

RELACIONES LABORALES

REVISTA CRÍTICA DE TEORÍA Y PRÁCTICA

Número 5 • Año 29 • Mayo 2013

<http://relacioneslaborales.laley.es>



EN ESTE NÚMERO:

La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo

Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales

Jornada y tiempo de trabajo de los empleados públicos y crisis económica. A propósito del RDL 20/2012, de 6 de julio

La necesidad de vigencia del vínculo laboral en supuestos de extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (A propósito de la STS de 20 de julio de 2012, Recud. 1601/2012)

La discriminación por razón de edad y de discapacidad en la Unión Europea. Un análisis desde el derecho italiano



LA LEY

grupo Wolters Kluwer



3652422387

CRÓNICA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA

La discriminación por razón de edad y discapacidad en la Unión Europea. Un análisis desde el derecho italiano

María Paola Monaco

Profesora de Derecho del trabajo de la Universidad de Florencia (Facultad de Ciencias Políticas "Cesare Alfieri")

Traducido del italiano por Eduardo Martín Puebla (Universidad de Salamanca)

SUMARIO:

- I. Los conceptos de discriminación directa e indirecta
- II. Los diversos ámbitos de aplicación de las definiciones de discriminación directa e indirecta
- III. Las discriminaciones por razón de edad
- IV. La prohibición de discriminación por razón de edad: observaciones sobre el fundamento normativo
- V. Las excepciones a la prohibición de discriminación por razón de edad
- VI. La inserción de la prohibición de discriminación por razón de edad en la legislación nacional
- VII. El concepto de discapacidad en las fuentes del derecho derivado de la Unión Europea
- VIII. Algunos aspectos problemáticos de la Directiva comunitaria: soluciones razonables para los discapacitados
- IX. Inserción e integración laboral de los discapacitados en el Decreto 216/2003: el tema ausente
- X. Sobre las posibilidades de evolución del derecho antidiscriminatorio

En la primera parte del estudio se analizan los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como la evolución que han experimentado –y podrían experimentar en el futuro– por obra de las reformas normativas que se han sucedido durante estos últimos años.

La segunda parte se concentra en el análisis de la discriminación por razón de dos circunstancias personales concretas –la edad y la discapacidad–, tratando de poner de relieve las lagunas interpretativas de que adolecen la normativa de la Unión Europea y el derecho

del vínculo...

de servicios en los
núm. 3.

RAMÍREZ MAR-

1971-1972), Uni-

de trabajo por vo-

luntad del traba-

r voluntad del tra-

trabajador (II):
ONTESINOS),

lo por voluntad

or abandono del

i, no exento de
mún", AL, pág.

untad del traba-

, M.F. (1998),
l, Madrid.

AA.VV. (Dir.
BURUAGA,
ción, Vallado-

El artículo 50

ia del trabaja-

interno italiano, que en ocasiones han sido colmadas por la jurisprudencia, llamada, como sucede también con la discriminación por razón de género, a desempeñar también en este ámbito un papel clave.

I. LOS CONCEPTOS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Al jurista que consulte un diccionario de la lengua italiana le sorprenderá sin duda el significado del término discriminación. En el lenguaje común, en efecto, discriminar, del latín *discrimen*, significa distinguir, separar. Pero si atendemos únicamente al léxico, se nos escapa el valor o, más exactamente, la connotación negativa que subyace en este término. Una discriminación, para el jurista, no es una simple distinción, sino una acción que "lesiona la identidad de la persona afectada, o sea, el derecho de ser uno mismo"⁽¹⁾, ya se trate de una discriminación directa o de una que afecte a la víctima de forma indirecta.

Es cierto que para que exista una discriminación deben concurrir más elementos; el primero de los cuales es que el móvil del acto discriminatorio sea considerado por el derecho un móvil prohibido. Esta es la explicación de por qué es jurídicamente esencial que el Derecho defina legalmente la noción de discriminación. Si bien la doctrina ha subrayado desde hace tiempo dicha necesidad, el recorrido que ha conducido a la positivización del concepto de discriminación ha sido largo y sinuoso. Los primeros documentos comunitarios de hecho se limitaban a citar los términos de discriminación directa e indirecta pero sin definirlos⁽²⁾. La aprobación del Tratado de Ámsterdam significó un giro importante -que venía siendo reclamado insistentemente- al aumentar el nuevo art. 13 el número de causas de discriminación y posibilitar al mismo tiempo la aprobación de algunas directivas que se ocuparon de definir los conceptos de discriminación directa e indirecta. Se trata en concreto de la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de la raza o del origen étnico; de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, independientemente de la religión, las convicciones personales, la discapacidad, la edad o las tendencias sexuales; y, finalmente de la Directiva 2002/73/CE sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de acceso al trabajo, formación y promoción profesional y condiciones de trabajo.

La discriminación directa es la diferencia de trato que se basa en una causa prohibida por el ordenamiento, permitiendo afirmar en un contexto jurídico dado que una persona es tratada de forma menos favorable que otra por un motivo prohibido. Las Directivas citadas establecen que la discriminación directa se produce cuando "por causa o sobre la base de las características personales señaladas, una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de forma

(1) MAZZOLA, R., *La convivenza delle regole diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005, 90 ss.

(2) Reglamento 1612/68, relativo a la libertad de circulación de los trabajadores en la Comunidad y Directiva 76/207 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

menos fav
discrimin
prohibido
vantes. E
condicio
tejo entr
de presi
favorabl
se efectú
mento in

El le
ción dir
El legisl
borar el
cia⁽⁵⁾ y
de la ca
hecho,
túan en
a un el
taje m
vas su
criteri
person
legisla
fiesto
bland
4.2 d
curso
una r
juicio
men
te af
dría
paci

J
tam
bre
teri

(3)

(4)

(5)

(6)

menos favorable que otra en una situación análoga"⁽³⁾. El presupuesto de la existencia de una discriminación directa es por tanto una diferencia de trato motivada por uno de los factores prohibidos por la ley que afecta a una persona que es igual a otra en el resto de aspectos relevantes. Es interesante observar que en el inciso transcrito el verbo es conjugado también en condicional, lo que indica que, aunque el "juicio de comparación"⁽⁴⁾ es imprescindible, el co-tejo entre situaciones distintas puede ser solo virtual o hipotético. Por otra parte, sólo se puede prescindir de una comparación concreta en los casos en los que el nexo entre el trato desfavorable y el factor personal sea evidente. Por tanto, si la aproximación a la discriminación se efectúa a través de dos supuestos de hecho diferentes, la comparación representa un instrumento indispensable para que se pueda configurar la situación prohibida.

El legislador comunitario no se limita por lo demás a clarificar el concepto de discriminación directa, sino que lo hace también con el concepto contiguo de discriminación indirecta. El legislador no es en este aspecto particularmente creativo, limitándose simplemente a reelaborar el concepto desarrollado estos últimos años por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁽⁵⁾ y plasmado por vez primera en la Directiva 1997/80, en la que, tratando el tema conexo de la carga de la prueba, se introduce un concepto legislativo de discriminación indirecta. De hecho, en la Directiva 1997/80 y en las directivas de nueva generación los conceptos se sitúan en un mismo plano, si bien sólo en la Directiva de los ochenta se efectúa una referencia a un elemento cuantitativo: "cuando una disposición, criterio o práctica afecten a un porcentaje más elevado de personas de un sexo concreto". Este elemento desaparece en las directivas sucesivas para dejar espacio a una definición de contornos menos nítidos: "disposición, criterio o práctica aparentemente neutros que pueden ocasionar una 'desventaja particular' a personas" que tienen una de las características personales consideradas respecto de otras. El legislador comunitario supera de esta forma una cierta sumisión, que se ha puesto de manifiesto en el transcurso del tiempo, en relación con la jurisprudencia americana que, aun hablando de *disparate impact*, asume la idea de la desventaja proporcionalmente mayor (cfr., art. 4.2 de la Ley 25/1991, plasmado hoy en el art. 25 del D.Leg. 198/2006). Retomando el discurso de la doctrina sobre la positivización de la discriminación indirecta, el sistema pasa "de una medida estrictamente cuantitativa a otra también cualitativa"⁽⁶⁾. Por ello se comparte el juicio de otra parte de la doctrina que pone de relieve que el nuevo método de valoración, menos rígido y cierto, incrementa la discrecionalidad del juez de forma exponencial, y permite afrontar discriminaciones indirectas vinculadas a criterios para los que difícilmente podrían ser adoptados un enfoque cuantitativo (como en las situaciones que afectan a los discapacitados).

En la definición el concepto de discriminación indirecta las directivas citadas introducen también variaciones en relación con las posibles justificaciones de la disparidad de trato. Sobre este aspecto se puede deducir que no existe discriminación allí donde la disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente por perseguir una finalidad legítima y los

(3) Para profundizar en el tema y en la reconstrucción del debate, v. De Simone, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, en DL, 2004, pág. 531.

(4) La expresión es de IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di "seconda generazione"*, en *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2003, 424.

(5) El papel del Tribunal ha sido determinante para clarificar el significado de este concepto: así BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, pág. 31.

(6) DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta ed indiretta*, en BARBERA (a cura di), *La riforme della istituzione e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, en *Leggi civ. Comm.*, 2003, pág. 721.

medios utilizados para conseguirla sean adecuados y necesarios. Se puede en consecuencia decir que la desigualdad es ilícita cuando no se puede justificar en base a criterios admitidos por el Derecho. La diferencia de trato no incurre en ilicitud cuando la justificación de la medida es objetiva, la finalidad perseguida por el empresario es legítima y, finalmente, los medios empleados son necesarios y proporcionales en relación con el objetivo que se pretende alcanzar.

