

# Las Justificaciones de las Discriminaciones

Marie-Ange Moreau  
Profesora de la Universidad de Aix-Marseille III



# Index

1.	El Marco Jurídico de las Justificaciones .....	161
1.1	Las cualidades de las justificaciones .....	161
1.1.1	El carácter objetivo de la justificación .....	162
1.1.2	La finalidad del empresario .....	163
1.1.3	El carácter necesario y proporcionado de los medios empleados .....	164
1.2	Las justificaciones preestablecidas .....	165
1.2.1	El requisito profesional esencial y determinante .....	165
1.2.2	Las justificaciones específicas .....	166
2.	El Control Judicial de las Justificaciones .....	168
2.1	El modo de intervención del juez nacional .....	168
2.1.1	La admisión de justificaciones generales .....	169
2.1.2	La exigencia de una prueba de la justificación convincente .....	169
2.2	El replanteamiento de la intervención del juez nacional .....	172
Notes	.....	176



# Las Justificaciones de las Discriminaciones

Marie-Ange Moreau

La adopción del artículo 13 del Tratado de Amsterdam es, sin lugar a dudas, una etapa esencial de la construcción comunitaria: permitió la integración, en el Tratado, de la jurisprudencia necesaria del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) relativa al principio de la igualdad de trato<sup>1</sup>, y demuestra la voluntad de la instancia legislativa comunitaria de ampliar las causas de discriminación condenadas por el derecho comunitario: origen racial, origen étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. La instancia legislativa comunitaria se comprometió, por tanto, a aplicar una política general de lucha contra las discriminaciones en la Unión Europea, en todos los ámbitos de la política comunitaria.

El derecho a la igualdad ante la ley y a que toda persona esté protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son signatarios todos los Estados miembros. Por otra parte estos principios están inscritos y/o aplicados en todas las Constituciones de los países de la Unión que cuentan con ella<sup>2</sup>.

El ámbito de las relaciones laborales sigue siendo, evidentemente, el ámbito principal de lucha contra la discriminación.

Se puede afirmar que la jurisprudencia construida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito de la igualdad de trato de trabajadores femeninos y masculinos es el punto de apoyo del desarrollo del derecho comunitario en el ámbito de la lucha contra las discriminaciones y de la igualdad de trato: ha permitido la emergencia de principios generales de derecho comunitario y el perfeccionamiento de conceptos clave para la aplicación del principio de igualdad de trato, así como el de discriminación indirecta<sup>3</sup>.

La adopción de las dos Directivas, con fecha del 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y del 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, suponen al mismo tiempo una continuidad de la jurisprudencia anterior y puntos de inflexión esenciales en la política comunitaria: las discriminaciones no son tratadas de manera absoluta, como se habían tratado desde el Tratado de Roma las discriminaciones fundadas en la nacionalidad, sino de manera relativa: las diferencias de trato son tratadas jurídicamente basándose en una acepción diferenciada de éstas y de las causas que justifican tales discriminaciones.

El enfoque adoptado por el derecho comunitario interacciona con los derechos internos de los Estados miembros<sup>4</sup> y las controversias creadas por las distintas lógicas de igualdad, formal o concreta, y el “dilema de la diferencia”<sup>5</sup>.

Se basa en la necesidad de comprender especificidad desespecíficamente las causas de las discriminaciones y de adoptar un procedimiento común de lucha contra estas últimas.

Está organizada al mismo tiempo en torno a un reconocimiento general de las discriminaciones directas e indirectas, una inversión de la carga de la prueba y la aceptación de las acciones positivas.

Es evidente que la evolución del derecho comunitario está marcada por la creciente importancia adquirida por las justificaciones que la parte demandada debe presentar para evitar una condena basada sobre una causa de discriminación: esta importancia creciente del papel de las justificaciones se debe principalmente a la propia noción de discriminación indirecta: se trata, según la definición presente en los textos de las últimas Directivas, de “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros [que] sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”<sup>6</sup>.

Evidentemente, el papel del factor justificativo se encuentra a continuación en el centro de la evolución del derecho comunitario en torno a la carga de la prueba. Los Estados miembros deben adaptar su ordenamiento jurídico nacional a los principios fijados en las distintas Directivas de derecho comunitario relativas a las discriminaciones<sup>7</sup>: “Cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato, presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponde a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

Esta prueba se basa, por lo tanto, en las justificaciones que el empresario pueda presentar.

Finalmente, los derechos internos en materia de discriminación están en plena evolución, puesto que la Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo ha entrado en vigor<sup>8</sup>. Las dos Directivas de 2000 están actualmente en curso de transposición en los distintos Estados miembros. En Francia, la ley del 16 de noviembre de 2001 efectuó dicha transposición. La jurisprudencia ofrece algunos ejemplos de cómo se tratan las justificaciones, en particular en materia sindical<sup>9</sup>.

El enfoque de las discriminaciones construido voluntariamente en torno a la relatividad de las diferencias, es demasiado reciente para poder analizar sistemáticamente la evolución de los derechos nacionales, incluso aunque las Directivas del año 2000 ya han sido transpuestas en ciertos países donde, como en Francia, se ha procedido a la aplicación anticipada de las normas comunitarias: la cuestión de más actualidad es, más bien, intentar saber si, en un futuro, el juez nacional conservará o no una libertad total de apreciación de las justificaciones.

Esta cuestión es, evidentemente, esencial, puesto que al aceptar la justificación del comportamiento o del acto del empresario, el juez deberá arbitrar entre los

valores de la protección de la persona y los valores del mercado, que por lo general son el centro de las justificaciones del empresario.

La admisión de una justificación permite, de alguna manera, un “perdón de la discriminación”<sup>10</sup>.

Puesto que el derecho comunitario enmarca las prácticas jurídicas nacionales, resulta útil estudiar la construcción llevada a cabo por el Tribunal de Justicia sobre las normas de control de estas justificaciones, normas que figuran en las Directivas y que han sido adaptadas o circunscritas para cada causa de discriminación (I).

Una vez definido el marco de cualidades de las normas judiciales, será preciso analizar en qué modo estas justificaciones deben incluirse en las prácticas judiciales, en torno a ciertas preguntas (II): ¿Se puede, en la actualidad, construir una política judicial europea de lucha contra las discriminaciones? ¿Pueden los jueces edificar una coherencia a partir de los objetivos económicos y sociales del Tratado, en el marco de la lucha contra las discriminaciones en el plano comunitario? ¿Son suficientes las normas de control actuales de las justificaciones para garantizar el respeto de los objetivos del derecho comunitario?

## 1. El Marco Jurídico de las Justificaciones

En la medida en que las Directivas 2000/43 del 29 de junio de 2000 y 2000/78 del 27 de noviembre de 2000 se inscriben en una continuidad, las normas emitidas por el Tribunal de Justicia en el marco de la aplicación de la igualdad de trato entre trabajadores masculinos y femeninos son guías obligadas de interpretación: ya se trate de las normas emitidas para calificar las discriminaciones indirectas o de la aplicación de las normas sobre la distribución de la carga de la prueba, el enfoque comunitario es idéntico, puesto que los nuevos documentos vuelven a mencionar, en la definición de la discriminación indirecta, la intervención de la justificación, e igualmente, en cuanto a la carga de la prueba, remiten al empresario la prueba de una justificación.

Incluso si no se recurre a la justificación en el mismo marco ni en el mismo momento, en el contencioso de la discriminación, tiene una función idéntica, lo cual explica que los jueces la consideren a partir de los mismos criterios de referencia<sup>11</sup>.

Podemos observar que el Tribunal de Justicia ha establecido las cualidades generales que deben tener las justificaciones presentadas por el empresario (1-1) sin tener en cuenta la naturaleza económica de la justificación o su origen; los textos prevén igualmente justificaciones generales, que se consideran verdaderas excepciones (1-2).

### 1.1 Las cualidades de las justificaciones

En la sentencia *Bilka*<sup>12</sup>, el TJCE indicó que, cuando se pruebe que un grupo estadísticamente identificado es objeto de una disposición desfavorable, el empresario puede demostrar que la medida causante está justificada si obedece a una finalidad legítima, ajena a cualquier discriminación, a partir de medios que respondan a un verdadero requisito de la empresa, necesario y proporcionado. Las Directivas mencionan los mismos criterios: las justificaciones deben ser objetivas, justificadas por una finalidad legítima, y aplicadas con medios adecuados y necesarios.

