de manifiesto el distinto juego de la paridad en el principio de igualdad y en la prohibición de no discriminación.

³³ Vid., nuevamente, Rodríguez-Piñero/ Fernández López 1986, p. 158

³⁴ Por ilustrar la idea con ejemplos. La declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 adopta una noción formal del derecho a no ser discriminado (art. 2º), línea ésta que se rompe, sin embargo, con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, a la que subsigue, no obstante, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo art. 26 retoma la noción formal. Vid. Quintanilla Navarro 1966, pp. 52 y ss

³⁵ Sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958)

³⁶ Sobre las normas y objetivos básicos de la política social (1962). Vid. su parte V, art. 14.

panorama jurídico moderno como una de las cualificadas expresiones de *ius gentium*.

5. Las políticas de promoción de la igualdad de oportunidades: una panorámica de derecho comparado

10. Aún cuando las situaciones de discriminación tienen un carácter transversal, afectando a la entera posición social de los colectivos y grupos discriminados, las relaciones laborales constituyen, probablemente, el ámbito o, al menos, uno de los ámbitos en el que aquellas situaciones se hacen más visibles y son más sensibles. No es de extrañar, pues, que buena parte de los esfuerzos de la comunidad internacional haya ido dirigido no sólo a la proclamación del derecho a no ser discriminado en materia de empleo y ocupación, sino, más en concreto, a la asunción por los Estados de políticas que promuevan la igualdad de oportunidades, con objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto. Y tampoco es de extrañar la preocupación de los ordenamientos positivos nacionales en calificar la prohibición de no discriminación como uno de los fundamentos de todo el orden jurídico laboral.

Esta sustancial unanimidad no tiene, sin embargo, una traducción jurídico-formal unitaria. La prohibición de no discriminación puede estar reconocida como un derecho fundamental de base constitucional³⁷ al que resultará de aplicación, por consiguiente, la protección reforzada (normativa o jurisdiccional) que los ordenamientos reservan a este tipo de derechos. No obstante, algunas Constituciones no reconocen formalmente el derecho a no ser discriminado como un derecho autónomo y diferenciado del principio de igualdad³⁸. En otras ocasiones, la prohibición se configura como un derecho de naturaleza estrictamente legal³⁹.

Resultaría engañoso, sin embargo, extraer de este diferente anclaje normativo de la prohibición de no discriminación conclusiones en orden a la mayor o menor intensidad de las políticas laborales antidiscriminatorias. La concesión a este derecho del atributo de la fundamentalidad rara vez suministra juicios no ya terminantes, sino meramente indiciarios sobre la calidad igualitaria de los sistemas laborales nacionales. Una legislación infraconstitucional prohibitiva de todo tipo de discriminaciones por razón de la materia, dotada de enérgicas medidas de tutela, puede garantizar con igual o mayor efectividad el disfrute real del derecho a no ser discriminado. Y es que la lucha jurídica contra la discriminación no sólo depende de la naturaleza del derecho a un trato igualitario; también depende, y de manera decisiva, de otros muchos factores, metajurídicos unos y jurídicos otros, como pueden ser el decidido compromiso de los poderes públicos en combatir toda forma de

³⁷ Por ejemplo, en la *Charter* de Canadá (sección 15 (<1>)) o en las Constituciones de Brasil (art.5º) España (art. 14), México (art. 123.A), Panamá (art. 19), Paraguay (art. 88), Polonia (art. 32.2) o Venezuela (art. 89.5).

³⁸ Por ejemplo, Chequia o Ecuador. También responde a este esquema Portugal (art. 13.1).

³⁹ Como sucede, por ejemplo, en los ordenamientos norteamericano, australiano o inglés.

discriminación⁴⁰, el igualmente firme empeño de los actores sociales (sindicatos y empresarios) en su erradicación a través de la negociación colectiva y de las prácticas de empresa, el activismo judicial en afirmar el derecho o la existencia de técnicas procesales que permitan una eficiente reacción frente a los casos de violación de la cláusula de no discriminación.

Al margen de su consideración o no como derecho constitucional por parte de los ordenamientos positivos, en la inmensa mayoría de ellos existen normas contra la discriminación en el empleo. A veces, estas normas tienen un carácter general, fórmula ésta seguida por EE.UU.⁴¹ con la promulgación de la pionera ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964, reformada en numerosas ocasiones. Tampoco es infrecuente, sobre todo en países que cuentan con una dilatada tradición de lucha antidiscriminatoria, que su ámbito de imputación se diversifique en razón de la causa de discriminación. A este modelo diferenciado se atienen, entre otros países, Australia (*Racial Discrimination Act*, de 1975; *Sex Discrimination Act*, de 1984 y *Disability Discrimination Act*, de 1992), Suecia - en donde hay leyes contra la discriminación por razón de sexo (1991), origen étnico (1999) e incapacidad (1999) -, Reino Unido (*Sex Discrimination Act*, de 1975; *Race Relations Act*, de 1976, y *Disability Discrimination Act*, de 1995)⁴² o Bélgica (*Sex Discrimination Act*, de 1999). Y también es éste el modelo al que responde nuestro ordenamiento jurídico, tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En otros ordenamientos, en cambio, la prohibición de discriminación se enuncia en preceptos integrados en normas materialmente laborales⁴³; y también hay sistemas jurídicos que refuerzan la prohibición general antidiscriminatoria en materia de empleo con leyes laborales específicas por razón de alguna causa, señaladamente por razón de género⁴⁴.

