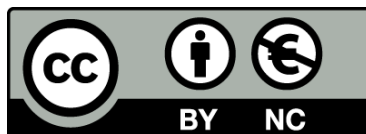




UNIVERSITAT<sub>DE</sub>  
BARCELONA

# La discriminación negativa por razón de edad en los trabajadores de edad madura en España y la Unión Europea

José Peláez Domínguez



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement- NoComercial 3.0. Espanya de Creative Commons**.

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento - NoComercial 3.0. España de Creative Commons**.

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution-NonCommercial 3.0. Spain License**.

DEPARTAMENT DE DRET MERCANTIL, DRET DEL TREBALL I DE  
LA SEURETAT SOCIAL

UNIVERSITAT DE BARCELONA



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

BIENIO 2003-2005

Línea de investigación: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

***La discriminación negativa por razón de edad en los  
trabajadores de edad madura en España y la Unión  
Europea***

TESIS DOCTORAL

Presentada por: José Peláez Domínguez

Directora y Tutora: María Pilar Rivas Vallejo

Barcelona, octubre de 2015



*A la memoria de mis padres, José y Carmen*



## *AGRADECIMIENTO*

Deseo expresar mi sincero agradecimiento a la Dra. María Pilar Rivas Vallejo por haber confiado en mí y haberme animado a comenzar y finalizar esta tesis. Sin sus consejos y su constante y generoso apoyo, este trabajo no se habría concluido.

También debo decir mi gratitud a mis padres. Nunca me pidieron nada y siempre estuvieron cuando me hicieron falta. Sé que para ellos este momento sería de gran alegría.

Declaro mi gratitud a mi mujer y mi hijo, María José y Alejandro. Sé cuánto les debo por un largo memorial de ausencias, porque las cosas nunca se presentan ni se comprenden como uno quisiera durante la realización de una tesis.

Expreso mi cordial reconocimiento por la ayuda que he recibido, franca y excelente, del personal bibliotecario de la Universidad de Barcelona, y de la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos, durante la realización de esta investigación.

A mi amigo Óscar Bonet, mi gratitud y reconocimiento por toda la ayuda prestada a lo largo de estos años, valiosa y necesaria siempre.

Gracias a todos



*¡Dichosa edad y siglos dichosos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorados, y no porque en ellos el oro, que en esta nuestra edad de hierro tanto se estima, se alcanzase en aquella venturosa sin fatiga alguna, sino porque entonces los que en ellas vivían ignoraban estas dos palabras de tuyo y mío! Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes: a nadie le era necesario, para alcanzar su ordinario sustento, tomar otro trabajo que alzar la mano, y alcanzarle de las robustas encinas, que liberalmente les estaban convidando con su dulce y sazonado fruto.*

*Miguel de Cervantes y Saavedra: El Quijote, Primera parte, Capítulo XI.*





# INDICE

<b>INDICE</b> .....	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>21</b>
Razones de la investigación .....	23
Precisiones lingüísticas .....	25
Objeto y sentido de la investigación .....	25
Objetivos de la investigación .....	25
Descripción de la articulación interna del trabajo de investigación .....	26
Estado de la cuestión .....	28
Metodología de la investigación .....	33
Fuentes de la investigación .....	34
Jurisprudencia utilizada .....	35
Análisis de la doctrina extranjera.....	36
Disciplinas consultadas: .....	36
Fuentes estadísticas.....	37
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>39</b>
<b>LA DISCRIMINACIÓN LABORAL COMO NEGACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO</b> .....	<b>39</b>
1. El significado de la discriminación en el Derecho del Trabajo .....	41
2. Referentes históricos del Derecho del Trabajo .....	44
3. Revolución Liberal de 1789. Sus efectos sobre el Derecho del Trabajo .....	47
4. Un mundo laboral agitado e incierto.....	49

5. Necesidad de un nuevo Derecho del Trabajo .....	52
5. La situación del Derecho al Trabajo en España .....	54
6. Una puerta a la justicia laboral .....	56
7. Antecedentes históricos del Derecho del Trabajo en España.....	58
8. Finalidad y momento actual del Derecho del Trabajo en España.....	59
9. El derecho al trabajo en la legislación española: un derecho reconocido por la Constitución pero no justiciable .....	61
10. El derecho al trabajo: un derecho de doble sentido y de realización aleatoria .....	62
11. El Derecho al Trabajo en la legislación internacional.....	63
12. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 .....	63
13. El derecho al trabajo en la Jurisprudencia española. Replicabilidad de la muestra jurisprudencial obtenida .....	70
14. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 4/2006, /Sala de lo Social, Sección 2ª) de 2 de enero. Recurso de suplicación núm. 4634/2005.....	70
15. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 991/2003 (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 25 de noviembre. Recurso de suplicación 3930/2003 .....	72
16. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, las Palmas, núm. 965/2003 (Sala de Social) de 18 de junio. Recurso de suplicación núm. 2135/2002) .....	78
17. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20/1994 (Sala Primera) de 27 de enero, en Recurso de Amparo núm. 1312/1990) .....	79
18. Avatares en la Economía y sus efectos en el Derecho del Trabajo.....	80
19. Los nuevos fetichismos económicos .....	84
20. Otro Derecho del Trabajo es necesario y posible: antecedentes y alternativas a la concepción actual del Derecho del Trabajo .....	85
<b>CAPÍTULO 2.....</b>	<b>89</b>

<b>EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO.....</b>	<b>89</b>
1. Evolución del principio igualitario en el Derecho del Trabajo y aparición de la noción de discriminación en el ámbito laboral.....	91
2. Aproximación al concepto de igualdad laboral.....	94
3. El Derecho a la igualdad y el Derecho a la no discriminación como manifestaciones del valor fundamental de la dignidad humana .....	95
5. Principio de igualdad y no discriminación en el Derecho Laboral de la Unión Europea. Dificultades para el reconocimiento de un principio laboral igualitario.....	98
6. La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Concreciones, definiciones, limitaciones y modulaciones de la igualdad y la no discriminación en la Unión Europea. Sus efectos en el Derecho del Trabajo.....	99
7. El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. 104	
Sentencia 49/1982 (Sala Segunda del Tribunal Constitucional), de 14 de julio .....	104
Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2004, de 4 de marzo .....	105
Características del derecho fundamental a la igualdad laboral.....	107
Efectos limitadores del convenio colectivo al derecho fundamental a la igualdad laboral.....	108
8. El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	109
Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2007. Principio de no discriminación: diferencia de trato no justificada .....	109
Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 20 de septiembre de 2007. (Igualdad de trato entre hombres y mujeres: modulaciones.....	111
9. Importancia laboral y social del principio igualitario. Cambios económicos que producen cambios sociales .....	112
10. Pretensión y derecho a la igualdad laboral: una batalla naturalmente económica....	113
<b>CAPÍTULO 3.....</b>	<b>115</b>

**LA DISCRIMINACIÓN COMO VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR..... 115**

1. Dificultades para formar un concepto útil de discriminación laboral .....	117
2. La discriminación laboral del trabajador de edad madura en un Estado Social y Democrático de Derecho .....	118
3. Concepto de derechos fundamentales del trabajador.....	120
4. Una referencia obligada a la Constitución Española de 1978 y al Derecho reflexivo..	123
5. La discriminación negativa: entre lo arbitrario y lo discriminatorio. Criterios de distinción	126
6. Aproximación a un concepto de discriminación negativa por razón de edad en el trabajador de edad madura en el derecho de la Unión. Aspectos normativos y doctrinales .....	129
7. Un modelo social europeo no discriminatorio. Su influencia en el Derecho del Trabajo Europeo .....	133
8. Crónica breve de legislación social europea .....	134
9. El fundamento del Derecho Social Europeo.....	135
10. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación del trabajador de edad madura en la economía social de mercado de la Unión Europea.....	136
11. La regulación antidiscriminatoria en la Unión Europea .....	138
12. La regulación antidiscriminatoria en América.....	140
13. La regulación antidiscriminatoria en África.....	140
14. Posibilidad de un nuevo paradigma económico. Necesidad de una economía racional y humana para crear una sociedad decente .....	142
15. El riesgo de discriminación del trabajador maduro en la Unión Europea .....	144
16. El injusto de la discriminación laboral contra el trabajador de edad madura .....	146
17. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español acerca de la discriminación negativa del trabajador maduro por razón de edad .....	148

18. Mención de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la discriminación negativa del trabajador maduro por razón de edad.....	149
19. La prohibición y protección contra la discriminación extralaboral en la Unión Europea	152
Finalidad antidiscriminatoria de la propuesta de nueva Directiva .....	152
20. Igualdad y discriminación en el trabajo: retos para el futuro .....	154
21. El todavía incierto camino antidiscriminatorio en la Unión Europea .....	156
22. La discriminación en un mundo globalizado.....	158
23. La sustancia de la globalización .....	159
25. Diferencias entre globalismo y universalismo .....	160
26. Nuevas tecnologías para un viejo capitalismo .....	161
27. Las contradicciones del sistema económico globalizado o mundializado. Su incidencia en el Derecho del Trabajo .....	163
28. Derechos humanos y globalización .....	166
29. ¿Compatibilidad de la globalización económica y el universalismo de los derechos humanos? .....	168
30. Caracterización de las normas internacionales sobre Derechos Humanos.....	170
La Carta de las Naciones Unidas como fundamento del principio de no discriminación en el campo de los derechos humanos.....	171
33. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).....	172
34. Efectos de la discriminación por razón de edad en el trabajador.....	173
35. Cambian los nombres, la historia permanece. Por un futuro laboral digno .....	174
<b>CAPÍTULO 4 .....</b>	<b>179</b>
<b>LA DISCRIMINACIÓN DEL TRABAJADOR DE EDAD MADURA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.....</b>	<b>179</b>

1	Ámbito de la discriminación. Acotación desde una perspectiva de género .....	181
2.	El concepto de trabajador de edad madura. Antecedentes históricos y jurídicos en relación a la discriminación laboral contra el trabajador mayor .....	183
3.	Antecedentes en el Derecho Norteamericano.....	186
4.	La reacción legislativa contra la discriminación del trabajador mayor por razón de edad en EEUU: la ADEA “Age Discrimination in Employment Act de 1967” .....	188
	Actuaciones discriminatorias prohibidas por la Ley contra la Discriminación en el Empleo por razón de Edad de 1967, a empresarios, agencias de colocación y sindicatos.....	190
	La Discriminación prohibida al empresario. Art. 4, apartado a) de la ADEA.....	190
	La discriminación prohibida a la agencia de empleo. Art. 4, apartado b) de la ADEA.....	191
	La discriminación prohibida a los sindicatos. Art. 4, apartado c) de la ADEA.....	191
5.	La Ley contra la Discriminación por razón de Edad de 1975 (Age Discrimination Act 1975) .....	192
6.	La Ley de Protección de Beneficios de los Trabajadores Mayores, de 1990 .....	194
7.	Otra visión de la legislación antidiscriminatoria por razón de edad: el Código de Derechos Humanos de Ontario.....	195
8.	Los Derechos Humanos como valladar contra la discriminación laboral por razón de edad. Diferentes concepciones sobre el sistema jurídico y los Derechos Humanos en Estados Unidos y Europa .....	197
9.	Antecedente en el derecho español de necesario examen: la pensión de jubilación..	198
	Ineptitud presunta del trabajador por causa de la edad .....	199
10.	Aspectos sociales de la jubilación .....	200
14.	Extinción del contrato de trabajo por causa de edad .....	202
15.	Jubilación y vejez: dos facetas de una sola realidad con efectos laborales .....	204
16.	Metamorfosis y tendencias actuales de la jubilación .....	206

17. La discriminación del trabajador maduro por razón de edad en España y Europa. Visión normativa y jurisprudencial .....	207
18. Vicisitudes de la jubilación forzosa en el Estatuto de los Trabajadores.....	208
19. La jubilación forzosa en la Disposición Adicional Quinta (DAQ) del Estatuto Trabajadores de 1980 .....	213
20. Jurisprudencia constitucional de la DAQ del Estatuto Trabajadores .....	214
21. La jubilación forzosa en la Disposición Adicional Décima (DAD) del Estatuto de los Trabajadores de 1995.....	216
22. La derogación de la autorización de jubilación forzosa ex convenio. Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo (Ley 12/2001, de 9 de julio) .....	217
23. Paso atrás antidiscriminatorio en el caso del trabajador maduro: corolario fundamentado en la Ley 14/2005, de 1 de julio.....	218
24. Cambios normativos que nada cambian. La economía manda .....	221
25. El camino europeo hacia la prohibición de la discriminación laboral. Libertad e igualdad laborales en el territorio de la Unión Europea .....	223
26. Avatares laborales comunes a los trabajadores de edad madura en la Unión Europea	226
27. Eficacia de la normativa comunitaria antidiscriminatoria en función de la ley nacional	228
28. Jurisprudencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas en materia de discriminación laboral por razón de edad.....	230
29. Finalidades económicas que infringen derechos fundamentales.....	232
30. El Derecho comunitario: su falta de protección frente a la discriminación en el ámbito de la Seguridad Social.....	233
31. Claves para prever el futuro laboral del trabajador maduro en Europa .....	235
<b>CAPÍTULO 5.....</b>	<b>239</b>
<b>TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. UN ENFOQUE IGUALITARIO CONTRA LA DISCRIMINACIÓN LABORAL .....</b>	<b>239</b>



1. Cuestiones relacionadas con el género en la discriminación laboral de los trabajadores mayores. El caso agravado de la mujer .....	241
2. Reseña, concepto y ámbitos posibles de aplicación de la Transversalidad de género	246
3. Concepto de gender mainstreaming o transversalidad de género.....	247
4. Delimitación del ámbito de aplicación de la transversalidad de género.....	248
5. Carácter y finalidad igualitaria de la transversalidad de género.....	250
6. La Transversalidad de género desde una perspectiva constitucional .....	253
7. Discriminación de género y economía .....	255
8. Una visión del Derecho Antidiscriminatorio y su relación con la idea de opresión de género .....	257
9. El principio de Igualdad y el Derecho Antidiscriminatorio. ....	261
10. La constitucionalización de los Principios de Igualdad y de Prohibición de Discriminación en España. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.....	262
12. El camino igualitario hacia la transversalidad de género .....	264
13. Examen de la transversalidad de género: concepto y elementos a considerar.....	265
14. Referencia al Derecho de la Unión Europea sobre transversalidad de género.....	267
15. Inserción de la transversalidad de género en la legislación española .....	268
16. Ámbitos de empleo donde la Ley de Igualdad, (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), establece la transversalidad de género. Integración obligatoria de la transversalidad de género en el sector público.....	270
17. Mutación regresiva según el ámbito del empleo: desaparece la transversalidad de género (operante en el empleo público), para degradarse a una invocación en favor de la empleabilidad de las mujeres en el marco de la economía privada.....	271
18. A modo de colofón sobre el mainstreaming o la transversalidad de género: una lucha por la igualdad y dignidad de la mujer .....	272

19. Notas históricas sobre la discriminación múltiple .....	274
20. Concepciones doctrinales acerca de la discriminación múltiple .....	276
21. Las diversas discriminaciones múltiples.....	278
22. El tratamiento de la discriminación múltiple en la Unión Europea .....	280
23. Una visión de mujer es necesaria para afrontar la discriminación de la mujer .....	282
24. Normativa sobre multidiscriminación .....	284
25. La prueba de la discriminación en la Ley de Igualdad. ....	285
26. La tutela judicial del principio de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007 .....	287
<b>CAPÍTULO 6.....</b>	<b>291</b>
<b>EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO LABORAL..</b>	<b>291</b>
1. Los derechos humanos laborales. Origen y significado .....	293
2. Concepto de Derechos humanos laborales .....	298
3. Base axiológica de los derechos humanos laborales .....	300
4. La dignidad como fundamento de los derechos humanos laborales .....	301
5. Función de la dignidad en los derechos humanos laborales .....	302
6. Contenido de los derechos humanos laborales .....	303
7. El trabajador como titular de derechos humanos laborales .....	305
8. Primeros pasos en pos de los derechos humanos laborales. Los fines primordiales de la OIT .....	306
9. La Declaración de Filadelfia .....	307
10. El concepto de “cláusula social”. La “Social Clause” (Dumping Social o Dumping Laboral) y la Declaración de Copenhague de Desarrollo social (1995) .....	308

11. Los derechos que debería proteger la cláusula social o la vuelta a los derechos humanos laborales .....	309
12. La Declaración de Copenhague de Desarrollo Social (ONU, 12 marzo 1995) .....	311
13. La Declaración OIT de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 .....	314
14. Un intento de reconocimiento europeo de los derechos humanos laborales .....	317
15. El Tratado de Lisboa y el reconocimiento e incorporación de los derechos fundamentales previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos al acervo de la Unión.....	318
16. El Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	319
17. La irrupción de la globalización económica y sus efectos en los derechos humanos laborales .....	323
18. La función de los derechos humanos laborales en el futuro .....	326
<b>CAPÍTULO 7.....</b>	<b>331</b>
<b>LA CRISIS ECONÓMICA DE 2008. ORIGEN, CAUSAS Y EFECTOS SOBRE EL TEMA ANALIZADO .....</b>	<b>331</b>
1 Origen de la crisis financiera: Estados Unidos .....	333
2. Los antecedentes de la crisis de 2008 .....	335
3. Causas de la crisis económica: codicia, irresponsabilidad e incompetencia .....	338
4. Causas de la extensión (contagio) de la crisis financiera al ámbito económico mundial o globalización de la crisis. La titulización de los hipotecas sub prime como fraude financiero	341
5. Interpretación marxista de la crisis económica de 2008 .....	345
6. Interpretación axiológica de la crisis económica: la falta de ética, causa primera de la crisis .....	348
7. Capitalismo globalizador y derechos humanos: contradicción radical.....	350
8. La globalización arrasa España .....	353

9. Efectos de la crisis financiera para el Derecho del Trabajo .....	355
10. Efectos de la crisis económica en España .....	358
11 El Derecho del Trabajo: el antes y el después de la Crisis Financiera Mundial de 2008	360
12. El impacto de la crisis en España: La Constitución (social) infringida y olvidada .....	367
13. La devastadora discriminación del trabajador maduro.....	371
<b>CAPÍTULO 8.....</b>	<b>377</b>
<b>LA ACCIÓN POSITIVA.....</b>	<b>377</b>
1 Consideración preliminar: carencia de una elaboración conceptual de la acción positiva	379
2 La igualdad de trato como finalidad de la acción positiva .....	381
3. Objetivos y modalidades de la acción positiva .....	384
4. Conceptos de acción o discriminación positiva. Particularidades .....	386
5. Concepto de acción afirmativa según la ONU.....	391
6. Formas de acción afirmativa según la ONU.....	393
7. Movilización afirmativa o equidad afirmativa .....	393
8. Preferencia afirmativa .....	394
9. Los diferentes sentidos del término discriminación .....	395
10. Concepto de discriminación según la OIT .....	396
11. Concepto de discriminación según la ONU .....	399
12. Las distintas clases de discriminación y las normativas reguladoras de la prohibición del trato discriminatorio.....	401
13. El concepto de discriminación social .....	404
14. Regulación de la acción positiva en la normativa comunitaria.....	406

15. Concepto de acción positiva (discriminación positiva) en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	408
16. Supuesto de búsqueda ACCIÓN POSITIVA. Replicabilidad de la muestra .....	408
17. Supuesto de búsqueda DISCRIMINACIÓN POSITIVA. Replicabilidad de la muestra	413
18. Concepto de discriminación según el Tribunal Supremo de España.....	417
19. Justificación de la acción positiva.....	419
20. El núcleo del debate justificativo de la acción positiva: ¿igualdad de oportunidades o igualdad de resultados?.....	421
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>423</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>451</b>

# **INTRODUCCIÓN**



## *Razones de la investigación*

---

*Si todo trabajo de investigación tiene como fin próximo el descubrir la verdad de la realidad<sup>1</sup> y dar cuenta de los porqués de esa realidad, para así ayudar a nuestros semejantes a vivir una vida más justa y digna, más acorde con la propia naturaleza humana, una obra como ésta no puede sino mantener idénticos sentir y parecer en el modesto empeño de encontrar alguna verdad que asiente la justicia y ayude a encontrar el bien que todo ser humano necesita para completar su vida, desarrollándola en sociedad. Esa búsqueda cobra todo su sentido cuando se trata de la relación de la persona con el trabajo, que en un Estado de Derecho no deja de ser sino la relación de la persona con el Derecho del Trabajo.*

*Esta investigación se ciñe al momento en que la persona trabajadora se convierte en sujeto paciente de alguna de las medidas y efectos jurídicos que el transcurso del tiempo, la edad considerada por la norma social de empleo como madura o mayor, determina dañosamente en su persona y en los aspectos de su capacidad y posibilidades de relación con el mundo laboral que le circunda. Por mera razón de edad se produce la entrada del trabajador maduro en un segmento o cohorte de la población laboral en riesgo de exclusión social a causa de la posible pérdida de su trabajo. Averiguado el cuándo de ese riesgo de exclusión, se intentará dar o acertar con la causa o causas que la producen, sean éstas de tipo cultural, económico, laboral o de cualquier otra naturaleza. Se tendrán en consideración los aspectos antijurídicos, anticonstitucionales, también antisociales, y los fundamentos reales de tal hipotética discriminación, que permiten hallar en el terreno laboral fuentes de refutación o verificación evidentes.*

### *Motivación de la investigación*

*La elección del presente tema de investigación obedece a que las dos épocas críticas en el transcurso laboral de todo trabajador corresponden, sucesivamente, al del acceso al mundo laboral, cuando el trabajador es joven, y a aquel otro momento posterior, cuando, desaparecida la juventud, el trabajador de ambos sexos debe afrontar un natural declive vital, sumado a las carencias que toda persona afronta cuando llega la época de edad avanzada; resultando entonces el trabajo el único*

---

<sup>1</sup> SIERRA BRAVO, R., *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, Madrid, Paraninfo, 1999, (págs. 25-29). Debe invocarse su consejo siempre a modo de guía: consagrarse a la investigación, estimular todo lo que favorezca la investigación, excluir todo lo que la dificulte. Se añade: el gozo del investigador como mayor recompensa a su trabajo.



*medio de supervivencia física y también moral. La moralidad, la ética en las relaciones laborales ha sido barrida por la marea globalizadora desde los años setenta del pasado siglo con las primeras crisis energéticas que se tradujeron, inmediatamente, en un endurecimiento de las condiciones laborales de todos los trabajadores.*

*Las primeras víctimas de la nueva economía han sido las clases sociales más débiles, y en cada una de ellas, los segmentos de población de más edad, que se han visto sin trabajo, porque los trabajadores de más, las mujeres y los hombres mayores de cuarenta y cinco años, por diversos motivos que se intentarán averiguar, son los primeros en perder el empleo, con las consecuencias que pueden entreverse. El neoliberalismo en lo político y el capitalismo financiero en lo económico, han engendrado una economía globalizadora, basada en el juego especulativo de los capitales, sin creación de riqueza alguna, que puede definirse como capitalismo parasitario, cuyos resultados, en estos meses finales de 2015 resultan patentes en toda Europa, que se debate entre encarecimientos de los productos básicos, negación de derechos elementales a una parte de la población, mientras que la concentración de capitales cada vez mayores y en menores manos, hacen dudar de las bases racionales de eso que se llama el mercado. Políticas y políticos con fundamentos ideológicos apenas discernibles unos de otros han logrado que el Estado, fagocitado en sus funciones por el deseo privatizador, deje de cumplir con sus objetivos de organización y distribución del poder que se resuelve tanto más desnudo y avasallador, en perjuicio de las clases sociales más desfavorecidas, económica y culturalmente, cuanto mayor es la anomia, la falta de escrúpulos de los dirigentes de la economía y de la política social actuales.*

*Pero una sociedad que se abre al futuro, aunque éste venga cubierto de nubarrones y presagios desesperanzadores, siempre tiene algún punto de apoyo en la posibilidad de que cambie algo en beneficio de las personas que todavía atesoran conocimientos e ilusiones, aunque en la vida del trabajador maduro la discriminación supone el derrumbe de las expectativas de la mujer u hombre que cumplidos los cuarenta corre el riesgo de exclusión del mundo laboral, a veces para siempre. La especial gravedad de la discriminación contra el trabajador mayor, visible en cualquier barrio y ciudad española, revestida de pobreza, donde las brechas salariales entre mujeres y hombres rozan el escándalo, torna obligatoria la visión de la discriminación laboral por razón de edad, considerada desde una perspectiva de género, es lo que motiva el presente trabajo de investigación.*

### *Precisiones lingüísticas*

---

*Se utiliza la expresión trabajador maduro o de edad madura, sin que ello suponga ningún cariz sexista, puesto que esta investigación se fundamenta en el examen de la discriminación desde una perspectiva de género que padece la persona trabajadora, mujer u hombre, por motivo de su mayor edad. Por razón de uso, se elige la expresión “trabajador”, admitida por el Diccionario de la RAE, 23ª edición (2014) en su acepción 3ª que define a “trabajador” como persona, de género masculino o femenino, que tiene un trabajo retribuido.*

*La expresión edad madura se define por el Diccionario como la edad comprendida entre los finales de la juventud y los principios de la vejez. Por lo expuesto en las precisiones lingüísticas precedentes, se usará el masculino “trabajador”, que se entiende abarca la población laboral de ambos géneros, por considerarla más apropiada, de acuerdo con los términos utilizados por la RAE y sin que la elección de tal voz suponga ningún tipo de discriminación sexista.*

### *Objeto y sentido de la investigación*

---

*El objeto de esta investigación es la averiguación de las causas que dan lugar a la discriminación negativa que se produce contra el trabajador de edad madura o mayor, sea de género masculino o femenino, en el mundo laboral. Se utiliza la locución “trabajador de edad madura”, porque en lengua castellana es la expresión más cercana, sin ningún componente peyorativo, al término en lengua inglesa “older worker” (trabajador de edad avanzada), que contiene un cierto rasgo estigmatizador.*

### *Objetivos de la investigación*

---

*La investigación ha llevado al estudio, utilizando un método histórico descriptivo, basado fundamental en la búsqueda y análisis de documentación, legislación y jurisprudencia que se produce en torno al hecho discriminatorio del trabajador o trabajadora de edad madura, para llegar, si ello resulta posible, a proponer algunas medidas para afrontar y remediar la discriminación negativa de los trabajadores mayores.*