### 1.1.1 El carácter objetivo de la justificación

Implica evidentemente que la justificación no sea subjetiva, y por lo tanto no vinculada a la propia persona: en otras palabras, en el momento que la justificación alegada por el empresario puede vincularse a una característica del individuo, puede ser discriminatoria, en especial en el ámbito de las discriminaciones indirectas en el que el grupo identificado es siempre un grupo calificado, casi siempre estadísticamente<sup>13</sup>, incluso si en las nuevas Directivas sólo tiene que ser identificable.

De esta manera, el Tribunal no ha aceptado que el empresario alegue la mala calidad del trabajo de las mujeres (porque son mujeres...)<sup>14</sup>.

La exigencia de un criterio objetivo tiene por fin evitar diferencias en las apreciaciones judiciales. Evidentemente, esta exigencia se remite a las razones “económicas objetivamente justificadas” extraídas del estado del mercado laboral o de la situación económica de crisis en un mercado. Estas razones pueden extraerse de la gestión de la empresa<sup>15</sup> o de Directivas previstas por la legislación nacional: la disposición es objetiva si “forma parte de un conjunto de medidas cuyo objeto es mitigar las trabas que afectan a las pequeñas empresas, que desempeñan un papel esencial en (...) la creación de empleo”<sup>16</sup>.

El criterio objetivo debe, por definición, ser ajeno a cualquier discriminación: esta afirmación, que parece evidente, es no obstante recalcada por el Tribunal, ya que en los casos de discriminación indirecta, a menudo se identifican mal las etapas del razonamiento entre la fase de identificación de la presunción de discriminación contra un grupo (por ejemplo trabajadores a tiempo parcial que son mujeres) y la justificación alegada por el empresario (necesidad de tiempo parcial debido a necesidades de flexibilidad)<sup>17</sup>: por ello, puede aparecer fácilmente una confusión entre los dos cuando se trata de pronunciarse sobre el derecho de mantenimiento del salario en caso de enfermedad que sólo se concede a los trabajadores que efectúan un número mínimo de horas por mes o por semana<sup>18</sup>, o en caso de una diferencia de remuneración calculada en función de la antigüedad, para los trabajadores que cuentan con un número de horas suficiente<sup>19</sup>. El empresario sabe que el grupo de trabajadores privados de esta ventaja está compuesto principalmente por mujeres, pero la justificación siempre estará vinculada a la necesidad de favorecer a los trabajadores comprometidos fuertemente con la empresa.

Esta norma sobre el criterio objetivo permite, por lo tanto, aceptar cualquier causa: de esta manera, en la sentencia *Enderby*<sup>20</sup>, la situación del mercado laboral se admitió como justificación de una diferencia de remuneración entre los trabajadores masculinos y femeninos. En otras sentencias se alegaron igualmente elementos relacionados con la mano de obra, el requisito de destreza o de flexibilidad de los horarios de trabajo<sup>21</sup>, el ascenso en el empleo o la formación profesional<sup>22</sup>.

Los argumentos relacionados con la gestión de la empresa y las exigencias del mercado laboral pueden, por lo tanto, ser alegados hasta el infinito. El Tribunal no concede importancia al origen de la justificación: la justificación siempre será objetiva, provenga de una elección patronal de la empresa o de un argumento procedente de la legislación nacional<sup>23</sup>, como el respeto de la política social<sup>24</sup> o la cláusula de elección social en los procedimientos de despido<sup>25</sup>.

Al insistir en la remisión de su apreciación a los jueces nacionales, en especial recientemente<sup>26</sup>, el Tribunal parece considerar que esta cualidad no es suficiente

para controlar la pertinencia de la situación, con el fin de luchar eficazmente contra las discriminaciones. La reciente<sup>26</sup> remisión de su apreciación a los jueces nacionales no es considerada por el Tribunal cualidad suficiente para controlar la pertinencia de la situación, con el fin de luchar eficazmente contra las discriminaciones.

### *1.1.2 La finalidad del empresario*

El Tribunal controla la legitimidad de la finalidad del empresario, y por lo tanto se reserva la posibilidad de apreciar su realidad y su adecuación, en función de la talla de la empresa, del sector profesional, del periodo de referencia, etc.

Este criterio, muy cercano al anterior, tiene como objetivo forzar al juez nacional a buscar los verdaderos motivos del empresario: normalmente estarán ocultos, sobre todo si están relacionados con el sexo, la religión, la edad o la orientación sexual de los trabajadores.

La justificación económica se acepta sistemáticamente, porque, por hipótesis, el desarrollo económico, en el marco de la competitividad económica en la Unión Europea, es una finalidad principal y por lo tanto legítima.

El control de la legitimidad de la justificación no evita ciertas variaciones: como en el caso Lewen<sup>27</sup>, en el que el Tribunal admitió que un empresario negase una prima a una trabajadora con permiso educativo, con el motivo de que esta prima sólo se concedía en contrapartida de la presencia del trabajador en la empresa. Es evidente que el permiso que sigue a un permiso de maternidad es utilizado principalmente por mujeres: ¿No estaría la finalidad de la prima de lucha contra el absentismo en la empresa, por muy legítima que sea, relacionada con el sexo? Esta variación, que corresponde a los titubeos que también están presentes en el derecho interno francés<sup>28</sup>, es consecuencia de los dos enfoques de la igualdad, la igualdad abstracta y la igualdad concreta.

El derecho comunitario en su conjunto, sin embargo, pretende alcanzar una igualdad concreta, y el Tribunal debería privilegiar este objetivo, especialmente claro en las nuevas Directivas.

Una vez más, podemos constatar que este control basado en la finalidad de la justificación puede permitir aceptar todas las justificaciones. En Gran Bretaña, país en el que el control judicial de las justificaciones es antiguo, se denuncia la admisión demasiado fácil de los argumentos económicos, muy ligada al entorno económico liberal, incluso ultra liberal, y la confianza que los jueces tienen en la regulación de las relaciones laborales por parte del mercado<sup>29</sup>.

El control de la finalidad tiene sin embargo una función negativa: si el empresario no convence al juez de la pertinencia de su finalidad, el juez puede fácilmente deducir que la finalidad está relacionada de alguna manera con la discriminación<sup>30</sup>. Así, en la sentencia Danfoss, el Tribunal consideró que el sistema retributivo de la empresa no podía ser admitido como justificación por su falta de transparencia. En un sistema de aumento individual de los salarios, caracterizado por una falta total de transparencia, la diferencia de trato de hombres y mujeres se considera discriminatoria.

El Tribunal obliga al empresario a justificar una elección de política deliberada cuando ésta conlleva una diferencia de trato: desde el momento en que la política aplicada no es transparente, la finalidad se podrá considerar discriminatoria<sup>31</sup>. En el régimen de la distribución de la carga la prueba, todas las políticas no

justificadas de los empresarios o basadas en unos criterios de decisión no transparentes son discriminatorias.

La Directiva del 29 de junio de 2000 impone que la finalidad sea legítima y ajena a cualquier forma de discriminación racial o étnica: se puede afirmar que el empresario tiene la obligación de probar que ha tenido en cuenta los efectos que sus medidas ocasionan en el grupo de trabajadores implicados<sup>32</sup>.

La prueba del carácter voluntario y transparente de la medida tomada por el empresario puede, además, favorecer el control del carácter necesario y proporcionado de la medida.

### *1.1.3 El carácter necesario y proporcionado de los medios empleados*

El control del carácter necesario y proporcionado de los medios empleados por el empresario permite que el juez estime su adecuación al objetivo: de esta manera, los jueces deberán comprobar que el sistema de remuneración aplicado permite efectivamente atraer a candidatos<sup>33</sup> o fidelizarlos con los sistemas basados en la antigüedad de los trabajadores que trabajan a jornada completa, que la flexibilidad de los sistemas de remuneración permite compensar la flexibilidad exigida a los trabajadores en la organización del trabajo<sup>34</sup>, y que el sistema de primas evita el absentismo<sup>35</sup>.