6. La prohibición de no discriminación en el empleo por razón de género

11. De entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres es la más antigua “y persistente” en el tiempo y la más extendida en el espacio. Pero también es la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cuantitativa “y la más primaria”, por cuanto tiene la capacidad de sumar otras causas de discriminación⁴⁵. Tan arraigada situación,

⁴⁰ Para un panorama sobre las normas antidiscriminatorias por razón de origen étnico, religión, edad, incapacidad y orientación sexual existentes en los quince países de la Unión Europea, vid. Commission Européenne 2000

⁴¹ También adoptan este criterio Argentina (ley 23.592) o Países Bajos (*Overal Law on Equal Treatment*, de 1994), entre otros.

⁴² En este ordenamiento, adicionalmente, está prevista la entrada en vigor de una ley contra la discriminación por razones de orientación sexual (diciembre de 2003) y por razones de religión o creencias y de edad (diciembre de 2006).

⁴³ Por ejemplo, Chile (art. 2º del Código de Trabajo) o Venezuela (art. 26 de la Ley Orgánica del Trabajo)

⁴⁴ A este modelo, responden los sistemas italianos (ley 903, de 29 de diciembre de 1977, luego reformada en distintas ocasiones) y uruguayo (ley 16.045). También sigue este modelo Japón, país que en el año 1985 promulgó la *Equal Employment Opportunity Act*, modificada en 1997.

⁴⁵ Cfr. Rey Martínez 2000, p. 1

explica él por qué el sexo figura de manera sistemática en el listado de las causas de discriminación, mencionadas por las declaraciones internacionales y nacionales. Con independencia de la noción adoptada por los textos normativos en relación con el derecho a no ser discriminado (formal o material), ninguna cláusula general de igualdad o de prohibición de no discriminación elude la mención al sexo como causa vetada y proscrita de desigualdad o de discriminación. Muy antes al contrario, se menciona; y en los lugares de cabecera del catálogo de causas⁴⁶. Por todo ello, no me parece aventurado afirmar que el principio de no discriminación por razón de sexo constituye, en la actualidad de nuestros días, uno de los principios básicos y más transversales de las estructuras jurídicas⁴⁷. De ahí que la Asamblea de Naciones Unidas adoptara en el año 1979 un instrumento específico, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que consolida la idea de que la discriminación por razón de género vulnera “los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana”.

Es esta misma la regla apreciable en los textos internacionales sobre derechos sociales⁴⁸. Y también lo es en los ordenamientos positivos nacionales, constituyendo una excepción aquellos sistemas jurídicos que no dedican una atención específica a la discriminación por razón de sexo, promulgando leyes especiales, reforzando la cláusula general de no discriminación con una cláusula específica, prohibitiva de cualquier conducta discriminatoria basada en el sexo⁴⁹, o estableciendo a lo largo del articulado de las leyes laborales generales (código de trabajo o similar) una serie de preceptos dirigidos a proscribir la discriminación en los más variados ámbitos de la vida de la relación laboral: acceso al empleo (procedimientos de reclutamiento y selección), ejecución del contrato de trabajo (clasificación profesional, promoción y formación profesional o retribución) y extinción de la relación laboral, señaladamente en los casos de despido.

12. De conformidad con una noción material, el contenido del derecho a no ser discriminado por razón de sexo y, por tanto, la lucha para la erradicación de tan extendida discriminación debe articularse sobre tres frentes: la proscripción de discriminaciones directa, la eliminación de las discriminaciones

⁴⁶ Limitando la atención a los textos internacionales, vid: Declaración de Derechos Universal de Derechos Humanos (art. 2.1: *raza, color, sexo, <...>*); Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre (art. II; *raza, sexo <...>*); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26: *raza, color, sexo <...>*); CEDH (art. 14: *sexo, raza, color <...>*); Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (art. 1: *raza, color, sexo <...>*); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Pacto de El Salvador) (art. 3: *raza, color, sexo <...>*); Carta Africana de los Derechos del hombre y de los pueblos (art. 2: *raza, etnia, color, sexo <...>*) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 21: *sexo, raza, color <...>*)

⁴⁷ El derecho de la Unión Europea responde a este principio de manera paradigmática. Sin atender a la vertiente laboral de la prohibición de no discriminación, el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece como una de los fines de la Unión “promover (...) la igualdad entre el hombre y la mujer”. Y el art. 3.2 obliga a tener en cuenta en todas las políticas comunitarias “el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. Y el art. 13 establece un procedimiento para que las instituciones comunitarias puedan adoptar, entre otras, medidas de lucha contra la discriminación por razón de sexo. Vid. Renucci 2001, pp. 371 y ss

⁴⁸ Por ejemplo, la Parte V., art. E., de la Carta Social Europea

⁴⁹ Un buen ejemplo de cláusula general de no discriminación por razón de sexo la ofrece el art. 611 a(1) del BGB alemán, que proscribe cualquier conducta discriminatoria basada en el sexo en el momento de la “celebración, ejecución y terminación de la relación laboral” .

indirectas y el establecimiento de acciones positivas. En las consideraciones que a continuación siguen examinaré, sin intención alguna de exhaustividad, los aspectos más relevantes de los dos primeros ejes antidiscriminatorios, auxiliándome para ello, en buena medida, de la legislación comunitaria. Por tanto, no resultará impertinente comenzar por recordar la formidable fuerza expansiva que ha experimentado el principio de igualdad sustancial entre hombre y mujer a lo largo de la historia del ordenamiento europeo. Una vez más, el desarrollo de este principio es el resultado del diálogo entrecruzado entre los distintos actores europeos, señaladamente del activismo de los dos siguientes: el legislador europeo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades (TJCE).