*Tales propuestas de solución han de formularse teniendo en cuenta la actual situación económica, sociológica y jurídica actual, intentando contrastar si las*

*medidas que con idéntico objetivo se han ensayado en otros países han producido o no resultados positivos.*

### *Descripción de la articulación interna del trabajo de investigación*

---

*El desarrollo de la investigación ha requerido como objetivos específicos el estudio y análisis, en ocho grandes apartados, ordenados en Capítulos, de los temas que sirven de basamento y proporcionan continuidad científica a este trabajo, clasificados lógicamente y por razón de la materia. Así, y siguiendo el desarrollo determinado por el avance de la propia tesis puede mostrarse la articulación interna de esta investigación que ha determinado la elaboración de los siguientes capítulos:*

*El Capítulo Primero tiene como finalidad demostrar que la discriminación laboral supone la negación más grave de los derechos de los trabajadores, y consecuentemente, la más clara refutación del Derecho del Trabajo. Se resalta la necesidad de crear o formar un nuevo modelo de Derecho del Trabajo donde los aspectos sociales no desaparezcan frente a las necesidades, reales o pretextadas, de la economía.*

*El Capítulo Segundo se destina al análisis del principio de igualdad en el Derecho del Trabajo, señalando la aparición de la noción de discriminación en el ámbito laboral y las dificultades para el reconocimiento de un principio laboral igualitario. Se fundamenta el derecho a la igualdad y la no discriminación como manifestaciones del valor fundamental de la dignidad humana. Se analizan tanto las disposiciones normativas comunitarias antidiscriminatorias, especialmente la Directiva 2000/78, como la jurisprudencia más reseñada en el ámbito español (Tribunal Constitucional), y comunitario (TJUE). Se examina la correlación entre la economía y sus cambios y el impacto que tiene en las transformaciones sociales, estableciéndose la relación entre el derecho a la igualdad laboral y el modelo de economía donde puede o no lograrse esa clase de igualdad.*

*El Capítulo Tercero evidencia las dificultades para establecer un concepto útil de discriminación laboral, así como la perspectiva de la discriminación padecida por los trabajadores de edad madura en un Estado Social y Democrático de Derecho. Se torna necesaria la referencia a los derechos fundamentales del trabajador, así como la posibilidad y eficacia de los derechos a la igualdad y a la no discriminación del trabajador de edad madura en la llamada economía social de mercado invocada por*

*la Unión Europea. Se analiza la discriminación en el mundo globalizado y las contradicciones que el sistema de globalización económica presenta, así como su incidencia en el Derecho del Trabajo*

*El Capítulo Cuarto trata de delimitar el ámbito de la discriminación por razón de edad. Se han tenido en consideración otras legislaciones que han analizado el problema de la discriminación de los trabajadores de edad madura y las medidas legislativas para remediarla, señaladamente la ley norteamericana *The Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA)*, [Ley contra la discriminación por Edad en el Empleo de 1967] y el *Código de Derechos Humanos de Ontario. Leyes Revisadas de Ontario 1990 (Canadá)*. Asimismo se han analizado las vicisitudes que, dependiendo del momento económico, ha sufrido la jubilación forzosa en España, y los vaivenes legislativos que la han acompañado, de distinto y contrario signo. Se analiza la eficacia de la normativa comunitaria antidiscriminatoria en función de la ley nacional, y su falta de protección en el ámbito de la Seguridad Social.*

*Puesto que la presente investigación tiene carácter transversal, se ha dedicado el Capítulo Quinto al examen de la discriminación múltiple y la transversalidad de género, para dejar sentado desde un principio que esta labor se lleva a término desde una perspectiva de género, comprensiva de las discriminaciones por razón de edad que padecen los trabajadores de ambos sexos, e intentando descubrir los casos de discriminación múltiple a que se enfrenta la clase trabajadora en su conjunto, y señaladamente la mujer trabajadora.*

*El Capítulo Sexto analiza los derechos humanos laborales como medios de contraposición a la discriminación laboral. Se recorre el camino habido en la implantación progresiva de los derechos humanos laborales y el reconocimiento de estos derechos en los diferentes instrumentos jurídicos internacionales y comunitarios. Se averiguan los efectos de la globalización económica en los derechos humanos laborales, así como la función que estos derechos pueden tener en el futuro, de necesaria e insoslayable defensa de una sociedad cuyos ejes vertebradores se han visto desquiciados por un capitalismo sin riendas ni freno de tipo alguno, que de hecho supone la eliminación del Derecho del Trabajo.*

*El Capítulo Séptimo tiene como finalidad dar cuenta del estado de la cuestión en el Derecho del Trabajo, tras los efectos producidos por la gran crisis de 2008: se buscan sus causas reales desde una interpretación marxista y axiológica. Se*

*descubre la contradicción entre el capitalismo globalizador y los derechos humanos. Se da cuenta de los efectos adversos de la discriminación contra el trabajador de edad madura de ambos sexos.*

*El Capítulo Octavo y último se ocupa de exponer y analizar los remedios que en algunos sistemas jurídicos se han producido para evitar la discriminación laboral. Se estudia la acción o discriminación positiva así como los diferentes conceptos que se engloban en esta expresión. Se examina la regulación de la acción positiva en la normativa y jurisprudencia comunitaria, y se intenta encontrar la justificación y la solución al debate todavía abierto sobre la acción positiva.*

### Estado de la cuestión

---

*Se torna indispensable el examen previo de dos cuestiones conexas al tema discriminatorio en el ámbito laboral, presentando el marco teórico y conceptual que permita hablar con un cierto sentido de discriminación, analizada desde el campo del Derecho del Trabajo, para llegar a situar lo que ALCINA FRANCH<sup>2</sup> define como estado de la cuestión: no puede argumentarse nada serio sobre la discriminación laboral sin saber qué se ha dicho, en primer lugar, acerca del derecho al trabajo y, en segundo lugar, de qué significado tiene el principio de igualdad en el ámbito laboral.*

*Importancia capital adquiere en este momento el acercamiento a la realidad social, mediante la avocación a la perspectiva de género, para comprender qué pasa realmente en el caso de la discriminación laboral, directa o indirecta, cuando es padecida por el segmento de población, la femenina, con mayores dificultades para incorporarse en plano de igualdad con el hombre al mundo laboral, ya de por sí sobradamente injusto en esta fase de un capitalismo que ha endulzado su faz financiera, a costa de haber despojado de los más importantes derechos laborales a la clase trabajadora.*

*Por tanto, juega en esta investigación un necesario papel el debate sobre la existencia o no de un derecho al trabajo en el ordenamiento jurídico español. Resulta, asimismo, de ineludible examen el principio de igualdad aplicado al ordenamiento laboral, fundamentado en el valor dignidad, para enmarcar el principio de igualdad en nuestra sociedad, analizando el fenómeno discriminatorio desde una*

---

<sup>2</sup> ALCINA FRANCH, J., *Aprender a investigar: métodos de trabajo para la redacción de tesis doctorales* (Humanidades y Ciencias Sociales), Madrid, Compañía Literaria, 1994, (págs. 10 y ss).

*perspectiva de género, para así conseguir una visión más real y completa del fenómeno discriminatorio, cuando la víctima es la mujer trabajadora.*

*Se ha tornado indispensable acudir al análisis de la transversalidad de género y la discriminación múltiple para formar una idea justa de la situación en que se encuentra la mujer en el desempeño de su ocupación, con salarios que según reflejan las Estadísticas del INE<sup>3</sup>, en los parámetros de la Encuesta Anual de Estructura Salarial, mantienen siempre una significativa minoración respecto a los percibidos por el hombre a igualdad de trabajo, y se torna injustamente desproporcionada en el momento de llegar a percibir las pensiones de jubilación que resultan de la actividad y cotizaciones previas: la situación de las mujeres españolas mayores es dramática, en palabras de MELCHOR FERNÁNDEZ<sup>4</sup>, pues en 2008 la tasa de empleo de los trabajadores mayores (60.9%) seguía duplicando a la de las trabajadoras mayores. En 2015, los datos del INE acerca de la Encuesta de Población Activa en el trimestre 3 de 2015, refleja de una tasa de ocupación de las mujeres de edad entre 40 a 44 años de un 34,9% mientras que la tasa de ocupación de los hombres del mismo segmento de edad es de un 76 %<sup>5</sup>. Perdura, por tanto, la discriminación múltiple contra la mujer trabajadora, en este caso, por razón de género y de edad.*

*En este trabajo se intenta presentar una visión analítica de las medidas de favorecimiento, visibles mediante la legislación y jurisprudencia conexas al fenómeno discriminatorio, que se han producido con relación a los trabajadores de edad madura de ambos géneros. También se procurará buscar el porqué, la causa cierta de la discriminación laboral contra el trabajador maduro; y la verdad social, económica o cultural que pueda hallarse en los antecedentes legislativos y en la normativa, española o extranjera, que ha tratado de regular y proteger el trabajo del*

---

<sup>3</sup> INE, *Encuesta Anual de Estructura Salarial*, referida a 2013: disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np916.pdf>, donde se indica “El salario medio anual de las mujeres fue de 19.514,58 euros mientras que el de los hombres fue de 25.675,17 euros. El salario medio anual femenino representó el 76,0% del masculino. La diferencia entre la remuneración de hombres y mujeres se reduce si se consideran situaciones similares respecto a variables como ocupación, tipo de jornada o contrato, entre otras” [Consulta 5 septiembre 2015].

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ, M., *et al*, *Salarios y jubilación anticipada: ¿Son los trabajadores mayores “caros”?* Ministerio de Trabajo e Inmigración. Disponible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/131344.pdf>, [Consulta 5 febrero 2010].

<sup>5</sup> INE, *Encuesta de Población Activa*, datos relativos a “Ocupados por sexo, grupo de edad y sector económico” del trimestre 3/2015. Disponible en [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595#](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595#), [Consulta 8 octubre 2015]

*mayor, mujer u hombre [en el momento actual, a efectos laborales, la «ancianidad o madurez incapacitante» se manifiesta de forma temprana, antes de la cincuentena], para así conocer mejor la realidad que define al trabajo caracterizado —negativamente— por la avanzada edad de la persona que lo rinde.*

*Para que la discriminación laboral por razón de edad desaparezca, y sea efectiva y real la igualdad entre hombres y mujeres, se diseña una estrategia política consagrada internacionalmente con el nombre *gender mainstreaming* desde la IV Conferencia Mundial de Mujeres de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en Pekín, en 1995; teniendo continuidad en el ámbito europeo, por el Consejo de Europa, que la ha definido como “la transversalidad de género es la (re)organización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos políticos, de modo que la perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las fases, por los actores involucrados asiduamente en adoptar políticas”<sup>6</sup>.*

*Las modificaciones jurídicas necesarias para aplicar esa estrategia han sido significativas, y han tenido lugar tanto en la esfera internacional, como en los campos comunitario y estatal. La finalidad estratégica y las disposiciones legales se han publicado para, de alguna manera, conocer, evaluar y predecir los efectos que la transversalidad de género pueden ejercer en favor de las personas, mujeres y hombres, que forman parte integrante del mercado laboral<sup>7</sup> en su caracterización o definición de clase obrera o trabajadora, pese a que esta definición de clase obrera o trabajadora suene a poco menos que una blasfemia contra las nuevas dogmáticas economicistas, que aparecen disfrazadas como principios de valor axiomático en el actual mundo económico y jurídico, enseñoreado, aparentemente, por la ideología dominante del capitalismo en su estadio neoliberalizador, conocido como globalización o mundialización.*

*La discriminación por razón de edad, que se produce contra ambos géneros de trabajadores puede presentarse a veces acompañada de otros factores de*

---

<sup>6</sup> Objetivo Estratégico núm. 5 “Conseguir la transversalidad de género en todas las políticas y medidas”, del *Documento Estrategia de Igualdad de Género 2014-2017*, disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/02\\_GenderEqualityProgramme/Spanish%20Strategy%20for%20Gender%20Equality%202014%20-%202017.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/02_GenderEqualityProgramme/Spanish%20Strategy%20for%20Gender%20Equality%202014%20-%202017.pdf), [Consulta 7 abril 2015].

<sup>7</sup> En el sentido que ofrece BILBAO, A., *Obreros y ciudadanos: La desestructuración de la clase obrera*, Madrid, Ed. Trotta, 1995. Cabe aquí asentir a la afirmación del autor sobre “el callejón sin salida de los modelos objetivos de clases sociales” (pág. 9). Quizá resulte una afirmación enjundiosa la que nos brinda el mismo autor, un tanto taxativamente: “La posibilidad social del capitalismo está vinculada al hecho de que la fuerza de trabajo no devenga clase obrera, sujeto social alternativo, sino individuos” (pág.11).

*discriminación. Ello ha obligado a estudiar las diferentes formas discriminatorias, intentando averiguar si en el campo laboral donde se discrimina por razón de edad puede darse, simultánea o sucesivamente, alguna otra circunstancia que encamine a descubrir el fenómeno de la discriminación múltiple, y las soluciones para su remedio. No obstante, hay que señalar un cierto juego, semántico y político, que genera consignas, lemas, y cortinas de humo para soslayar astutamente el fundamento económico y laboral del momento presente: hablar de trabajador, hablar de clase trabajadora u obrera, aparte de conllevar un claro estigma de anacronismo, supone caer en las iras o el desprecio de las nuevas corrientes de pensamiento globalizadoras, en lo económico y político, para las que el trabajador no pasa de ser un recurso humano, expresión tan vacía de alma como apropiada al momento económico y laboral de presente.*

*Contra las imposturas ideológicas, siempre prevalece la verdad de lo que, realmente, son las cosas: los derechos fundamentales del trabajador, de cualquier género, están hoy situados en un plano de disponibilidad y de flexibilidad jurídica que les hacen tornarse cada vez más débiles e irreconocibles en eso que llamamos mercado de trabajo. Las nociones que se tenían como definitivamente asentadas y vigentes en el mundo jurídico laboral han resultado modificadas por efecto de lo que el derecho empresarial, del comercio o de la concurrencia requieren para que la actividad económica y la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales sean realmente efectivas, en favor de un teórico mejor nivel de vida de todos los ciudadanos. Mejora cangrejil que comienza con la supresión de derechos fundamentales de los trabajadores en nombre de un capitalismo que ha cambiado de aspecto y nombre, pero no de forma de actuación, pues la prevalencia de las leyes del mercado dejan preteridos cualquier tipo de garantías o derechos, cada vez que ello resulta necesario a juicio de los poderes económicos, con la consiguiente confirmación de una “prevalencia final de los mercados sobre los individuos y de lo económico sobre lo social”<sup>8</sup>.*

*Herramientas como el mainstreaming de género y el conocimiento de la discriminación múltiple, entendida como concatenación de factores o causas discriminatorias en perjuicio de una persona o de un grupo, sea en un momento*

---

<sup>8</sup> OJEDA AVILES, A., “Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales delos mercado: ¿la ecuación imposible?, *Tribuna social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 217, 2009, pág. 16 y ss. Prevalencia que OJEDA atribuye al hecho de la infiltración del Derecho del Trabajo por el Derecho de la Concurrencia.



*concreto y determinado o a lo largo de su vida laboral, es lo que conduce a observar con detenimiento la discriminación padecida por el trabajador de edad madura, cuando, además, el trabajador pertenece al género femenino. La discriminación de la mujer de edad madura, prima facie, tiene todos los visos de ser uno de los supuestos evidentes de discriminación múltiple. Mujeres trabajadoras cuya vida laboral termina con derechos como el de la pensión de jubilación o de viudedad, notablemente disminuidos en relación a los hombres, por motivos que corroboran “la diferencia de roles de género” donde se hallan datos y conclusiones cuya patente verdad debería mover a una política real de mainstreaming o transversalidad de género, para conseguir que la jubilación femenina no suponga el mantenimiento de situaciones de discriminación negativa que rondan el crimen social (VARA MIRANDA<sup>9</sup>).*

*En la actualidad no hay conocimiento de una sola medida de empleo que no venga acompañada por dos notas caracterizadoras del momento en que se produce:*

*1) la primera nota que caracteriza a las medidas de empleo u ocupación actuales se define por la predominante motivación del factor económico/empresarial sobre la consideración a los derechos de los trabajadores, a la hora de explicar y llevar a la práctica decisiones que redundarán en menoscabo o supondrán un recorte para los derechos del trabajador, gracias a la doble erosión en su capacidad de respuesta que viene determinada por:*

*a) el mantenimiento de la mitología acerca de las funciones del Estado de Derecho, ya en fase regresiva en cuanto a su capacidad de ordenación de las relaciones económicas y (por tanto) laborales que puedan darse en el ámbito jurídico bajo su dominio, frente a los grandes poderes y corporaciones transnacionales, que son fuentes de otra normatividad y otros usos jurídicos, y*

*b) la aceleración y carencia de valores del modelo productivo, o sea, la libre economía de mercado; modelo productivo que galopa en carrera desenfrenada a la grupa de un capitalismo financiero “globalizado”, y sin conciencia moral de tipo alguno.*

*La segunda nota que define el momento actual del empleo se caracteriza por el imparable declive de la conciencia de clase entre los trabajadores, con perniciosos*

---

<sup>9</sup> VARA MIRANDA, María Jesús, “La desigualdad de género en el sistema público de pensiones: el caso de España”, *Tribuna de Economía*, Marzo-Abril 2011 N° 859 ICE 119 Disponible en: [http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_859\\_119-140\\_\\_885443446B20EB322505DDB2798BB7B6.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_859_119-140__885443446B20EB322505DDB2798BB7B6.pdf). [Consulta 23 febrero 2015].

*efectos para sus derechos. La segmentación laboral no es una de las medidas menos dañinas a los derechos del trabajador como integrante de una clase social que encuentra en el trabajo la única vía de “progreso”, desmentida por salarios mileuristas y abusos y condiciones de empleo propias de tiempos que se creían dejados atrás.*

*Ciertamente, BILBAO contribuye con un fortísimo acento sociológico al análisis de los problemas de la clase trabajadora en el sentido que el autor presenta, en cuanto define la clase social como “agrupación de individuos que comparten el mismo origen de renta”<sup>10</sup>. La cuestión podría reducirse a saber si los valores-principios de igualdad y no discriminación, junto al posible derecho (aleatorio) al trabajo, están sujetos, para su efectiva vigencia en el mundo laboral, a que no se cumpla la condición resolutoria de que el trabajador sobrepase una determinada edad: ésta que la norma social de empleo puede considerar en cada momento como límite a su vida laboral o, dicho de otra manera, como la incapacidad legal para el trabajo, sobrevinida en su persona por razón de edad.*

### *Metodología de la investigación*

---

*Se intenta fundamentar esta investigación con el estudio de dos fenómenos cuya elucidación resulta inevitable. El primero, ya anunciado, es la averiguación de lo que haya podido significar y valga de presente el derecho al trabajo, al menos en el ámbito jurídico-laboral más próximo. El segundo fenómeno, objeto de interés para la investigación, viene constituido por la comprensión de lo que representa hoy el concepto jurídico de igualdad, como valor o principio de regulación de las relaciones laborales.*

*Se examinan, por tanto, dos apartados previos para elaborar el análisis crítico del tema de investigación: la noción de lo que ha podido significar el derecho al trabajo y la visión de lo que el legislador y el juez entienden como igualdad, en los sentidos que este último término pueda encerrar. Requisito previo en ambos supuestos es el examen de las circunstancias históricas, legales y doctrinales sobre el tratamiento laboral que ha sido aplicado al trabajador mayor, y la institución jurídica que se*

---

<sup>10</sup> BILBAO, *Obreros y ciudadanos: La desestructuración de la clase obrera*, op. cit. pág. 20. Sin ánimo de alargar la explicación, sugestiva por la personalidad del autor, puede aceptarse plenamente que “en una economía política clásica, las clases sociales se pueden definir como agrupaciones de individuos que comparten el mismo origen de renta” (pág.20). Esto es así en la actualidad, al menos para el trabajador, sea autónomo o por cuenta ajena.

*presenta fuertemente enlazada con la edad del trabajador, cual es la pensión de jubilación. También resulta obligado el examen de la edad, como causa de extinción del contrato que en el contexto social deviene una expulsión definitiva del mercado de trabajo. Edad que puede aparecer junto con otros factores discriminatorios, llegando a constituir edad y género una manifestación de la multidiscriminación. Se añadirá un apartado referente a lo que en el momento actual ha dicho la doctrina más señalada acerca de la discriminación laboral, y las propuestas contra-discriminatorias, tal cuales puedan ser, entre otras, las medidas llamadas de acción positiva.*

*Se pretende, por tanto, con esta investigación, averiguar qué es el trato discriminatorio y cuáles puedan ser las soluciones jurídicas y de otro tipo apropiadas para eliminar la discriminación del trabajador mayor por razón de edad.*

#### *Fuentes de la investigación*

---

*Se apoya esta investigación en la consulta de la bibliografía, documentación nacional e internacional así como de la legislación, doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, que en los últimos años han tenido como foco de interés y regulación la discriminación laboral por razón de edad.*

*Para la elaboración de esta obra, se han consultado diversos tipos de fuentes documentales, que sin ánimo exhaustivo y con carácter general, en el ámbito comunitario europeo han sido las publicaciones del Consejo de Europa (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), de la Comisión Europea (MISEP: Mutual Information System on Employment Policies), y del defensor del Pueblo Europeo que tiene por objeto la normativa antidiscriminatoria en el empleo. La OIT también ha publicado informes y artículos dedicados a la lucha contra la discriminación en el trabajo.*

*Las leyes antidiscriminatorias norteamericanas, canadienses e hispanoamericanas han servido de válido punto de referencia y consulta por el tratamiento adelantado que dieron a la discriminación por razón de edad. Por último, otras naciones como Irlanda y Australia han publicado asimismo leyes contra la discriminación por razón de edad.*

### *Jurisprudencia utilizada*

---

*Se ha examinado la jurisprudencia dimanante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A título meramente enunciativo, y a efectos de replicabilidad de la muestra, en el caso del Tribunal Europeo de Derechos humanos, con la finalidad de obtener una muestra significativa del concepto que la jurisprudencia europea ha venido elaborando sobre la discriminación por razón de edad se ha utilizado la base de datos Westlaw Aranzadi, Jurisprudencia, en la fecha 19 de abril de 2013 como más reciente, usando el texto discriminación por razón de edad; y por el órgano Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La búsqueda se ha establecido en el intervalo cronológico de 1 de enero de 1990 a 20 de abril de 2013; siendo el tipo de resolución a buscar las Sentencias del mencionado Tribunal. El rendimiento de la máquina es de 15 referencias jurisprudenciales, de las que ninguna es relativa a la discriminación laboral por razón de edad.*

*Solamente una resolución, la Sentencia de 10 de junio de 2010, TEDH 2010\79, Caso SCHWIZGEBEL contra Suiza, que se incardina dentro de las discriminaciones específicas por razón de edad, viene referida a diferencia de edad entre adoptante (49 años y el niño que se va a adoptar, entre 1 y 3 años), y si la adoptante en el caso podría hacer frente a las obligaciones y cuidados de un segundo hijo; estableciendo la Sentencia la discrecionalidad de los países en la fijación de la edad máxima de las personas que quieren adoptar dada la falta de consenso.*

*En cuanto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Replicabilidad de la muestra*

*Para obtener una muestra significativa del concepto que la jurisprudencia europea ha venido elaborando sobre la discriminación por razón de edad hemos utilizado la base de datos Westlaw Aranzadi, Jurisprudencia, en la fecha 19 de abril de 2013 como más reciente, utilizando el texto: discriminación por razón de edad; y por el órgano tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (término actual de designación), como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (término más antiguo). La búsqueda se ha establecido en el intervalo cronológico de 1 de enero de 1990 a 19 de abril de 2013; teniendo Sentencia como tipo de resolución que se busca en la base de datos. El rendimiento de la máquina es de 43 referencias jurisprudenciales.*

*Se ha pedido por segunda vez, con idéntica fecha, finalidad y parámetros temporales y tipo de resolución a obtener (SENTENCIA), otra muestra, pero concretando más el texto de búsqueda, que es: discriminación laboral por razón de edad. En este segundo caso, el rendimiento de la máquina ha sido de 16 sentencias, todas ellas contenidas ya en la primera muestra.*

*También se ha examinado la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y de diversos Tribunales Superiores de Justicia.*

#### *Análisis de la doctrina extranjera*

---

*Ha de hacerse mención de la Academia Europea de Legislación (European Law Academy) que tiene insertados artículos en su página web de interesante consulta en el campo de la discriminación y del derecho comunitario: [http://www.era.int/web/en/resources/5\\_2341\\_604\\_file\\_en.580.pdf](http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_604_file_en.580.pdf), pensados en función de la práctica legal dentro y fuera de Europa.*

#### *Disciplinas consultadas:*

---

*Se han consultado los contenidos propios de las disciplinas del Derecho del Trabajo, español y extranjero. También se ha debido examinar el Derecho Constitucional Español, así como Derecho Comunitario Europeo, amén de otras disciplinas tales como la Economía y la Sociología; asimismo la Filosofía. Esclarecedora en todo momento ha sido la doctrina norteamericana e inglesa sobre el tema discriminatorio laboral por razón de edad. Y han devenido de necesario estudio, por razón de su aparición cronológica, anterior a las primeras normativas y corrientes doctrinales aparecidas en la Unión Europea, tanto la normativa de la OIT, como las leyes específicas de algunos estados norteamericanos, avanzados en el estudio y regulación normativa de la discriminación laboral por razón de edad, plasmada legislativamente en cuerpos tales como La Ley contra la Discriminación en el empleo por razón de edad (Age Discrimination in Employment Act, ADEA 1967), la Ley contra la Discriminación por razón de Edad (Age Discrimination Act, ADA 1975), La Ley de Protección de Beneficios de los Trabajadores Mayores de 1990 (Older Workers Benefit Protection Act, OWBPA 1990), así como el Código de Derechos Humanos de Ontario, fruto de la actividad de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario (OHRC). Sin ánimo exhaustivo pueden citarse otras legislaciones estatales*

*antidiscriminatorias en materia de edad, cuales pueden ser, en el ámbito hispanoamericano, las leyes de Méjico, Colombia y Venezuela, entre otras.*

#### *Fuentes estadísticas*

---

*Tanto el Instituto Nacional de Estadística como el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales disponen de páginas en línea donde es posible efectuar consultas estadísticas con distintas parametrizaciones relativas a Mercado Laboral, Salarios, Costes laborales, y otras operaciones de mercado laboral..*

*Asimismo han resultado de utilidad los datos estadísticos recabados de otras fuentes tales como la Oficina Estadística de la Unión Europea – EUROSTAT.*



# **CAPÍTULO 1**

## **LA DISCRIMINACIÓN LABORAL COMO NEGACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO**





## 1. El significado de la discriminación en el Derecho del Trabajo

*Se hace necesario averiguar qué significado tiene la discriminación en el mundo laboral y los efectos que aquélla entraña sobre el Derecho al Trabajo configurado como un derecho subjetivo, y el Derecho del Trabajo como cuerpo normativo en una sociedad de economía globalizada o mundializada, en un momento de crisis general de los modelos económicos y sociales donde cualquier clase de certeza laboral queda reducida en función de su adaptación a las necesidades de la economía pública y privada de cada momento. La discriminación laboral significa la desaparición del Derecho al trabajo y asimismo del Derecho del Trabajo como conjunto normativo cuya finalidad es para RIVERO y SAVATIER<sup>11</sup>: “la protección del débil contra el fuerte, del trabajador contra el exceso del poder patronal”.*

*La discriminación en general, y la discriminación por razón de edad que sufre el hombre o la mujer trabajadora cuando ya ha pasado su juventud, es el mayor enemigo del Derecho al Trabajo, pues lo niega de raíz. Todas las declaraciones que se han producido a favor del derecho al trabajo, que pueden constatarse en diferentes Declaraciones y Cartas e Instrumentos Internacionales, quedan nulas y sin valor cuando la economía entra en crisis y revela el verdadero sentido y alcance del Derecho del Trabajo. Si para SINZHEIMER<sup>12</sup>: “el Derecho del Trabajo tiene como objetivo la defensa de la dignidad humana”, afirmando “la radical subordinación del Derecho del Trabajo a la economía”<sup>13</sup>, precisamente esa subordinación a la economía del Derecho del Trabajo permite hallar las lagunas de ese mismo derecho y la pérdida de su significado en una situación de crisis económica, una vez se ha eliminado el aspecto social del orden jurídico laboral, aunque la niebla ideológica<sup>14</sup>*

---

<sup>11</sup> RIVERO, J., y SAVATIER, J., *Droit du travail* (13ª ed.), Paris, Presses Universitaires de France, Col. Thémis Droit Privé, 1993, pág.33.