El control del carácter necesario de la medida permite comprobar la veracidad de ésta y evita que en las empresas se apliquen justificaciones basadas en modelos estereotipados de comportamiento<sup>36</sup>; esto impedirá que el empresario alegue indebidamente consideraciones comerciales frente a trabajadores que se sienten perjudicados por una medida de exclusión basada en la edad, en la orientación sexual o la discapacidad.

El control estricto de la exigencia de un vínculo de causalidad directa entre la justificación y el objetivo legítimo alegado por el empresario resulta de una importancia vital, en especial en todas las situaciones en las que se establece una presunción de discriminación basada en el origen racial o étnico. ¿Conducen los requisitos profesionales a excluir a trabajadores de origen magrebí de un trabajo temporal? ¿Son reales e imprescindibles los requisitos de aptitud médica para un puesto, establecidos por un médico del trabajo, que provocan el rechazo de un trabajador de piel negra? ¿Justifican los requisitos de seguridad de la empresa el que un trabajador discapacitado no reciba un ascenso? Etc.

El carácter proporcionado de los medios empleados puede reducir el perjuicio, juzgado por otra parte legítimo, ocasionado a los derechos de las personas.

La exigencia creada por este control de proporcionalidad permite controlar las elecciones patronales en el terreno de los resultados conseguidos. El equilibrio entre los intereses que se cuestionan es una técnica general de derecho comunitario<sup>37</sup> que obliga al juez a considerar si el objetivo no podía haberse cumplido empleando medios diferentes, que no causen perjuicio a los derechos de las personas<sup>38</sup>. De esta manera, la admisión a la práctica etapa jurídica, de manera preferente para los candidatos masculinos que hayan tenido que cumplir el servicio militar, no resulta desproporcionada, ya que sólo interviene durante un periodo corto de tiempo, correspondiente al retraso experimentado<sup>39</sup>.

El juez, hasta ahora, analiza la proporcionalidad a partir de la situación objetiva de la empresa, sin hacer referencia a una obligación de intervención positiva para la resolución de la situación que perjudica los derechos de las personas<sup>40</sup>.

Estas cualidades que deben presentar las justificaciones son, por lo tanto, normas de referencia que vinculan al juez nacional en su estimación de las justificaciones.

El análisis de estos calificativos muestra que el derecho comunitario fija el marco de referencia, pero que su apreciación corresponde al juez nacional. El derecho francés resulta pobre en el análisis de las justificaciones, ya que la noción de discriminación indirecta acaba de ser introducida en la ley del 16 de noviembre de 2001 y no había tenido repercusión alguna en la jurisprudencia francesa. Sin embargo, los jueces nacionales establecieron un punto de inflexión en el ámbito de las pruebas de las discriminaciones en 1999<sup>41</sup> que permite el desarrollo, muy novedoso, de un contencioso que era hasta aquel momento “inválido”, sobre todo en el ámbito de la discriminación sindical<sup>42</sup>, por la interacción existente entre el régimen de la prueba y la admisión en el fondo de la discriminación<sup>43</sup>.

Los jueces franceses, hasta ahora, no consideraban de manera sistemática el análisis de las cualidades de las justificaciones presentadas por el empresario, y se centraban en la prueba de que los argumentos alegados por el empresario son ajenos a cualquier discriminación<sup>44</sup>. Este derecho de la discriminación es muy reciente en Francia, por la gran dificultad que presenta la integración en Francia del razonamiento comunitario<sup>45</sup>.

La remisión al juez nacional de la apreciación de las justificaciones está presente igualmente en el caso de las justificaciones específicas que figuran en las dos Directivas del 29 de junio de 2000 y del 27 de noviembre de 2000.

## 1.2 Las justificaciones preestablecidas

Es importante recalcar que las dos Directivas pretenden precisar las excepciones generales. Constatamos que la instancia legislativa comunitaria no trata de manera similar las causas de discriminación: toma en consideración las exigencias económicas o las diversas situaciones sociales de los Estados miembros para prever excepciones muy amplias. Los Estados miembros pueden excluir a las fuerzas armadas del campo de aplicación de su legislación<sup>46</sup>. La excepción deducida de los requisitos profesionales<sup>47</sup> es una excepción general para todas las causas de discriminación.

Igualmente se prevén justificaciones específicas por edad y discapacidad del trabajador.

### 1.2.1 *El requisito profesional esencial y determinante*

El artículo 4 de la Directiva del 29 de junio de 2000 permite que los Estados miembros autoricen una diferencia de trato basada en un motivo discriminatorio cuando, “debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante”.

El artículo 4 de la Directiva del 27 de noviembre de 2000 está redactado en los mismos términos. Además, el objetivo debe ser legítimo y el requisito, proporcionado.

Los documentos retoman la excepción general introducida en la Directiva 76/207 relativa a la igualdad de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores masculinos y femeninos.

Sabemos que el TJCE ha interpretado muy restrictivamente el texto para favorecer el objetivo de igualdad. Originalmente, el texto sólo se dirige a la

“condición determinante” pero, en las distintas sentencias, el Tribunal ha intentado determinar los empleos para los que el sexo es realmente una condición esencial. El Tribunal ha emitido un número importante de sentencias sobre los empleos en el marco de la policía, de las fuerzas armadas y de las fuerzas de intervención de urgencia. Nos consta que ha restringido los puestos para los que el sexo es una condición determinante y esencial a los empleos que implican una actividad en contacto con situaciones muy violentas<sup>48</sup>.

Esta apreciación, que puede ser interpretada más o menos estrictamente en las distintas sentencias, siempre ha estado guiada por el respeto al objetivo esencial de la política comunitaria.

Es evidente que el Tribunal de Justicia deberá identificar los puestos de trabajo para los que el origen racial o étnico, la religión, la edad o la discapacidad son condiciones esenciales y determinantes. También es evidente que hará de esta excepción una interpretación restrictiva.

Por lo tanto, el propio concepto de lo que puede ser determinante y esencial reposa en la apreciación del juez y está sometido a la evolución de las ideas y de la sociedad. No obstante, esto nos remite al carácter evolutivo del derecho comunitario, que resulta especialmente necesario para la estimación de las discriminaciones.

La Directiva del 27 de noviembre de 2000 ha previsto igualmente disposiciones específicas para los puestos ofrecidos en empresas llamadas “modernas”. La Directiva permite que un Estado miembro mantenga sus disposiciones, pero no que adopte nuevas.

La diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona no constituye una discriminación si la religión o las convicciones constituyen una exigencia esencial, legítima y justificada en función de la ética de la organización.

Una vez más, sólo se precisan las cualidades de la exigencia y se remite a la apreciación del juez nacional. Los límites establecidos por el derecho comunitario consisten en remitir a los derechos constitucionales de los Estados miembros.

En Francia no se integró ninguna disposición sobre este punto en la ley del 16 de noviembre de 2001. La jurisprudencia anterior, que controla las exigencias específicas de las empresas de tendencia admitiéndolas al mismo tiempo, no debería ser puesta en tela de juicio por el derecho comunitario<sup>49</sup>.

El juez podrá controlar la adecuación entre las exigencias del empresario y la implicación religiosa y ética del empleado. El control de la legitimidad de las exigencias del empresario puede resultar especialmente delicado en este punto: ¿Se debe apreciar la legitimidad en función de la exigencia o de su naturaleza? En otros términos, ¿Estará el juez autorizado, a través de este control, a comprobar la legitimidad de las creencias o de las convicciones?

La relatividad de la noción de discriminación resulta aún más chocante si se estudian las justificaciones específicas.

### *1.2.2 Las justificaciones específicas*

Son el resultado de los compromisos que se han tenido que establecer a dos niveles: por una parte, a nivel tradicional de los Estados miembros de la Unión, en el momento de la elaboración de las Directivas, pero también a escala comunitaria entre los objetivos económicos que predominan en el marco de las políticas de empleo, en la línea del “proceso de Lisboa”, y los objetivos fundamentales según su enunciación en el artículo 13.

En cuanto a las personas discapacitadas, el empresario deberá realizar ajustes razonables, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Los criterios de estimación de lo razonable corresponden al juez; el carácter no desproporcionado de estas cargas dependerá de la talla y de los medios de la empresa.