Pese a la inexistencia en el ordenamiento jurídico comunitario histórico de un catálogo de derechos fundamentales⁵⁰, el TJCE va a mantener, a partir de los años finales de la década de los 60, un notable activismo a favor de su configuración y tutela. Esta actividad “pretoriana”, fundada en el reconocimiento de los derechos fundamentales como parte integrante del derecho comunitario e inspirada en lo esencial en los principios de derecho comunes a los sistemas jurídicos de los Estados miembros, ha permitido al TCJE elaborar una doctrina protectora de estos derechos o, mejor aún y como ha sido razonado con brillantez, hacer un ejercicio de “construcción de una Constitución” (*Constitution building*)⁵¹. Y en este ejercicio, el TJCE ha procedido a atribuir una eficacia directa horizontal al derecho a no ser discriminado por razón de sexo así como a extender su ámbito material de aplicación extramuros de la igualdad retributiva, terminando por reconocer el derecho en el conjunto de los aspectos de la vida profesional; e incluso más allá⁵².

De su lado, el legislador comunitario de la época fundacional hará gala de una noción “economicista” de la prohibición de no discriminación por razón de sexo. En tal sentido, el art. 119 del Tratado constitutivo de Comunidades Europeas, el Tratado de Roma de 1957, proclamará, con la finalidad de garantizar unas condiciones equiparables en materia de concurrencia entre los Estados miembros, el derecho de igualdad retributiva “por un mismo trabajo” entre hombres y mujeres. Desde entonces, la intervención del legislador comunitario ha sido intensa y extensa, aprobando, a partir de los años intermedios de la década de los 70, una serie de normas de distinta naturaleza (sustantiva y procesal) dirigidas a garantizar la aplicación de la prohibición de no discriminación en la práctica totalidad de las vertientes del trabajo por cuenta ajena: remuneración⁵³, acceso al empleo, formación y promoción

⁵⁰ Entre la vastísima bibliografía, vid., como obras más recientes, Sudre 1999, Chueca Alonso 1999, Alston 1999, Salinas de Frias 2000, Rodríguez 2001 y Ugartemendia 2001. El art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), en la versión introducida por el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007, atribuye a la Carta de los Derechos Fundamentales de Niza, adoptada en 2000, el rango y valor jurídicos propios de los Tratados, atrayendo hacia sí todos los atributos y mereciendo la tutela propia de estos instrumentos normativos.

⁵¹ Cfr. Weiler 1995, p. 32

⁵² La ampliación de los ámbitos protegidos por el principio de igualdad entre hombre y mujer, llevada a cabo por el TJCE, ha terminado afectando incluso a la organización de las relaciones familiares, pese a que éstas no son competencia del derecho comunitario. Vid. Rodière 1998, p. 191

⁵³ Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975 (DOCE L 45, de 19-2-1975)

profesional y condiciones de trabajo⁵⁴, regímenes legales de seguridad social⁵⁵, regímenes profesionales de seguridad social⁵⁶ y carga de la prueba⁵⁷. Por lo demás, este trabado conjunto normativo se coronará con motivo de la aprobación del Tratado de Amsterdam, cuyo art. 137.1 (anterior 118) señala que, para la consecución de los objetivos en materia de política social, la Comunidad “apoyará y completará la acción de los Estados miembros”, entre otros ámbitos, en el de “la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado de trabajo y al trato en el trabajo”.

13. La proscripción de las discriminaciones directas (paridad de trato normativo) constituye la primera y más primaria manifestación del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, y se traduce en una prohibición de que las normas (legales, reglamentarias o colectivas), los actos administrativos o los contratos de trabajo instituyan un trato diferente y perjudicial en razón de la pertenencia a uno u otro sexo. Como ejemplos típicos y más o menos históricos de discriminaciones directas en el ámbito laboral pueden citarse la doble escala salarial, el establecimiento de categorías profesionales sexuadas o la denominada cláusula de “celibato”⁵⁸.