II. LOS DIVERSOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS DEFLEXIONES DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como -aparentemente sin contradicción alguna- los instrumentos especiales de tutela jurisdiccional de los derechos constituyen el rasgo común de las directivas comunitarias tanto desde un punto de vista formal (el mismo precepto en el marco de textos diversos) como material (la misma formulación). Sin embargo, no se puede decir lo mismo por lo que respecta al ámbito al que se aplican tales nociones. Por lo que se refiere únicamente a las directivas del 2000 puede observarse que el campo de aplicación delimitado por el art. 3 es inicialmente idéntico: se aplican a todas las personas -físicas y jurídicas- tanto del sector público como del sector privado en relación con las condiciones de acceso al empleo, el trabajo -autónomo o subordinado- y la promoción, incluida la selección y la contratación, en cualquier sector o nivel de actividad; en relación con el empleo y las condiciones de trabajo, incluyendo las condiciones de despido y el salario y, finalmente, en relación con la afiliación y la actividad sindical, incluidas las ventajas de los afiliados a organizaciones de trabajadores o de empresarios. Constituye discriminación prohibida el rechazo por parte de una organización sindical a la afiliación de una persona que no comparta las mismas convicciones político-sindicales o la misma ideología, salvo que el sindicato se base en una ideología concreta.

Los conceptos de discriminación directa e indirecta, así como los instrumentos especiales de tutela jurisdiccional de los derechos constituyen el rasgo común de las directivas comunitarias

ma diametralmente opuesta, delimita su propia área de incidencia definiendo un ámbito de aplicación de la noción de discriminación más restringido. El objetivo de la Directiva 2000/43 es precisamente la extensión del alcance de la prohibición de discriminación racial más allá del ámbito del Derecho del trabajo, superando la dimensión meramente laboral para cubrir otras áreas importantes como la protección social, incluida la Seguridad Social y la asistencia sanitaria, las prestaciones sociales, la educación, el acceso a bienes y servicios y la oferta de los mismos, incluida la vivienda. Por otra parte, en los numerosos considerandos de la Directiva queda constancia de los motivos por los que se decidió tener en cuenta también aspectos vinculados a la vida social de las personas. Concretamente, en los considerandos 3 y 4 se resalta la importancia de los derechos y de las libertades fundamentales, como la igualdad y la protección contra los tratos discriminatorios, así como la necesidad de respetar y tutelar la vida privada y familiar; en el considerando 12 se afirma que para "garantizar el desarrollo

Sin embargo, el contenido del art. 3, hasta aquí idéntico en ambos documentos, a partir de aquí se diversifica. Mientras la Directiva 2000/43 prevé otros ámbitos afectados por la prohibición de discriminación por razón de la raza o el origen étnico, definiendo un ámbito de aplicación de la discriminación extremadamente amplio, la Directiva 2000/78, de forma

de sociedad
pendencia
las discriminaciones
absolutan

Los r
2000/78,
nal⁽⁷⁾, la
les⁽⁸⁾, al
nuestro c
Pues bien
directiva e
discriminación
capacida
ral; por c
to de ap
al emple
tiva 43/
servicios

El ar
quier tip
cos de s
mente f
exclusió
en cuan
yo objet
el art.
miembr
ción ba
y exces
guna di
de idon

En
dad, q
prohibi

III.

La
trato e

(7)

(8)

(9)

(10)

de sociedades democráticas y tolerantes, en las que toda persona pueda participar, con independencia de su origen racial o étnico", es necesario que las acciones dirigidas a luchar contra las discriminaciones no se limiten al ámbito laboral, sino que cubran también otros aspectos absolutamente esenciales y determinantes de la vida, como los que se acaban de señalar.

Los motivos o causas de discriminación tienen una formulación diferente en la Directiva 2000/78, que toma en consideración los aspectos personales del individuo: del más "tradicional"⁽⁷⁾, las convicciones personales y religiosas, incluidas las convicciones políticas y sindicales⁽⁸⁾, al más novedoso, edad y tendencias sexuales, factores estos últimos desconocidos por nuestro derecho positivo⁽⁹⁾, pasando por el más "delicado" que es el relativo a la discapacidad. Pues bien, en relación con estas causas de discriminación, el ámbito de aplicación de la Directiva es sin duda más restrictivo. En efecto, por un lado queda claro que la prohibición de discriminación por motivos relacionados con la religión, las convicciones personales, la discapacidad, la edad o las tendencias sexuales se aplica a todos los aspectos de la relación laboral; por otro, hay una serie de situaciones que el legislador comunitario ha excluido del ámbito de aplicación de la Directiva. Esta se refiere de hecho únicamente a las materias relativas al empleo y a las condiciones de trabajo, descartando entre las materias citadas por las Directiva 43/2000, la protección y las prestaciones sociales, la educación y la oferta de bienes y servicios.

El art. 3.3 de la Directiva 2000/78 especifica que esta no se aplica "a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social". La *ratio* de esta previsión, "infeliz e incorrectamente formulada"⁽¹⁰⁾, se encuentra en los considerandos 13 y 14, de los que se deduce que la exclusión tiene por objeto las prestaciones de los regímenes de seguridad y protección social en cuanto no son asimilables a la retribución y a otras cantidades abonadas por el Estado cuyo objetivo es el "acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo". En el art. 3.4 se establece una ulterior limitación del campo de aplicación, pues los Estados miembros pueden excluir del mismo a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la edad y la discapacidad. Parece claro que esta previsión es demasiado amplia y excesivamente radical en relación con ciertas personas, especialmente las afectadas por alguna discapacidad, pues no está demostrado que las personas discapacitadas carezcan *a priori* de idoneidad para desarrollar cualquier tipo de tarea en el seno de las fuerzas armadas.

En el análisis que sigue se estudian las discriminaciones por razón de edad y de discapacidad, que tienen en común el hecho de no contar con una definición cerrada de la causa prohibida, lo cual deja un amplio espacio a la intervención del intérprete.

III. LAS DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE EDAD

La Directiva del Consejo 2000/78/CE, al establecer un marco general para la igualdad de trato en el empleo y las condiciones de trabajo, incluye la edad entre los "factores de

(7) Calafà, *op. ult. cit.*, 876.

(8) BELL, *A patchwork of protection: the New Anti-discrimination Law Framework*, *The Modern Law Review*, 2004, n. 67, 548.

(9) De Simone, *op. cit.*, 19.

(10) Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto discriminazione*, en RIDL, 2002, pág. 99.

riesgo" ⁽¹¹⁾ que puedan dar lugar a conductas o actos discriminatorios. Así pues, a partir del 2 de diciembre de 2003 la prohibición de incurrir en discriminaciones por razón de edad es controvertible judicialmente. Sin embargo, la Directiva da a los Estados miembros un periodo de tiempo de tres años para adecuar su legislación interna a sus propias exigencias, lo que desplaza el plazo de transposición al 2 de diciembre de 2006 ⁽¹²⁾. La posibilidad que se ofrece al legislador nacional de disfrutar de un periodo de tiempo más amplio para adaptarse a la normativa comunitaria se explica por el hecho de que la edad no se encontraba entre los motivos de discriminación prohibidos por la legislación de varios Estados ⁽¹³⁾.

La Directiva no proporciona una definición positiva de la edad como causa de discriminación prohibida por la dificultad de definir el concepto

versas fases de la vida, lo que hace difícil identificar a las personas o, mejor dicho, a las categorías o grupos que pertenecen al ámbito prohibido ⁽¹⁴⁾. Esta es la razón por la que la Directiva no proporciona una definición positiva de la edad como causa de discriminación prohibida. La dificultad de definir el concepto no depende tanto de la ausencia de una utilización unívoca del término -que es claro para todos- sino de la dificultad de encontrar una delimitación unívoca de su contenido adecuada para caracterizarlo temporalmente (de 30 a 60 años; o de 20 a 40 años, etc.). En efecto, la Directiva no establece cuáles son las edades a las que se aplica.

El considerando 25 puede contribuir a solucionar este problema pues especifica que la prohibición de discriminación por razón de edad "constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo". Por lo tanto, la Directiva toma en consideración el factor edad en la medida en que constituye un punto de referencia en el mercado de trabajo para la aplicación de políticas de empleo. Por tanto es evidente que los casos de discriminación basada en la edad en el sentido de la Directiva pueden ser muy diferentes entre ellos y pueden afectar a todas las fases y formas de empleo. El considerando 14 avala esta interpretación cuando establece que la Directiva "se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación", o sea el límite de edad que determina para el trabajador el tránsito de la categoría de persona laboralmente activa a persona inactiva, que queda, por tanto, al margen de las políticas de empleo. El art. 6.2 de la Directiva confirma esta interpretación al prever que los regímenes profesionales de Seguridad Social pueden establecer límites de edad para

(11) La expresión es de *De Simone, Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, 48; 73 ss.

(12) Cfr. art. 18 de la Directiva.

(13) Hay pocas excepciones; de particular interés es el ejemplo irlandés, que en 1998 había introducido en la *Employment Equality Act* la prohibición de discriminación por razón de edad.

(14) *Blanpain, Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, en *Dir. rel. ind.*, 2005, 4, pág. 942, afirma que la edad es una de las "características humanas más democráticas" en cuanto afecta a todos y llega a condicionar por ejemplo el acceso a un determinado empleo o el ejercicio del mismo.

poder be
cálculos a

A la l
la Direct
finaliza c
car en la
de los Est

IV. L E M

Dejar
nición de
ción de c
pios gene

El ter
con ocasi
la compa
ción de c
con la D
edad. Co
tación de
máximo
de forma
Mangold

La sit
adecuado

(15) Lo
qu
to,
na
to

(16) Ha
ed.
pu
la
ed.

(17) De
20
nal-
cac
Ku

(18) Ser
nú

(19) En
dir

poder beneficiarse de pensiones de jubilación o incapacidad y utilizar criterios de edad en los cálculos actuariales, "siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo"⁽¹⁵⁾.

A la luz de estas consideraciones puede decirse que el periodo vital que presumiblemente la Directiva ha tenido en cuenta comienza con la adquisición de la capacidad para trabajar y finaliza con la edad de jubilación. Esta es la razón por la que el legislador no ha podido indicar en la Directiva términos unívocos, dejando un margen de discrecionalidad a la legislación de los Estados miembros⁽¹⁶⁾.

IV. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD: OBSERVACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO NORMATIVO

Dejando de lado los límites inherentes a la Directiva en relación con la ausencia de definición del concepto de edad, la jurisprudencia se ha preocupado por establecer si la prohibición de discriminación por esta causa puede tener un fundamento normativo en los principios generales del derecho comunitario, fuera o más allá del ámbito propio de la Directiva⁽¹⁷⁾.