La Directiva tiene el mérito de forzar a que los Estados que no han establecido ninguna política a favor de las personas discapacitadas inicien una, en la medida en que la negación del empresario a conservar un trabajador discapacitado por razones de modificaciones de puesto de trabajo constituirá, en el futuro, una medida discriminatoria. Igualmente, los Estados miembros deberán instituir obligaciones de formación para permitir el acceso al puesto de trabajo.

Pero los obstáculos de orden financiero siempre están justificados. Estos obstáculos serán controlados por el juez. Las justificaciones específicas permiten aquí al empresario descartar cualquier tipo de discriminación, puesto que se presenta la prueba de la importancia de la carga financiera creada por la integración de la persona discapacitada.

La instancia legislativa francesa no consideró necesaria la introducción de una disposición específica por la multiplicidad de documentos relativos a los discapacitados que prevén una prioridad en el acceso al puesto de trabajo<sup>50</sup>, la modificación de los locales<sup>51</sup>, la organización de la financiación en el marco de la Agefip<sup>52</sup> y, sobre todo, las obligaciones de adaptación del puesto y de reciclaje que se imponen al empresario cuando el trabajador es no apto y discapacitado<sup>53</sup>.

No obstante, es de lamentar que la instancia legislativa francesa no haya aprovechado la ocasión para proclamar una obligación general de replanteamiento razonable de los puestos de trabajo en la empresa a favor de las personas discapacitadas, que tendría quizá un efecto sobre los interlocutores sociales y aceleraría la conclusión de acuerdos colectivos a favor de la inserción de las personas discapacitadas<sup>54</sup>. El juez nacional tiene la obligación de interpretar el derecho francés de conformidad con el derecho comunitario. Por lo tanto siempre podrá considerar, si se presenta la ocasión, que puede aplicar esta obligación.

En cuanto a las justificaciones basadas en la edad, se consideran legítimas cuando se fundamentan en políticas de empleo, del mercado laboral y de formación profesional. El artículo 6 ofrece una lista no exhaustiva de las justificaciones admitidas sin control judicial: cabe preguntarse en qué casos podría aparecer una discriminación basada en la edad, puesto que la lista, aún indicativa, justifica cualquier situación de exclusión basada en la edad, tanto en el marco del empleo como en el de los regímenes profesionales de seguridad social.

La ley francesa ha integrado en el artículo L 122-45-3 la lista de las diferencias de trato legítimas: establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo con vistas a favorecer la protección de los jóvenes y los trabajadores de mayor edad, 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.

Sin embargo, el juez tiene la obligación de comprobar que estas diferencias de trato basadas en la edad están objetiva y razonablemente justificadas por un objetivo legítimo y que los medios empleados para realizarlo son apropiados y necesarios<sup>55</sup>.

Este análisis de las justificaciones enmarcadas por el derecho comunitario, muestra que se ha perseguido el objetivo de lucha contra las discriminaciones a

través de una ampliación de la política comunitaria a nuevas causas de discriminaciones; pero ampliando también las posibilidades de justificación y por lo tanto de legitimación de los hechos discriminantes. Esto puede presentarse como contrapeso de la evolución que, en el terreno del reconocimiento de las discriminaciones, ha favorecido a las personas perjudicadas, sobre todo en el ámbito de las discriminaciones indirectas, y ha perjudicado a los empresarios con la distribución de la carga de la prueba.

Esta admisión tan amplia de las justificaciones hace no obstante que el objetivo de lucha contra todas las formas de discriminación sea más inalcanzable, pero quizá algunos lo encuentren más coherente con la construcción económica del mercado europeo.

El reconocimiento de las discriminaciones resulta, por lo tanto, en gran medida relativo. Su eficacia depende de la tenacidad del juez, puesto que estas normas de control se basan en la pertinencia del análisis del juez para la estimación de lo que es “objetivo”, “legítimo”, “proporcionado”, “necesario”, “razonable”, “determinante” y “esencial”.

El derecho de las discriminaciones es un derecho de adjetivos eminentemente relativos.

## 2. El Control Judicial de las Justificaciones

El Tribunal de Justicia y la instancia legislativa comunitaria remiten la admisión de las justificaciones al juez nacional. La influencia aquí del derecho anglosajón es evidente: la confianza en el juez para la aplicación de las normas sobre las cualidades de las justificaciones ha sido siempre mucho más fuerte en los países de *Common Law*.

La experiencia demuestra igualmente que la diversidad de los hechos y su complejidad en materia de discriminación exigen que se deje al juez un gran margen de apreciación.

La confianza depositada en el juez nacional para la apreciación permite también una apreciación evolutiva de las justificaciones, en función de la evolución de la sociedad.

Por otra parte, esta confianza en la apreciación judicial es la piedra angular del sistema de pruebas edificado por las tres Directivas de 1997 y 2000.

Por lo tanto, puede ser útil examinar el modo de intervención del juez nacional en materia de justificación, antes de examinar sus límites.

### 2.1 El modo de intervención del juez nacional

Las tendencias no se nos antojan uniformes: por una parte parecería que la gran relatividad instaurada por el derecho comunitario en la construcción del derecho de las discriminaciones, en lo relativo a la admisión de las justificaciones, conduce a la posibilidad de admitir justificaciones generales y abstractas, que es una puerta abierta a la admisión de diferencias de trato discriminatorias; por otra parte, en la práctica, los jueces intentan no considerar más que las justificaciones que les han convencido.

### *2.1.1 La admisión de justificaciones generales*

Esta primera tendencia proviene de una orientación del Tribunal, que tiende a admitir sistemáticamente las justificaciones económicas. Incluso aunque los textos remiten al juez nacional la apreciación de las cualidades de las justificaciones, el Tribunal se reserva el derecho de controlar la legitimidad de los objetivos “ cuando la cuestión concierne a la conformidad de una legislación nacional o de una disposición convencional con el derecho comunitario ”<sup>56</sup>. Sin embargo en la mayoría de los casos se trata de una cuestión de gestión de la empresa o de política social de los Estados. En la sentencia Kachelmann, el Tribunal afirma claramente que “ en el estado actual del Derecho comunitario, la política social es competencia de los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación razonable en lo que respecta a la naturaleza de las medidas de protección social y a sus modalidades concretas de ejecución. No puede considerarse que tales medidas infrinjan el principio de igualdad de trato, si responden a un objetivo legítimo de política social, si son aptas y necesarias para alcanzarlo y si, por lo tanto, están justificadas por razones ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo ”.

Esta orientación reciente del TJCE muestra que, aunque permite que el juez nacional aplique sus criterios, que dejan, como ya hemos visto, un amplio margen a los criterios del mercado, sin embargo expresa el deseo de conservar el control de la apreciación de las justificaciones relativas a la política social: ello deja un margen importante a los Estados que desean instaurar diferencias de trato en el marco de su política social<sup>57</sup>.

El Tribunal admite ampliamente las justificaciones basadas en las políticas sociales de los Estados, comprobando no obstante que son ajenas a cualquier discriminación<sup>58</sup>.

Es especialmente interesante señalar que el Abogado General, el Sr. Saggio, había insistido en este caso en no generalizar a priori las justificaciones y en obligar a los jueces nacionales a examinar, caso por caso, la situación de los trabajadores para poder constatar si, en el caso concreto, la aplicación del criterio de elección social que diferencia a los trabajadores a jornada completa y los trabajadores a tiempo parcial en el marco de la legislación alemana<sup>59</sup> estaba constituido, contrato por contrato. El Tribunal no siguió en esta línea, que sin embargo se basaba en precedentes en los que el Tribunal había admitido que “ una mera generalización relativa a ciertas categorías de trabajadores (...) no permite deducir criterios objetivos y ajenos a cualquier discriminación ”<sup>60</sup>.

El Tribunal no considera por tanto el enfoque concreto caso por caso, evitando generalizar las justificaciones, aún cuando parece ser una garantía a escala individual. No obstante, permite que el juez nacional aprecie libremente las pruebas que le son presentadas.

### *2.1.2 La exigencia de una prueba de la justificación convincente*

En el marco de la apreciación de las pruebas de las justificaciones se puede observar una tendencia más protectora de los trabajadores.