Este principio de paridad puede moderarse, con carácter excepcional, en determinadas situaciones. La primera se aplica en ciertas actividades profesionales para las que el sexo puede constituir “un requisito profesional esencial y determinante”⁵⁹, una *business necessity*, o puede venir exigida *pour une defense du marché*⁶⁰. En general, el TJCE ha adoptado una interpretación muy restrictiva de esta excepción, admitiéndola, por ejemplo, respecto del trabajo de las matronas⁶¹, de policía en determinados casos⁶² y de vigilante de instituciones penitenciarias⁶³. La segunda excepción al principio de paridad de trato se encuentra directamente relacionada con la condición biológica de la mujer, teniendo como objetivo su protección en los casos de embarazo y maternidad⁶⁴. Limitada inicialmente en el tiempo, esta protección, sin embargo,

⁵⁴ Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (DOCE L 39, de 14-1-1976), que ha sido objeto de una reciente y extensa modificación por la Directiva 2002/73/CE, del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DOCE L, de 5-10-2002)

⁵⁵ Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 9 de diciembre de 1978 (DOCE L 6, 10-1-1979)

⁵⁶ Directiva 86/378/CEE, del Consejo, 24 de julio de 1986 (DOCE L 225, 12-8-1986)

⁵⁷ Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 (DOCE L 14, 20-1-1998), modificada por la Directiva 98/52/CE, del Consejo, 30 de junio de 1998 (DOCE L 205, 22-7-1998)

⁵⁸ En virtud de la cual el matrimonio determina la suspensión del contrato de trabajo de la mujer. El TCE declaró contrario al art. 14 de la Constitución española este tipo de cláusulas. Entre otras muchas, vid. sentencias: 7/1983, de 14 de febrero; 13/1983, de 23 de febrero y 15/1983, de 4 de marzo.

⁵⁹ Cfr., art. 2.6 de la Directiva 76/207/CEE, en la versión aportada por la Directiva 2002/73. El texto originario sólo aludía a requisito “determinante”, habiéndose incorporado ahora la expresión “esencial”, muy probablemente por influencia de la ley italiana 125/1991.

⁶⁰ Sobre estas dos últimas nociones, utilizadas por los ordenamientos norteamericano y francés, vid. Treu 1989, pp. 38 y ss

⁶¹ Sentencia de 8 de noviembre de 1983, *Comission c. Royaume Uni et Irlande du Nord*, asunto 165/82, Rec., 3431

⁶² Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, asunto 222/84, Rep. p. 1651

⁶³ Sentencia de 30 de junio de 1988, *Comission c. France*, asunto 318/86, Rep. p. 3559

⁶⁴ Son numerosos los ordenamientos que declaran de manera expresa que la discriminación a causa del embarazo es una discriminación por razón de sexo. Así lo estableció, por ejemplo y en EE.UU., la *Pregnacy Discrimination Act* de 1978, que modificó el título VII de la *Civil Rights Act* de 1964. Fue esta,

puede prolongarse a fin de preservar las relaciones particulares entre la madre y el hijo⁶⁵ y se extiende no solamente al momento de la ejecución de la prestación laboral sino al del despido⁶⁶, constriñendo la potestad discrecional del empresario en el momento del reclutamiento, ya que, de no ser así, quedarían al margen de la tutela “la continuidad de la carrera profesional (de la mujer) por la maternidad”⁶⁷. En suma, cualquier trato desfavorable a la mujer relacionado con el embarazo o la maternidad constituye una discriminación directa por razón de sexo.

A resultas del juego combinado de estas excepciones, la jurisprudencia comunitaria ha declarado contrarios al principio de paridad tratamientos normativos restrictivos o presuntamente ventajosos para la mujer. En tal sentido, el TJCE ha considerado que el exclusivo reconocimiento a favor de la mujer del derecho a la percepción de ciertos beneficios sociales (guarderías) o al disfrute de ciertos permisos vinculados a los avatares de la vida infantil (comienzo del curso escolar) rompe el principio de paridad, debiendo ser extendido igualmente a los hombres. Y también ha estimado vulnerador del principio de paridad la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres. La *Supreme Court* de EE.UU, de su lado, en sentencia dictada en el asunto *United Auto Workers of America vs. Johnson Controls Inc*⁶⁸, invalidaría una política empresarial que vedaba a las mujeres en edad fértil desarrollar su actividad en puestos expuestos a la exposición al plomo, argumentando que no es más propio de los tribunales de justicia de lo que es para los empresarios individuales decidir “si el papel reproductor de la mujer es más importante para ella y su familia que su papel económico”⁶⁹.

Las discriminaciones directas vedan la utilización del sexo como criterio de diferenciación, constituyendo una modalidad de discriminación enunciada en una regla jurídica. La discriminación directa es visible, pues “existe en derecho”. No sucede ello con las discriminaciones indirectas, enmascaradas por una regla jurídica formalmente neutra, pero que, materialmente, produce, en razón de la desigualdad de hecho existente entre los hombres y las mujeres, unas consecuencias perjudiciales en virtud del impacto desfavorable que ocasionan en uno y otro sexo: indiferente para los varones y desventajosa para las mujeres.

14. La incorporación al concepto de discriminación de lo que la legislación europea denomina discriminaciones indirectas tiene su origen en la aplicación e interpretación por la jurisprudencia norteamericana del Título VII de la *Civil Rights Act* (CRA) de 1964. En el asunto *Griggs*⁷⁰, la *Supreme Court* elaborará la doctrina del *adverse impact*, calificando como conductas

igualmente, la doctrina sentada por el TJCE en la sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, asunto C-177/88, Rep. p. 3941

⁶⁵ Sentencia TJCE de 12 de julio de 1984, *Hofmann*, asunto 184/83, Rep. p. 3047

⁶⁶ Sentencias TJCE de: 8 de noviembre de 1990, *Hertz*, asunto C-179/88, Rep. p. 3979, y de 5 de mayo de 1994, *Habermann*, asunto C-421/92, Rep. p. 1657

⁶⁷ Cfr. sentencia del TCE 173/1994, de 7 de junio, F.J. 3º.