El tema, importante por los efectos teóricos y prácticos que de él se derivan, se planteó con ocasión de un conflicto resuelto por el Tribunal de Justicia⁽¹⁸⁾. El origen del conflicto era la compatibilidad de la normativa alemana que autoriza de forma indiscriminada la celebración de contratos por tiempo determinado cuando el trabajador ha alcanzado una cierta edad con la Directiva 2000/78, en particular, con la prohibición de discriminación por razón de edad. Con el objetivo de favorecer la creación de empleo, la ley alemana permitía la concertación de contratos de trabajo por tiempo determinado con una duración superior al límite máximo de dos años a los trabajadores de 60 o más años. Posteriormente este límite se rebajó de forma temporal a 52 años, circunstancia que había aprovechado el empresario del Sr. Mangold para contratarlo.

La situación tal como ha sido descrita se insertaba en una normativa que, por no haberse adecuado aún a la disciplina comunitaria, y sobre todo a la Directiva 2000/78⁽¹⁹⁾, no permitía

(15) Lo que importa subrayar a estos efectos es la atención que muestra el legislador comunitario hacia situaciones que podrían desembocar en discriminaciones no basadas en la edad, sino en un factor diferente: el sexo. En efecto, criterios legítimos de regulación vinculados a la edad del trabajador podrían a veces provocar efectos discriminatorios más o menos escondidos en perjuicio de las mujeres. Così *Chieco, Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in RIDL, 105; *De Simone*, cit., 74.

(16) Hay otros problemas que no tienen solución: cabe plantearse si hay alguna diferencia entre la edad registral y la edad de cohorte, tampoco se clarifica el significado de la diferencia de edad, etc. y por tanto, por ejemplo, ¿cómo puede valorarse el hecho de que una empresa no contrate a una persona que está en la cuarentena, sino a una en la treintena exactamente con las mismas cualificaciones? ¿Podría tratarse de una discriminación por razón de edad?

(17) De acuerdo con *Reid, La discriminazione fondata sull'età nel mondo del lavoro: questioni pratiche*, Relazione ottobre 2004 - in [www.http//era.int](http://era.int). Una pista sobre este aspecto la puede proporcionar la línea interpretativa del Tribunal de Justicia en relación con la legitimidad de los objetivos de las políticas de los Estados miembros como justificación de las discriminaciones indirectas por razón de sexo en el puesto de trabajo como, por ejemplo, el caso *Kutz-Bauer Freie und Hansestadt Hamburg (C-187/00)* o *Seymour-Smith and Perez (C-167/97)*.

(18) Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2005, causa C-144/04, Mangold, in *Raccolta*, p. 1 - 9981 números 75 a 78.

(19) En la fecha de la concertación del contrato Alemania se encontraba dentro del plazo para la transposición de la directiva.

sancionar las discriminaciones basadas en la edad. Sin embargo, de acuerdo con el Tribunal, el principio de no discriminación vinculado a la edad encuentra "fundamento en varios instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros" y en cuanto principio general del derecho comunitario "no depende, como tal, del cumplimiento del plazo concedido a los Estados miembros para transponer la directiva dirigida a establecer un marco general para la lucha contra las discriminaciones basadas en la edad". Por consiguiente, de acuerdo con el Tribunal, "el juez nacional debería garantizar la plena eficacia del principio general de no discriminación por razón de edad no aplicando las disposiciones contrarias de la legislación nacional incluso antes del transcurso del plazo máximo para la transposición de la directiva".

Como es sabido, la sentencia Mangold ha originado un amplio debate doctrinal⁽²⁰⁾ que ha puesto de relieve el riesgo de una excesiva ampliación del alcance jurídico de las directivas sobre la base de la presunta existencia en el ámbito de la Comunidad de un principio general del derecho no plenamente definido. Estas reflexiones han representado el punto de partida de un nuevo razonamiento defendido por el Tribunal en sentencias posteriores. El Tribunal de Justicia, en efecto, ha hecho gala de una cierta prudencia en la construcción de principios generales sobre los que basar la prohibición de tratos discriminatorios basados en la edad, inclinándose hacia una interpretación restrictiva que considera la prohibición de discriminación por razón de edad una mera especificación del principio general de igualdad. De acuerdo con el Tribunal, el requisito de edad como causa de un trato discriminatorio puede constituir una especificación del principio de igualdad sólo en relación con las transformaciones que justamente este principio experimenta derivadas de los cambios sociales⁽²¹⁾.

Estos argumentos han posibilitado que el Tribunal no tuviera que precisar el alcance del principio de no discriminación por razón de edad siempre que faltase un nexo entre el supuesto de hecho enjuiciado y el derecho comunitario. De hecho, de acuerdo con el Tribunal, sólo habrá un vínculo entre la causa principal y el derecho comunitario en tres supuestos: cuando la norma nacional objeto de impugnación haya sido adoptada para aplicar el derecho comunitario, cuando se acoja a excepciones admitidas por el derecho comunitario, y finalmente cuando se haya aplicado en aquel supuesto concreto una específica norma material de derecho comunitario.

El hecho de que posteriores sentencias del Tribunal no aludan a la existencia previa del principio de discriminación por razón de edad y a concretos instrumentos internacionales, como por ejemplo el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y más específicamente a su art. 26 que, sin llegar a prohibir *expressis verbis* las discriminaciones basadas en la edad, recoge una relación no exhaustiva de formas de discriminación prohibidas, ha producido importantes consecuencias. A nivel teórico, de hecho, no se puede extraer ninguna consecuencia directa de la positivización del concepto edad a través del recurso a otras fuentes.

(20) Bonardi, V. *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, en RIDL, 2006, II, 266-279; Piccone - Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, en FI, 2006, IV, 342-345.

(21) El abogado general Eleanor Sharpston en las conclusiones presentada en la causa C-427/06, Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte afirma que "el principio general de igualdad opera en algunas circunstancias en el sentido de prohibir la discriminación basada sobre la edad, pero no existe un principio distinto y específico de derecho comunitario que haya prohibido siempre las discriminaciones basadas en la edad".

En la sen
Siemens Hau
El conflicto
BSH Altersf
Hausgeräte,
años más jov
se había cas
Hausgeräte,
21 años más
BSH Altersf
plicitamente
transposició
cho comuni
razón de eda

Desde u
Bartsch se le
el plazo para
sos instrum
igualdad an
da el art. 6
diferente re
la diferenc
puesto que
verosímilme

V. LA CI

Un rec
cias que ex
de adquisic
mínima de
da muchas
de la edad.
permite to
Tales exce
rías) concé

En el i
se encontr
neral que
trata, en F
suponen u
están prof
mente just

En la sentencia del 23 de septiembre de 2008, causa C-427/06, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte*, por ejemplo, Tribunal lleva el razonamiento a sus últimas consecuencias. El conflicto principal afectada a una controversia surgida ente la señora Birgit Bartsch y el BSH Altersfürsorge, que es un fondo de pensiones constituido por la Bosch und Siemens Hausgeräte, cuyas líneas de actuación prevén expresamente que si el cónyuge superviviente es 15 años más joven que el fallecido no se causa la pensión de viudedad. La señora Birgit Bartsch se había casado en 1986 con el señor Bartsch, que trabajaba para la Bosch und Siemens Hausgeräte, y a su muerte en 2004 se le había denegado la pensión de viudedad dado que era 21 años más joven que el marido. De acuerdo con el Tribunal, si las líneas directrices de la BSH Altersfürsorge no tienen el objetivo de aplicar el derecho comunitario ni se acogen explícitamente a excepciones admitidas por este, y si no había vencido aún el término para la transposición de la directiva no existe ninguna relación entre el conflicto principal y el derecho comunitario a los efectos de la aplicación del principio general de no discriminación por razón de edad.

Desde un punto de vista material cabe destacar, sin embargo, que a la señora Birgit Bartsch se le había denegado un derecho que le habría sido reconocido si se hubiera cumplido el plazo para transponer la Directiva 2000/78/CE y que en todo caso está protegido por diversos instrumentos internacionales que reconocen el derecho universal de las personas a la igualdad ante la ley y a la protección contra la discriminaciones, entre ellos de forma señalada el art. 6 del Tratado de la Unión Europea; se trata del derecho a no ser tratada de forma diferente respecto a otros sujetos que se encuentran en una situación similar en relación con la diferencia de edad respecto al marido fallecido y probablemente también por razón de sexo, puesto que la cláusula objeto de controversia al afectar al cónyuge 15 años más joven penaliza verosímelmente, en la gran mayoría de los casos, al cónyuge de sexo femenino.

V. LAS EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

Un recorrido por la legislación de varios Estados miembros permite observar las diferencias que existen en lo relativo a los límites de edad, tanto por lo que respecta a la edad inicial de adquisición de la capacidad laboral, como por lo que se refiere al cumplimiento de la edad mínima de jubilación. Un análisis más atento permite, sin embargo, percatarse en qué medida muchas de las diferencias de trato en materia de empleo se basan precisamente en el factor de la edad. Con el objetivo de no afectar al substrato normativo de varios países, la Directiva permite toda una serie de excepciones a la prohibición de discriminación por razón de edad. Tales excepciones se pueden clasificar de forma esquemática en una serie de círculos (categorías) concéntricos.

En el interior del primer círculo -que en el esquema que se propone sería el más amplio- se encontrarían todas aquellas excepciones al principio de no discriminación de carácter general que se aplican en relación con más "factores de riesgo" o causas de discriminación. Se trata, en primer lugar, de las disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutros que suponen una discriminación en razón de una de las causas previstas: tales discriminaciones están prohibidas salvo en los casos en que la disposición, criterio o práctica estén objetivamente justificados por una finalidad legítima y los medios utilizados para alcanzarla sean ade-

cuados y necesarios. Se encuentran, en segundo lugar, las diferencias de trato por razón de edad (y otras causas prohibidas) cuando "por la naturaleza de la actividad laboral o por el contexto en el que se desarrolla se trate de características que constituyen un requisito esencial y determinante para el desarrollo de la misma" siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito sea proporcionado. Un ejemplo puede ayudar a aclarar este último aspecto; ¿podría considerarse discriminación por razón de edad un anuncio que requiera una edad entre 18 y 20 años para el desempeño de un papel a un actor que debe interpretar un personaje que en el guión es descrito como un jovencuelo? ¿Así como por evidentes razones de protección de la seguridad y la salud se podría considerar ilícita la prohibición de asignar a un menor determinadas tareas peligrosas, etc.? Otra serie de excepciones pertenecientes a este círculo hipotético estaría constituida finalmente por las medidas necesarias para salvaguardar la salud pública, la protección del orden público, la prevención de delitos y la protección de la salud y de los derechos de los demás.