El sistema de distribución de la carga de la prueba se basa en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde 1993, que pretende facilitar el reconocimiento de las discriminaciones, limitando el objeto de la prueba para el demandante a los hechos que demuestran una diferencia de trato. A la parte demandada corresponde la carga de la prueba de la justificación. Esta

modificación de la carga de la prueba levantó en Francia fuertes polémicas en el plano ideológico y en el técnico. La ley del 16 de noviembre de 2001 transpuso las Directivas del 29 de junio de 2000 y del 27 de noviembre de 2000, precisando que el demandante fiscal debe “presentar ante el juez hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”. La instancia legislativa francesa retomó la misma formulación en la ley del 17 de enero de 2002, en las disposiciones relativas a la prueba de acoso moral: la persona que se considera perjudicada tras acciones repetidas de acoso moral también debe “presentar elementos de hecho que permitan suponer la existencia de acoso”.

A la vista de dichos elementos, corresponde a la parte demandada probar que estas acciones no constituyen acoso.

El Consejo Constitucional emitió sobre esta disposición una reserva de interpretación, matizando que el favor concedido a los demandantes no les exime de establecer la materialidad de los hechos precisos y concordantes.

Este recordatorio de la exigencia de hechos precisos y concordantes no nos parece estar en contradicción con la lógica del derecho comunitario, que exige la prueba de los hechos que crean una diferencia de trato o un acoso.

Es importante que no exista confusión entre la instauración de una presunción de discriminación y la apariencia de una discriminación.

La formulación de la ley del 16 de noviembre de 2001, así como la jurisprudencia precedente del TJCE, nos parece de conformidad con la exigencia planteada por el Consejo Constitucional sobre el acoso moral. En efecto, sería molesto que ambos textos, redactados de manera similar y que contribuyen a crear un derecho uniforme de protección de los derechos fundamentales de las personas, sean objeto de dos modos de aplicación diferentes.

Parece evidente que la prueba de las alegaciones, entendidas según Motulsky como “cualquier circunstancia de hecho que responda a los elementos generadores de derecho”<sup>61</sup>, está en el centro del nuevo régimen de la prueba. Debe ser presentada ante el juez con esmero y precisión<sup>62</sup>.

Es evidente que, en derecho comunitario al igual que en derecho interno francés, los jueces exigen por una parte la prueba de hechos precisos y concordantes que permita considerar que existe una diferencia de trato que puede ser discriminatoria, y, por otra parte, la prueba a cargo del empresario de discutir el carácter discriminatorio de una justificación a partir de elementos objetivos ajenos a cualquier discriminación.

Sin embargo los jueces pretenden, quizá en la línea de lo que es una exigencia de prueba en Estados Unidos y en Canadá<sup>63</sup>, que la justificación alegada por el empresario sea convincente. Esta convicción reposa evidentemente en la constatación de su carácter legítimo y necesario, pero parece que la convicción del juez sobre la justificación es esencial.

Esta fuerza de la exigencia de convicción se ve confirmada en la ley del 16 de noviembre de 2001 en materia de discriminación<sup>64</sup> y en la ley del 17 de enero de 2002 sobre el acoso moral: “El juez se formará su opinión tras haber ordenado, en caso necesario, las medidas de instrucción necesarias”.

Algunos ejemplos permiten indicar el papel desempeñado por la convicción necesaria del juez: así, en el caso Enderby, el juez admitió que la falta de candidatos podía justificar el hecho de que el empresario atraiga a trabajadores con una remuneración más elevada. Pero exige ir más allá y que se compruebe “en qué medida justifican estos objetivos una diferencia de remuneración”.

El juez comunitario impone en realidad que el juez nacional esté convencido de la necesidad de la diferencia de trato.

Igualmente, en ciertos casos, el Tribunal no consideró la justificación económica: por ejemplo, en el caso Rinner-Kühne, el juez comunitario no tomó en consideración el argumento basado en la menor integración de los trabajadores a tiempo parcial en la empresa o el vínculo de dependencia económica menos estrecho para con estos trabajadores.

Esta exigencia de convicción frente a la justificación alegada por el empresario tiene por lo tanto un alcance transversal en el control de las características que debe tener la justificación.

Esta misma tendencia puede observarse en la jurisprudencia francesa.

En el ámbito de las desigualdades de remuneración, el Tribunal de Casación que aplicó el nuevo régimen de la prueba afirmó claramente, en una sentencia del 19 de diciembre de 2000<sup>65</sup>, que el empresario no había presentado razones objetivas convincentes que explicasen la diferencia de remuneración entre hombres y mujeres, “a partir del momento en que las mujeres trabajan de noche como los hombres, que tenían una antigüedad al menos igual que la de los hombres y que sus funciones reales eran del mismo valor que las de los hombres, puesto que la aportación de nuevas técnicas ha hecho que los distintos puestos de trabajo con máquinas tengan una tecnicidad equivalente”.

En materia de discriminación sindical, las sentencias revelan igualmente que las justificaciones deben ser convincentes para descartar cualquier discriminación.

Anticipadamente, el Tribunal de Casación aplicó las nuevas reglas sobre las pruebas a las discriminaciones en el marco del desarrollo de las carreras profesionales de los representantes sindicales: tras haber probado que las carreras profesionales de los representantes sindicales habían sido objeto de diferencias significativas de trato a largo plazo, los jueces debieron comprobar si el empresario alegaba justificaciones legítimas, ajenas a cualquier discriminación: no se tomaron en consideración los perjuicios de los trabajadores<sup>66</sup>, ni su inhabilidad profesional, ni los requisitos de formación, ni las reticencias de los trabajadores a adaptar o perfeccionar sus competencias profesionales<sup>67</sup>. En la sentencia del 4 de julio de 2000<sup>68</sup>, el Tribunal considera que, para justificar el retraso de ascenso del trabajador protegido, el empresario alegó criterios objetivos de competencia profesional, pero “no presentó ningún elemento que pudiese establecer que la situación profesional del trabajador era la única causa de las disparidades observadas”.

Su rechazo se debió no solamente a la naturaleza de la justificación alegada, es decir las necesidades y el interés de la empresa, o a su carácter legítimo y objetivo, sino también a su falta de pertinencia con respecto a la convicción concreta que el juez debe tener en cuanto a la ausencia de discriminación.

Sin embargo, las justificaciones alegadas por los empresarios frente al desarrollo de las carreras profesionales son chocantes: sencillamente alegaron que las promociones se concedían a personas seleccionadas y que no se podía probar que no eran conformes a las cualificaciones profesionales de los asalariados que se decían perjudicados<sup>69</sup>.

Estos argumentos plantean la cuestión del modo de control del juez sobre el modo de gestión de las promociones del empresario<sup>70</sup>: “Aunque el juez no debe sustituir al empresario, le corresponde comprobar, ante una discriminación sindical, las condiciones en las que se ha desarrollado la carrera del interesado”.

Los jueces no pueden estar convencidos en el marco de un caso de discriminación sindical, como en el caso juzgado por el Tribunal de Casación el 13 de febrero de 2001, por una justificación fundada en la apreciación por parte del empresario “de los méritos de los trabajadores, que puede conducir a una apreciación global negativa”<sup>71</sup>. En otros términos, el empresario no puede basar su justificación únicamente sobre las modalidades de ejercicio del poder de dirección, debido a la falta de objetividad de la argumentación.

Esta convicción, basada en hechos concretos de cada caso, es en realidad el modo de control reclamado por el Abogado General Sr. Saggio en sus conclusiones en el caso Kachelmann.

También se puede pensar que esta exigencia de convicción del juez es el resultado inducido de la repartición efectuada por las nuevas Directivas en materia de carga de la prueba, puesto que el riesgo de la prueba pesa sobre el empresario.

Esta exigencia de convicción también está autorizada por el modo de control de las cualidades que deben tener las justificaciones, puesto que el juez nacional tiene la posibilidad de apreciar, conforme a sus propios valores, la pertinencia de los argumentos económicos alegados por el empresario y su vínculo de causalidad con los hechos que demuestran diferencias de trato.

Por lo tanto los enfoques de las justificaciones no siempre obedecen a un procedimiento perfectamente coherente.

Sin embargo la construcción general, a partir del modo de control fijado por el Tribunal de Justicia, permite que el juez nacional aprecie, según su propio sistema de pruebas y de valores, si la justificación es o no convincente.