<sup>12</sup> SINZHEIMER, Hugo, *Crisis Económica y Derecho del Trabajo. Cinco Estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, 1984, (págs. 28 y ss).

<sup>13</sup> *Ibidem*, pág. 22.

<sup>14</sup> MARTIN VALVERDE, apud GUAMAN HERNÁNDEZ, A e ILLUECA BALLESTER, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el Trabajo*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2012. Disponible en línea en: [http://www.clacso.org.ar/libreria\\_cm/archivos/pdf\\_155.pdf](http://www.clacso.org.ar/libreria_cm/archivos/pdf_155.pdf), donde se define la niebla ideológica del siguiente modo “El Derecho del Trabajo cumple a la perfección con la doble función que el derecho tiene en las sociedades modernas: la función política, como instrumento de control social en manos del Estado que responde a la orientación clasista del mismo (...) y la función ideológica que acompaña a la anterior, difuminando o dificultando la apreciación de la situación de

*abone la confusión en torno a la importancia de los elementos que hacen posible la vida del trabajador.*

*El trabajador de edad madura de ambos géneros es tratado como una cosa, por mucho que las medidas antidiscriminatorias de nuevo o reciente cuño intenten imponer un cierto orden moral o social, con veste jurídica, en un universo donde rigen sólo y efectivamente las reglas económicas. Basta con echar una breve ojeada a las Declaraciones y normas de distinto rango que proclaman el Derecho al trabajo, [a título meramente enunciativo: Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 diciembre 1948, Artículo 23. Carta Social Europea, Turín, 18 octubre 1961, Art.1. Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, Estrasburgo, 1989, Art.4. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 diciembre 2000 Art. 15. Constitución Española de 1978, Art. 35, 1. Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Art. 4,1], que han quedado pulverizadas tras cada colapso económico, señaladamente este último, llamado crisis financiera de 2007, con las consecuencias que perviven en 2015.*

*Declaraciones, Cartas y otras normas jurídico-políticas que tendrían que haber reforzado y amparado la función garantizadora y tuitiva que desde siempre se le ha atribuido al Derecho del Trabajo, aparte de su carácter distributivo. Derecho del Trabajo que permite a duras penas la existencia de millones de personas, privadas de un sustento digno, de su calidad de vida y de su realización personal en cuanto se produce alguna crisis económica. Normas que sirven en su conjunto para señalar la función real del Derecho del Trabajo en una sociedad de economía liberal: función de control social y función de enmascaramiento de la realidad.*

*La discriminación en general y en particular la que puede sufrir el trabajador, mujer u hombre, por razón de su mayor edad es, por tanto, el mayor enemigo en potencia del Derecho del Trabajo y cuando se particulariza en cada trabajador, mujer u hombre, la discriminación entonces se convierte en el fenómeno laboral más antisocial y contrario al Derecho al Trabajo y su motivo de desaparición para millones de seres humanos, de ciudadanos que se transforman en excluidos sociales, en diferentes grados de exclusión, pero exclusión social al cabo, al*

---

desigualdad consagrada mediante la opción política tomada por las clases dominantes (la "niebla ideológica").[Consulta 13 marzo 2013].

*negárseles este derecho fundamental<sup>15</sup>. Porque habrá que volver atrás con las propias palabras del maestro SINZHEIMER para recordar que “el hombre tiene dignidad. Lograr tal dignidad es la misión esencial del Derecho del Trabajo”<sup>16</sup>. La lucha contra la discriminación laboral es hoy la mayor tarea que puede asumir el Derecho del Trabajo para lograr la dignificación de la mujer y el hombre.*

*La lucha del feminismo, la irrupción de la mujer en el campo del Derecho del Trabajo, puede significar una verdadera revolución en el mundo laboral y en la conquista de derechos laborales todavía impensables para el conjunto de los trabajadores. La apuesta por la dignidad de la mujer trabajadora es una medida de igualdad y justicia social que va encontrando herramientas para su consecución, entre ellas la perspectiva de género, que enriquece y amplía el conocimiento y los medios de afrontar no solo la discriminación laboral mas también cualquier otra clase de discriminación. Por ello resulta necesaria una mirada y una revisión a lo que ha significado históricamente el Derecho del Trabajo para descubrir los elementos que, aplicando una perspectiva de género, puedan aparecer para comprender mejor la discriminación laboral como principal factor de exclusión laboral, de anulación del Derecho del Trabajo y del mismo derecho al trabajo en la persona, mujer u hombre, que la padece.*

*Más que en ninguna otra rama del Derecho, más que en ninguna otra situación vital, las palabras de LAUTERPACH<sup>17</sup>: “el derecho humano más fundamental: [...] punto de partida de las demás libertades, es el derecho a no padecer discriminación y de gozar de la igualdad en el ejercicio de los derechos” son el engarce idóneo para justificar la razón de este capítulo que habla del derecho al trabajo y lo que significa la discriminación laboral para el hombre o la mujer que se ganan la vida trabajando: la siega de la yerba bajo sus pies, desposeyéndolos de su futuro y la dignidad de persona cuando vienen a ser víctimas de la discriminación, de un trato*

---

<sup>15</sup> El Derecho al trabajo puede entenderse como un derecho fundamental de configuración constitucional. La Constitución otorga un reconocimiento formal al derecho al trabajo, y el mandato (deber) a los poderes públicos de hacerlo efectivo. La STC de 22/1981, de 2 de junio, define así este derecho: "el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en el artículo 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una causa justa"

<sup>16</sup> SINZHEIMER, Hugo., *Crisis Económica y Derecho del Trabajo*, op.cit. pág. 18.

<sup>17</sup> LAUTERPACH, T., *An International Bill of the Rights of Man*, apud SHELTON, D., "Prohibición de Discriminación..." op. cit, pág. 15.

*discriminatorio. Resulta necesario, por tanto, redescubrir el papel del Derecho del Trabajo y de su historia, de las dificultades para lograr unos avances sociales que sorpresivamente e injustamente son arrebatados. La importancia de la discriminación como causa de aniquilamiento del Derecho del Trabajo, derecho de tan sacrificados consecución y mantenimiento, de alguna manera puede justificar su ubicación en esta obra.*

*La oportunidad de introducir matices procedentes de la doctrina ecologista y del feminismo actual<sup>18</sup> que contemplan al ser humano como sujeto a dualismos legitimadores de posiciones de dominio tanto sobre otros seres humanos como sobre la propia naturaleza, para denunciar “la consolidación de un modelo de pensamiento dual, que aunque había nacido antes de la Modernidad, se asienta a partir de ésta” y “el fundamentalismo económico como nueva religión civil” lleva a las autoras a formular un cambio en el concepto de trabajo que se antoja en este momento de simple relación de poder y primacía de los representantes de la Economía sobre el mundo del Trabajo una petición utópica, pues define el trabajo como “actividad humana básica e imprescindible, que cree riqueza real capaz de satisfacer necesidades humanas de forma equitativa y sostenible. El trabajo supondrá relacionarse con la naturaleza y con el resto de las personas y conseguir medios para poder vivir dignamente, y por ello no estará falsamente escindido del resto de la vida”.*

*Pero todas las transformaciones sociales tienen su punto de partida en un cambio de las ideas que irrumpen y sirven para explicar y comprender el mundo de una manera diferente. El Derecho del Trabajo debe acercarse a algunos de los fines que no están constreñidos en el nudo salario pues el trabajo es parte de la vida, medio de socialización, de relación y conocimiento, en síntesis, una poderosa herramienta de integración, educación y perfeccionamiento del ser humano.*

## 2. Referentes históricos del Derecho del Trabajo

---

*Como sea que el objeto de esta investigación es la averiguación de la causa o causas de la discriminación negativa por razón de edad del trabajador, de uno u otro género, de edad madura, debe examinarse el universo jurídico que resulta más conocido para encontrar los referentes históricos que ayuden a comprender el*

---

<sup>18</sup> BOSCH, A., et al. *apud* Yayo HERRRERO; “Miradas ecofeministas para transitar a un mundo justo y sostenible”, *Revista de Economía Crítica*, núm. 16, segundo semestres 2013, págs. 289 y ss

*nacimiento del Derecho del Trabajo y su finalidad natural que debería ser la defensa de los derechos e intereses obreros, entre los cuales el conocimiento de cuándo, en qué momento histórico, entran en juego valores y principios como el de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales. Situados en esta perspectiva se debe hablar de Derecho del Trabajo como fuente reguladora del contrato de trabajo, que nace con la revolución industrial y la aparición de la burguesía como clase social emergente. También se verá si ese Derecho del Trabajo por sí mismo o enlazado con algún otro cuerpo legal llega a convertirse en un derecho efectivo al trabajo de los ciudadanos y en particular si ese derecho al trabajo tiene la misma fuerza en el caso del trabajador cuya trayectoria laboral se desenvuelve en el tiempo biológico que se entiende como de mayor edad o edad madura.*

*OJEDA AVILÉS<sup>19</sup> viene a situar el nacimiento del contrato de trabajo en la Inglaterra de la Revolución Industrial, «en las fábricas urbanas del siglo XIX y principio del XX, en donde los obreros se hacinaban por miles en precarias condiciones (...) La industria textil en primer lugar y la minería del carbón después, configuran el milieu de donde surge el enfrentamiento entre fabricantes y obreros, con la cuestión social como «problema de los problemas» para todo el país». Poder sancionador del empresario, disciplina casi militar, nulas cargas sociales y explotación del trabajo infantil son algunas de las constantes que se dan en el cumplimiento del contrato de trabajo «para regular las relaciones en las fábricas masificadas —las relaciones industriales— y en un momento en que la burguesía propietaria controlaba el poder político. Los reglamentos de taller medían a ritmos de cómitre las cadencias, jerarquías o situaciones, y en ellos aparecía la figura del contrato de servicio industrial como fórmula de enganche»<sup>20</sup>. En Francia, distintamente al caso inglés, se produce el nacimiento de los tribunales industriales, creadores de usos profesionales y que muestran un cierto respeto hacia las partes, empresario y trabajador, y entre ambos modelos de prestación del trabajo puede encontrarse el origen del «contrato*

---

<sup>19</sup> OJEDA AVILES, A., "La genealogía del contrato de trabajo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135, 2007, pág.539.

<sup>20</sup> *Ibidem*, págs. 541-543. El autor apunta al reglamento de taller como producto de la connivencia entre el legislador burgués del siglo XVIII y el empresario británico, que lleva a un mayor poder disciplinario del dueño de la empresa, permaneciendo en Inglaterra "un modelo de servicio jerárquico y disciplinario, que atribuye a los tribunales provinciales competencia para ordenar al trabajador el cumplimiento de obligaciones laborales.

*de servicio industrial»<sup>21</sup>, que diera lugar al contrato de trabajo tal como se entiende en el presente.*

*En lo referente a España, OJEDA AVILÉS<sup>22</sup> hace mención al contrato de trabajo que regulaba «la Novísima Recopilación de 1805, procedente de las Leyes de Toro de 1369». Por su parte, DE LA VILLA GIL<sup>23</sup> presenta un interesante comentario sobre lo que fue la aportación de España al entendimiento de las relaciones laborales, en el contexto americano de hace cinco siglos, señalando que «el trabajo libre, por cuenta propia o ajena, se desarrolla ampliamente en los territorios colonizados». Lo cual no deja de ser un interesante acicate para volver la vista hacia atrás, intentando siempre explicar mejor el presente, tal vez con la intuición, si en el campo científico puede admitirse esta forma de razonamiento, de que la historia y el derecho pueden explicarse de diferentes modos, sin que la línea recta y progresiva aparezca como único modelo de interpretación; también el ciclo y la regresión en el campo del Derecho, máxime en el campo del derecho laboral, se dan en el mundo de lo social*

---

21 *Ibídem*, págs. 544-545: “De forma que en el siglo XIX hay dos guías paralelas hacia la modernidad, (...): el modelo británico, basado en una filosofía calvinista de elegidos y pecadores matizada por la acción sindical, y el francés, más apegado a la tradición gremial por la incidencia de los tribunales industriales sobre la voluntad individual o de ambas partes contratantes. El autor asevera que “en esos países surge paulatinamente la idea de un contrato nuevo, masivo, industrial, al margen de la intimidad de la relación doméstica (...) que se llamará inicialmente «contrato de servicio industrial» (industrial-service hiring), o contrato industrial a secas, muy distinto del «contrato común» (...) que fuerzas externas comenzarían a moderar desde principios del siglo XIX y hacia 1880 pasaría a denominarse con la expresión de contrato de trabajo. Todavía a finales de siglo los conceptos de «contrato industrial» y «contrato de trabajo» aparecerán como sinónimos en algunos escritos”.

22 *Ibídem*, pág. 552. OJEDA destaca cuatro circunstancias caracterizadoras del nacimiento del contrato de trabajo en España: que la industrialización fue tardía y local, que la explosión demográfica europea tuvo aquí signo contrario, de despoblación; que el liberalismo no cundió, por causa del poder eclesiástico, tanto como fuera de nuestras fronteras, y la parva regulación del trabajo no agremiado.

23 DE LA VILLA GIL, L. E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Granada, Ed. Comares, (Col. Crítica del Derecho. Sección: Arte del Derecho), 2003. El autor presenta unas valiosas anotaciones al significado que tuvo la Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, “verdadero monumento de gloria para España” en palabras del maestro, que, entre otras medidas, ordenaban: la efectiva libertad del trabajo, disponiendo que los indios labradores u oficiales no sean apremiados a alquilarse como trabajadores de jornal; se autorizan salarios altos, sin tasa máxima; se rechaza el truck system como sistema de pago; se limita la jornada, en algunas labores por debajo de las siete horas; se implantan horarios de trabajo; se prohíbe el trabajo nocturno y el trabajo complementario a domicilio; se dan asimismo restricciones de trabajo para mujeres y menores; trabajos especialmente reglamentados fueron los de niños y los de la coca, apareciendo medidas de seguridad e higiene. Presenta el autor asimismo una elogiosa referencia al primer antecedente de lo que podemos entender como sistema de protección social moderno, compuesto de medidas de previsión y de asistencia social, personalizado en las Cajas de Comunidad, que “se organizan en todo poblado o agrupación de indios. Tienen una finalidad preventiva, la financiación de los hospitales y subsidios a huérfanos, viudas, impedidos o enfermos, que se nutren con ingresos agrícolas, industriales y censales. Para los indios se reserva el producto íntegro de la subasta pública de la cosecha colectiva”, pág. 57 y ss.

*como hechos que podemos comprobar en la actualidad. Queda la puerta entreabierta, como un saludo a la esperanza, en que los organismos internacionales y las grandes corporaciones financieras e industriales cambien su modo de actuación en el mundo del trabajo, haciendo cada vez más necesario y presente el derecho humano laboral, como medio de verdadero progreso en el camino de la igualdad, la libertad y la justicia que aparecen como tres aspiraciones universales en el mundo político y social que nos rodea. Otra cosa es conseguir que los mencionados principios operen con toda eficiencia y naturalidad en la efectiva consecución de un modelo de Derecho Humano del Trabajo o Laboral.*

### 3. Revolución Liberal de 1789. Sus efectos sobre el Derecho del Trabajo

---

*No pueden desconocerse los efectos ambivalentes que produce la Revolución Liberal de 1789 que sitúa en un primer plano el protagonismo de la burguesía como emergente clase social que domina sobre el antiguo sistema corporativo y gremial de organización de la producción; lo que significa para el trabajador, en el plano individual, la libertad de ejercicio de toda profesión junto a la libertad de comercio y en el ámbito social, una erradicación de la libertad de asociación. Por la doctrina se suele citar como protoejemplo de mención del Derecho al Trabajo el Edicto Turgot de 1776 que jamás llegó a tener vigencia y que fue seguido de otro remoto precedente, La Ley Allard de 2-17 de marzo de 1791, que proclamaba la libertad de comercio y de industria; y se suele finalizar esta visión retrospectiva con la mención a la Ley de Le Chapelier, de 14-17 de junio de 1791, que establecía el deber del Estado de proveer de trabajo a los ciudadanos: «C'est à la nation, c'est aux officiers publics en son nom, de fournir des travaux a ceux que ont besoin pour leur existence»<sup>24</sup>, mientras que por otra parte decretaba "l'anéantissement", la aniquilación y exterminio de toda clase de corporaciones, prohibiendo a los miembros de una misma profesión toda asociación fundada en unos pretendidos intereses comunes<sup>25</sup>.*

*Hay que señalar como precedentes más significativos respecto a la cuestión del derecho al trabajo y la influencia y rango axiológico de este derecho las ideas de CHARLES FOURIER que preconiza el trabajo como medio de procura de un mínimo*

---

<sup>24</sup> SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo*, Madrid, Ed. Trotta, 1996, pág.27.

<sup>25</sup> RIVERO, J., y SAVATIER, J., *Droit du travail* (13ª ed.), Paris, Presses Universitaires de France, Col. Thémis Droit Privé, 1993, pág. 47.



*existencial y legítima el derecho de propiedad por el trabajo<sup>26</sup>. Remarcable resulta asimismo, la figura de un discípulo de FOURIER, VÍCTOR CONSIDERANT<sup>27</sup> que atribuye al derecho al trabajo, al derecho del ciudadano a realizar una actividad laboral de contenido significativo e integrador, la función, que puede tenerse como plenamente legítima en nuestros días, de garantía de un mínimo existencial en un determinado sistema social, cultural y político y económico; sistema sujeto a críticas cada vez más fundamentadas tanto en el aspecto económico como ideológico: los diarios gratuitos significan hoy, diáfananamente, un resquebrajamiento del capitalismo orientado al beneficio en la venta del producto final, puesto que en estos casos no existe venta sino su mutación en el cobro de los anuncios publicitarios.*

*Por otro lado, las nuevas formas de entender a las personas como recursos humanos, cuando transitan, según BILBAO<sup>28</sup> de la «consideración de ciudadanos (aspecto sociológico) a fuerza de trabajo (aspecto económico)», con la carga ideológica que ello supone, de reducción de la persona a un elemento más del proceso productivo, sin consideración a su dignidad y por tanto posible sujeto pasivo de cualquier tratamiento disgregador y excluyente, que consiste según HONNET<sup>29</sup> en: “Comportamiento humano que quebranta nuestros principios morales o éticos en tanto otros sujetos no son tratados de acuerdo con sus cualidades humanas sino como objetos inservibles (...) es decir, como “cosas o mercancías” que le pueda abocar a la condición de ilota social: sujeto sin derechos efectivos que encuentra, al menos desde la Sociología, y en algunos casos, también en el campo del Derecho del Trabajo, nuevos acentos y nuevas voces opuestas y resistentes frente a las actuales economías de la iniquidad global.*

*Desde el campo de la Sociología voces como la de ZUBERO<sup>30</sup> o ANTON<sup>31</sup> se encaran con los problemas del ser humano en sociedad y significativamente en relación al*

---

<sup>26</sup> FOURIER, Ch., *Pages choisies* (2ª ed.), Paris, Recueil Sirey, 1932, passim.

<sup>27</sup> CONSIDERANT, V., *Exposition abrégée du système phalanstérien de Fourier*, Paris, Librairie Sociétaire, 1846, pág. 44 y ss. [En línea]. Disponible en: <http://premierssocialismes.edel.univ-poitiers.fr/docannexe/file/841/fd3585.pdf>. [Consulta 2 junio 2005].

<sup>28</sup> BILBAO, A., “Modelo socioeconómico y organización de las relaciones laborales”, en CASTILLO MENDOZA (coordinador), *Economía, organización y trabajo: un enfoque sociológico*, Madrid, Pirámide, 1999.

<sup>29</sup> HONNET, Axel, *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*, (trad. G. Calderón), Buenos Aires, Katz ed., 2007, pág.53.

<sup>30</sup> ZUBERO, I., *El derecho a vivir con dignidad: del pleno empleo al empleo pleno*, Madrid, HOAC, 2000. Algunas ideas de este autor han llamado la atención, quizá por su honradez y claridad expositiva, o tal vez porque suenan limpias y claras, en este mundo tibio de lo políticamente correcto (hasta desembocar en la futilidad moral e intelectual). En la pág. 77, y sobre el coste moral de la

*trabajo*. ZUBERO denuncia con su enllamarado y valiente lenguaje que tantas veces nos hace recordar a BOURDIEU<sup>32</sup> las injusticias sociales que se disfrazan de nuevos fetichismos. Por su parte, ANTÓN es el autor de uno de los mejores estudios sobre los mecanismos de protección social del trabajador que tiene como centro el análisis y la formulación de alternativas a la dialéctica trabajo-rentas sociales, cuyas conclusiones sobre las rentas sociales pueden resumirse en: a) Garantía universal subjetiva de ingresos y medios para mantener una vida digna; b) Promoción de la redistribución de riqueza mediante reforma fiscal progresiva; c) Derecho a una renta social sin condiciones o contrapartidas para las personas sin recursos; d) Ciudadanía plena para todas las personas (derechos sociales, participación en la cultura, etc.); e) Reforma social contra la situación de vulnerabilidad o exclusión social; f) Una renta monetaria suficiente, y g) Gestión fiscal de la redistribución de las rentas, evitando la estigmatización y el control fiscal<sup>33</sup>.

#### *4. Un mundo laboral agitado e incierto*

---

*Hoy no se puede hablar de ninguna rama del derecho y menos aún del Derecho del Trabajo en sus diversas especialidades sin acudir inmediatamente a las palabras premonitorias de OST Y KERCHOVE que tratan de la emergencia del modelo de red como un nuevo paradigma de las teorías del Derecho<sup>34</sup>, aunque permanece irresoluto el problema de saber qué es y dónde se encuentra el Derecho o de cuando se da una colisión o la coexistencia o concurrencia de normas jurídicas y no*

---

ambición — ¿qué es sino ambición el afán de producir más solamente para ganar más?— se nos produce de la siguiente manera: «El capitalismo es una formidable factoría de idiotas morales. Nadie es responsable. Nadie es culpable. No deja de resultar comprensible: si, como señala Alan Macfarlan, el mal es una inversión del bien, una situación en la que los valores normales de la sociedad se ponen de cabeza, el capitalismo supone la mayor y más generalizada inversión de valores que jamás haya conocido la humanidad».

<sup>31</sup> ANTÓN, A., “Rentas Sociales, trabajo y ciudadanía”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23, núm. 2, 2005.pág. 197.

<sup>32</sup> BOURDIEU, P., *Contrafuegos: reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, [trad. Joaquín Jordà], 2000 y su continuación, todavía más valiente y agitada, que expone en la continuación de aquella primera señal luminosa y sin embargo tan preterida y soslayada, *Contrafuegos 2*, Barcelona, Ed. Anagrama, 2001.

<sup>33</sup> ANTÓN, concluye el artículo, antes citado, “Rentas Sociales, trabajo y ciudadanía” del modo siguiente: “Todos estos elementos de una renta social proporcionarían más “libertad real” y mayor “igualdad” entre todos, generando una mentalidad y unos valores basados en la solidaridad”. Están enmarcados en la cultura universalista de los derechos humanos y sociales, en el desarrollo de los valores de la reciprocidad y en la participación ciudadana y el acceso a la ciudadanía plena” (págs.211-212).

<sup>34</sup> OST, F., y KERCHOVE, M., *De la Pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2001, pág.267 y ss.