En el interior del este círculo más amplio se puede describir un segundo círculo más pequeño que se refiere a las excepciones introducidas por la Directiva en relación con el factor de la edad y con los otros factores de riesgo específicos (como la discapacidad o el sexo). A este propósito la Directiva prevé en el art. 3.4 que los Estados miembros pueden excluir, de forma total o parcial, de las disposiciones relativas a la edad a las Fuerzas Armadas de cara a proteger su capacidad de combate; el art. 6.2 prevé también que los Estados miembros pueden prever que los regímenes profesionales de seguridad social fijen una edad para poder acceder o tener derecho a las prestaciones de jubilación o similares siempre que ello no constituya una discriminación por razón de sexo.

En fin, la Directiva describe aún un tercer círculo -colocado hipotéticamente en el interior de los anteriores- en el que se incluyen sólo y específicamente las diferencias de trato relacionadas con la edad. Así, por ejemplo, el art. 6.1 establece que "los Estados miembros pueden disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr estos objetivos son adecuados y necesarios". Como puede observarse, la cláusula es particularmente amplia y deja un considerable margen de discrecionalidad al legislador nacional siempre que se respete obviamente el criterio de razonabilidad⁽²²⁾. Entre las diferencias de trato que no constituyen una discriminación la Directiva cita en particular aquellas que prevén condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, las condiciones de empleo y de trabajo, incluyendo el despido y la retribución, en relación con los jóvenes, los trabajadores mayores, los trabajadores con personas a cargo; aquellas que establezcan condiciones mínimas de edad, de experiencia profesional o de antigüedad para el acceso al empleo o para algunas ventajas relacionadas con él; aquellas que establecen una edad mínima para la contratación en base a condiciones de formación exigidas o un razonable periodo mínimo de trabajo antes de la jubilación.

Se prevé, p
justificación de
sea necesario p
los diversos orc
Directiva. Esta
tra en la ident
con los objetiv
vaguedad de lo
ma viene limit
gitimidad de lo

El Tribunal
ción con este a
caso Mongold,
va legal como l
un término (al
trabajadores m:
tenido un enfo

En la jurisp
lista" a la discr
como "un aspec
de los derechos
cias significativ
restantes caract
na relativa a la
cias⁽²⁶⁾ parece
minación por r
to de igualdad
la prohibición
de igualdad, en

Ello se dedu
equilibrio de lo

- (23) En sentido indirectas : una razón j
- (24) *Amato, V.D*
- (25) El mención derecho co término se La proteccí motivo suffi V. *Il lavoro zione' del di*
- (26) V., C. Giust C-341/08, enero de 2009. *giurispruden età nella giu*

(22) Duncan - Loretto, *Never the Right Age? Gender and Age-Based Discrimination in Employment*, in *Gender, Work and Organization*, Blackwell, Ltd. 2004, n. 1, vol. 11, 111.

Se prevé, por tanto, que los Estados miembros acepten en determinadas circunstancias la justificación de una discriminación directa basada en la edad⁽²³⁾. Puede suponerse que esto sea necesario para legitimar las múltiples diferencias prácticas por razón de edad presentes en los diversos ordenamientos, diferencias que no habrían podido ser afrontadas una a una por la Directiva. Esta, fiel a su filosofía -establecer únicamente prescripciones mínimas- se concentra en la identificación y definición de los parámetros para garantizar una cierta coherencia con los objetivos generales que se propone. Es de destacar, por lo demás, que aun cuando la vaguedad de los criterios⁽²⁴⁾ parezca justificada a la luz de los objetivos de la Directiva, la misma viene limitada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encargada de controlar la legitimidad de los objetivos de las políticas de empleo adoptadas por varios Estados miembros.

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones en relación con este aspecto. A la primera observación efectuada por el Tribunal en relación con el caso Mongold, en la que se considera incompatible con el derecho comunitario una normativa legal como la alemana en la que "la obligación del empresario de justificar la aposición de un término (al contrato de trabajo) se atenúa hasta desaparecer por la diferente tutela de los trabajadores mayores de 50 años"⁽²⁵⁾, le han sucedido sentencias posteriores que no han mantenido un enfoque lógico tan riguroso.

En la jurisprudencia posterior el Tribunal de Justicia efectúa una aproximación "minimalista" a la discriminación por razón de edad, que se concreta en la tendencia a considerarla como "un aspecto del mercado de trabajo y no tanto una violación del principio de igualdad y de los derechos fundamentales del individuo". Precisamente en este ámbito existen diferencias significativas respecto a los parámetros de juicio, bastante más rigurosos, aplicados a las restantes características de las diferencias protegidas, especialmente en relación con la doctrina relativa a la discapacidad. De la reconstrucción bastante compleja de las múltiples sentencias⁽²⁶⁾ parece emerger, de un lado, una aparente graduación de las diversas formas de discriminación por razón de edad -susceptible de generar dudas sobre la unidad misma del concepto de igualdad en relación con este factor de discriminación-, y, de otro, una aproximación a la prohibición de discriminación por razón de edad vinculado a un modelo puramente formal de igualdad, entendido como concurrencia de razonabilidad de las diferencias de trato.

Ello se deduce de la constatación de una oscilación en la identificación de los términos de equilibrio de los intereses en conflicto, pasando del criterio de la estricta necesidad al de la

(23) En sentido crítico, *Ballestrero, V. Eguaglianza e differenze, op. cit.*, 514, que observa que sólo las discriminaciones indirectas se pueden justificar, mientras que en relación con las directas faltaría el "espacio para la admisión de una razón justificativa de la desigualdad".

(24) *Amato, V. Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?*, in *D&L*; 2009, 87

(25) El mencionado caso Mangold constituye el punto de partida. En él el Tribunal de Justicia consideró contraria al derecho comunitario la normativa alemana en la que "la obligación del empresario de justificar la existencia de un término se atenúa hasta desaparecer por la diferente tutela de los trabajadores mayores de cincuenta años (...)" La protección de su empleabilidad, frente al riesgo de su exclusión del mercado de trabajo, es, para el Tribunal, motivo suficiente de cara a legitimar la utilización indiscriminada del contrato por tiempo indeterminado. *Sciarra, V. Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008.

(26) *V., C. Giust. 12 de enero de 2010, C-229/08, Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main*; *C. Giust. 12 gennaio 2010, C-341/08, Dornica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, *C. Giust. 19 de enero de 2010, C-555/07, Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, in *DRI*, 2010, 876 con nota de MONACO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*; in general, *Falsone, La discriminazione per età nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*.

mera razonabilidad de la disposición excepcional controvertida, hasta afirmar, de cara a la discrecionalidad estatal en la determinación de las justificaciones ex art. 6, que el Tribunal podría limitarse sólo a analizar aquellas diferencias de trato que parezcan manifiestamente desproporcionadas o, como ha sucedido en el caso *Küçükdeveci*, a censurar la eventual inadecuación y/o desproporción entre la finalidad declarada por el legislador nacional y las modalidades de aplicación elegidas. Sobre este aspecto, se comparten las afirmaciones del AG Mažák, en las que, en clave exegética de la actitud de *selfrestraint* mantenida por el Tribunal, puede leerse que "como regla general, el Tribunal de Justicia no puede sustituir su propia valoración" a la del legislador nacional o de las fuerzas políticas y sociales implicadas en la definición de la política social de un Estado miembro concreto, sin embargo es preciso recordar que el reconocimiento de un margen de discrecionalidad nacional "no puede provocar el efecto de vaciar de contenido la aplicación del principio de no discriminación por razón de edad".

VI. LA INSERCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La transposición de la Directiva 2000/78/CE ha tenido lugar en Italia a través del D.Leg. núm. 216, de 9 de julio de 2003. Este Decreto introduce por vez primera en el ordenamiento italiano la prohibición de discriminación por razón de edad. Dejando al margen las críticas que han surgido con motivo de la aprobación del D.Leg. 216/2003, precisamente por lo que se refiere a algunas causas de discriminación -en concreto la edad-, puede decirse que la transposición de la Directiva se ha efectuado de forma parcial y minimalista. Efectivamente, a nadie se le escapó que el D.Leg. 216/2003 no había tenido en consideración el art. 6.1 de la Directiva en su conjunto y que por ello había evitado tipificar el área de las llamadas discriminaciones "consentidas".

Ello ha sido remediado por el art. 8 septies de la Ley 101/2008, de modificación del D.Leg. 216/2003, bajo la presión de la apertura de un procedimiento de infracción⁽²⁷⁾ iniciado contra Italia precisamente por la deficiente transposición de la Directiva 2000/78. Entre los reproches al Estado italiano se encontraban los relativos a la falta de transposición del art. 6.1. El legislador italiano, a través de la nueva norma, ha establecido que se dejan a salvo las disposiciones que prevén tratos diferenciados por razón de la edad de los trabajadores y, en particular, las que regulan: a) *el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;* b) *el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;* c) *el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.* Conforme al nuevo texto del Decreto, tales disposiciones quedan a salvo siempre que "estén objetiva y razonablemente justificadas por una finalidad legítima, como objetivos legítimos de política laboral,

(27) Cfr. procedimiento n. 2006/2441.

del mercado de trabajo sean apropiados y neces

A un jurista atento el contenido de la Directiva y las observaciones de la Corte, el acto de infracción abierta debería permitir una conciliación con la edad discrecional de juez en la

Puede decirse que el artículo 216/2003 introduce en la legislación nacional el poder de resolución importante se centra en la normativa que se aplica en el ámbito de aplicación de las condiciones de despido y

El problema no se resuelve si se prevén la extinción de la acción para causar derecho a la nulidad del hecho nulas porque el tiempo determinado de prescripción de la sentencia no ha sido tomado en cuenta la prohibición de la Directiva del Consejo y la prohibición de cualquier otra forma de validez de las cláusulas que quieren, como requisitos en la normativa nacional en materia de Seguridad Social y contributivo. Esta medida en el marco del derecho nacional del mercado de trabajo, no deben ser inapropiadas

El aspecto, próximo a la edad mínima de jubilación, es menos problemático considerar que esta exclusión de trato las relativas

(28) *Chieco, op. cit.*, 99

(29) Cass., 11.8.2004, r

(30) Tribunal de Justicia, Cortefiel Servicios

del mercado de trabajo y de la formación profesional, siempre que los medios para su consecución sean apropiados y necesarios".