El resultado, que merecería ser verificado por un amplio estudio en los distintos países de la Unión, es que la admisión de la justificación estará necesariamente condicionada por el contexto político, económico y filosófico del juez.

Igualmente cabe preguntarse si, efectivamente, las justificaciones deben ser juzgadas por el juez nacional, o si no debería esta función corresponder a otras esferas<sup>72</sup>.

Esta construcción, dado que depende de la relatividad de enfoque de las discriminaciones y dado que remite a una convicción del juez enmarcada pero determinante, plantea varios interrogantes.

## 2.2 El replanteamiento de la intervención del juez nacional

La remisión de la apreciación del carácter necesario y legítimo de la justificación al juez nacional tiene evidentemente el inconveniente de ceder al juez nacional una libertad de apreciación extremadamente amplia, puesto que el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre los valores que podrían conducir a los jueces nacionales a orientarse en torno a una línea común.

Sin embargo, parece que a pesar del modo de prueba, que favorece indudablemente a las personas víctimas de discriminación, el juez nacional deberá arbitrar y establecer un equilibrio entre los imperativos económicos de las exigencias de competitividad y, de manera más general, sobre los valores del mercado y la protección de los derechos de las personas. Cuando, por ejemplo, el empresario alegue las cargas que supone el empleo de un trabajador discapacitado, el juez deberá apreciar, a partir del carácter razonable y proporcionado, el límite entre el interés de la empresa y la protección de los discapacitados. El juez también deberá arbitrar entre la organización de la empresa

y la protección de los rezos de los trabajadores musulmanes o el rechazo de un trabajo en una carnicería debido a las convicciones religiosas.

Equilibrar los valores que se oponen es aún más difícil frente a una discriminación indirecta.

Se puede intuir que la ausencia de líneas directrices sobre los valores que el juez debe hacer prevalecer también puede ocasionar un aumento de la imprevisibilidad de las estimaciones de las causas justificativas y de las diferencias entre los enfoques nacionales de los Estados miembros de la Unión.

El mayor riesgo es que la alegación de las justificaciones basadas en el interés de la empresa y su competitividad permitan justificaciones sistemáticas de las discriminaciones en toda la Unión Europea: esta tendencia ya se ha podido constatar en Gran Bretaña.

Es también importante que los jueces nacionales puedan explicar sus apreciaciones con referencias a valores fuertes que permitan orientar la estimación del carácter legítimo, necesario y proporcionado de la justificación.

¿Podemos considerar que existe una coherencia entre los objetivos presentados por el derecho comunitario?

¿Podrían ser fuente de referencia los objetivos contenidos en las Directivas, como preámbulo a los textos?

Incluyen la fuerte ambigüedad revelada por los documentos: los objetivos económicos son siempre proclamados como objetivos sociales de progreso social y de lucha contra las discriminaciones.

Aunque el principal objetivo sigue siendo la lucha contra las discriminaciones, los preámbulos de las Directivas también están dirigidas a los objetivos de las políticas de empleo, la inserción social de los grupos desfavorecidos, y a la promoción de una mano de obra cualificada, formada, y capaz de adaptarse.

La Directiva del 27 de noviembre de 2000 indica por otra parte los objetivos que no figuran realmente en los textos: se afirma que “Las Directrices para el empleo del año 2000, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, subrayan la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad. Subrayan asimismo la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa”.

Ahora bien, aunque se afirma el objetivo de inserción social de los grupos desfavorecidos, ello no se traduce directamente en normas rigurosas de prohibición de las discriminaciones<sup>73</sup>.

Justifica los programas de acciones positivas<sup>74</sup>. De hecho, parece que la contrapartida de la amplia admisión de las justificaciones para los trabajadores discapacitados o de más edad son las posibilidades abiertas a los Estados miembros de establecer acciones positivas<sup>75</sup>.

Sin embargo, si se comparan el marco de apreciación de las justificaciones establecido por el TJCE y esos objetivos de inserción social y empleo de los trabajadores o del grupo de personas susceptibles de ser víctimas de discriminación, así como la orientación reciente del derecho comunitario en materia de acciones positivas, se podría sugerir que el juez nacional siempre haga prevalecer las exigencias de inserción social e integración laboral, en el marco de estimación del carácter proporcionado de la exigencia del empresario.

En el ámbito de las discriminaciones indirectas, la apreciación del carácter proporcional del perjuicio a los derechos de las personas implicadas también puede conducir al juez a estimar si no podría el empresario alcanzar el mismo objetivo con otras medidas. Estos objetivos de inserción social y empleo de los grupos desfavorecidos se podrían integrar en la apreciación por parte del juez de las alternativas del empresario.

Esto supondría que el juez supere la constatación de la existencia de otras posibilidades<sup>76</sup>, y obligue al empresario a buscar soluciones alternativas. El control del carácter proporcional del perjuicio a los derechos de las personas que conlleve una diferencia de trato sólo podrá ser efectivo si el empresario ha empleado todos los medios necesarios para evitar o limitar la desventaja. Esta lógica ha sido integrada para el caso de los discapacitados. Podría generalizarse.

Esta búsqueda de un equilibrio entre los valores enfrentados en el contencioso de la discriminación, en el marco de una norma que vincule al juez, figura en el derecho estadounidense y canadiense<sup>77</sup>: en Canadá, la promulgación de la Carta de derechos de las personas permitió el desarrollo de una importante jurisprudencia del Tribunal Supremo de Canadá, que quiso poner en pie una verdadera política de lucha contra las discriminaciones, favoreciendo al mismo tiempo la integración de los grupos minoritarios. Esta búsqueda de la integración e inserción social ha conducido a desarrollar, en materia de discriminación indirecta, una obligación de “ajustes razonables”<sup>78</sup>: el empresario debe demostrar que se ha esforzado por llegar a un acuerdo con el o los trabajadores indirectamente penalizados por sus requisitos profesionales, que permita tener en cuenta las necesidades de los trabajadores y las necesidades de la empresa. Por ejemplo, el empresario tuvo que cambiar las clases impartidas a un mecánico judío ortodoxo para adaptarlas a un horario que no entrase en conflicto con sus creencias<sup>79</sup>, los *sikhs* fueron exentos de llevar uniforme para poder llevar el *kirpan*<sup>80</sup>, y los empresarios y los trabajadores tuvieron que negociar acuerdos para permitir que ciertos trabajadores no trabajasen en sábado<sup>81</sup>.

Este requisito de ajustes obliga al empresario a probar que realmente ha intentado llegar a un acuerdo con los trabajadores. Su obligación se limita al momento en que el acuerdo supone una carga excesiva. Es interesante señalar que la exigencia de “ajustes razonables” ha sido generalizada a todas las formas de discriminación desde 1999<sup>82</sup>.

Las palabras clave en materia de ajustes razonables son flexibilidad, cooperación y compromiso<sup>83</sup>.

Este enfoque fue adoptado por el derecho comunitario en lo relativo a los discapacitados para favorecer su inserción laboral.

En el marco del control del carácter desproporcionado de los requisitos profesionales o de la medida de gestión, nada impediría al juez introducir una obligación general de adaptación, cuya base son los objetivos de inserción social. El reconocimiento general de una obligación de medios de inserción en materia de lucha contra las discriminaciones podría reforzar en especial la protección de las personas discriminadas por su estado de salud, su orientación sexual y sobre todo su religión.

El reconocimiento de dicha obligación de medios en la jurisprudencia comunitaria podría encontrar un fundamento en el ámbito del control de las cualidades de las justificaciones, puesto que la exigencia del empresario podría considerarse desproporcionada si no ha aplicado todos los medios útiles para

llegar a un acuerdo, con el fin de respetar el objetivo general de integración social. En el marco del control del carácter necesario de la justificación, si este objetivo de inserción pasa a ser prioritario, se podría considerar igualmente que los requisitos profesionales no resultan necesarios si se puede llegar a un acuerdo razonable.

El derecho francés ha desarrollado obligaciones implícitas de medios en el marco del contrato laboral, para intentar alcanzar objetivos específicos en materia de empleo: las obligaciones de adaptación y reclasificación que se han impuesto a los empresarios desde 1992 muestran la utilidad de estas obligaciones del contrato de trabajo, para reforzar la política general en materia de empleo.