*jurídicas de regulación de determinados aspectos de la vida social. En lo que ahora interesa, la certeza de una continua y progresiva disolución de las reglas y normas laborales a favor de la aparición de otras fórmulas de regulación social, jurídica o no, del Derecho del Trabajo, que en última instancia es la regulación del contrato de trabajo desde su nacimiento a su perfección y muerte y sus efectos para el trabajador, abre el camino a nuevos modos de ver y situar el derecho del trabajo, indefectiblemente alejado cada vez más de la visión y los intereses de una de las partes, la personal y física, el trabajador, al que se tiende a construir tal vez pensando sólo en el aspecto económico de su actividad, como un mero recurso humano junto a otras clases de recursos. Un ser sujeto a todas las disciplinas y adaptable – flexible en derechos y obligaciones como el mimbres de los canasteros – a todo tipo de necesidades, que el modo de producción capitalista sitúa en su nuda valoración: como otro recurso más del proceso productivo. Así se puede llegar a designar a las personas, desde una perspectiva bastante roma y economicista, como recursos humanos. Pero los trabajadores son algo más que meros recursos humanos, dentro y fuera de la empresa: los trabajadores son personas, son seres humanos provistos de dignidad.*

*Habrá, por tanto, que introducir unos factores correctivos a la teoría de la red, al nuevo paradigma “emergente” de las teorías del derecho, que en el campo del Derecho Laboral forzosamente encuentra la referencia última en el valor de la persona humana, en la dignidad del ser humano que se yergue y opone a cualquier tentativa, aunque sea momentáneamente victoriosa, de convertir a la persona en un mero eslabón de una cadena de enriquecimiento ilimitado y al menor costo salarial y social posible. Y aun cuando la creciente y perceptible complejidad de todos los sistemas de comunicación y relación sociales puedan hacer cierta la predicción de que “(...) la ciencia contemporánea se nucleará en lo sucesivo sobre el modo aleatorio, de la indeterminación y de la incertidumbre”<sup>35</sup>, no es menos cierto que uno de los aspectos que en la ciencia jurídica actual, en el ámbito iuslaboral, pese a sufrir los dolores de parto de ese nuevo paradigma - de Derecho del Trabajo - deben seguir contando con un firme anclaje cual es el respeto a la dignidad del ser humano, al valor de la persona que trabaja, a fin de que esa actividad humana, digna y libremente ejercida, mantenga una relación vivificante y natural con la parte de la realidad social – la empresa y el trabajador - en que se produce y tiene lugar.*

---

<sup>35</sup> OST, F., y KERCHOVE, M., *De la Pyramide au réseau?* op.cit. pág. 486

*Podrá hablarse de un nuevo marco teórico del Derecho del Trabajo, de la posibilidad de otras fuentes reguladoras del trabajo, incluso de un cambio de jerarquía dentro de esas normas que regulan el mundo laboral, pero no resulta aventurado apostar porque cualquier nuevo modelo de Derecho del Trabajo ha de incardinarse, como nunca antes haya sido visto, en el respeto a la dignidad del trabajador.*

*El convertir mediante una versión del capitalismo más reaccionario y romo, llamado globalización en la actualidad, al trabajador en otro medio de riqueza, desconociendo su valor intrínseco, su dignidad de ser humano, puede devenir en la constatación para esta fase del capitalismo de que tal modelo de producción ha quedado realmente fuera de lugar y tiempo, reclamando a su vez, la emergencia de nuevos patrones –paradigmas – de economía, de producción e intercambio de bienes y servicios, que ha de tener su fundamento en lo que la OIT denomina trabajo digno o decente, desarrollado en un ámbito cada vez más generalizado, de respeto a los derechos humanos laborales. Otra cosa no es pensable a medio ni largo plazo en el mundo económico y laboral de presente, que muestra en cada crisis la necesidad de un nuevo planteamiento de la finalidad de todo el proceso económico de producción.*

*Agitación y desorden son características inherentes al mundo laboral contemporáneo con perceptibles influencias en las relaciones laborales, donde el principio de incertidumbre parece haber tomado definitivo asiento<sup>36</sup>. GETE CASTRILLO sentencia al respecto: «la instrumentalización del Derecho del Trabajo por las políticas de empleo orientadas principalmente a la reducción de coste de mano de obra y a la eliminación de “rigideces” (...) ha producido una clara subordinación de la normativa social al funcionamiento de la economía, exigiéndosele al Derecho del Trabajo objetivos de competitividad económica y de creación y reparto de empleo que están muy lejos de su razón y funcionalidad histórica de protección»<sup>37</sup>.*

*Inseguridad e incertidumbre son las líneas maestras en las que se inscribe en estos días cualquier intento de fundamentar el derecho al trabajo, convertido éste en mero objeto económico —el trabajo como bien escaso —, susceptible de tráfico mercantil, de transacción entre personas físicas o jurídicas (empresas de un lado y*

---

<sup>36</sup> Ídem: «El modelo de red, opuesto al modelo lineal del árbol, da cuenta a la vez de esta complejidad, de la incertidumbre y de la parte de desorden que le está unida. Por el contrario, parece que el modelo de red permite igualmente hacer escapar el conocimiento al vértigo del caos puro y simple, y situarla como el sistema jurídico que es el objeto, “entre orden y desorden” ».

<sup>37</sup> Véase, entre otros, GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador...*, op.cit. pág.37

*trabajadores del otro) supuestamente situadas en un plano de igualdad, que la negociación colectiva no puede, hoy por hoy, ordenar en un equitativo equilibrio prestacional, ya que la menor sombra de resistencia colectiva a una condición laboral injusta del empresario, va a encontrar la inexorable respuesta en forma de deslocalización de la empresa, en la búsqueda de otro espacio jurídico y económico donde no deba vencer dificultades que hagan peligrar sus expectativas de ganancia<sup>38</sup>.*

*La oposición individual del trabajador al abuso empresarial deviene, cuando se produce, un comportamiento valioso y que como tal suele pagar bastante caro por su propia cuenta; generalmente con la pérdida del trabajo, escudada en mil razones de todo tipo y categoría o con el sometimiento a prácticas empresariales de acoso que abonan sutilmente el baldío terreno de la falta de la prueba, aunque huellen visiblemente el campo de la inconstitucionalidad. Por consiguiente, la subsistencia del Derecho del Trabajo como regulador de las relaciones sociales que se derivan de la actividad productiva y que al mismo tiempo puede contribuir a mantener o cambiar el modelo de sociedad cada vez guarda más parecido con lo que fue en un principio: defensa de la parte más débil frente al abuso del poderoso.*

##### 5. Necesidad de un nuevo Derecho del Trabajo

*En la Europa surgida del Tratado de Lisboa de 2007 puede observarse que la finalidad de cambio social no aparece sustentada sobre el ideal de justicia que habría de impregnar las relaciones laborales, fundamento cabal para la plena integración de la población europea en el seno de la Unión y el desarrollo más provechoso de las relaciones sociales que se ven organizadas y reguladas por el Tratado de Lisboa (2007). El Libro Verde de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2006<sup>39</sup> se presenta con el ambicioso o inocente título de Modernizar el*

---

38 En lenguaje marxista, sin torcer exageradamente la expresión, ganancia puede hacerse equivalente a tasa de plusvalor, determinante, a su vez, de la tasa de beneficio. CASTIEN, al respecto, manifiesta: «Esta centralidad de la tasa de plusvalor no tiene nada de sorprendente, ya que el sistema capitalista, al igual que otro sistema social, es un sistema basado en la actividad productiva humana, que en su caso concreto, se presenta bajo la forma de trabajo asalariado. La distribución de las recompensas derivadas de la comercialización de los frutos de este trabajo, bajo la forma de plusvalor y de salarios, constituye, por ello, el mecanismo básico que regula el conjunto del proceso productivo» (op.cit. pág. 36).

39 COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 22.11.2006, COM (2006) 708 final. [En línea] Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006DC0708>, [Consulta 7 febrero 2009].

*derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI cuando los instrumentos de que se están dotando las instituciones europeas son puramente manuales de estrategias empresariales en pos del beneficio neto a costa de la dimensión humana y la dignidad del trabajador.*

*Ideas que difundía, entre otras, la Introducción del Libro Verde de La Comisión Europea: «hacer especial hincapié en la dimensión personal del Derecho laboral y no en cuestiones de Derecho laboral colectivo», con lo que se intenta socavar el medio más eficaz de defensa de los intereses del trabajador que es su unión de clase frente al capital; debatir «cómo puede contribuir el Derecho laboral a fomentar la flexibilidad», este concepto de nuevo cuño sirve para negar y disolver uno de los derechos más necesarios para el trabajador: la seguridad jurídica en lo que puede esperar de su contrato de trabajo y la duración y características de éste, pues el ser humano formula y construye su vida con un sentido de continuidad y de permanencia. No puede resultar extraño aunque sí llamativamente injusto que el capitalismo se mueva entre los parámetros de siempre mientras que exige cada vez más sacrificios al trabajador. Se repite la misma canción con título y letra diferente aunque el Libro Verde aporta además un nuevo término a la construcción del derecho de la Unión: la flexiguridad.*

*El resultado de la consulta pública sobre el mentado Libro Verde fue publicado a finales de 2007<sup>40</sup>. En lo que puede resultar de interés y como núcleo central de las respuestas que se dieron a los temas objeto de indagación, la primera gran dificultad para el reconocimiento de un Derecho del Trabajo de la Unión y por tanto de un Derecho al Trabajo de los ciudadanos europeos viene dada por la «complejidad» (sic) de definición de «los conceptos de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia según el Derecho comunitario», que lleva a la Comisión Europea a denominar este apartado con el sonrojante título de Incertidumbre en torno a la definición de relación laboral. Si no hay certeza sobre lo que es una relación jurídico-laboral el resto del ordenamiento jurídico de la Unión que pudiere tener como destinatario a los trabajadores europeos debe desandar el camino, volver a casa – al ámbito nacional – y no embarcarse en salidas que sirven sólo para el lucimiento provisional y poco útil de los integrantes, no siempre suficientemente lúcidos, de los órganos comunitarios.*

---

<sup>40</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Resultado de la Consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión «Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI», Bruselas, 24.10.2007 {SEC (2007) 1373}.

*Ambos intentos de la Comisión han resultado, por tanto, infructuosas tentativas de ligar la Economía Europea con un necesario Derecho del Trabajo Europeo todavía sin cuajar. Europa produce normas sobre Economía: le queda la asignatura pendiente de reconocer en normas de la Unión el derecho de los trabajadores europeos. La conclusión sobre este apartado no puede ser positiva; incluso sin llevar a posturas extremas lo ya observado va de suyo que una Europa que deja preteridos los derechos laborales por incapacidad para poder formularlos no es una Europa acabada ni social ni laboralmente hablando. No existe el Derecho al Trabajo en la Unión. No hay tampoco y ni siquiera en ciernes un Derecho del Trabajo Europeo.*

### 5. La situación del Derecho al Trabajo en España

*De vuelta al ámbito nacional, MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE<sup>41</sup> certifican la idéntica incerteza que se da en España a semejanza con el ámbito de la Unión, refiriéndose al hipotético derecho al trabajo como de «inefectividad del derecho al trabajo (...) que se expande y propaga al resto de derechos reconocidos en el Artículo 31 de la Constitución Española»; afirmándose la influencia del determinismo tecnológico y económico para «consagrar la idea de que es el mercado el único elemento a tener en cuenta para formar una política pública y construir las prioridades de los Estados»<sup>42</sup> asegurando la existencia de un cambio estructural del «modelo regulador y de sentido» del Trabajo como factor social<sup>43</sup>: Dentro de las tesis negadoras del Derecho al Trabajo hay las que lo tildan de «pura disquisición técnico-jurídica»<sup>44</sup>. Los autores referenciados califican al ordenamiento jurídico laboral de estos días como una «Motorizada, turbulenta y degradante legislación que sacrifica derechos laborales y de seguridad social, siempre con la excusa de su capacidad para crear empleo, que parece presentarse como el nuevo ídolo que, en realidad, oculta el primado del determinismo económico»<sup>45</sup>.*

---

<sup>41</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho al trabajo...op.cit., pág. 288.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 291.

<sup>43</sup> *Ídem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pág. 313: puesto que “no cumple con ninguno de los 3 elementos definidores de los derechos fundamentales: 1. Axiológico: El trabajo está dejando de ser una exigencia para el desarrollo moral del hombre, ante la “escasez de trabajo”. 2. Normativo: La libertad de empresa impide tal posibilidad en cuanto no tendrá disposición sobre el objeto. 3. Práctico o realista: la cultura de nuestro tiempo no favorece la eficacia social de esta pretensión”.

<sup>45</sup> MONEREO PÉREZ Y MOLINA NAVARRETE, “El derecho al trabajo...”, op.cit, pág. 322

*Debe añadirse que el determinismo económico no es sino el fruto más visible del sistema económico capitalista en su vigente fase globalizadora o mundializadora que en el caso de España y de la reforma producida por la Ley 3/2012, de 10 de febrero, que entre otras interesantes novedades acerca de la obligada flexibilidad en beneficio de la empresa y como alternativa a la extinción del contrato de trabajo, pueden someramente avanzarse como objeto de un excelente y anticipador trabajo crítico de GUAMÁN e ILLUECA<sup>46</sup>, fundamental para entender lo que está pasando, si se acepta esta expresión, con el Derecho al Trabajo en España desde 2008 y hasta el momento presente :*

1. La movilidad funcional y geográfica;
2. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo;
3. La suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, eliminándose la autorización administrativa y prorrogándose la llamada reposición de las prestaciones por desempleo;
4. La inaplicación (“descuelgue”) de determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable dejan de ceñirse al régimen salarial, previéndose que en caso de desacuerdo cualquiera de las partes puede someter la discrepancia al arbitraje de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas;
5. La primacía aplicativa del convenio colectivo de empresa en determinadas materias, sin que los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos sectoriales estatales o autonómicos puedan impedirlo; y
6. La llamada “ultraactividad” del convenio colectivo se limita a dos años desde la denuncia del convenio”.

*Disposiciones cuyo común denominador es el ataque y lesión a los derechos de los trabajadores para hacer posible la subsistencia de una economía previamente reventada por el capitalismo financiero y los empresarios oportunistas en su propio y exclusivo beneficio. Medidas legislativas todas ellas de cuyo acierto, justicia, equidad y oportunidad dan fe los más de seis millones de ciudadanos españoles en paro,*

---

<sup>46</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración e ILLUECA BALLESTER, Héctor: *El huracán neoliberal Una reforma laboral contra el Trabajo*. Madrid, Ed. Sequitur 2012. También disponible en línea: <http://www.ceps.es/images/pdf/huracanneoliberal.pdf>,



según la encuesta de población activa de 2013<sup>47</sup> y cerca de dos millones de familias que no tienen ningún ingreso para poder vivir salvo las parvas ayudas asistenciales. Pese a haberse paliado el número de parados en la España actual: la Encuesta de Población Activa (EPA en adelante) ofrece una cifra de 5.149.000 parados<sup>48</sup> en el segundo trimestre de 2015, frente a tales datos no se puede hablar seriamente de Derecho al Trabajo en esta parte de la Unión Europea.

## 6. Una puerta a la justicia laboral

---

Pero afortunadamente desde el mismo universo de la Economía empiezan a plantearse discursos nuevos, con recientes aportaciones acerca de la comprensión de lo económico, sus relaciones con el mundo del trabajo y la necesidad, tal vez, de un nuevo paradigma clarificador de los sistemas o modos de producción que ya no se explican desde los modelos conocidos; nuevos discursos, nuevas ideas que en algunos casos conducen a la esperanza en que el ser humano ha de recuperar su papel central y de valor por sí mismo: CASTELLÓ TALIANI<sup>49</sup> resume el problema de la Economía actual e intenta argumentar una solución: «Por consiguiente, hemos visto que de aquella visión del hombre, pragmáticamente aceptada, se deduce una ética que nos procura un procedimiento para dirimir lo correcto de lo que no. Pero, de igual modo, de la postura ante el hombre y de lo que nos dicen otras disciplinas (Psicología, Pedagogía, Sociología) se deriva el que el hombre se tiene que desarrollar en tanto que hombre y uno de los caminos esenciales de desarrollo es el del trabajo.(...) Este desarrollo del hombre a través del trabajo, hace que debemos comprender que éste debe ser un bien esencial al que deben acceder todos, y la Economía debe orientarse a la consecución de dicho fin ya que está fundado en la concepción misma de hombre que es la que cimenta a la Economía»<sup>50</sup>. Concluye CASTELLÓ TALIANI este apartado declarando: «Por consiguiente, podemos concluir

---

<sup>47</sup> Facilitados por el INE para el primer trimestre de 2013. Disponible en: <http://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0113.pdf> [Consulta 26 abril 2013]. Datos que citan como más inhumanos: El número de parados crece en 237.400 personas y alcanza la cifra de 6.202.700. La tasa de paro se incrementa 1,14 puntos, hasta el 27,16%.

<sup>48</sup> Facilitados por el INE para el segundo trimestre de 2015. Disponible en [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=ultiDatos&idp=1254735976595) [Consulta 26 abril 2015].

<sup>49</sup> CASTELLO TALIANI, G., "La necesidad de un nuevo paradigma en la economía: una crítica en clave interdisciplinar", *Revista Encuentros Multidisciplinares*, [en línea], número 17, mayo-agosto 2004, Disponible en: «<http://www.encuentros-multidisciplinares.org/Revistanº17/Gabriel%20Castelló%20Taliani.pdf>», [Consulta: 19 julio 2007].

<sup>50</sup> *Ibidem*, pág. 5.

que el trabajo es necesario desde un punto de vista práctico al asegurar la supervivencia vital de los individuos y, al mismo tiempo, es necesario como terapia fundamental para el desarrollo de las potencialidades de cada sujeto. El reto estribará en que el trabajo digno y con criterios económicos eficientes se convierta en un derecho para todos los sujetos»<sup>51</sup>. Pero si el trabajo digno se convierte en un derecho universal, uno de los presupuestos del modelo económico actual se desvanece y con él la economía de mercado que convierte al trabajo en otra mercancía. Por un distinto camino puede llegarse a formular una doble conclusión: la necesidad radical de un nuevo paradigma en la Economía, que a su vez demanda la formulación de un nuevo modelo del Trabajo, del Derecho del Trabajo que puede nacer en estos albores del Siglo XXI permitiendo que el ser humano, recupere la dignidad<sup>52</sup>.

Con NAVASCUÉS GUILLOT<sup>53</sup> puede comprobarse que un breve lapso de tiempo, no más de ocho años, facilita la verificación o refutación de la hipótesis más cuidadosamente argumentada. Se ha elegido un artículo referido a la economía de los Estados Unidos de Norteamérica, pues en tal ámbito pueden verse reflejadas las últimas tendencias de la economía capitalista mundial o global, aplicables en cierta forma a lo que sucede en la Europa del Tratado de Lisboa. El autor se pregunta respecto a los resultados de la economía norteamericana en los últimos años (se refiere al término del decenio de los noventa del siglo XX), si « ¿Estamos ante un nuevo paradigma económico derivado de una revolución tecnológica, o se trata simplemente de una breve fase de circunstancias favorables que, cuando desaparezcan, harán regresar a la economía a sus sendas habituales?»<sup>54</sup>. Finaliza NAVASCUÉS GUILLOT<sup>55</sup> dejando la puerta abierta a una futura respuesta aunque

---

<sup>51</sup> Ibídem, pág. 7

<sup>52</sup> BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Ed. Aguilar, 1980, pág. 17.

<sup>53</sup> NAVASCUÉS GUILLOT, M., "El nuevo paradigma de la economía americana. Argumentos y pruebas", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, Nº 783, 2000, págs. 21-31. Versión del artículo on line, disponible en: [http://www.revistasice.info/cmsrevistasICE/pdfs/ICE\\_783\\_21-31\\_\\_574388C414FB0E20D3E57A360B5F4ACF.pdf](http://www.revistasice.info/cmsrevistasICE/pdfs/ICE_783_21-31__574388C414FB0E20D3E57A360B5F4ACF.pdf), [Consulta: 20 junio 2008].

<sup>54</sup> NAVASCUÉS GUILLOT, "El nuevo paradigma...", op. cit. pág. 30

<sup>55</sup> Ibídem, pág. 31: finaliza el autor con unas prudentes palabras, nada esperanzadoras si pudiera extrapolarse su conjetura de 1999 al caso de la economía española en este 2013, donde la voz crisis señorea el panorama de la noticia económica cotidiana, repetida unas veces por causa de hundimientos inmobiliarios, bancarios o financieros con los resultados centrados en el mundo laboral, a punto de colapso por causa del incremento del desempleo, hecho que resulta de dominio público: "En todo caso, los mercados parecen estar descontando la sostenibilidad en el futuro de un proceso de productividad creciente. Esto, que para algunos, constituye un argumento a favor del nuevo

*reconoce que no es posible «definirse categóricamente sobre si la hipótesis del nuevo paradigma es o no válida». Esta puerta se mantiene abierta para un futuro estudio de matiz económico. Puede observarse, pese a todo, que el ámbito donde ese nuevo paradigma debe manifestarse sigue sustentándose en un modelo de economía que conserva todos los resabios y miserias, magnificados por el movimiento globalizador, del capitalismo de siempre.*

## *7. Antecedentes históricos del Derecho del Trabajo en España*

---

*Para DE LA VILLA GIL<sup>56</sup> los antecedentes más inmediatos del Derecho del Trabajo habrían de buscarse en el trinomio derecho industrial, derecho obrero y derecho del trabajo; señalando que el Derecho del Trabajo «supone frente al derecho obrero, una vocación expansiva capaz de llegar a la cobertura de la población activa». Hay que entender, de acuerdo con el mencionado autor, que «la construcción y sistematización científica coincide en buena medida con la utilización de la fórmula literal “derecho del trabajo”». Interesa destacar, amén de las tres grandes fases que DE LA VILLA GIL señala en la evolución del Derecho del Trabajo en España, (en aquel momento – 1962 -, de finalización de la escritura de la versión inicial de la obra referenciada: la Formación Histórica del Derecho Español del Trabajo), otro dato cual es el prolongado período de producción de normas laborales habido desde la promulgación de la Constitución de 1978 a día de hoy, donde también se detectan ciertos cambios económicos y políticos, acompañados de las consiguientes desapariciones y reapariciones normativas.*

*Puede asimismo asegurarse que la evolución del Derecho del Trabajo desde la Constitución de 1978 acá tampoco se presenta armónica ni unitaria, en consonancia con lo que manifiesta DE LA VILLA GIL<sup>57</sup> al referirse al discurso y transformación del Derecho Laboral anterior a la Constitución vigente.*

---

paradigma, también abre considerables incertidumbres sobre las consecuencias económicas adversas que podrían derivarse de un posible cambio en la percepción de un fenómeno que todavía no está avalado firmemente por los datos estadísticos disponibles». [En octubre de 2015, la crisis hace clamar por los derechos laborales de más de 4 millones de ciudadanos, de personas, que deben elegir entre contratos basura o no tener medio de supervivencia más allá de la ayuda familiar o algunas instituciones asistenciales].

<sup>56</sup> DE LA VILLA GIL, L. E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Granada, Ed. Comares, 2003, págs.287 y ss.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pág. 289

*Para completar este apartado debe añadirse que el primer reconocimiento del Derecho del Trabajo — de los derechos laborales constitucionalizados —, se produce en España en la Constitución de 1931: «de ahí que sea con la Segunda República cuando comience entre nosotros el llamado proceso de la constitucionalización de la vida del trabajo»<sup>58</sup>. Sustituye a la Segunda República el régimen nacional-sindicalista (1936-1978), durante el cual la elaboración de normas laborales se produce desde un entendimiento del derecho del trabajo que casaba difícilmente con lo que era tenido como tal Derecho del Trabajo por los sistemas democráticos contemporáneos al franquismo. Durante un cierto tiempo la doctrina española ha venido atribuyendo con carácter general unos determinados principios inherentes a la naturaleza del Derecho del Trabajo entre los que podría señalarse como principal el de la estabilidad en el empleo. Esta idea fundamental, la de permanencia en el empleo, que permitía caracterizar al Derecho del Trabajo del período o época del Bienestar —finales de los cuarenta hasta las postrimerías de los años sesenta del pasado siglo—, ha desaparecido de las relaciones laborales actuales como lógica consecuencia jurídica del cambio de modelo económico actual.*

#### *8. Finalidad y momento actual del Derecho del Trabajo en España*

---

*Se estima oportuno hacer un breve excursus para considerar el relieve, o no, que en determinadas circunstancias, han tenido las organizaciones sindicales, como representativas de los intereses de sus afiliados. En España aparece la primera Ley de Asociaciones durante el período liberal —ley de 30 de junio de 1887, que anduvo vigente hasta 1964 —, aunque no fue pensada como una ley de Asociaciones profesionales. Se ha de esperar a la II República, para ver promulgada una auténtica Ley de Asociaciones, la de 8 de abril de 1932. En cuanto al movimiento de organización de la clase obrera, es en 1888 cuando se funda el sindicato UGT, de orientación socialista, pero fuertemente influenciada por el pensamiento marxista, y hemos de esperar a 1910, para asistir a la creación del sindicato anarquista CNT. Similares circunstancias a las que se habían vivido con casi un siglo de adelanto en Francia, son las que en las postrimerías del XIX se descubren en España en torno al Derecho del Trabajo y de los partícipes en la relación laboral. El papel de las organizaciones sindicales en un sistema democrático*

---

<sup>58</sup> *Ibíd*em, pág. 298.