⁶⁸ 499 U.S. 187 (1991)

⁶⁹ Cfr. *United Auto*, cit., 211. Vid. Fick 2003, p. 59

⁷⁰ Asunto *Griggs v. Duke Power Corp.* 401 U.S. 424 (1971)

discriminatorias aquellas prácticas que, siendo neutras en el tratamiento de los diferentes grupos y no estando justificadas en una *business necessity*, desfavorecen a unos grupos, en este caso a las mujeres⁷¹. En aquella ocasión, diría este Alto Tribunal que “la ausencia de una finalidad discriminatoria no hace lícitos los procedimientos de empleo y selección mediante test que resultan sistemáticamente sancionadores (*built-in headwinds*) frente a minorías y que no se corresponden con una efectiva valoración de la capacidad para desarrollar determinadas funciones (...)”, de manera que la ley ha querido prohibir también aquellas consecuencias derivadas de determinadas decisiones del empresario⁷². En suma, el título VII de la CRA veda “no sólo la discriminación manifiesta sino también las conductas, lícitas en la forma, pero discriminatorias en sus efectos”⁷³.

Enjuiciada con una cierta perspectiva histórica, la ampliación de la prohibición de las diferencias de trato a las discriminaciones por efecto adverso ha abierto nuevas posibilidades a la tutela antidiscriminatoria, que la jurisprudencia de algún país incluso pretende reforzar a través de una aproximación unificada de la propia noción de discriminación, con la que se intenta superar la rígida frontera entre discriminación directa e indirecta. En tal sentido la *Supreme Court* de Canadá⁷⁴ ha elaborado recientemente el concepto de *systemic discrimination*, entendiendo por tal aquella discriminación que se encuentra tan “atrincherada” (*so entrenched*) en las prácticas, políticas y reglas sociales e institucionales que, por su invisibilidad, dificulta el que una persona pueda reaccionar contra ella. Este tipo de discriminación está muy próximo a la discriminación indirecta, pero también puede expresarse en algunos casos de forma directa cuando el ambiente discriminatorio se encuentra tan extendido que resulta invisible (*the latter is so pervasive as to be invisible*).

El legislador comunitario acogerá prontamente, bien que con carácter selectivo, la noción de discriminación indirecta⁷⁵, medida ésta seguida por un reducido grupo de legislaciones europeas internas⁷⁶. Y la noción también sería utilizada por parte del TJCE. Aunque éste inicialmente la habría de aplicar a la discriminación por razón de nacionalidad⁷⁷, poco después la extendería a la discriminación por razón de sexo, bien que asimilándola en el primer momento, probablemente por influencia de la legislación francesa, a la noción de discriminación “oculta”⁷⁸. Superadas estas vacilaciones conceptuales, el TJCE ha venido haciendo un uso frecuente de la discriminación indirecta, sobre todo en el ámbito del trabajo a tiempo parcial⁷⁹, como también lo han venido

⁷¹ Para la noción de la teoría del impacto adverso, su aplicación judicial y su definición en la legislación norteamericana (reforma de *la Civil Rights Act* de 1991). Vid., por todos, Ellis 1988, pp. 196 y Rey Martínez 1995, pp. 83 y ss

⁷² *Griggs*, cit., 432

⁷³ *Griggs*, cit., 431

⁷⁴ Sentencia *BC v. BCGSEU* (1999), conocida como asunto *Meiorin*.

⁷⁵ Vid. arts. 2º de la Directiva 76/207/CEE, 4º de la Directiva 79/7/CEE y 5º de la Directiva 86/378/CEE

⁷⁶ El primer ordenamiento europeo en incorporar a su legislación la noción de discriminación por impacto adverso sería el del Reino Unido, que lo haría en la *Sex Discrimination Act* de 1975 (sección 1.1.b), al que seguiría el irlandés, con la *Employment Equality Act* de 1977 (sección 2ª).

⁷⁷ Sentencia TJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiù c. Deutsche Bundespost*, asunto 152/73, Rec. p. 153

⁷⁸ La sentencia del TCJE de 8 de abril de 1976, *Defrenne c. Soc. Sabena* (2ª sentencia), asunto 43/75, Rec. p. 455

⁷⁹ Entre otras muchas, sentencias de: 31 de marzo de 1981, *Jenkins c. Kinksgate*, asunto 96/80, Rec. p. 911; 13 de mayo de 1986, *Bilka-Kaufhaus c. Karin Weber von Hartz*, asunto 170/84, Rec., p. 1607; 13 de

haciendo los tribunales nacionales europeos, algunos de los cuales – alemanes e ingleses – han abierto con aquél un diálogo fecundo que ha contribuido a fortalecer la lucha contra la discriminación por razón de sexo⁸⁰