A un jurista atento no se le escapa que esta disposición se limita a copiar al pie de la letra el contenido de la Directiva, señaladamente el art. 6.1, con el único objetivo de contrarrestar las observaciones de la carta de emplazamiento de la Comisión en el ámbito del procedimiento de infracción abierto contra Italia. Más allá de esto, la reformulación del texto de la Directiva debería permitir definir de forma circunstanciada la compatibilidad de la legislación nacional con la edad como motivo de discriminación, y al mismo tiempo delimitar el poder discrecional de juez en la valoración del área de las discriminaciones por edad "admitidas".

Puede decirse que a día de hoy, en ausencia de una tipificación legislativa, el vacío ha sido colmado por la jurisprudencia. De particular interés es el punto de fricción que el D.Leg. 216/2003 introduce entre el respeto del principio de no discriminación por razón de edad y la legislación nacional cuando esta se ocupa de la edad como factor determinante para justificar el poder de resolución del empresario, esto es, el despido. En este tema la problemática más importante se centra en la valoración de la licitud de la jubilación forzosa, teniendo en cuenta que la normativa italiana, por exigencias del marco jurídico europeo, incluye expresamente en el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razón de edad las condiciones de despido y excluye por el contrario las de acceso a la pensión⁽²⁸⁾.

El problema no se plantea en relación con las cláusulas de los convenios colectivos que prevén la extinción automática en el momento cuando se acreditan determinados requisitos para causar derecho a pensión. La jurisprudencia llamada a valorar su licitud las considera de hecho nulas porque suponen la introducción por vía subrepticia de formas de contrato por tiempo determinado⁽²⁹⁾. Sin embargo, esta conclusión podría ser cuestionada por las conclusiones de la sentencia del Tribunal de Justicia⁽³⁰⁾ en la causa C-411/05 en la que ha interpretado la prohibición de cualquier discriminación basada en la edad, tal como establece la Directiva del Consejo 2000/78/CE. La Gran Sala del Tribunal de Justicia ha establecido que la prohibición de cualquier discriminación basada en la edad no constituye un obstáculo para la validez de las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que requieren, como requisito único, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad establecido en la normativa nacional para acceder a la pensión, y que se reúnan los restantes requisitos en materia de Seguridad Social para tener derecho a una pensión de jubilación de carácter contributivo. Esta medida debe ser en todo caso objetiva y razonablemente justificada, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y los medios utilizados para perseguir dicha finalidad de interés general no deben ser inapropiados e innecesarios en relación con dicho objetivo.

El aspecto, próximo al anterior, relativo a la exclusión del trabajador, una vez alcanzada la edad mínima de jubilación, del ámbito de aplicación de la normativa limitativa de los despidos, es menos problemático. Precisamente la modificación del D.Leg. 216/2003 permite considerar que esta exclusión es legítima al admitir el apartado 4 bis del art. 3 las desigualdades de trato las relativas a las condiciones de despido "de los trabajadores mayores" siempre que

(28) *Chieco, op. cit.*, 99.

(29) Cass., 11.8.2004, n. 15593.

(30) Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Gran Instancia, 16.10.2007, C-411/05, Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA, in *DPLav*, 2008, 26.

"estén justificadas objetiva y razonablemente por fines legítimos, como objetivos justificados de la política de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional".

La nueva formulación del art. 3.4 del D.Leg. 216/2001 impone al intérprete la valoración del correcto respeto de los criterios jurisprudenciales en materia de despidos colectivos. La orientación prevalente de las sentencias del Tribunal⁽³¹⁾ considera racionalmente justificado el recurso al criterio de cercanía a la pensión, excluyendo que en tales supuestos se pueda verificar una discriminación ilícita. De acuerdo con el Tribunal, se "debe considerar racionalmente adecuado el criterio de la cercanía a la pensión disfrutando de una 'movilidad prolongada'⁽³²⁾ dado el 'inferior impacto social' de la medida y siempre que, obviamente, 'el criterio adoptado excluya cualquier discrecionalidad del empresario'".

Sin embargo, las primeras sentencias sobre el fondo del asunto que han tenido ocasión de afrontar esta problemática a la luz del D.Leg. 276/2003 han llegado a conclusiones opuestas, poniendo de relieve que después de la introducción en Italia del principio de no discriminación por razón de edad, la adopción de este criterio cumple los requisitos de la discriminación indirecta por razón de edad situando a los "pertenecientes a una determinada franja de edad en una situación de particular desventaja respecto a otros trabajadores"⁽³³⁾. Y ello a mayor razón si nos encontramos en presencia de "un supuesto de hecho concreto en el cual el excedente de mano de obra haya sido efectivamente cuantificado prescindiendo de la concreción de un ámbito organizativo de referencia" en el que "se perjudica cualquier posibilidad de control sobre el efectivo nexo causal entre la reducción que se prospecta y la exigencia de reorganización de la empresa y, por tanto, sobre la justificación de cada despido concreto"⁽³⁴⁾.

Los Tribunales retoman algunos de los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo años atrás y que posteriormente quedaron en posición minoritaria. Este, de hecho, había mantenido en el pasado que la proximidad a la jubilación como único criterio de selección de los trabajadores debía considerarse ilícito si no se acompañaba con otros criterios de selección interna, sin que el margen de discrecionalidad del empresario en la selección de los trabajadores a despedir pudiera ser utilizado con una finalidad discriminatoria⁽³⁵⁾. Si el Tribunal Supremo había llegado a esta conclusión, hoy, después de la introducción en nuestro ordenamiento de una prohibición explícita de no discriminación por razón de edad, el marco normativo de referencia permite volver sobre el tema y valorar la existencia de un nuevo motivo de ilicitud.

(31) Cass., 24.4.2007, n. 9866; Cass., 6.10.2006, n. 21541; Cass., 21.9.2006, n. 20455.

(32) Nota del traductor: La "mobilità lunga" es el subsidio de desempleo que se reconoce en determinadas circunstancias a los trabajadores víctimas de un despido colectivo hasta alcanzar la edad de jubilación. Para su reconocimiento se exigen determinados requisitos, tanto a los trabajadores como a las empresas, que deben respetar un procedimiento específico para que los trabajadores puede acceder a esta modalidad de subsidio.

(33) Trib. Milano, 26.4.2006; Trib. Milano, 4.4.2006; Trib. Milano, 12.7.2005; Trib. Milano, 7.1.2005, in *FI*, 2006, 2252 ss.; Trib. Milano, 22.7.2005, n. 2970, in *LG*, 2006, 4, 397; Corte App. Firenze, 27.3.2006, en *RCDL*, 2006, 910 en particular esta última sentencia considera que exista una discriminación por razón de edad en el sentido del d.lgs. 9.7.2003, n. 216 en el acuerdo sindical que concreta la posibilidad del trabajador de acceder a la jubilación como único criterio en base al cual proceder al despido de un trabajador.

(34) Trib. Milano, 22.7.2005, cit.

(35) Cass., 2.9.2003, n. 12781; Cass., 19.9.2002, n. 13393.

VII. EL DEL

El derecho general sino a causas que p... jo⁽³⁶⁾. El obj... contra las di... porciona un... cionales la c... te prudente... tado la clari... ciones perso... pueda camb... pectos del c... la ciencia m...

La I... un... cor... encomien... la difícil t... perfiles d...

normativa a... cidad son e...

La relev... mentos qu... -disminució... física o psiq... cidades fun... participation... contextos c... finida disca... de dicho pi... ción en un...

El hech... concreto e... cuando sea... pre proble... serción en...

(36) Para... discri...

(37) Brodi... di har...

VII. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN LAS FUENTES DEL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

El derecho derivado de la Unión Europea no se ocupa de los discapacitados de forma general sino a través la directiva 2000/78/CE, que incluye a la discapacidad entre las diversas causas que pueden dar lugar a una discriminación de los trabajadores en los centros de trabajo⁽³⁶⁾. El objetivo de la Directiva es de hecho el de establecer "un marco general para la lucha contra las discriminaciones basadas... en la discapacidad". Por lo demás, La Directiva no proporciona una definición legal del concepto de discapacidad y encomienda a los Estados nacionales la difícil tarea de establecer los perfiles del área "protegida". La opción aparentemente prudente del legislador comunitario parece apropiada por la dificultad que habría comportado la clarificación de este concepto. La discapacidad, de hecho, a diferencia de las convicciones personales o la religión, no se concreta en un estado interno de la persona que ella pueda cambiar, sino en un estado que no se puede modificar, que puede afectar a varios aspectos del cuerpo o de la mente y que precisa de una valoración en dicho sentido por parte de la ciencia médica.

La Directiva no proporciona una definición legal del concepto de discapacidad y encomienda a los Estados nacionales la difícil tarea de establecer los perfiles del área "protegida"

Precisamente el hecho de que la discapacidad no se concrete en un estado subjetivo o en un estado subjetivamente declarado o percibido como tal y que a su definición concurren elementos relacionados entre ellos hace que no se trate de un concepto fijo y unívoco y que, por tanto, sea difícilmente trasladable de una

normativa a otra. Los factores que más contribuyen a la variabilidad del concepto de discapacidad son el contexto social y la línea de separación entre enfermedad y discapacidad.

La relevancia del contexto social asume importancia a través de la referencia a tres elementos que concurren en la elaboración del concepto de discapacidad⁽³⁷⁾: *l'impairment* -disminución- que designa la pérdida o minoración de la estructura corpórea o de una función física o psíquica; *l'activity*, que indica la tipología y el alcance (de la disminución) de las capacidades funcionales de una persona con relación a las capacidades consideradas normales; la *participation*, que indica la forma y el grado de participación de una persona en los diversos contextos de vida. La yuxtaposición de varios elementos implica que una persona para ser definida discapacitada no debe tener sólo un problema de salud, sino que se precisa también que de dicho problema se derive una disminución funcional que suponga un déficit de participación en uno o varios contextos de la vida (en nuestro caso, el laboral).