*Los antecedentes relativos a los problemas originados por la organización del trabajo pueden verse reflejados en España de forma semejante al ejemplo francés: «Como toda la política regia había conducido a que coincidieran organización gremial y monopolio, toda la campaña a favor y en contra del gremio es, en realidad, una discusión entre partidarios del control estatal y partidarios de la libertad de comercio»<sup>59</sup>. A partir de 1770, se producen los primeros intentos de quebrantar el monopolio gremial, y con la promulgación del Decreto de 18 de junio de 1813 (Cortes de Cádiz), asistimos a las más antiguas medidas liberalizadoras en cuanto a la prestación del trabajo y libertad de establecimiento.*

*A señalar, siguiendo a RIVERO Y SAVATIER<sup>60</sup> en cuanto a sus caracteres generales: «La especificidad del derecho del trabajo se debe de una parte a su finalidad, y por otra parte a la multiplicidad de los factores que gobiernan su desarrollo; estos datos permiten situarlo en relación al conjunto de disciplinas jurídicas». Respecto a la finalidad del Derecho del Trabajo, no resulta necesaria en este punto la paráfrasis de los autores, cuando sus propias palabras ocupan un luminoso primer plano: «si bien el derecho común de los contratos reposa sobre el postulado común de la igualdad de los contratantes (...) esta igualdad no existe, de hecho, entre el empresario y el trabajador, obligado, para vivir, a aceptar las condiciones que le son impuestas; esta igualdad no existe más entre las dos partes una vez el contrato concluido, pues éste confiere al empleador una autoridad casi jerárquica sobre los asalariados (...) la toma de conciencia de los abusos escandalosos que permitía esta situación está en el origen del derecho del trabajo, y ella ha determinado la finalidad que queda como*

---

<sup>59</sup> DE LA VILLA GIL, L. E., *La formación histórica del Derecho Español...* op.cit, pág. 53. En la misma obra, y en referencia al trabajo libre y la agremiación en la América Española, el autor declara que “el trabajo libre, por cuenta propia o ajena, se desarrolla ampliamente en los territorios colonizados” (pág.59); afirmando a continuación: “La agremiación no alcanzó considerable desarrollo en la América colonial y aún en la época de florecimiento predomina el trabajo no agremiado. Los gremios comienzan a constituirse hacia el siglo XVI, arriesgándose la cifra de doscientos en el siglo XVII. (...) El hecho más importante para la historia de la regulación jurídica del trabajo, vino constituido por la promulgación de disposiciones de diverso carácter dirigidas a regular las prestaciones de trabajo. Estas disposiciones, que reglamentan con enorme casuística el contenido de las relaciones laborales, fueron reunidas en tiempos de Carlos II, denominándose la colección oficial Recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias”. Señala también el autor la “política tuitiva del Consejo de Indias, creado en 1524, y en el aspecto aplicativo la intervención constante de los oidores y corregidores” (pág. 60). Unas instituciones que encarnan en América “un auténtico sistema de previsión social y múltiples manifestaciones asistenciales” (pág. 61) son las Cajas de Comunidad, que “se organizan en todo poblado o agrupación de indios. Dirigidas a cumplir una finalidad de previsión, financiando hospitales y otorgando subsidios a favor de enfermos, impedidos, viudas, huérfanos y otros necesitados, se nutren con ingresos agrícolas, industriales y censales” (pág. 62)

<sup>60</sup> RIVERO, J., y SAVATIER, *Droit du travail*, op. cit., pág. 33

*suya, es decir, la protección del débil contra el fuerte, del trabajador contra el exceso del poder patronal»<sup>61</sup>.*

*Si se pudiere en estas circunstancias ensayar un cierto salto en el tiempo para elevarnos con nuevos bríos hasta el meollo de lo que quiere ser o pueda ser el Derecho del Trabajo en el momento actual y futuro, podríamos asirnos a las palabras a modo de trampolín que MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE<sup>62</sup> brindan a quienes pueda preocupar la situación laboral que nos rodea: «En este contexto de transformaciones sociales, políticas e institucionales, el derecho al trabajo muta en un derecho al empleo y éste, a su vez, se concreta cada vez más en un “derecho a la inserción” como instrumento de lucha contra la exclusión social, asumiendo una dimensión asistencial que recuerda el origen del derecho al trabajo del siglo XVIII, en una marcada evolución que tiene el futuro a las espaldas». Tal vez éste sea el análisis más certero y sobrio acerca del significado del Derecho del Trabajo en la sociedad y en el sistema de producción contemporáneos.*

#### *9. El derecho al trabajo en la legislación española: un derecho reconocido por la Constitución pero no justiciable*

---

*En España sólo una determinada clase de ciudadanos, los condenados a penas de prisión, encuentran ex lege y garantizado frente al Estado el ejercicio del derecho al trabajo, a virtud de lo establecido en el Título I, Capítulo Segundo, Sección 1ª De los derechos fundamentales y de las libertades públicas, art. 25 de la Constitución de 1978, en su apartado 2, proposiciones segunda y tercera, que rezan lo siguiente:*

*«El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo (Capítulo II, Sección 1ª CE), a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad»*

*Para el resto de los ciudadanos resulta de aplicación el art. 35,1 de la Sección 2ª De los derechos y deberes de los ciudadanos del mencionado Capítulo Segundo del Título I de la Carta Magna, sobre cuya diferencia respecto al derecho al trabajo*

---

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al trabajo...” op. cit., pág. 327.

*regulado en el art, 25 CE cabe formular al menos una primera apreciación, puesto que por la forma de prestación del trabajo que ha de ser en libertad, el trabajo en prisión a que viene referido el art. 25 CE, proposiciones segunda y tercera pierde tal característica de verdadero derecho al trabajo y adquiere un cierto carácter, aun forzando el lenguaje, de prestación asistencial dado que es una actividad mediante la que el Estado persigue la reinserción social del penado: puede entenderse que el trabajo en prisión, por las especiales características en que se realiza, constituye sólo un aspecto asistencial de uno de los muchos medios y remedios que el Estado puede poner a disposición de los ciudadanos para lograr su plena integración en la sociedad. Por su parte el derecho al trabajo que regula el art. 35, 1 de la Constitución se incardina en la Sección 2ª, que tiene como acápite De los derechos y deberes de los ciudadanos, configurando una relación laboral libremente aceptada en plenitud de características y contenido obligacional para ambas partes, empresario y trabajador.*

#### 10. El derecho al trabajo: un derecho de doble sentido y de realización aleatoria

*El derecho al trabajo reconocido por la Constitución en el art. 35, apartado 1, a la vista de las circunstancias económicas, sociales y laborales puede, sin torcerse su significado, como de carácter aleatorio<sup>63</sup>, ha de ponerse en correlación con el art. 38 de la misma Norma Fundamental: “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”. Además, “el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo vincula también a todos los poderes públicos (Art. 53.1 CE), comprometidos formal y solemnemente con la consecución de la efectividad y plenitud de los derechos constitucionales (art. 9.2 CE)”<sup>64</sup>. Es de notar que: “ha de vincularse el 35.1 CE con el 40.1 CE, que encomienda a los poderes públicos promover: “las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativas, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política*

---

<sup>63</sup> Puede asegurarse el carácter aleatorio de ese derecho (de conformidad con la doble acepción del Diccionario de la RAE, 22ª edición: azaroso y fortuito) que, empero, habría de tener rango de derecho fundamental, porque en el estado actual de las cosas, el derecho al trabajo no constituye, en modo alguno, un derecho subjetivo y, además, cada vez resulta más azaroso en cuanto a su concreta actualización. La Constitución, junto a la libertad de trabajo y de elección de profesión u oficio, garantiza asimismo la libertad de empresa en su Artículo 38, por lo que, dándole una vuelta a la cuestión, podría concluirse en la triste aporía de que para tener un efectivo derecho al trabajo, hemos de estar en prisión.

<sup>64</sup> SASTRE IBARRECHE, R., *El derecho al trabajo...*, op.cit, pág.16

*orientada al pleno empleo” (Art. 40.1 CE). El pleno empleo aparece como requisito indispensable del derecho al trabajo<sup>65</sup>.*

*Puede confirmarse la doble significación del derecho al trabajo en la doctrina científica actual, pues por una parte, en la corriente de pensamiento tradicional, con fuerte enraizamiento en el pensamiento liberal, el derecho al trabajo es un derecho que garantiza la libertad de trabajar en el modo, forma y clase que cada individuo decida; mientras que, por otra parte y en correspondencia al sentido constitucional común en las normativas más cercanas y similares de nuestro entorno jurídico, el derecho al trabajo será una obligación de los poderes públicos para mantener o proveer condiciones favorables a la creación de empleo<sup>66</sup>.*

### 11. El Derecho al Trabajo en la legislación internacional

*El derecho de toda persona al trabajo, a desarrollar una actividad digna y con sentido que le permita su inclusión social y tener satisfechas sus necesidades económicas, culturales y sociales de modo autónomo, ha venido siendo una de las declaraciones comunes en los grandes tratados, cartas o declaraciones por las que se rige, jurídica o moralmente, el mundo que conocemos como más próximo. Este deseo, unánimemente compartido por todas las grandes instituciones internacionales, ha encontrado su plasmación, al menos declarativa, en los siguientes instrumentos que, someramente, se traen a colación en este momento.*

### 12. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

*Por orden cronológico descendente, la primera Gran Carta declarativa de derechos que encontramos con pretensión de trascendencia general es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. El Preámbulo de*

---

<sup>65</sup> *Ibídem*, pág. 81

<sup>66</sup> *Ibídem*, pág. 87, y la conclusión a que llega el autor en su apartado titulado: “Derecho al trabajo y modelo económico constitucional”, pág. 95: El derecho al trabajo no es un derecho subjetivo (reconocido y tutelado por las leyes positivas). Parece difícil configurar un derecho al trabajo como derecho prestacional o de participación fuera del marco de una economía planificada. Para asegurar la existencia de ese derecho al trabajo, es un requisito indispensable el intervencionismo estatal”. El autor invoca el art. 38 CE donde se reconoce “La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, para acabar su análisis trayendo a colación el art. 131, apartado 1º de la Norma Fundamental: “El Estado, mediante Ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución”.



*esta Declaración habría de estar en todas las escuelas, al menos su primer considerando, porque pone acento en la dignidad y la igualdad de derechos de todos los seres humanos - cosa que se olvida tan a menudo, y por motivos que, bien considerados, resultan de una futilidad sonrojante -. Ese primer considerando, en lo que nos interesa en este momento, habla de los “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. El Artículo 23 de esta Declaración reza:*

«1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo».

Esta solemne proclamación se completa con la primera invocación que encontramos en el ámbito internacional a la prohibición de la discriminación – de cualquier tipo de discriminación, pues se produce del modo siguiente:

«2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual».

*Tal declaración erga omnes posiblemente sea la de más difícil consecución, social, laboral y económica en este tiempo y en el venidero. Continúa proclamando la Declaración Universal:*

«3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social».

*La tan hermosa declaración anterior no tiene hoy por hoy una efectiva corroboración o contraste social. De hecho, pocas personas pueden subvenir con su solo trabajo a las necesidades familiares de conjunto. A partir de la Segunda Gran Guerra (1939-1945), la incorporación de la mujer a la industria, producida por la falta de mano de obra masculina — que andaba destinada a la guerra —, supone que a partir de ese momento el salario del hombre pasa de ser un salario a su mitad pues para asegurar la existencia familiar se tornará por regla general necesaria e inevitable la doble aportación de salario, del hombre, productivo, fuera del hogar y remunerado, generalmente con carácter de principal aportación, compaginado con el de la mujer, que posiblemente desarrolla un trabajo remunerado siempre en inferior cuantía al del hombre y compaginado con el trabajo reproductivo, invisible y no remunerado, prestado en el hogar, donde además la mujer corre con el peso de la atención y cuidados a las personas dependientes de la familia. Completa el mandato la*

*referencia a otros medios de protección social —la asistencia social con sus diversas denominaciones y contenidos— para asegurar la existencia humana en dignidad.*

*Pueden mencionarse entre otras Declaraciones de Derechos que reconocen el Derecho al trabajo en el ámbito internacional, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948) que establece en el Capítulo I, artículos XIV, XV y XVI, el marco moral y normativo necesario para la efectividad del Derecho al Trabajo, en su triple vertiente de:*

1) Derecho al trabajo y a una justa retribución

«Artículo XIV. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia».

2) Derecho al descanso y a su aprovechamiento

«Artículo XV. Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico», y:

3) Derecho a la seguridad social.

«Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia».

*Asimismo se ha de tener en consideración, ya en el ámbito comunitario, la Carta Social Europea de 1961 (firmada en Turín el 18 de octubre de 1961). Se trata de un instrumento que tiene tener carácter de derecho positivo europeo al ser ratificada por España el 29 de abril de 1980. Hace referencia en su Parte I a los objetivos políticos de los Gobiernos que actúan como partes en su calidad de miembros del Consejo de Europa, objetivos que se cifran en establecer unas condiciones de realización de los derechos y principios que la Carta señala del modo siguiente:*

«1. Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.

«2. Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas.

«3. Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad y la higiene en el trabajo.

«4. Todos los trabajadores tiene derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso».

*Como puede observarse, resulta, esencialmente, un elenco de derechos similar al fijado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. No obstante, con la probable intención de atar más los cabos en el desarrollo de los enunciados que encabezan la Parte I, los artículos 2, 3 y 4 pormenorizan cada uno de los apartados que les sirven de comienzo. Así la primera declaración de la Parte I se concreta en la fijación del principio/derecho recogido en el apartado 1 que sanciona el derecho de toda persona a un trabajo libre y remunerado como medio de vida o en expresión literal como oportunidad de ganarse la vida.*

*Por otra parte, el artículo 2, con el título de “Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas”, se desglosa en 5 apartados que, en resumen, intentan: 1) fijar la duración diaria y semanal de la carga laboral; 2) establecer días festivos pagados; 3) concretar la concesión de vacaciones anuales remuneradas; 4) autorizar la reducción de horario por tareas peligrosas o insalubres o aumento días de descanso pagados; 5) garantizar el descanso semanal.*

*Se establecen de este modo las condiciones de prestación del trabajo para que éste resulte justo y moderado en el esfuerzo que significa para el trabajador, evitando los abusos en la fatiga, en la peligrosidad o en la forma de trabajar que vayan en contra del carácter humano de la actividad. Se puede entender que las condiciones de trabajo han de ser razonables y de sano cumplir en referencia a las facultades físicas, mentales, etc. del trabajador. El artículo 3, formula un enunciado demasiado general, al referirse al derecho a la seguridad e higiene en el trabajo. Tanto es así, que en realidad, no pasa de una declaración de buena voluntad en los tres apartados que integran el precepto.*

*Ha de señalarse que el mismo adjetivo «equitativa», utilizado en el artículo 1 para referirse a las condiciones de prestación del trabajo, usa el artículo 4 al hablar de la remuneración a percibir por el trabajador. Puede, por tanto, entenderse como remuneración equitativa, la remuneración suficiente que les proporcione a los trabajadores y a sus familias un nivel de vida decoroso<sup>67</sup>. La frase encuentra un*

---

<sup>67</sup> Diccionario RAE, 22ª edición, [en línea]. Aceptación de decoro: «5. m. Nivel mínimo de calidad de vida para que la dignidad de alguien no sufra menoscabo». [Consulta: 22 marzo 2007].

*nuevo sentido si afirmamos que la remuneración equitativa por el trabajo realizado ha de consistir en un sueldo que permita una forma de vida decente para el trabajador y su familia, en la significación que a vida decente<sup>68</sup> se le puede conferir como «equivalente a vida sin humillaciones (incluidas las de tipo económico)».*

*Ha de examinarse ahora, siquiera someramente, el primer gran Tratado que se refiere de modo concreto a los trabajadores de la Unión, antes Unión Europea<sup>69</sup>, con el título de Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, dada en Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1981. El introito de este instrumento viene fundado en dieciséis considerandos que se pueden resumir en la voluntad o aspiración de garantizar el “desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Europea, en particular de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia” (Considerando 13). Ni que decir tiene que el principal de esos derechos sociales, desde el punto de vista de los Estados firmantes, es el derecho a la libre circulación de los trabajadores o sea derecho de los empresarios a allegar mano de obra sin cortapisa de tipo alguno dentro del espacio laboral comunitario y derecho de los trabajadores para asimismo moverse dentro de ese espacio con entera libertad, como primer requisito o aspiración que se expresa en el Considerando número 7: “Considerando que la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la Comunidad Europea mejoras en el ámbito social, en particular en materia de libre circulación, condiciones de vida y de trabajo, salud y seguridad en el lugar de trabajo, protección social, educación y formación”.*

*El derecho a la libre circulación del trabajador comunitario, anunciado en el considerando 7, que hemos visto supra, tiene perfecto traslado al cuerpo positivo de la declaración, en su Título I con el rótulo de “Derechos sociales fundamentales de los trabajadores. Libre circulación”, que proclama:*

«1. Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a la libre circulación en todo el territorio de la Comunidad, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública».

---

<sup>68</sup> MARGALIT, A., *La sociedad decente...*, op.cit. pág. 15.

<sup>69</sup> Cambio de nombre producido por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (DO 306, de 17 diciembre de 2007). Véase la “Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea”, (DO C-115, de 9 de mayo de 2008), artículo 1. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0013:0045:ES:PDF>, [Consulta: 20 junio 2008].

*Con una técnica legislativa un tanto rebuscada, la Carta parece establecer o derivar del derecho a la libre circulación el derecho al ejercicio, también libre, de cualquier profesión, y las implicaciones que conllevan cada uno de aquellos derechos, que son objeto de regulación del modo siguiente: el derecho a la libre circulación viene regulado en los artículos 1, 2 y 3; mientras que el derecho a libertad de elección y de ejercicio de una profesión viene regulado en el artículo 4, y desarrollado en el artículo 5, en cuanto a los requisitos y caracteres de todo empleo.*

*Se echa de menos, empero, que en esta Carta — que constituiría el mejor escenario para dejar patente tal derecho —, no se haga una mención expresa al derecho al trabajo tal cual, al derecho a acceder al ejercicio de una profesión o empleo. Quizá se ha soslayado tal declaración porque los firmantes de la Carta son los Estados miembros de la Comunidad Europea, y como ya se ha visto, en el momento actual se pueden pedir muchas cosas a la organización estatal, menos que se convierta en empresario o empleador (aunque ejerza como Estado-empresario en un número apreciable de empresas u organismos, pero no siempre con sujeción a las técnicas más refinadas de respeto a las leyes del mercado sobre competencia o transparencia).*

*La Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado el derecho al trabajo mediante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de la ONU) en vigor desde el 3 de enero de 1976, que declara en la parte III, artículo 6, apartado 1: «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho». El artículo 6 regula, por tanto:*

- el derecho al trabajo: “Los Estados Partes ...reconocen el derecho a trabajar”, como
- la libertad de elección de profesión y oficio: “Derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”.

*El pacto desarrolla las medidas para lograr la plena efectividad del derecho al trabajo en el apartado 2 del citado artículo 6, al tiempo que en el art. 7 enumera las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren una remuneración, un salario y unas condiciones de existencias dignas tanto para los trabajadores como para sus familias.*

---

*Por último, debe hacerse referencia a la normativa comunitaria más reciente en materia laboral, que es la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza, el 7 de diciembre de 2000, y adaptada y sustituida a virtud del Tratado de Lisboa de 13.12.2007, por el Texto hecho en Estrasburgo el 12 diciembre de 2007, [publicado en el DO C-303, de 14.12.2007], con idéntico Título: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que “sustituirá a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa” (Nota in fine del articulado de la Carta) que establece en su Artículo 15, con el epígrafe “Libertad profesional y derecho a trabajar”, lo siguiente:*

Art. 15. Libertad profesional y derecho a trabajar:

- «1. Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada.
2. Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro.
3. Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión».

Aparecen de obligada consulta las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales efectuadas por el Presídium (Mesa) de la Unión Europea<sup>70</sup>, que aun

---

<sup>70</sup> DO C-303 02, publicado el 14.12.2007: “Las presentes explicaciones fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Han sido actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución del Derecho

careciendo de valor jurídico, pueden alumbrar mejor, como fuente directa de conocimiento de la norma, el alcance y sentidos de que ésta se pudieren derivar o encontrar en su aplicación, dado el carácter de interpretación auténtica que estas Explicaciones merecen.

### 13. El derecho al trabajo en la Jurisprudencia española. Replicabilidad de la muestra jurisprudencial obtenida

Para obtener una muestra significativa del concepto que la jurisprudencia ha venido elaborando sobre el derecho al trabajo se ha utilizado la base de datos Westlaw Aranzadi, en fecha 27 de abril de 2007, usando el Fondo Jurisprudencial, en el Thesaurio correspondiente a la materia Social, y con la lista de voces escalada: derechos laborales del trabajador, derechos básicos, derecho al trabajo y libre elección de profesión u oficio. El rendimiento de la máquina es de 49 referencias jurisprudenciales.

Con idéntica finalidad, base de datos y escalado de lista de voces, estableciendo un intervalo cronológico de selección comprendido entre el 1 de mayo de 2007 y el 1 de mayo de 2013, el rendimiento de la máquina ha sido de 51 sentencias: 1 de carácter constitucional:

<http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=jurisprudencia&docguid=1fb4346e0f4e511dbaf64010000000000&base-guids=RTC\1994\20&fexid=flag-red-juris&fexid=flag-yellow-juris&fexid=flag-blue-juris&fexid=DO-ANA-25&fexid=DO-ANA-23&srguid=i0ad6007a0000013e83982ab5f484c6e3>, correspondiente a la STC (Sala Primera) 20/1994, de 27 de enero, RTC 1994\20 y las 50 sentencias restantes correspondientes al Área Social y de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, que no modifican en sus aspectos más significativos la jurisprudencia anteriormente recaída, al mantener un similar criterio en las modulaciones sobre el alcance y contenido del derecho al trabajo.

### 14. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 4/2006, /Sala de lo Social, Sección 2ª) de 2 de enero. Recurso de suplicación núm. 4634/2005

En su Fundamento de Derecho 4 establece el alcance y contenido del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio en los términos siguientes:

---

de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta”.

A) respecto al alcance, que se puede entender como la significación, efecto o trascendencia del derecho al trabajo, la sentencia se produce, en lo que creemos fundamental, del modo siguiente:

Fundamento Cuarto.

(...) “pero es que además, la conducta de un trabajador que, por las causas que fuere, no está satisfecho en su empresa, tendente a encontrar otra salida laboral, sea por cuenta propia o ajena, no puede en ningún caso sancionarse, porque toda persona tiene derecho y libertad de elegir su camino profesional y realizar cuantas actividades crea convenientes al efecto, sin que ello vulnere ninguna obligación para con su empresa, ni pueda ser sancionado ni limitado por ello, sin atentar contra el derecho reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución ( RCL 1978, 2836) , a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo, de manera que, en ningún caso puede penalizarse a un trabajador por contactar con otra empresa para acceder a un puesto que le satisfaga en mayor medida que el que tiene en aquella para la que trabaja en un momento dado, y tampoco al trabajador que decide crear su propia empresa, porque ninguna empresa puede truncar las legítimas expectativas de sus empleados, y, desde luego, la aspiración a otro empleo o a otra ocupación no supone competencia desleal, mientras no se realicen simultáneamente y siempre que concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que exista la competencia, que aquí no están presente, porque la actora no ha pasado, en el caso de que así haya sido, de realizar un proyecto de futuro, lo que, repetimos, es lícito y respetable y, en ningún caso supone una deslealtad sino el ejercicio del derecho al trabajo en libertad”.

B) en cuanto al contenido, el juzgador elabora una tabla de conductas, pedagógicamente numerada en el mismo Fundamento de Derecho Cuarto, que delimita una serie de actividades legítimas integrantes del contenido del derecho al trabajo:

Fundamento Cuarto

(...) En cuanto a la causa número uno, segundo párrafo, relativa a la falta de información de su participación e intervención en Clínica Columbia y Tamor de 2004, SL, faltando a la verdad al contestar a los cuestionarios formulados por la empresa y concurriendo además conflicto de intereses, hemos de tener en cuenta lo siguiente:

1º) Ningún trabajador tiene obligación de comunicar a su empleador a qué dedica su tiempo libre, aunque éste así se lo requiera, pudiendo realizar durante el mismo cualquier actividad que considere oportuno, sin tener que ponerla en conocimiento de la empresa.

2º) Únicamente tiene relevancia en la esfera laboral una actividad realizada por el trabajador fuera de ella cuando aquélla repercute negativamente en el trabajo, de manera que se realice durante el mismo horario, disminuya su rendimiento o interfiera en la buena marcha de la empresa.



3º) En el presente caso ni se alega siquiera tal repercusión negativa, siendo las actividades simultaneadas por la actora absolutamente diversas, no colisionando interés alguno ni constando que tuviera una dedicación constante a las sociedades de las que es administradora, que no interfieren en su trabajo.

4º) *Es igualmente irrelevante la omisión que la actora pudiera haber cometido por no comunicar a la empresa su participación en otras sociedades, porque no consta que tuviera pacto de exclusividad, ni tiene repercusión alguna tal omisión en la relación existente entre las partes.*

*Se observa en esta Sentencia una profundidad y riqueza de matices que pueden resultar de utilidad para la configuración — tanto en el aspecto positivo como en el negativo—, del conjunto de derechos y deberes, es decir, facultades y obligaciones, a que se reconduce en la práctica el ejercicio de una actividad sujeta al derecho del trabajo. Así esta sentencia nos dice que, en cuanto al alcance del derecho al trabajo, toda persona tiene la facultad y libertad de elegir su camino profesional y realizar cuantas actividades crea convenientes al efecto, lo que puede entenderse como la faz positiva del derecho al trabajo, derecho a la libertad laboral, a la libre elección de profesión u oficio.*

*Y refiriéndose a lo que podría constituir el contenido, el conjunto de facultades y obligaciones que se encierran en toda relación laboral (vista en este caso desde la posición del deudor del trabajo), se nos relacionan una serie de facultades que el trabajador conserva mientras esté vigente el contrato, y que no pueden ser constreñidas de modo alguno por el empresario, pues forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo.*

*De tal modo, el trabajador conserva plena libertad para realizar cualquier actividad que estime en su tiempo libre, sin que exista deber alguno de información respecto al empresario; resultando, además, irrelevante toda actividad, incluso la realizada en otro centro de trabajo, que no suponga una interferencia negativa en su rendimiento laboral, o choque con un deber de exclusiva dedicación.*

15. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 991/2003 (Sala de lo Social, Sección 2ª), de 25 de noviembre. Recurso de suplicación 3930/2003

*Ha sido elegida para comprobar cuándo se entiende lesionado el derecho al trabajo; a tal fin se analiza su Fundamento de Derecho Segundo (que con todo respeto al Tribunal, resulta un razonamiento de tipo amazónico, por la profundidad y extensión*

*de sus argumentos, hermano en fecundidad al ancho caudal del que señorea la América del Sur), que ayudará además, a descubrir cuál era la posición doctrinal antes de la aparición de la Ley 14/2005, de 1 de julio, que resucita a la anteriormente derogada Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores (en 2001, ley 5/2001, de 2 de marzo), permitiendo el establecimiento de jubilaciones forzosas mediante convenio colectivo. En el mentado FJ 2 se invoca la línea argumental desarrollada tanto por la Sentencia del Tribunal Constitución 22/1981, de 2 de julio, como por la emanada del mismo Tribunal en Pleno, número 58/1985, de 30 de abril, que admite «dentro de determinadas condiciones» la jubilación obligatoria, “tanto cuando sea establecida por Ley como cuando lo sea por convenio”, destacando el propio significado del Convenio «en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones preciso la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos»<sup>71</sup>.*

*Así pues, en seguimiento de las directrices políticas del Pacto de Toledo, y en cumplimiento de la Directiva 2000/78, se deroga la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores, y su normativa concordante<sup>72</sup>, lo que lleva al Tribunal a*

---

<sup>58</sup> Hasta los Pactos de Toledo, como reza la sentencia, la edad de jubilación forzosa regulada por Convenio Colectivo fue “pacíficamente aceptada”, pero a partir de aquéllos, se cambia el sentido de la política social y económica, y se busca, por directo influjo de la normativas y corrientes de pensamiento partidarias de la promoción de un mercado de trabajo favorable a la integración social, dentro del cual “la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad...”. Hay que señalar, en primer lugar, que fue determinante, en el cambio de rumbo, aparte de la situación económica, la publicación de la Directiva Comunitaria 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y que es el primer instrumento normativo europeo donde se señala la expresa interdicción de la discriminación por razón de edad (entre otras discriminaciones prohibidas). No hay que preterir la influencia que esta Directiva tuvo en el cambio de orientación de la silvestre política de (des)empleo pretextada hasta la fecha, y en la que los trabajadores mayores de edad padecieron un negativo papel protagonista a causa de reajustes y medidas laborales que anduvieron siempre en olvido del trabajador y de sus derechos como ciudadano y simple ser humano. Un grave olvido en el que participaron todos los interlocutores sociales: Gobierno, organizaciones de empresarios y también, incomprensiblemente, los sindicatos. Y en segundo lugar, debe dejarse constancia de que fruto de las nuevas circunstancias económicas y sociales – unas cohortes de trabajadores mayores de edad que no deben ni pueden, todavía, excluirse del mercado laboral por la primera razón de que, en su mayoría, están capacitados para seguir trabajando, y por la otra y segunda razón, ésta fundamental, de que para el mantenimiento del sistema de protección social europeo, país por país, y en su conjunto, el aumento de la población mayor, unido al afluente de población inmigrante, puede dar al traste con los sistemas de seguridad social cuya capitalización depende de la fuerza de trabajo – en lenguaje global: mercado laboral - existente, del número de trabajadores que con sus cotizaciones puedan sostener y mantener los diferentes sistemas nacionales de Protección Social, comprensiva ésta de la Seguridad Social y la Asistencia Social.