Con todo y con ello, el proceso de generalización de la noción de discriminación indirecta en los ordenamientos internos de la UE no ha sido ni todo lo rápido ni todo lo eficaz que hubiera sido deseable⁸¹. A principios de los años 90, tan sólo cuatro países habían incorporado a su normativa interna dicha noción⁸². En atención a ello y con vistas a difundir su uso, el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre aportó una definición de discriminación indirecta⁸³. Con posterioridad, el art. 2.2 de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, revisará la definición aportada por aquella norma, entendiendo por tal “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Dos son los elementos básicos que integran la noción de discriminación indirecta: la medida neutra con efecto adverso y la ausencia de justificación. Una medida (norma, práctica, criterio, regla o cláusula de convenio colectivo o de contrato de trabajo en masa, por citar algunos de los instrumentos más significativos a través de los que se puede exteriorizar la medida) es neutra cuando se aplica de manera indiferenciada a hombres y mujeres. Pese a su neutralidad, la medida resulta discriminatoria cuando produce, para un grupo sexual, una “desventaja particular”. A diferencia de otras legislaciones, que exigen la producción de un efecto perjudicial⁸⁴, el ordenamiento comunitario sanciona las discriminaciones indirectas que generen un mero efecto desfavorable o desventajoso, sin requerir un perjuicio. Bien que esta desventaja tiene una proyección individual y concreta, la apreciación de la discriminación indirecta requiere la comparación entre grupos determinados por el sexo de sus miembros; es en relación a esos grupos donde ha de valorarse

junio de 1989, *Rinner-Khun c. FWW Spezial-Gebaudereinigung* asunto 171/88, Rep., p. 2734; 13 de diciembre de 1989, *Ruzius-Wilbrink*, asunto C-102/88, Rep., p. 4311; 7 de febrero de 1991, *Nimz*, asunto C-184/89, Rec., p. 297; 2 de octubre de 1997, *Gerster*, asunto C-1/95, Rep., p. 5253; 2 de octubre de 1997, *Kording*, asunto C-100/95, Rep., p. 5289 y, en fin, 26 de octubre de 1999, *A.M. Sidar*, asunto C-273/97, Rep., p. 7403

⁸⁰ Vid. el estudio de Kilpatrick 2001, pp. 33 y ss, que analiza las formas y los resultados de este diálogo en seis países de la UE: Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Francia, Italia y España.

⁸¹ Y tampoco fuera de Europa, pues numerosos ordenamientos siguen aún sin reconocer la categoría de las discriminaciones indirectas (por ejemplo, los ordenamientos argentino, chileno, japonés o mexicano).

⁸² Además de en los sistemas inglés e irlandés, ya citados, la noción de discriminación indirecta ya ha sido incorporada en la práctica totalidad de los ordenamientos europeos. Entre otros, Países Bajos (1637 i del Código Civil), Italia (art. 4.2, de la ley 125, de 10 de abril de 1991, sobre *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*), Alemania (art. 611a<1> BGB), Portugal (art. 2 de la ley 195/1997, de 13 de septiembre) o Polonia (art. 11, Código de Trabajo, en la reforma de 2001). En otros países, la incorporación ha tenido un origen jurisprudencial, como es el caso de España (vid. Rey Martínez 2000, p. 7 y ss)

⁸³ De conformidad con este precepto, existirá discriminación indirecta “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

⁸⁴ La legislación inglesa habla de *detriment* y la italiana de *trattamento pregiudizievole*

la consecuencia que produce la aplicación de la medida formalmente neutra a fin de determinar si dicha consecuencia fue desproporcionada entre ambos⁸⁵, pudiéndose utilizar, a tales efectos, la prueba estadística.

La existencia de una discriminación indirecta necesita, sin embargo, un elemento adicional al ya señalado; requiere la ausencia de justificación objetiva. Frente a una práctica discriminatoria, al empresario le asiste aún la posibilidad de acreditar que la práctica se encuentra objetivamente justificada “por una finalidad legítima”. La elaboración de esta tesis se debe, una vez más, a la jurisprudencia norteamericana. En la ya citada sentencia *Griggs*, la Corte Suprema de los EE.UU. dijo que el efecto adverso podía estar justificado si el empresario demostraba que las particulares cualificaciones profesionales requeridas respondían a una exigencia de empresa (*business necessity*), que había de fundamentarse en pruebas documentales o lógicas y no en simples afirmaciones de principio. No es cuestión ahora de entrar a narrar las vicisitudes por las que ha atravesado el juicio de necesidad en la jurisprudencia de aquel país, que ha oscilado entre el rigor de la exigencia de una “necesidad imperiosa” (*compelling need*) y la laxitud de la conveniencia derivada de “la gestión ordinaria de la empresa” (*routine business consideration*)⁸⁶. Lo que interesa destacar es que el TJCE también reconocería el derecho que puede asistir al empresario de acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable en los supuestos de discriminaciones indirectas⁸⁷, derecho éste que ahora cuenta con respaldo normativo. La Directiva 2002/73/CE rehuye, sin embargo, precisar el tipo de justificación requerida, optando por una fórmula genérica y abierta (finalidad legítima) que ha de superar, no obstante, el test de proporcionalidad⁸⁸.