El hecho de que cada uno de estos elementos sea indispensable depende del contexto concreto en el que sea relevante el concepto de discapacidad. De ello se deduce que, incluso cuando sea posible identificar en una norma una definición precisa de discapacidad, es siempre problemático cuando no imposible ampliar el ámbito de dicha definición mediante su inserción en un contexto normativo diferente de aquel para el que fue pensada. Si el concepto

(36) Para las referencias a la situación comunitaria anterior a la adopción de la Directiva v. *Chiti, Il principio di non discriminazione ed il Trattato di Amsterdam*, en Riv. it. dir. pub. com., 2000, 851 ss.

(37) *Brodil, I divieti di discriminare le persone portatrici di handicap in Austria - Soluzioni ragionevoli per persone portatrici di handicap*, in <http://www.era.it>

de discapacidad de hecho varía en relación con el contexto, con mayor motivo cambiará en relación con los objetivos que la ley se propone alcanzar, haciendo difícil, por ejemplo, aplicar la noción de discapacidad elaborada a efectos de protección social en el ámbito de la discriminación y viceversa.

Debido precisamente a estas consideraciones, no es posible identificar una definición positiva de discapacidad ni siquiera en las fuentes internacionales relativas al reconocimiento y garantía de los derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Lo que cambia, si acaso, es el tipo de aproximación allí donde, por ejemplo, la Carta se refiere incluso a la integración declarando que: "la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad"⁽³⁸⁾.

La ausencia de una definición legal del concepto de discapacidad en el cuerpo de la Directiva implica que un eventual trabajador discapacitado pueda no ser protegido por igual en todos los Estados. Si la noción de discapacidad se remite a la discrecionalidad de los Estados, un trabajador podrá ser considerado discapacitado y, por tanto, protegido en cuanto incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva, en un determinado Estado, pero no en otro. Esto es, en efecto, lo que sucede en la práctica. Si bien la clasificación de la OMS haya sido adoptada por muchos Estados europeos⁽³⁹⁾, ninguna de las definiciones contenidas en las legislaciones nacionales coincide exactamente con ella; las diferencias sustanciales se refieren sobre todo a los métodos de valoración adoptados para definir el grado de discapacidad y, por tanto, en último extremo, al diferente grado de protección garantizada.

En países como Austria o Alemania se considera discapacitados, a efectos de su inserción laboral, a las personas con un porcentaje de invalidez superior al 50% (siempre que dicha invalidez se prolongue al menos durante seis meses). En Bélgica el parámetro considerado válido es una capacidad de ganancia inferior a un tercio respecto a la media de una persona "normal". En Suecia, al contrario, la discapacidad no es una característica del individuo, sino un problema de interacción entre la persona y el ambiente, y, por tanto, el concepto de discapacidad es puramente funcional, esto es, la situación que dificulta el desarrollo de las funciones normales de la persona.

Por otra parte, el alcance del concepto de discapacidad depende en gran medida de la amplitud que se dé al concepto colindante de enfermedad⁽⁴⁰⁾. El tema ha sido afrontado por el Tribunal de Justicia⁽⁴¹⁾ que, de cara a la solución de un conflicto concreto, ha debido establecer, en primer lugar, si existe un nexo entre discapacidad y enfermedad, dado que esta al igual

(38) Cfr., art. 26 de la Carta.

(39) "Rehabilitation and integration of people with disabilities: policy and legislation - Informe del Comité para la rehabilitación y la integración de las personas con discapacidad", Strasburgo, *Publicación del Consejo de Europa*, 2003, 225 ss.

(40) El ISTAT adopta la definición de discapacidad propuesta por la Organización Mundial de la Salud en la "Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías" (1980). El aspecto central de esta clasificación es la secuencia de definiciones que lleva desde la deficiencia a la minusvalía: la deficiencia es el daño biológico que a una persona le queda como secuela de una enfermedad (congénita o no) o de un accidente; la discapacidad es la imposibilidad de efectuar las actividades normales de la vida cotidiana como consecuencia de una deficiencia; la minusvalía es la desventaja social que deriva de tener una discapacidad.

(41) Cfr., Tribunal de Justicia 11.7.2006, causa C 13-05 *Chacon Navas c. Eurest Colectividades SA*.

que la discapacidad puede dar lugar a limitaciones físicas y, en segundo lugar, si en aquellos casos en los que se comprueba la existencia de una enfermedad el trabajador deba ser protegido incluso sobre la base de la prohibición de no discriminación por razón de discapacidad. El conflicto había surgido del despido de una trabajadora en situación de baja por enfermedad desde hacía ocho meses en espera de ser operada; la enfermedad había ocasionado la ausencia total del trabajo, que de acuerdo con la información facilitada debería prolongarse aún por bastante tiempo. El tema en discusión no era la ilicitud del despido, sino su calificación: la readmisión de la trabajadora sólo tendría lugar si el despido se consideraba discriminatorio. A la hora de afrontar el primer aspecto, es decir la existencia o no de una relación de causalidad entre discapacidad y enfermedad, el Tribunal ha debido enfrentarse a la noción o, mejor, se diría a la ausencia de una noción comunitaria de discapacidad. De acuerdo con el Tribunal -que en este punto sigue el razonamiento del Abogado general- la noción de discapacidad debe distinguirse de la de enfermedad (parágrafo 44), incluso cuando el estado de enfermedad sea crónico (parágrafo 46).

La confusión entre ambas nociones puede producirse sólo cuando en el curso de "*una enfermedad se pongan de manifiesto limitaciones funcionales de larga duración, que deben ser consideradas como una minusvalía prescindiendo incluso de la enfermedad que puede prolongarse aún más*". Es evidente que el modelo de discapacidad asumido por el Tribunal se basa en una concepción netamente médico individualista, descartando cualquier tipo de influencia de otros modelos, principalmente el de carácter social⁽⁴²⁾.

De la ausencia de una precisa y unívoca definición comunitaria de discapacidad se derivan más consecuencias. Por lo general las leyes son textos dirigidos a comunicar un concepto, una noción, y es por tanto obvio que la palabra escrita deba reflejar fielmente el concepto que pretende comunicar. Desde este punto de vista la normativa comunitaria sobre el tema de la discapacidad carece de coherencia, existiendo un evidente salto lógico entre el término utilizado y el concepto que se pretende transmitir.

VIII. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA: SOLUCIONES RAZONABLES PARA LOS DISCAPACITADOS

La Directiva 2000/78/CE subraya, también en relación con el factor de la discapacidad, principios estructurales "consolidados", aplicando los conceptos de discriminación -directa e indirecta- y de acoso, y extendiendo también a este factor las posibles justificaciones objetivas. La Directiva excluye así que puedan resultar afectados los regímenes de seguridad social y de protección social y, del mismo modo, prevé que pueden establecerse excepciones al principio de igualdad en el contexto de las fuerzas armadas, así como de las fuerzas de policía, servicios penitenciarios, etc.

La Directiva limita su ámbito de aplicación al empleo y a la vida laboral, dejando al margen algunas áreas que son particularmente importantes. Siguiendo al considerando 11 de la Directiva, en el que se afirma que la discriminación -también la basada en la discapacidad-

(42) Para una clara y precisa definición de los diferentes modelos, v., Bames, *Capire il modello sociale della disabilità*, in *Intersticios - Revista sociologica de Pensamento crítico*, 2, 2008, 87 ss.

puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular la consecución de un elevado nivel de empleo y de protección social, no se regulan las situaciones que puedan preceder al status de ocupado (formación dirigida a proporcionar al discapacitados conocimientos que le permitan participar en la selección, etc.), conductas que en el área de la discapacidad tienen una importancia mayor que en otros ámbitos. La Directiva tiene únicamente en cuenta las exigencias relacionadas con el puesto de trabajo, imponiendo la adopción de las medidas adecuadas -que en la mente del legislador europeo significan medidas eficaces y factibles- para adecuar el puesto de trabajo en función de la discapacidad⁽⁴³⁾.

En relación con la previsión del art. 5 -"ajustes razonables para las personas con discapacidad"- ello implica que el empresario tiene la obligación de adoptar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder a u ocupar un empleo, progresar profesionalmente, o recibir formación, salvo que dichas medidas supongan una carga excesiva para el empresario; la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas política social relativas a la discapacidad. La Directiva, por lo demás, no clarifica cuando un incumplimiento deba o pueda ser considerado una forma de discriminación. Contrariamente a lo previsto en la primera versión de la misma, falta una vinculación con el art. 2, esto es, la disposición normativa que describe los diversos tipos de discriminación: directa, indirecta y acoso.

Por lo demás, la Directiva es más bien vaga⁽⁴⁴⁾: en ella se identifican diversas características que deben connotar el comportamiento del empresario, pero no se especifican los aspectos sustanciales que deberían precisamente concretar esos parámetros. Por ejemplo, el art. 5 afirma que para garantizar el respeto al principio de igualdad de trato de los discapacitados deben preverse "soluciones razonables" y establece, como único límite de la razonabilidad, la proporcionalidad de la carga económica que el empresario debería asumir para aplicar dicha solución. La referencia únicamente al parámetro económico no puede por sí misma ser exhaustiva de cara a determinar la razonabilidad de una solución. Más allá de la razonabilidad de la carga económica deberá valorarse también la razonabilidad práctica de la eventual solución.

¿Puede considerarse razonable una solución cuya aplicación pueda perjudicar a otros trabajadores? También se deberá juzgar la razonabilidad jurídica de la solución. ¿Puede considerarse irrazonable la imposibilidad de llevar a cabo una reestructuración por tratarse de un empresario que no es propietario, sino mero arrendatario de los locales de la empresa? Es evidente que la precisa delimitación de la obligación de eliminar las barreras para los trabajadores discapacitados no depende sólo -como podría deducirse de una lectura formal del art. 5- de la entidad de la carga que eventualmente pueda soportar el empresario, sino también de otras circunstancias relativas a la actividad laboral o a la situación en la que se encuentra la empresa.

Queda por definir aún el concepto de razonabilidad en relación al parámetro económico. El hecho de que la Directiva se limite a decir que es razonable una solución que no suponga una carga económica desproporcionada podría significar que a través de la misma se pretende

(43) Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, 107.