<sup>72</sup> Derogación efectuada por Real Decreto Ley 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Se abandona, por muy poco tiempo, la utilización de la jubilación forzosa como instrumento de una

*pronunciarse, en el apartado 8, del Fundamento de Derecho Segundo, de la mencionada STSJ de Madrid, 991/2003, de la forma siguiente:*

*a) En su Fundamento de Derecho Segundo, apartado 8, párrafo 18, contiene una referencia explícita al apoyo a los trabajadores de más edad:*

“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 (subrayado propio), a fin de prolongar su participación en la población activa”.

*b) Mientras que el párrafo 19 de la sentencia en análisis, presenta una alusión a la función de la prohibición de discriminación por razón de edad, del tenor siguiente:*

“La prohibición de discriminación por razones 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. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación”.

*Continúa la sentencia 991/2003, de 25 de noviembre, en su párrafo 21 y siguientes, haciendo traslación de la Directiva 2000/78, refiriéndose a la discriminación indirecta en el apartado b) que constituye el párrafo 22 de este FJ 2, y recoge lo dispuesto por el art. 6 de la directiva mentada, que establece los supuestos de justificación de diferencias de trato en los párrafos 24, 25 y 26, haciendo referencia, en el párrafo 27 a la directrices políticas establecidas en el Pacto de Toledo, y a que “en cumplimiento de la citada Directiva, es la derogación expresa de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, así como de cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en el mismo, por el*

---

política de empleo. Lapso temporal digno por cuanto representó de valladar frente a la discriminación negativa y contra el derecho al trabajo del trabajador mayor, y que duró sólo hasta la “restauración” de dicha medida mediante la Ley 14/2005, de 1 de julio, que resucita a la anteriormente derogada Disposición Adicional Décima del ET (en 2001, ley 5/2001, de 2 de marzo) y brinda en su exposición de motivos pistas suficientes para hallar tanto la finalidad expresa como la subyacente a la nueva norma. Una vez más, nace un cierto estupor ante el papel desempeñado por los interlocutores sociales actuantes en semejante Retablo Laboral de Maese Pedro.

*Real Decreto Ley 5/2001, convalidado por la Ley 12/2001 de 9 de julio, con la cual desaparece de nuestra legislación cualquier referencia a la utilización de la jubilación forzosa como instrumento para realizar una política de empleo y se suprime la remisión a la negociación colectiva para la regulación de la edad de jubilación". En el párrafo 30, del meritado Apartado 8 del FJ 2, el Tribunal argumenta: "Sentado lo anterior, es claro que no existe en la actualidad un derecho colectivo al trabajo que pueda verse interferido o menoscabado por el ejercicio pleno del mismo derecho de forma individual", lo que le conduce a las siguientes consideraciones, que se resumen:*

1ª). Que el ejercicio de un derecho fundamental sólo puede limitarse por otro derecho fundamental con el que colisione, teniendo este último carácter preeminente por su relevancia.

2ª). En el momento de dictarse la sentencia, era de pacífica aceptación que "la política social y económica, comunitaria y nacional, debía tender a prolongar la permanencia activa de los trabajadores más allá de la edad de jubilación", por lo que la "limitación del repetido derecho fundamental individual no puede ampararse en su colisión con el derecho colectivo ni configurarse como un instrumento necesario para regular el mundo laboral (...) por lo que , únicamente la Ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 53.3, de la Constitución, puede limitar el ejercicio de dicho derecho, amparado por el artículo 35 de la Suprema norma".

*La Magistrada Ponente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid prosigue la impecable lección de lógica y hermenéutica jurídicas, en forma de consideración 3ª, recogida en el párrafo 33, del meritado FJ 2, con el siguiente tenor:*

"3ª) El Convenio colectivo puede sí, regular, en virtud de lo establecido en el art. 85 del Estatuto de los Trabajadores, materias de índole económica, laboral, sindical y, en general (...) pero siempre dentro del respeto a las Leyes, pudiendo mejorar las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, que es una norma de mínimos, pero no cercenar o rebajar los derechos reconocidos en él, no pudiendo, por tanto, regular ni limitar derecho fundamental alguno, cuando el mismo no colisione con otro que precise una mayor protección, como ocurre en la actualidad en que, como se ha repetido, la política Comunitaria no demanda prioritariamente puestos de trabajo vacantes, sino el mantenimiento en activo de los trabajadores que han accedido a la prestación de jubilación, por lo que, sin Ley que autorice tal limitación, está vedado a los Convenios el establecimiento de una edad de jubilación forzosa..." (Subrayados propios)

*Y finaliza la ejemplar sentencia con el detalle del catálogo de normas vulneradas por la jubilación forzosa, redactando la consideración 4ª, sita en el párrafo 34 del FJ 2, con un tenor que torna ocioso cualquier otro comentario:*

“4ª) Así pues, actualmente, el establecimiento por un Convenio Colectivo de una edad de jubilación forzosa, vulnera los siguientes preceptos:

- Los artículos 2 y 6 de la Directiva 78/2000 del Consejo (...) es discriminatoria la diferencia de trato por motivos de edad, si no está justificada 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 este objetivo son adecuados y necesarios, justificación que no concurre.
- El artículo 14 de la Constitución, en tanto la jubilación forzosa entraña una discriminación del trabajador por razón exclusiva de la edad, al no haber otra causa para su establecimiento.
- El artículo 17 de la Constitución, dado que la exclusión del trabajador del mundo laboral, cercena su libertad, obligándole a hacer lo que no quiere, sin que exista un interés social superior ante el que deba ceder su derecho.
- El artículo 35.1 de la Constitución, por privar al trabajador de su derecho al trabajo.
- El artículo 12.6 del Estatuto de los Trabajadores que reconoce a todo trabajador el derecho a continuar trabajando cuando reúna todas las condiciones exigidas, incluida la edad, por la Seguridad Social, para acceder a la pensión contributiva de jubilación y le faculta, partiendo de tal derecho, para novar el contrato y prestar sus servicios a tiempo parcial”.

*Termina la sentencia 991/2003, de 25 de noviembre del TSJM declarando el despido discriminatorio que “ha de declararse igualmente nulo a la luz de lo dispuesto en el Artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores”.*

*Se ha podido comprobar que el listado de tachas de inconstitucionalidad de la jubilación forzosa es elaborado por el Tribunal a quo en un momento histórico determinado, el intervalo en que estuvo derogada la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores (de 2 de marzo 2001 a 1 de julio 2005), fundamentándolo, al menos, en la conculcación de 3 preceptos constitucionales que integran lo que la teoría constitucionalista llama derechos fundamentales<sup>73</sup>, que son el art. 14, el art. 17 y el art. 35 de la Constitución.*

---

<sup>73</sup> Puede examinarse esta cuestión, y alguna que otra a ella atinente, en obras tales como: PEREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos (Col. Temas clave de la Constitución Española), 1984. Clarividentes manifestaciones, referidas a la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales: “Pero es un hecho notorio que en la sociedad neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se ve, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos (págs. 22-23). Organizaciones de diverso tipo pueden unirse y pedir a un Gobierno lo que éste, en virtud de su competencia, puede otorgar, aunque sea incurriendo en una medida de visible inconstitucionalidad: jubilar a una persona, infringiendo como mínimo tres de sus derechos fundamentales, a la igualdad (Art.14), a la libertad (Art. 17) y al trabajo (Art. 35.1) y quiera o no quiera tal persona jubilarse, pretextando para tal desafuero unas veces que se ha de repartir trabajo, y otras veces aduciendo inseguridades jurídicas

*Además, y con valor superior a la Constitución, también se vulneran los artículos 2 y 6 de la Directiva 78/2000, mientras que en un rango inmediatamente inferior al constitucional, hay una clarísima lesión del art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores; pues bien, la única medida de tipo político, que no jurídico, que parece sustentar la validez de esa Sentencia fue el Pacto de Toledo. Poco después, la Ley 14/2005, de 1 de julio, insuflará nueva vida a la anteriormente derogada Disposición Adicional Décima del ET (en 2001, ley 5/2001, de 2 de marzo), con lo que en 2008 volveremos a encontrar unos acuerdos que, de hecho, reconducen la situación laboral del trabajador de edad madura a la jubilación forzosa, y su secuela marginadora. La crisis financiera se ha traducido posteriormente en las, por ahora, dos últimas modificaciones de la Disposición Adicional Décima del ET: la producidas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE del 2 de agosto), sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, y la Ley 3/2012, de 6 de Julio (BOE del 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: esta última, que configura una modificada Disposición Adicional Décima del tenor literal siguiente: “Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”. Medida que podría significar un aliento, si no estuviera contrarrestada por el resto del articulado de un Estatuto de los Trabajadores que, so pretexto de tornar más eficaz la creación de empleo, arrasa con derechos fundamentales de la clase obrera y ha aumentado el paro hasta cifras críticas de estabilidad social.*

---

que no resultan de recibo en un Estado Social y Democrático de Derecho. Y ello sin extenderse, tangencialmente, a lo que significan los tres primeros valores superiores en nuestro ordenamiento jurídico (Artículo 1, apartado 1 de la CE 1978): libertad, justicia e igualdad que tanto deberían influir a la hora de guardar y respetar al otro, al ser humano, al trabajador, en sus derechos. Sirvan las palabras de PECES BARBA, en *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, (Col. Temas clave de la Constitución Española), 1986, al referirse a los valores superiores como norma jurídica (pág. 101): “Pero, como ya hemos dicho, la obligación de desarrollar los valores superiores no corresponde sólo a los tribunales, sino a todos los productores de normas, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo – ambos del Estado o de las Comunidades Autónoma-, jueces, otros operadores jurídicos, e incluso ciudadanos cuando crean normas por delegación de los productores ordinarios (el caso de los contratos o de los testamentos, por ejemplo).

16. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, las Palmas, núm. 965/2003 (Sala de Social) de 18 de junio. Recurso de suplicación núm. 2135/2002)

*Esta sentencia vuelve a ilustrar acerca del alcance y contenido del derecho al trabajo mediante una ajustada y escueta argumentación, que es de ver en su Fundamento de Derecho Tercero:*

A) Respecto al alcance, significación, efecto o trascendencia del derecho al trabajo, la sentencia se pronuncia del modo siguiente:

“Los derechos y libertades del ciudadano que afectan a la esfera laboral, recogidos en el artículo 35 de la Constitución Española, precepto enmarcado en la Sección 2ª del Capítulo 2º del Título I (el deber de trabajar, el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, la remuneración suficiente y la prohibición específica de discriminación en esas materias por razón de sexo) pertenecen al segundo escalón de protección constitucional y simplemente «vinculan a todos los poderes públicos». Las Leyes que los desarrollen deben respetar su contenido esencial, pero no han de revestir la condición de orgánicas, ni contra su violación cabe el recurso de amparo, ni el proceso sumario y preferente para la protección de los derechos fundamentales”.

*Deslinda la sentencia el aspecto individual del derecho al trabajo, declarando que:*

“El derecho al trabajo en su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos, a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”.

*La Sentencia se amplía con el siguiente argumento, referido al aspecto general del derecho al trabajo:*

“Es claro, sin embargo, que del derecho general al trabajo no atribuye a sus titulares [si es un derecho general, no puede ser un derecho individual] (todos los ciudadanos) la habilitación constitucional para obtener en cualquier momento un puesto de trabajo adecuado dentro de la estructura productiva nacional (...) porque la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es libre y no viene determinada, aunque sí puede venir impulsada o fomentada, por la acción de los poderes públicos a través de la política de empleo. Por lo tanto, el artículo 35 de la Constitución Española no puede ser invocado para asegurar un puesto de trabajo a todo aquel que lo desee”.

*El razonamiento esgrimido resulta sugerente, pero es profundamente contradictorio, sin que esa contradicción le pueda ser achacada al órgano judicial que se ve en la imposible tarea de conciliar el ser de un derecho con su antítesis o contradicción: todo derecho al trabajo que pueda declarar el artículo 35 de la Constitución*

*Española resulta inmediatamente desmentido, a la hora de intentarlo llevar al campo de la realidad, por lo dispuesto en el artículo 38 de la misma Carta Magna, pensado para garantizar una libertad de mercado y de empresa, que no tiene entre sus objetivos próximos el de garantizar el trabajo a los ciudadanos, sino la procura de una ganancia o beneficio industrial o comercial, ganancia que será mayor cuanto menor sea el coste del factor trabajo.*

*No es tanto que no se pueda invocar el artículo 35 de la Constitución, es que en esa misma Constitución, y dialécticamente opuesto, habita un artículo 38 que declara la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado o economía capitalista, frente a la que el mismo Estado, hoy por hoy puede hacer algo, pero muy poco: fomentar la creación de puestos de trabajo a través de la política de empleo. La síntesis, o solución entre ambas declaraciones constitucionales, quizá pueda resolverse por el camino — uno de los posibles —, que ANDRÉ GORZ trata de despejar con su propuesta de salario social<sup>74</sup>.*

*B) en cuanto al contenido*

*En esta sentencia se dan, como integrantes del contenido del derecho al trabajo, derechos del trabajador tales como la libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, la remuneración suficiente y la prohibición de discriminación. Para completar en lo posible esta nota, dese por reproducido el Fundamento de Derecho Cuarto que se vio supra, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 4/2006, (Sala de lo Social) de 2 de enero. Recurso de suplicación núm. 4634/2005.*

*17. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 20/1994 (Sala Primera) de 27 de enero, en Recurso de Amparo núm. 1312/1990)*

---

*Por último, aun cuando mucho más distante en el tiempo, puede resultar todavía de utilidad la STC 20/1994, cuyo núcleo de discusión reside en la inclusión, como contenido del derecho al trabajo, de la posibilidad de reaccionar frente a la decisión unilateral de despido. También se dilucida el alcance del derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Esta cristalina sentencia, y referente al contenido antes*

---

<sup>74</sup> GORZ, A., apud ZUBERO, I., *El derecho a vivir con dignidad: del pleno empleo al empleo pleno*, Madrid, HOAC, 2000, págs. 213 y ss. GORZ define el salario social como: «Forma social que adquiere el sueldo cuando la automatización ha abolido, junto con la obligación permanente al trabajo, la ley del valor y del propio salario».



*enunciado del derecho al trabajo visto como posibilidad de reacción frente a una “decisión unilateral del empresario”, tal como se expresa el Fundamento Jurídico 2, en su proposición segunda, reza:*

“La reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía (...), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza (...). En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva (...) cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo”.

*En cuanto al principio de igualdad, también esclarecido en la Sentencia, señala el Alto Tribunal en idéntico Fundamento Jurídico 2, pero en su proposición primera: “el principio de igualdad puede resultar vulnerado cuando los Jueces y Tribunales aplican la norma jurídica con un criterio interpretativo que ocasione o al menos no corrija una desigualdad de trato discriminatoria en relación con otras situaciones válidamente comparables, si la norma aplicada permite una interpretación distinta, admisible en Derecho, que permita eliminar el factor de desigualdad no justificado”, reproduciendo la STC 103/1990.*

## 18. Avatares en la Economía y sus efectos en el Derecho del Trabajo

*A partir de la finalización de la Primera Guerra Mundial, el modelo neoclásico de economía es desplazado por lo que se denomina modelo keynesiano, sistema económico este último que permanece rigiendo las relaciones laborales, y por tanto, los derechos y deberes de los trabajadores, durante medio siglo, hasta comienzos de la década de los setenta del siglo pasado<sup>75</sup>. Ambas categorías económicas,*

---

<sup>75</sup> BILBAO, A., “Modelo socioeconómico y organización de las relaciones laborales”, en CASTILLO MENDOZA (coordinador), *Economía, organización y trabajo: un enfoque sociológico*, Madrid, Pirámide, 1999. El autor nos define la situación actual económica como un “nuevo modelo de crecimiento económico en cuyo contexto emerge la norma precaria del empleo (a partir de los ochenta)” (pág. 244). Creemos advertir en su estudio alguna otra nota remarcable: la presencia de segmentos laborales precarizados, donde se ha producido la desaparición de la negociación colectiva; la aparición de la flexibilidad (concepto sutil, que tantas cosas esconde: inseguridad, disponibilidad, en suma, antijuricidad laboral generalmente admitida e invocada en favor de una presunta política de empleo, que exige la adecuación plantilla/demanda en cada instante, donde la plantilla y sus derechos – de los trabajadores - es lo único disponible y flexible. También se asiste a la sustitución de la negociación por el llamado consenso — identificación entre objetivos del trabajador y

*modelo neoclásico y keynesiano, parecen ser la yunta de bueyes motriz, económicamente ineludible, sobre la que debe desarrollarse y fructificar toda economía capitalista, apoyándose de modo alternativo en cada una de dichas formas del capitalismo —una forma más arcaica y primitiva, la neoclásica; otra de modo y maneras más suavizadas en principio, bajo apariencias keynesianas—, con las actualizaciones y adaptaciones que resulten necesarias en cada momento.*

*BILBAO<sup>76</sup> retrata la situación actual que atraviesan los derechos de los trabajadores: «las condiciones del mercado, la globalización de la economía, la innovación tecnológica, han permitido el proceso de individualización de la clase obrera, emergiendo la figura del trabajador no como miembro de una clase, sino como individuo con sus propios y autónomos intereses, no vinculados a ninguna colectividad exterior». Esta afirmación debe situarse, para ver la carga ideológica y económica que encierra, en el contexto general de la economía: así tenemos un mercado capitalista de producción, globalizado, flexibilizador, desregulador y adaptador. CASTIEN MAESTRO<sup>77</sup> puede ser una ayuda impagable para analizar y entender cuál es el momento y la naturaleza del capitalismo globalizador o mundializador mediante la utilización de la teoría del valor-trabajo de MARX<sup>78</sup>, que*

---

de la gerencia —; identificación que suena a rancias concurrencias de finalidades, en pro de conseguir el objetivo último: el enriquecimiento empresarial sin tasa. El comprobar cómo retrocede el Derecho del Trabajo, en este momento económico, hacia un pasado que creíamos superado ratifica que la Historia tristemente se repite.

<sup>76</sup> BILBAO, A., “Modelo socioeconómico y organización de las relaciones laborales”, op. cit., pág. 252.

<sup>77</sup> CASTIEN MAESTRO, J. I., “La teoría marxiana del valor-trabajo. Reflexiones a la luz de la obra de Isaac Ilich Rubin”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 21, núm.2, 2003: “La teoría del valor aspira ante todo a dar cuenta de la dinámica global de la economía capitalista. Se interesa por los continuos vaivenes y oscilaciones en la importancia relativa de las distintas ramas de la producción; vaivenes a través de los cuales se reconstruye de manera incesante la división social del trabajo, es decir, la distribución de las distintas porciones del trabajo social global entre las distintas actividades económicas concretas”(pág. 24).

<sup>78</sup> MARX, *El Capital. Crítica de la economía política*, Madrid, Siglo XXI, 1980. De especial interés para el análisis, la revisión o crítica de la teoría marxiana, puede resultar la consulta del Libro Primero de la obra en cita, referido a la mercancía, que se desdobra en apartados tales como “valor de uso y valor de cambio, “doble aspecto del trabajo”, etc. La obra de Marx, con el cortejo de críticas, notas, referencias y revisiones que la acompañan, deviene un universo donde no resulta difícil perder el norte. Hay que ponderar lo que en ella permanece como útil herramienta para explicar el mundo del trabajo actual, e intentar corregirla y adaptarla en lo que sirva para avanzar en la comprensión de las relaciones de producción que se dan en el presente. Resulta posible dar con curiosas piezas críticas, como la debida a Salvador GAY, “La teoría del valor de Carlos Marx”, *La Hora. Semanario de los estudiantes españoles*. [En línea], Madrid, 5 noviembre de 1948, número 1. [Consulta 3 julio 2007]. Disponible en: <http://www.filosofia.org/hem/dep/lah/ora0106a.htm>. La crítica de GAY viene referida a la imposibilidad de que la teoría del valor trabajo pueda brindarnos una teoría de los precios. Por otro lado, sin ánimo exhaustivo, también resulta de cierto interés la consulta del artículo de Nicolás G. PAGURA, “La teoría del valor-trabajo y la cuestión de su validez en el marco del llamado “posfordismo”, *Trabajo y Sociedad*, [en línea] núm. 15, vol. XIX, 2010, [Consulta 3 julio 2010]. Disponible en:

acerca al investigador a la observación «de la dinámica global de la economía capitalista»<sup>79</sup>. Castien descubre el concepto y la función que juega la teoría del valor-trabajo en la obra de MARX: «la teoría marxiana del valor no es, por lo tanto, una teoría «económica», en el sentido estrecho en el que habitualmente se entiende este término. Es por el contrario, en primer lugar, una teoría sociológica, dirigida a desentrañar la naturaleza de las relaciones sociales capitalistas, entre las que figuran en primer término las relaciones salariales. Constituye, así, un aspecto particular de la teoría social más global de MARX, es decir, del materialismo histórico»<sup>80</sup>.

Si el materialismo histórico marxista investiga la sociedad humana de un modo que intenta ser «objetivo», sin presupuestos ideológicos, y parte de los individuos empíricos y las relaciones que establecen entre ellos para explicar que es el ser social, esto es, las relaciones económicas de producción, las que determinan formas de conciencia social, y por lo tanto, las ideas económicas, jurídicas y políticas que fundamentan esa sociedad, bien puede llegarse a la conclusión de que para el modelo de capitalismo financiero o globalizado, no es tanto el valor del trabajo, y mucho menos la importancia que tenga la persona que se gana la vida con ese determinado trabajo, el que determina el valor de las cosas. Se produce una escisión, un rompimiento tan grande entre lo que la sociedad actual necesita y lo que los medios de producción de esta fase de capitalismo pueden rendir, que vuelven a resonar nítidamente la palabras de ENGELS<sup>81</sup>: «Cuando nace en los hombres la conciencia de que las instituciones sociales vigentes son irracionales e injustas, de que la razón se ha tornado en sinrazón y la bendición en plaga, esto no es más que un indicio de que en los métodos de producción y en las formas de cambio se han producido calladamente transformaciones con las que ya no concuerda el orden social, cortado por el patrón de condiciones económicas anteriores. Con ello queda que en las nuevas relaciones de producción han de contenerse ya -más o menos desarrollados- los medios necesarios para poner término a los males descubiertos. Y

---

<http://www.unse.edu.ar/trabajosociedad/15%20PAGURA%20Teoria%20del%20valor.pdf>, donde se establece la necesidad de revisión de la teoría del valor abstracto del trabajo, como fundamento de la teoría marxista del valor, para explicar el capitalismo «posfordista», esto es, la forma de capitalismo que nace al amparo de las grandes «crisis» energéticas del último tercio del siglo XX, y que ahora se muestra en pleno apogeo financiero-virtual.

<sup>79</sup> CASTIEN MAESTRO, J. I., «La teoría marxiana del valor-trabajo. Reflexiones a la luz de la obra de Isaac Ilich Rubin», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 21, núm.2, 2003, pág. 24

<sup>80</sup> Ídem.

<sup>81</sup> ENGELS, *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Barcelona, De Barris, 1998, (pág. 29).