15. La incorporación de la discriminación indirecta al contenido del derecho a no ser discriminado por razón de sexo ha contribuido a fortalecer los mecanismos de la tutela contra la discriminación. Pero estos positivos efectos no se hubieran podido lograr si la renovación del aparato estrictamente conceptual de la discriminación no hubiera sido complementada con un apoyo procesal de tipo garantista. La restauración jurídica frente a violaciones de este derecho resulta sencilla en los casos de discriminaciones directas. La aplicación en estos supuestos de las reglas que distribuyen las cargas probatorias no plantea para el sujeto víctima de la discriminación problema alguno. Este se encontrará en condiciones razonables de probar los hechos constitutivos de su pretensión; esto es, la existencia de la norma o del acto discriminatorio. No es ésta, sin embargo, una conclusión que pueda predicarse

⁸⁵ Sobre los diversos criterios de delimitación de los grupos o *pools* de comparación y la forma de cuantificar el efecto desproporcionado entre los grupos, vid. Saez Lara 1994, pp. 117 y s

⁸⁶ En el bienio 1988-1989, la Corte Suprema desactivaría la vertiente más progresista de la lucha contra la discriminación a través de una serie de sentencias que tuvieron un fuerte impacto en la opinión pública y que, en gran medida, determinarían la reforma de la CRA de 1991. Vid. Ciaffi 1993, pp. 340 y ss

⁸⁷ En este sentido, en la sentencia de 17 de octubre de 1989 (*Handels-os. c. Danfoss*, asunto 109/88, Rep., 3199), el TJCE señaló como criterios potencialmente justificativos de prácticas indirectamente discriminatorias: la formación profesional, la flexibilidad y adaptabilidad en el trabajo, la antigüedad y la calidad y productividad en el trabajo. Vid. para mayor detalle Ballester Pastor 1994, pp. 45 y ss y Saez Lara 1994, pp. 127 y ss

⁸⁸ La exigencia de proporcionalidad entre la práctica diferenciadora y la finalidad perseguida ya se encuentra enunciada en la sentencia *Bilka-Kaufhaus*, citada en nota (79).

de las discriminaciones indirectas, cuya demostración sitúa a la persona perjudicada por la presunta práctica discriminatoria en una posición procesal extraordinariamente delicada.

A la sentencia *Griggs* no sólo corresponde el mérito de la construcción dogmática y la aplicación práctica de la noción de la discriminación indirecta. En su haber también se encuentra la elaboración de un complejo y completo modelo probatorio, destinado, precisamente, a garantizar la tutela efectiva en los supuestos de discriminación indirecta. En esquemática síntesis, tal modelo, denominado test de *Griggs*, se asentó sobre dos ejes. Sobre la parte demandante del proceso judicial recae, en primer lugar, la carga de suministrar una prueba de que la práctica sospechosa de discriminación produce resultados adversos desproporcionados para el grupo de pertenencia. Aportados estos datos, a la parte demandada había de corresponder la carga de acreditar (*the burden of persuasion*) a los jueces que las cualificaciones requeridas se encuentran amparadas en una exigencia de empresa. Sobre el empresario pesa, en suma, la prueba positiva (existencia de una necesidad de empresa) de un hecho negativo (ausencia de efecto discriminatorio)⁸⁹. Este modelo probatorio sería ampliamente utilizado por los tribunales estatales durante los años 70 y 80; en concreto, hasta que la sentencia de la *Supreme Court* recaída en el asunto *Wars Code*⁹⁰ diera al traste con el citado test, introduciendo una ralentización en el proceso de paridad hombre/mujer. No obstante, la reforma de la CRA de 1991 restaurará el test *Griggs*, positivizando la práctica totalidad de sus elementos y, en lo que aquí interesa destacar, la carga de la parte demandada (*respondent*) de acreditar (*to demonstrate*) – es decir, de satisfacer las cargas de producción y persuasión (*to meet the burdens of production and persuasion*) – que la medida adoptada obedece a una exigencia de empresa.

Al TJCE tampoco le habría de pasar desapercibida, al dilatar la noción de discriminación, la necesidad de actuar en el frente procesal a fin de garantizar de una manera más efectiva la erradicación de los tratamientos discriminatorios de carácter indirecto. En tal sentido y desde las sentencias *Jenkins y Bilka-Kaufhaus*⁹¹, aquél Alto Tribunal procederá a la puesta a punto de un régimen de reparto de las cargas probatorias que, con las adaptaciones impuestas por la propia noción de discriminación indirecta, rememora en lo sustancial el modelo construido por la jurisprudencia norteamericana y cuyo objetivo es evitar que las trabajadoras víctimas de la discriminación indirecta carezcan de medios eficaces para lograr el respeto a la prohibición de no discriminación⁹². De un lado, a la parte demandante corresponde suministrar la existencia de un tratamiento desventajoso, desproporcionado para las personas de su sexo. De otro, sobre la parte demandada recae la carga de demostrar que la discriminación de hecho está justificada por razones objetivas aceptables y resulta adecuada y necesaria. Este régimen de distribución del *onus probandi*, tras algunos intentos fracasados, ha accedido al derecho

⁸⁹ Cfr. Ciaffi 1993, p. 361

⁹⁰ *Wars Code Packins Corp., Inc. v. Atonio*, 490 US 642 (1989)

⁹¹ Citadas en nota (79). Pero además, vid., entre otras, sentencias de: 27 de octubre de 1993, *Enderby c. Frenchay*, asunto C-127/92, Rep., p. 5535, y de 26 de junio de 2001, *Susana Brunnhofer c. Bank der Österreich Postsparkasse AG*, asunto C-381/99, Rep., p. 4977

⁹² Vid. sentencias *Enderby* y *Susana Brunnhofer*, citadas, apartados 14 y 53, respectivamente

positivo comunitario⁹³, siendo también numerosos los ordenamientos nacionales que ya instituyen algún mecanismo de moderación de la carga de la prueba⁹⁴.