(44) Quinn, *Disability Discrimination Law in the European Union*, in Meenan H. (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge University Press, 2007, 231 ss.

obligar al empresario a proporcionar formación al trabajador. Esta obligación recae sobre el legislador nacional y no sobre el legislador europeo. La normativa europea obliga a los Estados miembros a proporcionar formación de edificios ya que la discriminación con cualquier otra cosa se materializa en la formación proporcionada.

El empresario tiene la obligación de facilitar de forma adecuada la formación. Esta obligación recae sobre el legislador nacional y no sobre el legislador europeo. Los tribunales locales empresariales determinan la forma de ayuda a estar en condiciones de requerir formación profesional en la organización de la empresa.

Finalmente, la Directiva establece una específica obligación de proporcionar formación a los trabajadores discapacitados. Además, las autoridades nacionales deben garantizar el acceso a una formación adecuada. La Directiva conlleva una obligación de proporcionar formación en relación con la seguridad y la salud en el trabajo.

IX. INS CIT

La transposición de la Directiva podría consistir en la modificación del derecho laboral y del derecho de la seguridad y de la salud en el trabajo previa de esta

(45) Barbera

(46) Cfr. Ca 99.

(47) Barbera

(48) Saulle, *Discriminazioni*

obligar al empresario a eliminar de forma preventiva cualquier barrera de acceso al lugar de trabajo. Esta conclusión no puede admitirse, pues la Directiva, aun imponiendo obligaciones al legislador nacional, no puede desconocer el derecho de propiedad protegido tanto por la normativa europea como -de manera más fuerte aún- por el derecho constitucional de varios Estados miembros. La construcción de nuevos edificios o la reestructuración o modificación de edificios ya existentes no deben garantizar la accesibilidad general de las personas en relación con cualquier clase de discapacidad que les puedan afectar: la obligación general del art. 5 se materializa únicamente en un "caso concreto" y frente a una carga económica no desproporcionada.

El empresario, en ausencia de una concreción de la obligación, no deberá, por tanto, modificar de forma preventiva el lugar de trabajo para adaptarlo a las exigencias del discapacitado. Esta obligación general deberá considerarse razonable solo en el supuesto de locales abiertos al público, a los cuales todo el mundo deberá poder acceder, pero no en el supuesto de locales empresariales a los que puedan acceder sólo los trabajadores. ¿Pero qué indicadores determinan la proporcionalidad de la carga? El considerando 21 de la Directiva puede servir de ayuda a estos efectos al indicar que para valorar la proporcionalidad de la carga es necesario "tener en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo" que las medidas requeridas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de recursos total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda". En otras palabras, la proporcionalidad de la carga dependerá de la disponibilidad financiera de la empresa.

Finalmente, la Directiva no clarifica si "la solución razonable" debe ser considerada como una específica y bien definida forma de acción positiva. Desde el momento en el que, por lo demás, las adaptaciones razonablemente necesarias para permitir a una persona discapacitada acceder a un empleo o ejercer una función constituyen una medida obligatoria⁽⁴⁵⁾, parece difícil calificar ese comportamiento como una forma de acción positiva⁽⁴⁶⁾. El art. 7.2 de la Directiva confirma esta interpretación al dejar a los Estados miembros la posibilidad de adoptar "en relación con los discapacitados" acciones positivas "en relación con la protección de la seguridad y la salud en el trabajo" o "dirigidas a crear o mantener disposiciones o instrumentos con el objetivo de proteger o promover su inserción en el mundo del trabajo".

IX. INSERCIÓN E INTEGRACIÓN LABORAL DE LOS DISCAPACITADOS EN EL DECRETO 216/2003: EL TEMA AUSENTE

La transposición de la Directiva 2000/78/CE al derecho italiano se ha producido en lo que podría considerarse "el ámbito general" a través del D.Leg. 216/2003, sin afectar al ámbito laboral y del empleo, cuya regulación sigue siendo la Ley 68/1999. Precisamente la existencia previa de esta norma⁽⁴⁷⁾, así como de la Ley 104/1992⁽⁴⁸⁾, explica que el legislador no tuviera

(45) Barbera, cit., 109.

(46) Cfr. Calafà, *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell'uguaglianza*, en *Lav. dir.*, 2005, 99.

(47) Barbera, cit., 2, véanse también los trabajos preparatorios del D. Leg. núm. 216/2000.

(48) Saulle, *Directive europee e politiche antidiscriminatorie*, en *Affari sociali internazionali*, 2004, 60; Belli, *La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006*, Milano, 2007, 76.

que transponer el art. 5 de la Directiva, dejando sin resolver todas las cuestiones que se plantean en relación con estos aspectos, en particular las relativas al cumplimiento de la obligación a la que se refiere el art. 5 de la Directiva: se trata, como ha sido correctamente observado, de una clara "excepción de las reglas generales de los decretos que en general transponen las Directivas de forma literal"⁽⁴⁹⁾.

Si el silencio respecto a las soluciones razonables a adoptar constituye una innegable laguna normativa que deberá colmar el juez "recuperando el valor preceptivo de la regla contenida en el art. 5, apart. 2º, de la Directiva relativa a la obligación de interpretación conforme"⁽⁵⁰⁾. Precisamente en relación con este aspecto, la Comisión ha abierto un procedimiento de infracción contra el Estado italiano, lo que provocará una intervención del Tribunal de Justicia. En concreto, a la Comisión no se le ha escapado que el ordenamiento italiano no ha introducido, ni tenía previamente, una norma general que imponga al empresario la realización de ajustes razonables para los discapacitados de cualquier tipo y en relación con todos los aspectos del empleo⁽⁵¹⁾.

Por lo demás, la transposición de la Directiva se ha efectuado de forma incompleta también desde otros puntos de vista. El D.Leg. 216/2003, de hecho, ni siquiera toma en consideración la invitación dirigida a los Estados miembros por el art. 7 para que se adopten medidas concretas y planes de acción positiva que hagan plenamente compatibles el particular estatus de un discapacitado y su inserción en el mundo del trabajo⁽⁵²⁾. Incompleta, y también contradictoria, si se tiene presente que el art. 1 del Decreto declara que su finalidad es la adopción de las "medidas necesarias" para evitar los variados fenómenos de discriminación y, por tanto, parece que pretende perseguir activamente un objetivo de igualdad sustancial.

La relación del Gobierno alude a estas carencias al afirmar, en respuesta a una supuesta superficialidad de la transposición de la Directiva, que dichas medidas están ya previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Parece más lógico pensar, sin embargo, que la decisión de no transponer la Directiva comunitaria en lo relativo a acciones positivas y a la adopción de medidas específicas se deba a la explícita voluntad del Gobierno de no aumentar el gasto público.

Por el contrario, en la Directiva europea toda la construcción del sistema de protección de los discapacitados gira precisamente alrededor del mecanismo de las acciones o medidas razonables. El considerando 6 confirma esta tesis al poner de relieve que ya la Carta comunitaria de derechos fundamentales de los trabajadores reconocía "la importancia de luchar contra cualquier forma de discriminación, incluyendo la necesidad de aplicar acciones apropiadas para lograr la integración social y económica de las personas de edad avanzada y de los discapacitados". Esa idea se repite en el considerando 8 al indicar que "las líneas directrices de la política de empleo para el año 2000 aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki del 10 y 11 de diciembre de 1999" reafirman la necesidad de promover un mercado de trabajo que facilite la inserción social a través de un conjunto coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación en relación con grupos sociales como el de los discapacitados». En los consi-

(49) *Simoni*, cit., 12.

(50) *Barbera*, cit., 81.

(51) V., procedimiento de infracción IP/09/1620

(52) *Gerbino*, *L'inserimento lavorativo di persone con disabilità. Analisi di un ambito territoriale*, en *Id.*, *L'integrazione possibile. Formazione, accesso al lavoro, politiche sociali per le fasce deboli*, Roma, 2007, 113 ss.

derandos :
considerar
de las per
la hora de
de forma
eficaces y
tando por
nes o prov
ma todo l
CEE, de 2
un marco
pleo y de
1999 rela
la importa
nimiento
minusváli

X. S
C

Las id
tela antid
tente en
contra las
lidad del
ción com
larmente
con las di
Estados (l
tivos com
ver los ob
lugar, que
principal
objetivo
mente in
no discrim
de la uni
ción del
igualdad.
El Tribu
yando qu
ción ecor

(53) De
Equi
do

(54) Ca

derandos sucesivos se especifican más aún las características que deben tener esas medidas; el considerando 16 pone de relieve que "la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en los lugares de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por razón de discapacidad"; el considerando 20 añade, de forma aún más detallada, la necesidad de "establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, adaptando por ejemplo las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre"; a continuación el considerando 27 retoma todo lo dicho con anterioridad al indicar que "el Consejo, en su Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad estableció un marco de orientación que enumera ejemplos de acciones positivas para el fomento del empleo y de la formación profesional de los minusválidos, y en su Resolución de 17 de junio de 1999 relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías afirmó la importancia de prestar una atención específica, en particular, a la contratación, al mantenimiento de los trabajadores en el empleo y a la educación y formación permanente de los minusválidos".

X. SOBRE LAS POSIBILIDADES DE EVOLUCIÓN DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Las ideas desarrolladas con anterioridad ponen de relieve la centralidad del tema de la tutela antidiscriminatoria en el derecho europeo más reciente y reflejan el debate jurídico existente en relación con las técnicas de regulación más eficaces respecto al objetivo de lucha contra las discriminaciones. Las observaciones anteriores confirman, por una parte, la centralidad del principio de no discriminación en el debate europeo, y subrayan, por otra, la función complementaria que este principio desempeña en relación con otros "intereses" particularmente valiosos como los "intereses públicos" que en el derecho comunitario se identifican con las disposiciones del Tratado que promueven la integración económica de los diferentes Estados ("el principio puede considerarse como un instrumento para la consecución de objetivos comunitarios específicos, [...] promover la igualdad de trato como un medio para remover los obstáculos a la consecución del mercado único")⁽⁵³⁾. Todo ello demuestra, en primer lugar, que en el contexto europeo el principio de no discriminación, además de la finalidad principal de eliminar las desigualdades ante la ley, persigue también, de forma inevitable, el objetivo económico de suprimir una serie de distorsiones de la competencia que son absolutamente incompatibles con la filosofía de base del mercado único (piénsese por ejemplo en la no discriminación entre productores y consumidores); y, en segundo lugar, que los objetivos de la unión Europea van más allá de los meramente económicos y se extienden a la protección del modelo social europeo, del que forman parte también los aspectos vinculados a la igualdad. El ejemplo más importante se refiere a la discriminación por razón de nacionalidad. El Tribunal de Justicia afronta la doble naturaleza del art. 18 TFUE (ex art. 6 TCE)⁽⁵⁴⁾ subrayando que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad promueve la integración económica de la Comunidad y demuestra que la Comunidad no es sólo económica, sino

(53) De Búrca, *The Role of Equality in European Community Law*, en A. Dashwood and S. O'Leary (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, A collection of Papers by the Centre for the European Legal Studies (Cambridge), London, 1997, 23-24.