El desarrollo de una obligación de medios de inserción basada en la necesidad de encontrar, de buena fe, acuerdos para los trabajadores perjudicados por un motivo incluido en el artículo L 122-45, estaría en la misma línea.

Ya está reconocida en lo relativo al estado de salud, en el marco de la obligación de reciclaje de las personas no aptas, y se podría generalizar.

También sería, para el juez, un medio de limitar el enfoque eminentemente relativo de las discriminaciones; si está basado en la lógica de la diferencia y en un enfoque sociológico de las reacciones sociales frente a las diferencias, este enfoque relativo podría conducir rápidamente a una negación del objetivo perseguido.

La construcción actual del derecho comunitario, tal y como se podrá desarrollar en los próximos años en todos los Estados miembros, presenta cualidades indiscutibles: política general de lucha contra las discriminaciones, lucha contra las discriminaciones indirectas, régimen de distribución de la carga de la prueba, para permitir aplicar una acción judicial eficaz de lucha contra las discriminaciones en todos los Estados miembros, incluso los más reticentes.

Pero el control reposa sobre la vigilancia de los jueces y sobre el equilibrio que realicen, al final del razonamiento, entre la diferencia de trato y la justificación objetiva.

Evidentemente, no debemos ceder a la tendencia, muy francesa, de desconfiar del juez nacional. Aunque es cierto que los países anglosajones o influenciados por el derecho anglosajón tienen la costumbre de utilizar las normas jurídicas, y en especial el criterio de los “razonable”, todos los países de la Unión cuentan también con un enfoque en términos de normas, favorecido de hecho por la aplicación de normas comunitarias. Por lo tanto, no se trata de situarse en el terreno del papel del juez sino en el de la armonización europea.

El ámbito de la lucha contra las desigualdades de trato es, sin lugar a dudas, la joya de la construcción social comunitaria: sencillamente merece ser pulido a escala comunitaria, a través de una orientación común hacia la integración social de los grupos víctimas de acciones discriminatorias; de esta manera se evitará que el control de las justificaciones progrese en sentido opuesto al que se puede buscar en los programas de acción de la Unión Europea o en las acciones positivas puestas en pie por los Estados.

Pero también podemos ir más allá. Se ha demostrado<sup>84</sup> que el principio de igualdad en la construcción europea ha adquirido un valor social, transversal, que permite la construcción de una comunidad social: es un “objetivo en sí, señal de la dedicación comunitaria a la protección de los derechos humanos fundamentales”.

Las grandes construcciones jurídicas necesitan pasos pequeños.

El control de las justificaciones de las discriminaciones es parte de ellos.

## Notes

- 1 S. Robin-Olivier, *Le principe d'égalité en droit communautaire, Etude à partir des libertés économiques*, P.U. d'Aix-Marseille, 1999, 550 p.
- 2 ver los preámbulos de las dos Directivas nº2000/43 CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico de 29 de junio de 2001 y nº2000/78 de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación
- 3 S. Robin-Olivier, op. cit. p. 415–485, F. Baron, Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne, P.U. d'Aix-Marseille, 1998, p. 225–280, e igualmente las referencias, P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2ª ed., 2002, nº261 y siguientes, B. Teysse, Droit européen du travail, Litec, 2001, p. 216–247
- 4 los documentos sobre las discriminaciones se han visto fuertemente influenciados por el derecho norteamericano y el derecho inglés. Los estudios de derecho comparado llevados a cabo por la Comisión muestran que todos los países de la Unión cuentan con una legislación desarrollada de lucha contra las discriminaciones, basada en su constitución (o una ley en el caso de Gran Bretaña: la ley de 1998 sobre los derechos humanos): Rapport des dispositions juridiques des Etats membres pour combattre la discrimination, Comisión Europea, DG Empleo y Asuntos Sociales, febrero de 2000.
- 5 Martha Minow, *Making all the difference*, Cornell University Press, Ithaca, 1990, M. Mercat-Brunns, “Les discriminations”, Liaisons sociales, nº 14/2001, 16/02/2001, sobre el distinto enfoque de la igualdad en el derecho francés, M.T. Lanquetin, Geld, loc.cit., p.13, A. Lyon-Caen, “Egalité et différence dans l'ordre du droit”, en La place des femmes, Ed. La découverte, 1995 colección Recherches.
- 6 la definición no es exactamente igual a la que figuraba en la jurisprudencia, M.T. Lanquetin, “Le principe de non-discrimination”, Droit ouvrier, 2000, p. 186–193, la jurisprudencia estaba centrada en el impacto desproporcionado de una medida; aparecieron dificultades en torno al empleo de las estadísticas y sobre la identificación de los grupos, que condujeron a una formulación más flexible, centrada en las desventajas. En cuanto a las discriminaciones indirectas, R. Rodière, op. cit., nº266, P. Garenne, “Les discriminations indirectes, vers une théorie générale”, RTDE 1994, p. 425, D. Martin, “Discriminations, entraves et raisons impérieuses d'intérêt général, trois concepts en quête d'identité”, Cah.dr.eur 1998, 261 y 561.
- 7 M.T. Lanquetin, “Discrimination à raison du sexe, Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997”, Droit social, 1998, p. 688, “Un tournant en matière de preuve des discriminations”, *Droit social* 2000, p. 589, GELD Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations: la question de la preuve, octubre 2000, nota nº2, M. Miné, “Les discriminations dans l'emploi”, La Semaine sociale Lamy suppl., nº 1055, 17/12/2001
- 8 M.T Lanquetin, loc.cit.
- 9 M. Miné, loc.cit, Liaisons sociales, nº 8232, 29 noviembre de 2001
- 10 P. Rodière, op. cit., nº 267
- 11 sobre la cuestión general de las justificaciones, F. Guiomard, *La justification des mesures de gestion du personnel*, tesis Paris X Nanterre, 2000
- 12 CJCE 13/05/1986, Bilka, Caso C-189/84, Rec. 1607
- 13 El Tribunal de Justicia quiso reducir la importancia del criterio estadístico desde la sentencia Regina/Seymour, del 9 de febrero de 1999, Caso C-167/97, TPS 04/99 p.24 nota P.H. Antonmattei.
- 14 sentencia Danfoss cit.
- 15 sentencia Bilka cit.
- 16 sentencia Kisammer-Hack, 30/1993, Caso C-189–91, Rec. p. 122, de manera más general en materia de remuneración, sobre los hechos justificativos mencionados por la jurisprudencia, “L'égalité des rémunérations au regard de la jurisprudence de la