Bibliografía citada

- Alexy, R. (2001): *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª reimp., Madrid (CEC)
- Alston, P. (Ed): (1999): *The European Union and the Human Rights*, Nueva York/Oxford (University Press)
- Ballester Pastor, M.A. (1994): *Diferencia y discriminación por razón de sexo en el orden laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch)
- Barbera, m. (1991): *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milán (Giuffré)
- Bobbio, N. (1991): *El tiempo de los derechos*, Madrid (Sistema)
- Bossuyt, M. (1999): "Article 14", en Pettiti, L.E./Decaux, E./Imbert, P.H. (Dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2ª ed., Anvers (Economica) 1999, pp. 475 y ss
- Chueca Sancho, A.G. (1999): *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2ª ed., Barcelona (Bosch)
- Ciaffi, A. (1993): "Il Civil Rights Act del 1991. Una legge progressista?", *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, núm. 58, pp. 333 y ss
- Ellis, E. (1988): *Sex discrimination Law*, Vermont (Gower)
- Ferrajoli, L. (2001a): "Derechos fundamentales" en De Cabo/Pisarelo (Editores), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid (Ed. Trotta), pp. 19 y ss
- Ferrajoli, L. (2001c): "Los fundamentos de los derechos fundamentales" en De Cabo/Pisarelo (Editores), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid (Ed. Trotta), pp. 287 y ss
- Fick, B. J. (2003): "El papel del derecho en la consecución de la igualdad: la experiencia norteamericana", *Revista de Derecho Social*, núm. 21, pp. 49 y ss
- Fioravanti, M. (2000): *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 3ª edic., Madrid (Ed. Trotta)

⁹³ Cfr. art. 4.1 de la Directiva 97/80/CE, a tenor del cual "los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato".

⁹⁴ Sin pretensión de exhaustividad, pueden citarse: Alemania (art. 611 a<3>, BGB), Australia (sección 170CQ (b), *Workplace Relations Act*, de 1996), España (art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral) y Reino Unido (sección 63A, *Sex Discrimination Act*)

- Goyard-Fabre, S. (1994): "Los derechos del hombre: orígenes y perspectivas", en J.M. Sauca (Editor), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid (Universidad Carlos III/BOE), pp. 23 y ss
- Häberle, P. (1994): "El concepto de los derechos fundamentales", en J.M. Sauca (editor), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid (Universidad Carlos III/BOE), pp. 81 y ss
- Jiménez Campo, J. (1999): *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid (Ed. Trotta)
- Kilpatrick, C. (2001): "Gender Equality: a fundamental dialogue", en Sciarra, S. (ed.) *Labour Law in the Courts*, Oxford (Hart Publishing), pp. 31 y ss
- Pérez del Río, T. et alli (1993): *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Madrid (Publicaciones del Instituto de la Mujer)
- Pérez Luño, A.E. (1981): "El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos*, T.I, pp. 257 y ss
- Pérez Luño, A.E. (1988): *Los derechos fundamentales*, 3º ed., Madrid (Tecnos)
- Quintanilla Navarro, B. (1996): *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Madrid (Marcial Pons)
- Renucci, J-F. (2001): *Droit européen des droits de l'Homme*, 2ª ed., Paris (LGDJ)
- Rey Martínez, F. (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid (McGraw Hill)
- Rey Martínez, F. (2000): "El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo", *Diario La Ley*, núm. 4984, 3 de febrero, pp. 1 y ss
- Rodière, P. (1998): *Droit social de l'Union Européenne*, Paris (LGDJ)
- Rodríguez, A. (2001): *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid (Civitas)
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M/Fernández López, M.F. (1986): *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos)
- Rubio Llorente, F. (1997): *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid (CEC)
- Salinas de Frías, A. (2000): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Granada (Comares)
- Sudre, F. (1999): "La protection des droits sociaux par la Convention européenne des Droits de l'Homme", en AA.VV., *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruselas (Ed. Bruylant), pp. 103 y ss
- Saez Lara, C. (1994): *Mujeres y mercado de trabajo*, Madrid (CES)
- Sudre, F. (2001): *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5ª ed., Paris (PUF)

- Tomás y Valiente, F. (1989): “Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español”, en AA.VV., *Introducción a los derechos fundamentales*, vol. I, Madrid (Pub. Ministerio de Justicia), pp. 31 y ss
- Treu, T. (1989): “Parità retributiva e comparable worth: un raffronto Europa-USA”, en *Comparable woth e segregazione del lavoro femminile*, Quaderni di Economia del Lavoro, núm. 29, pp. 38 y ss
- Ugartemendía Eceizabarrena, J.A. (2001): *El derecho comunitario comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, Oñati (IVAP)
- Valdés Dal-Ré, F. (2003): “La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado”, *Derecho Privado y Constitución 2003*, núm. 17 (monográfico sobre fuentes del derecho en homenaje al Prof. Javier Salas Hernández), pp. 499 y ss
- Valticos, N. (1977): *Derecho Internacional del Trabajo*, Madrid (Tecnos)
- Velu, J./Ergéc, R. (1990): *La Convention Européen des Droits de l’Homme*, Bruselas (Ed. Bruylant)
- Wolfe, Ch. (1991): *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid (Civitas)