*esos medios no han de sacarse de la cabeza de nadie, sino que es la cabeza la que tiene que descubrirlos en los hechos materiales de la producción, tal y como los ofrece la realidad”.*

*Deviene, pues, la expulsión del trabajador de edad madura del mercado laboral la mayor prueba, junto a la imposibilidad de incorporación de los jóvenes al trabajo, de que este modo de producción capitalista busca garantizarse la máxima ganancia modelando un sistema económico basado en el beneficio sin medida y de irresponsabilidad ilimitada, gracias a la opacidad de los operadores financieros internacionales, que encuentra su acomodo en una clase obrera - prácticamente indefensa frente al nuevo capitalismo financiero, opaco cuando no invisible - pendiente del hilo de un trabajo que ya no es considerado un medio de inclusión y progreso social y personal, sino otra mercancía más que el “mercado” abarata mediante argumentos tan groseros como injustos, cada vez que considera necesaria una nueva vuelta de tuerca al derecho de la clases trabajadoras para aumentar sus plusvalías<sup>82</sup>.*

*La lucha de clases tan pretendidamente desacreditada, en general, como la propia teoría económica marxista desde la implosión del sistema económico y político soviético, que ahogó al marxismo gracias a una oligarquía política encanallada, se vuelve a manifestar como una hipótesis de explicación y acercamiento, en estos albores del siglo XXI, al complejo problema económico y laboral que se descubre en el feroz contraste con que se marca la línea divisoria entre los millones de parados de toda Europa y también de España, que malviven sus precariedades de todo tipo, mientras entidades financieras, bancarias y grandes grupos de presión económica obtienen ganancias que merecen otro nombre, arrasando con los últimos baluartes del Estado de Bienestar, y de camino, con la idea de Justicia y Derecho que se han ido forjando en Occidente en los últimos veinte siglos. La barbarie es, no importa repetirlo, el fruto más visible de la economía global, pues no hay, no se advierte un solo atisbo de proyecto social en el sistema de economía global de mercado, sin cara ni alma, salvo el de la ganancia ilimitada del capital.*

---

82 Puede entenderse la plusvalía como aquella parte de la jornada de trabajo que no le es remunerada al trabajador. Dicho de otra forma: “Se considera la plusvalía la forma monetaria del sobreproducto social que el asalariado abandona al propietario de los medios de producción sin recibir nada a cambio, ni siquiera el salario, pues si se pagase para compensar toda la jornada laboral, no habría beneficios para el empleador”. Vid. MARX, Carlos, El Capital, Capítulo VII, .[En línea], s/d. Disponible en: [http://amauta2.free.fr/teoria/marx\\_engels/el\\_capital\\_1/capitulo\\_7.htm](http://amauta2.free.fr/teoria/marx_engels/el_capital_1/capitulo_7.htm). [Consulta 2 junio 2006].

*Se repiten las mismas características de la fundamentación ideológica de la Economía actual — del sistema de producción actual — que las que se brindaron en el pasado por la burguesía industrial, para justificar razones y modos de producción que entonces se presentaban como «realidad separada del resto de la vida social y regida por unas leyes presuntamente independientes de las relaciones de poder, las luchas de clases y las ideologías hegemónicas»<sup>83</sup>. La fundamentación ideológica precede y acompaña de manera similar a la irrupción de la economía globalizada, como nuevo estadio del sistema de producción de capitalismo financiero o virtual.*

### 19. Los nuevos fetichismos económicos

*La noción de flexibilidad, que parece ser el último aporte o descubrimiento del capitalismo de principios de este siglo XXI, no es más que el trasunto de la disponibilidad que se requiere en el mercado laboral de la mercancía fuerza de trabajo. Aquella disponibilidad de mano de obra devenida en proletariado, que se consiguió con la disolución del sistema de producción artesanal, se pretende hoy mediante la invocación a ídolos tales como la competitividad, la adaptación, la flexibilidad. Todas las medidas que se pudieren analizar en este momento como pretendidamente particulares y caracterizadoras del momento productivo actual, al que puede llamarse capitalismo globalizado, resultan términos de añejas connotaciones, porque sus efectos sobre el trabajador, sobre la clase obrera, manifiestan las dos grandes características que dieron origen a los movimientos obreros propios del sistema de producción capitalista durante la revolución industrial: desconocen el valor de la fuerza de trabajo — es decir, desconocen la dignidad del trabajador como persona<sup>84</sup>, como ser humano que forma parte de una sociedad —, y*

---

83 Ídem.

<sup>84</sup> BLOCH, E., Derecho natural y dignidad humana, Madrid, Ed. Aguilar, 1980. Este autor, cuyas palabras se descubren acendradas por el tiempo con el don de la verdad, ha escrito en relación indirecta al supuesto de esta investigación, que no es otra que la comprobación de la radical injusticia de toda discriminación, mucho más la del trabajador, y todavía más cuando éste resulta discriminado por su edad, un llamamiento permanente al valor de la dignidad humana frente a palabras que intentan vestir — flexibilidad, competitividad, globalidad, desregulación, etc.— un ontológico vacío, que el hombre actual no puede olvidar, so pena de volver a: «la “clase con cadenas radicales”, a una esfera “que no hace valer ningún derecho singular, porque es víctima, no de una injusticia singular, sino de la injusticia en absoluto”(pág.211), (...) “Y aun cuando no hubiera más que una persona en la que respetar la dignidad de la humanidad, también esta dignidad amplia y sustantiva sería ya de por sí la quintaesencia del Derecho natural. Y así exactamente en el socialismo, en tanto que quiere entender en la misma medida la persona y la colectividad, y en tanto que — lejos del hombre-masa normado, y cerca de la solidaridad inalienada — quisiera que la una se contuviera en la otra» (pág. 212).

*por consiguiente, intentan vaciar de contenido sus derechos: no es una casualidad que en nombre de la globalización se intente que el trabajador y el trabajo lleguen a convertirse en una metafísica del chicle, moldeable a gusto y sin forma o limitación de tipo alguno: la total inseguridad laboral para el trabajador en un mundo económicamente globalizado.*

## *20. Otro Derecho del Trabajo es necesario y posible: antecedentes y alternativas a la concepción actual del Derecho del Trabajo*

---

*Debe señalarse o al menos intentarlo, alguna medida que aporte un cierto sentido de justicia y verdad al Derecho del Trabajo, aquí y ahora, resistente frente a una Economía puesta al servicio exclusivo de la productividad, la competitividad y otros fetiches ideológicos que sirven para encubrir la fase del capitalismo actual, lanzado al galope en pos de un lucro empresarial sin freno<sup>85</sup>. Tal vez se imponga un determinado concepto de salario, capaz de llegar a conseguir una plena disociación entre ingresos y empleo, que pueda solucionar los problemas, tenidos hasta la fecha como insolubles por la doctrina interesada en ello, de la consecución de una situación de pleno empleo. ANDRÉ GORZ define el salario social como: «Forma social que adquiere el sueldo cuando la automatización ha abolido, junto con la obligación permanente al trabajo, la ley del valor y del propio salario»<sup>86</sup>. También se han dado, en un primer momento del liberalismo, unas tesis contrarias al derecho al trabajo, personalizadas en PROUDHON<sup>87</sup>, quien no reconoce el derecho al trabajo, por las notas que este autor le atribuye de indignidad, insuficiencia, ser aristocrático y*

---

<sup>85</sup> CASTIEN MAESTRO, J. I., "La teoría marxiana del valor-trabajo...op.cit. pág.24. Ahora se trata de ver el lado fetichista de las nuevas técnicas que adopta el capitalismo para reproducirse: «Los fetichismos de la mercancía, del dinero y del capital constituyen un fenómeno ideológico central dentro de la sociedad capitalista». No resulta temeraria la afirmación de que el sistema productivo se fundamenta, como toda la actividad humana, en elementos simbólicos, que permiten entender o interpretar la realidad. Los fetichismos actuales se llaman competitividad, flexibilidad, flexiguridad. Solo desde el análisis del valor-trabajo y su relación con la renta salarial puede descubrirse el fundamento, económico de los nuevos desajustes – desregulaciones – que el modo de producción capitalista necesita introducir en el mercado para continuar distribuyendo y comprando la mercancía trabajo de manera conforme a sus intereses.

<sup>86</sup> GORZ, A., apud ZUBERO, I., *El derecho a vivir...*op.cit. págs. 273-274: "Este salario social no se asienta sobre el valor del trabajo, ni es una remuneración del esfuerzo individual. Tiene como función esencial distribuir entre todos los miembros de la sociedad una riqueza que es el resultado de las fuerzas productivas de la sociedad en su conjunto, y no de una simple suma de trabajos individuales".

<sup>87</sup> PROUDHON, P. J., *Le Droit au travail et le Droit de propriété*, Paris, Garnier frères, 1850, passim,] Disponible en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5515947j/f13.image.r=proudhon.langFR>. [Consulta 18 junio 2008].

*devenir peligroso por resultar más favorable a los intereses de las clases poderosas que a los de los trabajadores.*

*Se ha de hacer notar que la Revolución de 1789 niega al Estado la función de proveedor de trabajo: «El deber del Estado ha de limitarse a la oferta de labores no cualificadas, y ello únicamente en situaciones de urgencia. El trabajo forzoso es un medio de resocialización del indigente. Para extirpar la mendicidad transformando el trabajo forzoso en fuerza de trabajo libre, otorgándole los medios para su incorporación al mercado»<sup>88</sup>.*

*El período de liberalismo individualista, que puede durar hasta 1841, año en que se publica la primera ley social francesa de 22 de marzo, resulta subrayado por una durísima forma de prestación y regulación en las condiciones laborales que vive el trabajador: «Ils se résumant en une formule: l'incroyable misère de la classe ouvrière»<sup>89</sup>. Se ha de esperar a la Constitución de 1848 para la que las masas trabajadoras se organicen, y puedan presionar sobre los empresarios y el poder estatal, con la finalidad de creación de medidas legislativas estatales tendentes a equilibrar en derechos y deberes la relación entre acreedores y deudores de trabajo. El Decreto Blanc de 25 de febrero de 1848 intenta asistencializar el derecho al trabajo, mediante la creación de los "ateliers nationaux", una contradicción en los términos, abocada al fracaso, aunque la voluntad de asegurar un trabajo a todos los ciudadanos quedó a medias vigente, puesto que la República se constituye en aseguradora de la existencia de los ciudadanos necesitados, bien fuese mediante la provisión de un trabajo o bien mediante la pura y simple asistencia o ayuda social a los que no fuesen capaces de trabajar.*

*Quizá cabe destacar que en la corriente de pensamiento socialista, encabezada por LOUIS BLANC, la idea que se mantiene con carácter central es la de que el derecho al trabajo, el derecho del ciudadano al trabajo exigible frente al Estado, se manifiesta como condición o base para la libertad del individuo en sociedad. Para RIVERO Y SAVATIER<sup>90</sup>: «El derecho al trabajo no puede entenderse como un derecho*

---

<sup>88</sup> SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, op.cit. pág. 28.

<sup>89</sup> *Ibidem*, pág. 50: entre otras medidas, la Ley 22 de marzo de 1841, prohíbe el trabajo de los niños menores de 8 años, dicho sea a modo de ejemplo que puede ilustrar lo que significaron en cantidad de miseria, dolor y sufrimiento, para la clase obrera francesa, aquellos primeros decenios de liberalismo económico. De modo similar puede predicarse para la clase obrera de España en la misma época.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pág. 401. Los mismos autores aclaran significativamente lo que para ellos significa el derecho al trabajo: «Le Droit au travail signifie seulement que l'Etat a l'obligation d'intervenir sur le

*susceptible de ser ejercitado contra el Estado, o contra un empresario, para obtener un empleo». Evidentemente, en una economía liberal, certificar el derecho al trabajo puede resultar un tanto complicado, dado que el juego de la oferta y demanda, y el papel otorgado a la libertad empresarial como fundamento de la economía, tornan más que arduo el esfuerzo en que se traduce la hipotética obligación estatal, dirigida a los empresarios para que éstos creen empleos o los mantengan, puesto que si aquéllos de tal modo hacen, el Estado se verá abocado a conducirse de una manera incompatible con la libertad del trabajo<sup>91</sup>.*

*Habrà, por tanto, y a la vista de todo lo argumentado, que buscar un nuevo punto de enfoque de la cuestión, centrando el tema, racional y axiológicamente, en el destinatario de toda norma: el ser humano, hombre o mujer, considerado desde una perspectiva de género, puesto que la mujer, su incorporación al mercado laboral, determina, aunque por ahora de forma paulatina, la aparición de nuevas estrategias, ya politizadas – el mainstreaming, transversalidad o perspectiva de género – que en poco tiempo habrán de ser también laboralizadas, esto es, aplicadas normalmente en el ámbito laboral a partir de ahora para conseguir un mundo laboral más igualitario, más justo. La mujer no puede seguir siendo, por razón de sexo, un permanente trabajador de segunda clase que, por estereotipos falsos e injusticias históricas que han beneficiado a la sociedad, mediante un trabajo invisible y casi siempre peor remunerado en contraste con la misma actividad llevada a cabo por un trabajador de género masculino.*

*Una primera aproximación lleva a considerar que el trabajo no puede ya, en la aurora del siglo XXI, considerarse una mercancía: o se observa con nueva mirada al trabajo, como base y fundamento de una vida digna para el ser humano hombre y mujer, como un derecho humano fundamental, o se incurrirá en la repetición infructuosa — social y laboralmente hablando—, de múltiples e improductivos análisis sobre la naturaleza y contenido del Derecho al Trabajo y su plasmación en concretas normas positivas abocadas a recrear un pasado injusto y las confrontaciones que deberían tenerse ya como superadas por el espíritu humano, aunque el capitalismo sea, tal vez, la peor muestra de lo que la ambición, el egoísmo y la injusticia de ese mismo espíritu del hombre puede dar de sí, si no encuentra el*

---

marché du travail par une politique active de l'emploi destinée à favoriser le plein emploi, ou d'organiser l'indemnisation des personnes auxquelles cette politique n'a pu procurer un travail».

<sup>91</sup> Idem.



*valladar del Derecho, algo que cada vez resulta con mayor evidencia necesario y no natural, una creación del ser humano por la que constantemente hay que luchar*<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> IHERING, R., *La lucha por el derecho*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 59: “Todo medio se reduce a una lucha contra la injusticia. La lucha del derecho contra la injusticia es una parte integrante de su naturaleza. Todo derecho en el mundo debe ser adquirido por lucha. El derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza. La balanza y la espada – la espada, sin balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada es la impotencia: “El derecho es el trabajo sin descanso, el trabajo de los poderes públicos, y de todo el pueblo. Hay individuos que viven en la paz, hay otros que viven en la guerra. A veces nos alimentamos del sueño de una larga paz, hasta que suena el primer cañonazo. Si vivís en la paz y en la abundancia, pensad que otros han debido luchar y trabajar por vosotros”.

## **CAPÍTULO 2**

### **EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO DEL TRABAJO**



### *1. Evolución del principio igualitario en el Derecho del Trabajo y aparición de la noción de discriminación en el ámbito laboral*

---

*Obligatoriamente se debe abrir esta parte con la referencia, aunque sea sucinta, al principio de igualdad y cómo obra tal principio en el campo del Derecho del Trabajo y ello porque la materia laboral no vive aislada del resto del mundo jurídico. Se argumentará acerca de los posibles significados y efectos que tan esencial principio jurídico genera en el Derecho del Trabajo, donde tantos ejemplos de comportamientos no equitativos, contrarios a los principios de igualdad y su cara prohibitiva de la discriminación – Principio de No Discriminación o de Prohibición de la Discriminación – se tienen como basamento de las relaciones, no sólo en el ámbito laboral, sino en otras parcelas de lo jurídico. Ello conduce a su inclusión en esta obra.*

*Para RUBIO CASTRO el principio igualitario se convierte en un “principio jurídico esencial del derecho moderno”<sup>93</sup>; no obstante, la igualdad con que el trabajador quisiera ser tratado en el ámbito laboral – en el fondo, se está hablando de trato equitativo —, deviene una pura entelequia, una cosa irreal, cuando intenta descubrirse alguna esencia palpable de la aplicación del principio de igualdad en el trabajo; y ello quizá porque en el tratamiento diferenciador y, por tanto, discriminatorio, de la valoración del trabajo puede hallarse, desde el punto de vista empresarial, una de las más eficaces medidas para aumentar el rendimiento o ganancia de su actividad<sup>94</sup>.*

*Quizá sea cierta la afirmación de que “la evolución del Estado moderno es la historia de la tensión entre la igualdad y la libertad”<sup>95</sup>. En efecto, si “el principio de igualdad*

---

<sup>93</sup> RUBIO CASTRO, A., “Derecho a la igualdad y a la no discriminación” (pág.927), en MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE Y MORENO VIDA (Dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, (Comentarios a la legislación social, núm.5. Biblioteca Comares de ciencia jurídica), 2002, págs. 927-977.

<sup>94</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones empresariales y Principio de Igualdad*, Barcelona, CEDECS, (Col. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), 1998, pág. 24: “Los empresarios claman por la flexibilización de las relaciones laborales, que en buena parte consiste en la libertad para distribuir los estímulos que entienden convenientes o necesarios para el mayor rendimiento de las organizaciones”.

<sup>95</sup> *Ibíd*em, pág.20

*se encuentra sustentado sobre los conceptos de Estado nación y de ciudadanía<sup>96</sup>, la presencia de organizaciones de diferente tipo, económico, político, cultural, humanitario o de cualquier otra naturaleza, que a su vez son fuentes de una nueva normatividad reguladora tanto de su funcionamiento interno como de las relaciones económicas y jurídicas que mantienen con el entorno social, obligan a formularse nuevas cuestiones acerca de la función del Estado en estos días. La aparición de operadores jurídicos de nuevo cuño, viene a sustituir con sus modos propios de regulación, paulatina e inexorablemente, las facultades normativas generales que hasta ahora eran facultad propia del Estado, la organización pública común y garantizadora, al menos en teoría, de un cierto orden tanto en el número y clase de las fuentes del derecho — y de producción normativa—, así como en los medios de regulación jurídica de la relación de la organización estatal con los ciudadanos y de éstos entre sí.*

La función tuitiva que habían guardado en el orden laboral los ordenamientos jurídicos similares al de España, señaladamente los ordenamientos laborales de Francia e Italia entre otros, y que destacaron su importancia en un determinado momento histórico, ha desaparecido en nuestros días. El carácter heterónimo, estatal, de las normas *reguladoras del Derecho del Trabajo, ha venido siendo sustituido por la contratación y el convenio colectivo — sin intervención significativa del Estado como elemento de equilibrio en la relación capital-trabajo —, fuentes autónomas de la regulación del contrato de trabajo en nuestros días. Si en un determinado momento, con el nacimiento del Derecho del Trabajo, tuvo la organización estatal una preeminente función reguladora de los derechos laborales, al tiempo que fuente del Derecho del Trabajo, vetado de distinta orientación en cada caso, al compás de la influencia preponderante del movimiento obrero o del capital, en el presente, el principio igualitario ha cedido en su fuerza modeladora de las relaciones laborales; como argumenta RUBIO CASTRO<sup>97</sup>: “en estos momentos, el principio igualitario ha quedado reducido a previsión controlada de diferencias y a una no indiscriminada equiparación. Igualdad (...) principio reductor de complejidad social y un eficaz productor de diferencias de trato aceptadas o aceptables para el sistema”.*

---

<sup>96</sup> RUBIO CASTRO, A., “Derecho a la igualdad...”, op. cit. pág. 934.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, pág. 933.

*Una sucinta evocación histórica de la aparición del principio igualitario en el derecho moderno puede comenzar con la mención establecida en el Preámbulo de la Constitución Francesa de 4 de noviembre 1848<sup>98</sup>, aunque otros autores sitúan más tempranamente el advenimiento de tal principio<sup>99</sup> de las relaciones laborales<sup>100</sup> que, en su vertiente positiva, se ve reflejado en nuestra legislación constitucional en el Artículo 2 de la Constitución de la República Española de 9 de Diciembre de 1931 que declaraba “Todos los españoles son iguales ante la ley”; principio que se veía completado, desde la perspectiva prohibitoria de la discriminación, con lo que preceptuaba el art. 25 de la misma Norma, del tenor literal siguiente “No podrán ser fundamentos de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones y títulos nobiliarios”<sup>101</sup>. En el momento actual, el artículo 14 de la Constitución de 1978 declara que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*

---

<sup>98</sup> “Elle a pour principe la Liberté, l'Égalité et la Fraternité. Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre public” (Parágrafo IV).

<sup>99</sup> GÁLVEZ MONTES, F. J., “Comentario al art. 14 de la Constitución”, en GARRIDO FALLA, F. J., (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, (3ª ed. ampliada), Madrid, Civitas, págs. 271-280, donde concreta (pág.274): “La primera afirmación de la Igualdad, como principio jurídico formal se encuentra en el art. 6 de la Declaración de 1789”; este mismo autor afirma que la igualdad plena y efectiva en el ámbito jurídico formal tiene lugar con la Declaración de Saint-Ouen de 2 de mayo de 1814.

<sup>100</sup> Asevera MARTÍNEZ ROCAMORA, en *Decisiones empresariales y Principio de Igualdad*, Barcelona, CEDECS, (col. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), 1998, pág. 24: “Los empresarios claman por la flexibilización de las relaciones laborales, que en buena parte consiste en la libertad para distribuir los estímulos que entienden convenientes o necesarios para el mayor rendimiento de las organizaciones”. Adviértase, con una leve aproximación, cuán lejos anda la aspiración empresarial del viejo, entrañable, y pese a todo, aún imprescindible principio de Derecho, el “suum cuique tribuere”, el darle a cada uno lo suyo, lo que merece, el fruto de su trabajo, que aquí choca frontalmente con esos estímulos-zanahoria que nos presenta el actual liberalismo económico, peor disfrazado incluso que el del siglo XIX, puesto que los argumentos que el capitalismo de nuestros días trae en defensa de la ley de la jungla laboral ya habían sido disipados y tendrán que tornar a ser superados por una revitalización de las funciones del Estado democrático y social de Derecho, agonizante, pero todavía vivo; o eso (la perspectiva optimista que no podemos desechar, aunque hiera al contemplar cómo es – tan huérfano de sentido de justicia social - el mundo del trabajo en 2015), o ceder al progreso cangrejil en las relaciones laborales, hasta retornar a 1848, como nuevo punto de partida en el Derecho del Trabajo, con las previsibles y conexas convulsiones sociales.

<sup>101</sup> La primera mención que puede encontrarse en el constitucionalismo español al término igualdad referida a hombres y mujeres, viene reflejada en la Constitución de 1931, artículo 43, proposición segunda: “El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos...”. La CE de 1978 menciona la igualdad, como valor superior en el artículo 1,1. “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

*Hay otras perspectivas de aproximación al principio de igualdad y a su aplicación en el ámbito laboral. Para MARTÍNEZ ROCAMORA<sup>102</sup>, el mentado principio se traduce en “que los trabajadores gocen de los mismos derechos cuando desempeñan cometidos idénticos o similares”. El citado autor nos aporta una explicación suficientemente realista de lo que se entiende como flexibilización, sinónimo de libérrima distribución de estímulos para mejorar rendimientos.*

## *2. Aproximación al concepto de igualdad laboral*

---

*Se presenta como dogma de la nueva fe económica globalizadora, la petición de principio de que en la sociedad actual “los trabajadores no tienen objetivos comunes” (cuya existencia se califica de mito poco creíble)<sup>103</sup>, por lo que hablar de igualdad en el mundo laboral, quizá por efecto contagioso de la debilitación que ha sufrido la idea de trabajo, sustituida por la noción debutante de empleo, nos aboca a establecer como sucedáneo, asimismo desvirtuado del principio de igualdad, a este otro de la no discriminación, con un séquito de conceptos menores que tornan realmente invisible al que era uno de los fundamentos del Derecho del Trabajo: un instrumento de naturaleza y origen público-estatal, que se consideró como un medio de equilibrio en la relación laboral frente al abuso de poder de la clase capitalista, en cada uno de los momentos históricos del sistema económico que conocemos como capitalismo, y del cual la globalización no es sino uno más de sus momentos de desarrollo temporal concreto.*

*Para RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER<sup>104</sup>, la igualdad en el mundo del trabajo, esto es, la igualdad de trato a que tiene derecho el trabajador frente a los otros trabajadores, el empresario y los poderes públicos, comparte una “diversidad de naturalezas”, en el sentido que le otorga MARTINEZ ROCAMORA<sup>105</sup>. Desde otro punto*

---

<sup>102</sup> MARTINEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones empresariales y Principio de Igualdad...*op.cit., pág. 19.

<sup>103</sup> RUBIO CASTRO, A., “Derecho a la igualdad...”, op.cit. pág. 934.

<sup>104</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, en Cruz Villalón, J., (coord.), *La igualdad de Trato en el derecho comunitario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, passim.

<sup>105</sup> MARTINEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones empresariales y Principio de Igualdad...*op.cit., pág. 85 y ss, que establece un elenco de naturalezas predicables de la igualdad: como valor superior, como derecho fundamental, como principio constitucional, como derecho subjetivo, como obligación constitucional impuesta a los poderes públicos, y como límite a esos mismos poderes.

de vista, ERNST BLOCH<sup>106</sup> declara "(...) en su totalidad material, la igualdad no es en sí otra cosa que la idea estructural, si no de la construcción socialista, sí de la construcción comunista que ha de seguirla. En su aspecto parcial, la igualdad ha sido traída al mundo tanto por los estoicos como, aliada a la fraternidad, por el cristianismo". El mismo autor nos aclara la compleja relación fraternidad-igualdad, en el aspecto que se considera atinente a este objeto, del modo siguiente: "Con el mantenimiento de las diferencias de clase, esto [se refería al amor al prójimo concreto] se hizo cada vez más difícil o degeneró en aquella forma de amor fraterno que, entendido como beneficencia, caracteriza crasamente la situación en un mundo no-fraterno. Y así fue posible que la igualdad y la fraternidad aparecieran parcial o imperfectamente en la sociedad clasista, siendo incluso posible que ambas relucieran como verdaderas estrellas en la época de la Revolución francesa: la propiedad, sin embargo, impidió la igualdad sin limitaciones, es decir, la igualdad real, y asimismo la fraternidad sin comicidad, es decir, sustanciada"<sup>107</sup>.

Lo que interesa al trabajador, posible e hipotético beneficiario de lo que MARTÍNEZ ROCAMORA define como "inserción de la igualdad en la relación de trabajo"<sup>108</sup>, es que su trabajo y sus expectativas de promoción no sean preteridos o valorados injustamente. Pensar que el principio de igualdad puede actuar soberanamente y sin obstáculos en el ámbito laboral, donde el empresario cuenta con medios tan potentes como el poder de dirección y disciplinario de su negocio o empresa, es incurrir en un evidente desconocimiento de lo que entraña cualquier tipo de relación laboral, donde la fuerza de los mandatos constitucionales, que deberían ser plena y normalmente efectivos, sin cortapisas de tipo alguno, también en el seno de los centros de trabajo, a menudo deviene una ilusoria pretensión al pisar la entrada del centro de trabajo.

### 3. El Derecho a la igualdad y el Derecho a la no discriminación como manifestaciones del valor fundamental de la dignidad humana

---

No se fuerza el sentido de la Ley Fundamental ni el de ninguna otra si se proclama que el derecho a la igualdad y a la no discriminación es un principio o valor de los

---

<sup>106</sup> BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Aguilar (Biblioteca Jurídica Aguilar), 1980, pág. 168.