(54) Causas conjuntas C-92 e C-326/92 in Racc. I, 5145, es el conocido como caso Phil Collins.

"un proyecto común en el que todos los ciudadanos de Europa pueden participar como individuos...".

Pero lo que debería ser el intento más destacado del debate en curso se relaciona con una lectura crítica de la disciplina que uniformiza las discriminaciones, esto es, una crítica de la idea consistente en que todas las formas de discriminación deban ser tratadas conjuntamente y de igual modo. Por otra parte, las directivas que integran el cuadro antidiscriminatorio, respetando la estructura y el uso de las mismas formulaciones en las partes comunes, permiten la identificación de partes diferenciadas constituidas por disposiciones que tienen un porcentaje mayor de especificidad⁽⁵⁵⁾. Se tratará por tanto de comprender si la recomposición del marco normativo europeo permite volver sobre los conceptos de igualdad y discriminación -conceptos que, como es sabido, tienen contenido y valor diverso- teniendo en cuenta que los mismos no son siempre tratados de forma simple en el debate postmoderno. Se dejan aquí de lado las hipótesis en las que la rendición frente a un concepto simple de igualdad no sea una decisión deliberada. Nos referimos con ello a la ley francesa sobre la eliminación de los símbolos religiosos en la que aflora la adopción del concepto originario de igualdad que, tal como se elaboró en la época de la Revolución Francesa, no presentaba particulares aspectos de complejidad.

En el debate postmoderno, sin embargo, los conceptos de igualdad y no discriminación encierran una especial complejidad. Así, es razonable afirmar, en primer lugar, que el esfuerzo definitorio del legislador comunitario se dirige a dar sentido a una variedad de actos jurídicos a veces desconcertantes; ello no constituye, en segundo lugar, un obstáculo para que estas categorías sean permeables, de tal forma que los avances en una categoría repercutan positivamente en las demás; y, en tercer lugar, que los principios subyacentes a cada una de las categorías legalmente definidas pueden entrar en conflicto entre ellos, requiriendo eventuales decisiones por lo que se refiere a la prioridad entre las diferentes categorías.

En el caso de que se responda positivamente a la primera duda interpretativa -complejidad o no del concepto- es preciso comprobar también si de la complejidad del concepto se pueden extraer consecuencias diversas incluso en relación con el aspecto colateral de los medios de tutela, que en el contexto comunitario y, por tanto, también en el nacional son los mismos para cualquier tipo de discriminación. Sobre este aspecto, por lo demás, la misma doctrina se pregunta, aun poniendo de relieve el uso tendencialmente uniforme de las técnicas tanto definitorias como procesales aplicadas en relación con las diferentes causas de discriminación, y después de haber criticado el carácter casi mecánico con el que el legislador se aproxima a las nociones de discriminación directa e indirecta en los diferentes ámbitos normativos, cómo pueden coexistir disposiciones diferentes que tienen ámbitos comunes⁽⁵⁶⁾.

En este contexto, el trabajo sobre los conceptos permite captar en qué medida la dificultad de establecer mecanismos de protección diferentes se relaciona con la idea, bastante ex-

(55) *Gottardi, Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte: le transizioni*, en *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2003, 454.

(56) *Gottardi*, cit., 453; *Mark Bell e Lisa Waddington, Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, id., 396. Para estos autores "las razones por las que una mujer embarazada o los trabajadores discapacitados requieren ciertas facilidades son igualmente válidas para las personas que pertenecen a una minoría religiosa, y sin embargo estos trabajadores no tienen derecho a una protección análoga".

tendida -ras-
tos de dere-
leyes que p-
tanto, la di-
principio de
desigualdad
ne que ser i-
gualdades a

Con el
mecanismo
deban ser
plantear la
discriminac
por tanto,
ción de las
personas y
identitario

En este
en los Dec
para ser re-
nas semeja
un nuevo
Esta dimer
como el "c
propio de l

De este
ción activ
autoridade
igualdad d
evidente c
caso las fo
de protecc
ción posit
única, en

(57) Di P
si fu
una
ciar
nes
tos

(58) V. l
200
tod
apa
ción

(59) V.,

tendida -rastros de este enfoque se encuentran también en otros estudios⁽⁵⁷⁾ de que los sujetos de derecho sean todos iguales ante la ley y, por tanto, sujetos de derecho abstracto. Las leyes que protegen al sujeto abstracto niegan, en la práctica, la realidad de los hechos y, por tanto, la diversidad del sujeto mismo, haciendo de la discriminación una mera violación del principio de igualdad ante la ley. De acuerdo con esta lógica no hay espacio para combatir la desigualdad a través de técnicas de tutela diversas: si todos son iguales, el medio de tutela tiene que ser necesariamente igual para todos, de otra forma se terminaría por combatir las desigualdades a través de nuevas discriminaciones.

Con el objetivo de superar este obstáculo cabe plantear como hipótesis la adopción de un mecanismo interpretativo diferente que no conduzca a pensar que las nociones y remedios deban ser necesariamente tratados todos de la misma forma⁽⁵⁸⁾. Sin embargo, para poder plantear la hipótesis de un modelo de tutela diferente, es necesario partir del concepto de no discriminación, teniendo en cuenta que de la consideración primaria del interés público y, por tanto, de las finalidades propias de la ideología del libre mercado, se pasa a una valoración de las características particulares (por ejemplo, la raza, el sexo, etc.) de ciertos grupos de personas y, por tanto, al intento de evitar discriminaciones subjetivas basadas en criterios identitarios.

En este contexto -y este dato no ha sido recogido pacíficamente en nuestro ordenamiento en los Decretos Legislativos de 2003, aunque sí lo haya sido en otros- las formas de tutela, para ser realmente eficaces, parece que deben ir más allá del principio en base al cual personas semejantes deben ser tratadas del mismo modo, para llegar eventualmente a configurar un nuevo principio límite conforme al cual personas diferentes no deban ser tratadas igual. Esta dimensión de la igualdad debería recibir un nuevo impulso hasta llegar a ser considerada como el "contenido", si se puede utilizar esta expresión, del "nuevo" principio de igualdad⁽⁵⁹⁾ propio de las directivas comunitarias.

De este modelo deriva uno sucesivo en el que la igualdad es concebida como una promoción activa de la igualdad de oportunidades de grupos particulares. En este contexto algunas autoridades públicas tendrían el deber de adoptar medidas activas para promover una mayor igualdad de oportunidades y acciones positivas dirigidas a grupos específicos de personas. Es evidente que se trata de un desarrollo sucesivo del concepto de status. Pero mientras en este caso las formas de igualdad a las que se ha aludido pueden ser múltiples y comprender medios de protección diferentes, no necesariamente coincidentes con las acciones positivas, la acción positiva debería ser la forma de tutela privilegiada e incluso, en vía de principio, hasta única, en el sentido de que debería ser legalmente obligatoria. Se podría, por tanto, decir que

(57) Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro si amplia l'area dei divieti*, en *Leggi civ. comm.*, 2003, 856 "pero incluso si fuese posible, en relación con una misma característica del trabajador delimitar de forma clara los límites entre una disciplina y otra con la consiguiente identificación de los respectivos ámbitos de protección, hay que pronunciarse sobre la viabilidad de los diferentes mecanismos de reacción frente a la violación de las diferentes prohibiciones, así como sobre los mecanismos sancionadores que el derecho prevé en relación con cada uno de los supuestos previstos".

(58) V. Una alusión en Bellocchi, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, 180 "¿por qué motivo la identidad sexual y la identidad religiosa deberían tener la misma protección? No todas las diferencias merecen una atención similar o una atención igual, incluso si están incluidas en el art. 3, apartado 1º, garantías mayores o menores en función de una diferente valoración de las exigencias de protección".

(59) V., con anterioridad, el Tribunal de Justicia en el caso Defrenne.

en relación con los sujetos vinculados por este deber existe la carga de valorar si la adopción por su parte de medidas de acción positiva promueve la igualdad de oportunidades y, en caso de que sea así, deberían ineludiblemente aplicar tales medidas⁽⁶⁰⁾.

Parece bastante evidente que con este enfoque se va hacia la admisión y el consiguiente reconocimiento del papel central de la *identidad*, entendida prevalentemente en el sentido "comunitario", como punto de referencia de las medidas de tutela jurídica. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en mi opinión, se trata de un enfoque que requiere una reflexión teórica más profunda tanto para comprobar la compatibilidad con nuestra tradición jurídica reciente como, en el caso de que se dé una respuesta positiva al primer interrogante, para valorar su capacidad expansiva también en el plano de la configuración por nuestra normativa de recepción de supuestos concretos de protección jurídica. Si la *diversidad* se convierte en la palabra clave del debate general, la incapacidad para dar la debida importancia a identidades diferentes puede ser vista como una forma de "monoculturalismo" o de pensamiento único.

La resp mentos. Al

El preser
Berta Vald
a principios
dar respuest
cepto de RS
nalizar las p
público y/o
de los fenó
te prolifera
la luz sobre
que vienen
sociales y r

Los au
atención d
ción inter
dos en la c
trinal que
mada "gol
sión macr
ferente la
a la credil

Como
da puesto
muy difer
RSE. Un
muy fidec
llado en t

1. En
transnac
2008, es
ciudad, e
forma es
incorpor
vel naci

(60) *Barnard, The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?*, in *McGill Law Journal*, 2001, 955 ss., observa correctamente que la Directiva que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la Directiva que aplica el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico "no tienen como objetivo central la consecución de la condición de igualdad en el sentido redistributivo más amplio y dirigido principalmente a los resultados".