- CJCE”, RRJ 2000/1, p.301.
- 17 S. Robin-Olivier, op. cit., p. 479 y s.
- 18 sentencia Rinner-Kühn, 19 de julio de 1989, Rec. I- 5535
- 19 sentencia Nimz, caso del 7 de febrero de 1991, C- 184/89, Rec.I-314
- 20 27/10/ 1993, C- 127/92, Rec. p.5566
- 21 TJCE 30 marzo de 2000, Jämställdhetsombudsmannen,
- 22 TJCE 17 de octubre de 1989, Danfoss, Caso 109/88, Rec. p.3220, TJCE 2 de octubre de 1997, Gerster
- 23 Y. Leroy, “Les éléments d’appréciation de la discrimination en matière d’égalité entre hommes et femmes”, Droit ouvrier 2000, p. 229
- 24 Y. Leroy, loc. cit. p.234
- 25 sentencia Nolte, 14/12/85,C 217-93, Rec. I-4625
- 26 caso Kachelmann, cit. infra.
- 27 TJCE 21 de octubre de 1999, aff. C-33/97, Europa, 1999, número 414
- 28 Por la supresión de ventajas por el permiso de maternidad considerado como absentismo o como discriminación directa, sentencia del 30 de marzo de 1984, Droit social, 1984, obs. M.A. Moreau, y sentencia del 16 de julio de 1998, M. Mine, “Le droit communautaire dans la pratique du droit social”, Droit ouvrier 2000, p. 97
- 29 R. Townshend-Smith, “Economic defences to Equal pay Claims”, en K.T. Hervey, D. O’Keefe, Sex equality law in the European Union, ed. John Willey and sons, Chiches-ter, 1996, p.96, argumento desarrollado por F. Guiomard, tesis cit. p. 368
- 30 ver infra
- 31 F. Guiomard, tesis cit., este punto puede tener una gran importancia, en especial en lo relativo a las discriminaciones vinculadas a la orientación sexual, sobre las dificultades en derecho comunitario antes de 2000, B. Guiguet, “Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires du même sexe”, Cahiers de droit européen 1999, p. 537
- 32 indirectamente, esta obligación de tener una política de gestión justifica la práctica de los “testing”, de los tests de situación en el ámbito de las discriminaciones basadas en el origen racial o la pertenencia a una etnia: sobre el acceso discriminatorio a una discoteca, Crim. del 12 de septiembre de 2000, M. Miné, loc. cit., sobre la dificultad de estimar jurídicamente la categoría discriminada, M. Miné, “Approche juridique de la discrimination raciale au travail: une comparaison France, Royaume-Uni”, Travail et Emploi, septiembere de 1999, p.99
- 33 sentencia Enderby, cit.
- 34 sentencia Danfoss, cit.
- 35 sentencia Lewen, cit.
- 36 M. Miné, loc.cit.
- 37 X. Philippe
- 38 ver infra para una interpretación más dinámica del criterio de proporcionalidad
- 39 TJCE 7/12 ? 2000, Caso C- 79-99 Schorbus, Rec I-
- 40 ver infra
- 41 M. T. Lanquetin, loc.cit.,
- 42 expresión utilizada en el informe Geld, op.cit. p.22, que señala que en Francia sólo hubo, en 10 años, dos sentencias del Tribunal Supremo sobre la discriminación racial. La lista presentada al final del informe sobre las condenas de los Tribunales de Primera Instancia o de Apelación tratan casi exclusivamente las discriminaciones en la contratación, en los casos en los que se pudo presentar una prueba con testigos o, a veces, con un escrito del empresario (nota de servicio, anuncios)
- 43 informe Geld cit., sentencia del 14 de junio de 2000 y sentencia del 23 de noviembre de 2000 cit.,de la Semaine sociale Lamy, supl n° 1055, cit. p. 47
- 44 ver infra, parte II
- 45 a pesar de una evolución significativa recientemente.
- 46 J. Gerkrath, “Le principe de l’égalité de traitement et l’accès des femmes aux emplois

- dans les unités armées de la Bundeswehr”, Europe, diciembre de 2000, p. 5. Esta posibilidad de reservas tiene bastantes consecuencias, si consideramos la fuerte reacción en Alemania tras la sentencia Kreil
- 47 F. Guiomard, tesis cit., p. 329 y s.
- 48 el artículo L 123-1 del derecho del trabajo sólo se centra en la condición determinante
- 49 sentencia del 27 de noviembre de 1986, Droit social 1987, obs. J. Savatier, JCP ed. G 1987 II 20798, nota Th. Revet, sentencia del 17 de abril de 1991, Droit social 1991, p. 489, obs. J. Savatier, “se puede proceder a un despido cuya causa objetiva está basada en el comportamiento del trabajador que, teniendo en cuenta la naturaleza de sus funciones y la finalidad propia de la empresa, ha creado un problema caracterizado en esta última”
- 50 A. Jeammaud, J. Pelissier, A. Supiot, Droit du travail, Dalloz, n° 368
- 51 Ley 91-663 del 13 de julio de 1991 que establece diversas medidas destinadas a fomentar las posibilidades de acceso a los locales residenciales, a los lugares de trabajo y a las instalaciones abiertas al público por parte de las personas discapacitadas
- 52 Agencia que recauda la contribución de los empresarios que no respetan la obligación de contar en la empresa con un 6% de discapacitados, y que organiza la financiación de todos los proyectos de integración social de personas discapacitadas.
- 53 sobre la abundante jurisprudencia, A. Jeammaud y otros, op. cit., n°368 y s., para una síntesis, S. Bourgeot, Maladie et Inaptitude, RJS 1/ 00, p. 10
- 54 artículo L 323-8 del derecho del trabajo, los acuerdos deben establecer al menos dos medidas de las 4 enunciadas: plan de contratación en el medio normal de trabajo, plan de inserción y formación, plan de adaptación a los cambios tecnológicos, plan de mantenimiento en la empresa en caso de despidos.
- 55 este artículo de la ley del 16 de noviembre de 2001 incluye por tanto precisamente las cualidades que deben tener todas las justificaciones. Sólo están precisadas en la ley por el motivo de la edad.
- 56 TJCE 15 de diciembre de 1994, caso Stadt Lengerich, C-399-92, Rec. I p. 5727
- 57 S. Robin-Olivier, op. cit.; p. 482
- 58 caso Seymour-Smith, 9 de febrero de 1999, caso C-167/97, Rec. I p. 5566
- 59 conclusiones del 14 de marzo de 2000, Rec. I 7507 punto 33
- 60 Sentencia Gerster C- 1-95, Rec. I p. 5253
- 61 H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey, 1948, p.87, sobre el debate, F. Guiomard, tesis cit, p. 115 rechaza este enfoque
- 62 en el marco del derecho de despido, F. Favennec-Hery, La preuve en droit du travail, tesis Paris-X, 1983, Droit social 1985, p. 172
- 63 Texas Department of Community Affairs V. Burdine, 450 U.S. 248 (1981), citado por M. Mercat-Bruns, loc.cit; Liaisons sociales n° 14/2001, D. Proulx, Les discriminations dans l'emploi: les moyens de défense selon la Charte québécoise et la loi canadienne, ed. Y. Blais, 1993
- 64 artículos L 123-1 y L 122-42
- 65 Droit social 2001, p. 314, obs. C. Radé
- 66 sentencia 14 de junio de 2000 cit. M. Miné, loc. cit. p. 10
- 67 sentencia del 4 de julio de 2000, Droit social 2000, p. 919, obs. J. Mouly, Droit Social 2000, p. 1152, obs. M.T. Lanquetin
- 68 cit.
- 69 sentencia 23 de noviembre de 1999 y sentencia 28 de marzo 2000, Droit Social 2000 p. 593, M. T. Lanquetin, loc. cit., M.T. Aubert-Monpeyssen, JCP ed. E febrero de 2000, p.233
- 70 F. Guiomard, tesis cit
- 71 Droit social 2001, p. 566, obs. Radé
- 72 Debate fundamental sobre la construcción de la norma jurídica, que no será desarrollado aquí
- 73 ver supra

- 74 A. Haquet, "L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes", R.T.D. eur. 37 (2) abril-junio de 2001, p.325, J. Hodges, "L'action positive dans l'emploi", R.L.T. 1999, p. 271, M. Schmit, "Une nouvelle approche de l'égalité professionnelle: les actions positives", Droit ouvrier 2001, p. 56
- 75 movimiento que también figura en la jurisprudencia, en la aceptación de las legislaciones que prevén acciones positivas a favor de las mujeres, en último lugar, K. Abrahamson, 6 de julio de 2000, C-407/98
- 76 ver supra
- 77 D. Proulx, op. cit. p. 73 y s.
- 78 D. Proulx op. cit. p. 73 y siguientes, donde se citan numerosos ejemplos y se analiza con detenimiento la estimación judicial de los requisitos excesivos que limitan la obligación del empresario
- 79 Sehdevc.Bayview Glen Junior School ( 1988) 9 CHRR D/4881 ( Ontario)
- 80 Pandori c. Peel Board of Education (1990) 12 CHRR D/ 364 (ont)
- 81 Gomm c. Domtar (1990) 12 CHRR D/ 161 (Ont)
- 82 Colombie-Britannique c. BCGSEU, 9 de septiembre de 1999, CSC. N° 26274, para una estimación cuantitativa del papel de los ajustes razonables, C. Robert y G. Vallée, "Le traitement des plaintes concernant la discrimination en matière d'emploi par l'arbitre de griefs et par la tribunal des droits de la personne du Québec: une étude comparative exploratoire", Les Cahiers de droit, vol. 41, marzo de 2000, p. 95
- 83 síntesis de D. Proulx cit.
- 84 S. Robin-Olivier, op. cit., la sentencia Defrenne proclamó que la igualdad de trato forma parte de los derechos humanos fundamentales.