<sup>107</sup> *Ibidem*, pág. 169.

<sup>108</sup> MARTINEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones empresariales...*op.cit., pág.126 y ss.



*que sustentan al Estado Social y Democrático de Derecho consagrado por la Constitución Española de 1978. Este principio opera sobre la condición personal, sobre la dignidad del ser humano, que le hace, por virtud de su propia dignidad, igual a su semejante. Por tanto, una petición de principio que en nada obsta al desarrollo de este argumento es que toda persona quiere ser tratada como igual al resto de las personas (en su dignidad), y en su consecuencia, a no ser tratada con discriminación: la discriminación no es sino una de las múltiples facetas de la injusticia social, que ataca frontalmente al ser humano, desconociendo su dignidad, su valor intrínseco. Se produce la discriminación en la comparación con el otro, y en el trato que se da a una persona por relación al recibido por otra, en circunstancias o condiciones semejantes. Y en este campo, toda cuestión relativa al derecho igualitario se puede formular del siguiente modo: ¿Por qué no yo?, ¿Por qué a mí no? Éste es el meollo, el núcleo del problema de la desigualdad o discriminación, reconducible sin esfuerzo al terreno laboral.*

La doctrina más autorizada ha realizado unas consideraciones al tema de la “construcción” del Estado Social y Democrático de Derecho, definido por nuestra Constitución de 1978, que pueden ser de utilidad al afrontar el examen de la igualdad laboral desde un punto de vista constitucional. En efecto “la aceptación incondicionada de la lógica económica supone ya una ruptura del pacto constituyente. La lógica del mercado se impone a cualquier otra consideración. De hecho, la lógica económica no sólo domina sobre la democrática, sino que termina impregnando a esta última y reduciéndola a un procedimiento economicista”<sup>109</sup>. Olvidar totalmente la dignidad de la persona, del trabajador, aunque este olvido se pretexe a virtud de situaciones de índole económica que aparecen como inamovibles, no puede sino llevarnos a considerar que “Si la política económica está (...) en contra del principio de Estado social, la mayoría en el poder no puede pretender la validación constitucional de sus medidas basándose en una insuficiencia de medios financieros que no es sino el resultado de una determinada opción por la distribución de recursos (...) el Estado social no puede quedar reducido a un Estado asistencial (...) al que se *adjudica como función básica del sistema de*

---

<sup>109</sup> BALAGUER CALLEJON, F., “El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”, en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N., (Dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, (Comentarios a la legislación social, núm. 5; Biblioteca Comares de ciencia jurídica), 2002, págs. 89-112.

*protección la intervención ante las situaciones de indigencia, despotenciación y perdiendo virtualidad el modelo constitucional de derechos sociales”<sup>110</sup>.*

*Se ha invocado a la Constitución como primera norma antidiscriminatoria, así como los preceptos en que la doctrina traída a colación asienta su fuerza igualitaria, también, en nuestro caso, de aplicación al ámbito laboral, al campo del Derecho del Trabajo. Para MARTÍNEZ ROCAMORA<sup>111</sup>, “el artículo 14 de la Constitución es el precepto fundamental sobre el que se reelaboran las normas antidiscriminatorias de la legislación ordinaria”; ofreciendo dicho autor un utilísimo análisis del desarrollo de tal principio en el Estatuto de los Trabajadores<sup>112</sup>. Propone MARTÍNEZ ROCAMORA una conciliación del derecho a la igualdad con la naturaleza subordinada del contrato y la fuerza de los poderes del empresario en la relación laboral<sup>113</sup>, y una “doble vía de penetración en la relación laboral: Una primera vía (...) interpretarla en consonancia con los principios liberales clásicos del derecho de obligaciones (...) la segunda vía de penetración es la de su inserción en las cláusulas generales de la contratación, especialmente de la “buena fe” del art. 7 Código Civil y 20 del Estatuto Trabajadores”<sup>114</sup>.*

*Los anteriores razonamientos se prestan a debate. Así, para ALONSO OLEA<sup>115</sup>, “en el Derecho del Trabajo, el principio común de igualdad se concibe como mera interdicción de la arbitrariedad. No se prohíbe que unos trabajadores sean tratados especialmente: lo prohibido es que esa desigualdad carezca de fundamento racional*

---

<sup>110</sup> *Ibidem*, pág. 101. Del mismo autor, puede resaltarse su concepción del principio de igualdad, “que afecta directamente al Estado social es el art. 14 CE” (pág. 103); y estructura tal principio igualitario mediante un binomio formado por los siguientes términos: igualdad formal, recogida en el art. 14 de la Constitución, y la igualdad material o sustancial con sede en el art. 9.2 de la Carta Magna.

<sup>111</sup> MARTINEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones empresariales...op.cit.*, pág.15.

<sup>112</sup> *Ibidem*, págs.16 y ss. Para el autor, “el Estatuto de los Trabajadores desarrolla el art. 14 de la Constitución en cinco líneas”, de las que extrae las conclusiones siguientes: 1) Todos los actos empresariales, sin excepciones, están sujetos a prohibición de trato discriminatorio.2) Preceptos en desarrollo del art. 14 CE únicamente se refieren a la prohibición de discriminación. 3) Existe una prohibición de discriminación reforzada respecto de dos motivos: Diferencias motivadas por el sexo y diferencias motivadas en función de tareas representativas de los trabajadores.4) Sólo el art. 22,4; el 24,2 y el 28 ET permiten una interpretación favorable a la introducción de un principio de trato igual”.

<sup>113</sup> *Ibidem*, págs.130 y ss.

<sup>114</sup> *Ídem*.

<sup>115</sup> ALONSO OLEA, *apud* MARTINEZ ROCAMORA, L. G., *Decisiones empresariales...op.cit.* pág. 149. Lo que nos lleva a la configuración, por el Tribunal Constitucional, de la arbitrariedad como trato desigual, sin fundamento, por parte del empresario.

*u objetivo". Por su parte, RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER<sup>116</sup> nos habla de los posibles sentidos o significados jurídicos que el término discriminación encierra, afirmando lo que en este momento puede resultar de más interés a nuestra finalidad, pues el citado autor se pregunta si el principio establecido en el art. 14 CE "afecta a las relaciones entre poderes privados", y la respuesta que nos brinda resulta de útil contraste con determinados planteamientos de omnímoda libertad empresarial en el centro de trabajo: "De la unidad del ordenamiento jurídico deriva una necesaria conjunción, coherencia o armonía entre el ordenamiento jurídico privado y el sistema constitucional"<sup>117</sup>.*

##### 5. Principio de igualdad y no discriminación en el Derecho Laboral de la Unión Europea. Dificultades para el reconocimiento de un principio laboral igualitario.

*Por contraste con la rotunda declaración que contiene el artículo 14 de la CE de 1978, en el Derecho de la Unión Europea no se ha producido todavía un reconocimiento claro y total del principio de igualdad<sup>118</sup>. Y ello por una razón de peso, en argumento de ALARCÓN CARACUEL: "no se puede hablar de igualdad ante la ley, porque no hay una sola ley: falta la unidad del ordenamiento jurídico"<sup>119</sup>.*

*Una somera visión del principio igualitario en la UE nos lleva a advertir que tanto el Tratado de Roma como el Acta Única Europea dejan el tratamiento de aquel principio a las respectivas leyes estatales. Por otra parte, los Reglamentos comunitarios más adelantados en este tema, se producen a finales de los años sesenta del pasado siglo, y así el Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15*

---

<sup>116</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: "No discriminación en las relaciones laborales", en Borrajo Dacruz, E., (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Revista de Derecho Privado (EDERSA), Tomo IV, Arts. 14-18, (págs. 325-452), 1983. El autor descubre tres posibles sentidos o significados del término discriminación (pág. 328): un primer sentido específico, que asimila al tratamiento in pejus; un segundo sentido en que la discriminación es tanto como "distinción arbitraria" al modo que lo entiende el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en último lugar: "(...) la expresión discriminación hace referencia a una específica desigualdad de trato basada en ciertas circunstancias o razones específicas, "a causa de las mismas la voz discriminación se utiliza en relación con la existencia de unas causas específicas de diferenciaciones, que el ordenamiento constitucional no sólo no admite como causas razonables de diferenciación, sino que además expresamente las veda" (pág.330).

<sup>117</sup> *Ibidem*, pág. 334

<sup>118</sup> ALARCÓN CARACUEL, M., "El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea", en Cruz Villalón, J. (Dir.), et al, *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 19: "No existe en el Derecho de la Unión un reconocimiento expreso e integral del principio de igualdad de los ciudadanos europeos ante la ley".

<sup>119</sup> *Ídem*.

de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, en su Título II Del ejercicio del empleo y de la igualdad de trato, los artículos 7, 8 y 9 establecen el principio de igualdad en el derecho derivado comunitario del siguiente modo:

1) En el art. 7, su apartado 1, se prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad del trabajador comunitario en otros Estados miembros, en lo relativo a condiciones de empleo y trabajo. El apartado 2 del mentado precepto otorga las mismas ventajas sociales y fiscales que a los trabajadores nacionales; el apartado 3, autoriza el acceso a las escuelas de formación profesional y a los centros de readaptación de enseñanza, también en las mismas condiciones que al trabajador nacional. Por último, el apartado 4, establece la nulidad de pleno derecho de cualquier cláusula de convenio colectivo o individual que prevea o autorice condiciones discriminatorias.

2) Por su parte, el art. 8, apdo. 1 del Reglamento 1612/68 se produce del siguiente modo: el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro se beneficiará de la igualdad de trato en relación con la afiliación a organizaciones sindicales y el ejercicio de los derechos sindicales, incluyendo el derecho de voto (...). Además, se beneficiará del derecho de elegibilidad a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

3) Finalmente, el art. 9 del Reglamento 1612/68, en su apartado 1, concede idénticos derechos y ventajas a los trabajadores de otro Estado miembro que a los trabajadores nacionales en materia de alojamiento y acceso a la propiedad de la vivienda. A su vez, el apartado 2 establece la equiparación con los trabajadores en el derecho a inscribirse en listas de petición o solicitud de vivienda, así como de las ventajas y prioridades resultantes. Cabe añadir una presunción favorable respecto a las familias, "Si su familia hubiese permanecido en el país de origen será considerada, a estos efectos, residente en dicha región siempre y cuando los trabajadores nacionales disfruten de una presunción análoga".

6. La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Concreciones, definiciones, limitaciones y modulaciones de la igualdad y la no discriminación en la Unión Europea. Sus efectos en el Derecho del Trabajo

---

Otra disposición fundamental para fijar unas bases igualitarias en el tratamiento de los derechos laborales en el territorio de la Unión Europea es la Directiva

2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En efecto, el objeto, la finalidad de esta norma comunitaria se expresa con cierta contundencia en su artículo 1: “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”. El ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva viene delimitado en el art. 3, con un principio de universalidad subjetiva, ya que manda dicha norma que “dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;
- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;
- d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Como señala GÓNZALEZ ORTEGA<sup>120</sup> “la prohibición de discriminación se proyecta sobre todas las circunstancias del estatuto profesional, tanto previas como de desempeño del mismo y tanto centrales como accesorias o instrumentales”. Empero, hay que señalar en este momento que las Directiva admite diferencias de trato, con bastante alcance, hasta el extremo de que puede formularse la pregunta de si todo el edificio antidiscriminatorio que esta norma comunitaria pretende alzar no tiene los pies de barro, y ello a virtud de una cláusula que atrae poderosamente la curiosidad del interesado. En efecto, en el análisis de este precepto comunitario, el art. 4, apartado 1, de la reiterada Directiva 2000/78/CE reza:

---

<sup>120</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La Discriminación por Razón de la Edad”, *Temas Laborales*, 2001, núm.59, pág. 93-124.

“No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”<sup>121</sup>.

*Como se ha comprobado, el apartado 1 del artículo 2 tiene carácter aclaratorio del concepto de discriminación empleado por la norma, pues dice que:*

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

*La discriminación que se prohíbe en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, viene determinada por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.*

*Por otro lado, el apartado 2 del referido artículo 2, determina que:*

- a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;
- b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:
  - i) 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; o que

---

<sup>121</sup> Este artículo 4, apartado 1 de la Directiva 2000/78/CE, recuerda en algo, como no puede ser de otra manera, lo establecido anteriormente por la ley norteamericana *Age Discrimination in Employment Act 1967* [ADEA de 1967], en su Sección 623, apdo. f: Se aceptan o se justifican tres clases de discriminación por razón de edad en la ADEA 1967: 1) Cuando la edad se establece en promoción o apoyo de buena fe para la cualificación profesional, basada en la edad cronológica. 2) Tanto empresario, como agencia de empleo o sindicato puede discriminar en base a factores razonables distintos de la edad. 3) Cuando se siga un sistema de empleo de rango superior o de buena fe que no sea un subterfugio para soslayar la norma antidiscriminatoria.

Por su parte el Código de Derechos Humanos de Ontario (OHRC), admite, de acuerdo con los arts. 11 y 25, la discriminación del trabajador por razón de edad: por una parte el art. 11 del Código permite al demandado [empresario al que se acuse de tratos discriminatorios por razón de edad] justificar una pauta, norma o factor, requisito o norma que tiene un efecto adverso por causa de edad, demostrando que éste es un BFR (bona fide requirement) un requisito de buena fe; por otra parte, el art. 25 del Código de Derechos Humanos de Ontario admite o permite la discriminación directa en el empleo por razones de edad, si la edad del candidato es una BFR por causa de la naturaleza del empleo.

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

Por su parte, el Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>122</sup> (que deroga al 1408/71, sobre aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y/o propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad Europea), en sus artículos 2 (campo de aplicación personal) y 3 (campo de aplicación material), sienta en su Considerando 5 la voluntad de “garantizar a las personas interesadas la igualdad de trato dentro de la Comunidad conforme a las diversas legislaciones nacionales”, voluntad que se ha de poner en relación con el Considerando 8, que destaca que “el principio de igualdad de trato *reviste una importancia especial para los trabajadores que no residen en el Estado miembro en el que trabajan, incluidos los trabajadores fronterizos*” y este otro, el Considerando 13 que tiene una remarcable importancia, pues se trata ni más ni menos que la declaración de un principio de seguridad jurídica en relación al campo de aplicación material de este Reglamento: “Las normas de coordinación deben garantizar a las personas que se desplazan dentro de la Comunidad (...) el mantenimiento de los derechos y ventajas que hayan adquirido o estén adquiriendo”. Del mismo modo se fija como criterio general, “para garantizar del modo más eficaz posible la igualdad de trato de todas las personas que trabajen en el territorio de un Estado miembro” legislación aplicable la del Estado miembro donde el trabajador realiza su actividad.

*Puede añadirse, en lo relativo al campo de aplicación material, que es donde podrá constatarse realmente la eficacia igualatoria del Reglamento, que éste se aplica a todas las ramas de Seguridad Social – con lo que el objetivo de coordinar los distintos sistemas puede bien considerarse logrado –, y con las únicas excepciones contenidas en su apartado 4, que establece que las disposiciones del Título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador, y en apartado 5 y último, que ordena la no aplicabilidad del Reglamento a la asistencia social y médica ni a los regímenes de*

---

<sup>122</sup> Reglamento 883/2004, de 29 de abril [Corrección de errores]. DOUE de 7.6.2004 [En línea] Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:200:0001:0049:ES:PDF> [Consulta 20 de setiembre de 2007].

*prestaciones en favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias. Cabe señalar, finalmente, que la igualdad de trato queda, asimismo, reforzada en el artículo 4, que con idéntico rótulo “Igualdad de trato”, sienta la norma general de igualdad en los términos siguientes: “Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento”.*

*Si ha de buscarse qué dicen las otras normas comunitarias sobre el principio de igualdad, quizá el Tratado de Maastricht, (Tratado de la Unión Europea), pueda brindar suficiente luz para comprobar qué rasgos o tendencias anuncia dicho principio. El Artículo 2 del mentado Tratado dice: “1. Para la consecución de los objetivos del artículo 1, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:*

- la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;*
- las condiciones de trabajo;*
- la información y la consulta a los trabajadores;*
- la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres.*

*Por otra parte, el art. 6 del Tratado también se guía por un criterio igualitario, al disponer: “Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo”, con lo que, en principio, hay un triple principio igualitario:*

- Igualdad de oportunidades en el mercado laboral*
- igualdad de trato laboral hombre y mujer*
- Igualdad de retribución*

*Hay que reseñar la publicación del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, [Diario Oficial número C 306 de 17 de diciembre de 2007], por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. En el artículo 6 de dicho Tratado, apartados 1 y 2, se reconocen expresamente los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos*



*Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 diciembre de 2000), al tiempo que se establece la adhesión de la Unión al convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Entre ellos el de igualdad, dignidad y derecho al trabajo de todas las personas con ciudadanía de la Unión Europea<sup>123</sup>.*

## *7. El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España*

---

*El Alto Tribunal ha elaborado una notable jurisprudencia acerca de los contenidos, alcance y diferentes modulaciones que el derecho fundamental a la igualdad ante la ley produce en el momento de aplicarse a las relaciones laborales. No puede ser ésta la sede apropiada para elaborar un estudio sistemático cuyo objeto sea el mentado valor superior del ordenamiento jurídico. Empero, se pueden señalar unas breves líneas de argumentación, a la vista de las sentencias que nuestro Tribunal Constitucional ha venido dictando en esta materia, y que se examinan a continuación por su notable interés:*

### *Sentencia 49/1982 (Sala Segunda del Tribunal Constitucional), de 14 de julio*

---

*Una de las resoluciones jurisprudenciales más tempranas acerca del principio de igualdad fue la Sentencia 49/1982 (Sala Segunda del Tribunal Constitucional), de 14 de julio<sup>124</sup>. En su Fundamento Jurídico 2, párrafo tercero, brinda una exposición acerca de la doctrina constitucional sobre el alcance del principio de igualdad ante la ley, estableciendo la diferencia entre “el principio de igualdad en aplicación de la ley, de carácter formal, del principio de igualdad ante la ley, de carácter material que*

---

<sup>123</sup> Véanse las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [Diario Oficial nº C 115 de 9 de mayo de 2008]. [En línea]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML>, [Consulta: 1 junio 2008].

<sup>124</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Base de datos de Jurisprudencia constitucional TC-BOE, (en línea). Disponible en: [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos\\_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0049](http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0049), [Consulta: 2 febrero 2007]. Sobre el mismo principio de igualdad pueden contrastarse, sin ánimo exhaustivo, entre otras, las Sentencias del TC siguientes: STC 17/2007 (Sala Primera), de 12 febrero; STC 2005/138 (Pleno) de 26 de mayo; STC 27/2004 (Sala Segunda), de 4 de marzo; STC 49/2003 (Sala Primera), de 17 de marzo y STC 13/2001 (Sala Segunda) de 29 de enero; y la STC 4/2000 (Sala Segunda) de 17 de enero.

*pretende garantizar la identidad de trato entre iguales”. Perfila dicha resolución el principio formal de la igualdad en la aplicación de la ley, con las siguientes razones:*

“La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley, y constituye, desde este punto de vista, un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene necesariamente que cohererarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”.

*En el mismo Fundamento Jurídico 2, en su párrafo segundo, la mencionada Sentencia 49/982, de 14 julio veda el tratamiento desigual, con los siguientes razonamientos sobre el principio material de igualdad ante la ley:*

“(…) el artículo 14 de la Constitución, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas. La igualdad a que el artículo 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”.

*El Tribunal Constitucional recurre a los valores socialmente aceptados para entender cuál diferenciación incurre en discriminación. Constituye discriminación, según el Tribunal Constitucional, la diferenciación o el trato distinto carentes de justificación, o lo que es lo mismo, de una razón aceptable de tal diferencia en el modo de trato.*

*Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2004, de 4 de marzo*

---

*Puede ilustrarse la argumentación con otra sentencia posterior, donde el Tribunal Constitucional fija el alcance y contenido del principio de igualdad, con una acabada*

*sistematización. Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2004 (Sala Segunda) de 4 de marzo<sup>125</sup>. El Fundamento Jurídico 2 de esta sentencia configura la prohibición de discriminación, amén de brindar un ponderado análisis del alcance y contenido del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, en su aplicación a las relaciones laborales que nacen de convenio, con los razonamientos siguientes:*

“La prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CE representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE. En contraste con esa prohibición el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad, y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3)”.

*Debe añadirse que esta resolución, en el párrafo tercero del mismo Fundamento Jurídico 2, define el contenido del principio material de igualdad ante la ley:*

“Para abordar la cuestión de si la resolución judicial que confirmó la validez de la aplicación de la norma colectiva al actor en sus estrictos términos vulneró el principio de igualdad, consagrado en el art. 14 CE, bueno será recordar la doctrina de este Tribunal relativa a ese derecho fundamental.

*La STC 119/2002, de 20 de mayo, cuya cita en este caso es pertinente por analogía con la materia enjuiciada. Brinda un recordatorio de la jurisprudencia sobre el principio de igualdad en los siguientes términos:*

«3. ...El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del

---

<sup>125</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Base de datos de Jurisprudencia constitucional TC-BOE, [En línea]. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2004/STC2004-027.html>, [Consulta: 3 abril 2007]

mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

*También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.*

*En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”.*

#### Características del derecho fundamental a la igualdad laboral

---

*La anteriormente invocada Sentencia TC 27/2004, de 4 de marzo, configura la descripción de los elementos materiales que integran el derecho fundamental de igualdad ante la ley, en el campo del derecho del trabajo, que se describen seguidamente:*

1. Carácter: este derecho presenta la naturaleza de derecho subjetivo de todos los ciudadanos.
2. Objetivo o fin: cuya finalidad es la obtención de un trato igual.
3. Modo o forma de aplicación del principio: mediante el tratamiento idéntico de las consecuencias jurídicas de los supuestos de hecho iguales.
4. Requisitos del tratamiento diferente: con justificación fundada, razonable, y aceptada socialmente, de las diferencias de trato.
5. Requisito de proporcionalidad entre diferencia de trato y resultancia jurídica: requerimiento de que las consecuencias jurídicas originadas por el diferente trato, sean o guarden proporcionalidad con la finalidad perseguida.

*Efectos limitadores del convenio colectivo al derecho fundamental a la igualdad laboral*

---

*El derecho fundamental a la igualdad laboral debe modularse a tenor de lo que la citada STC 27/2004, de 4 de marzo, establece en su Fundamento Jurídico 4, en los párrafos tercero y cuarto; pues cuando la fuente normativa es el convenio, éste tiene unos efectos limitadores sobre el derecho fundamental a la igualdad laboral:*

“Complementariamente, en lo que específicamente atiene a la negociación colectiva, hemos declarado que en el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (STC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 1; o 2/1998, de 12 de enero, FJ 2, entre otras). No podemos olvidar, por lo demás, que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados (STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6). En consecuencia, ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles”.

*La cuestión, en estricta sede constitucional, radica en la precisión y ponderación de la jerarquía que se pueda atribuir u otorgar a esos otros valores, diferentes de los constitucionalmente reconocidos, y que operan en el ámbito laboral, supuesto que el valor igualdad es uno de los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>126</sup> y el establecimiento o demarcación de un territorio jurídico-constitucional donde otros — ¿cuáles? — valores puedan competir libérrimamente con aquel*

---

<sup>126</sup> BALAGUER CALLEJON, F., “El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”, en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N., (directores): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, (Comentarios a la legislación social, núm. 5; Biblioteca Comares de ciencia jurídica), 2002, págs. 89-112, que en la página 108 declara: “El poder económico se libera de las trabas del poder político y comienza a funcionar como un poder autóctono no sometido a control democrático. Frente a la expansión del economicismo, resulta cada vez más necesaria una teoría constitucional del mercado”.

*señalado valor o principio fundamental de la igualdad conduce a una inadmisibile situación de inseguridad jurídico-laboral.*

*Si se puede precisar y ponderar la jerarquía de aquellos otros valores diferentes al de la igualdad cuando colisionen con ésta en el ámbito laboral, posiblemente quede abierta la posibilidad de lograr un grado mayor de certidumbre jurídico-laboral en un terreno como éste, donde la invocación a esos otros valores, permite la utilización de fuentes jurídicas ajenas al propio sistema constitucional así como la continua dialéctica entre derechos del empresario y del trabajador que, de jure et de facto, viene resolviéndose contra operario en excesivas e injustificadas ocasiones.*

#### *8. El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

---

*El principio de igualdad, y su aspecto complementario, cual es el principio de prohibición de la discriminación o principio antidiscriminatorio, ha sido objeto de un interesante comentario por NICCOLAI<sup>127</sup> a raíz de la Sentencia COLEMAN. Hay que avanzar que el camino para la elaboración de un principio de igualdad en Derecho Comunitario aún tiene ante sí un largo trecho pendiente de recorrer. No obstante los impedimentos o dificultades que entrañe la constitución o elaboración del principio igualitario en el derecho de la Unión, pueden anotarse pasos relevantes en su clarificación y delimitación, merced a la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A continuación se seleccionan dos sentencias que contribuyen a la aclaración del principio igualitario:*

*Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2007.  
Principio de no discriminación: diferencia de trato no justificada*

---

*La jurisprudencia que viene sentando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), en relación a temas tan cercanos al mundo laboral como pueden ser el principio de igualdad y su envés, la prohibición de discriminación, resulta ilustrativa de los vaivenes políticos y las presiones que en ella se reflejan. Por*

---

<sup>127</sup> NICCOLAI, Silvia; "Derecho antidiscriminatorio, nuevos valores de convivencia y argumentación constitucional". I. Comentario de la Sentencia "Coleman vs. Atridge Law" Asunto C-303/06, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. [En línea]. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/15SilviaNiccolai.htm#resumen>. [Consulta 3 abril 2010].

*citar sólo dos de las más recientes sentencias, interesantes por la litis resuelta, la primera en traer a colación puede ser la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2007<sup>128</sup>, recaída en el asunto C-307/05, en el procedimiento entre Yolanda del Cerro Alonso y Osakidetza Servicio Vasco de Salud. Se solventa en esta Sentencia la comparación entre un miembro del personal estatutario temporal y un miembro del personal fijo de plantilla (Observación preliminar número 30).*

“El principio que está en juego en este litigio es el de no discriminación, que en la observación preliminar 37 queda configurado con el tenor siguiente: “De ello se deduce que el Acuerdo marco (se refiere al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, de 18 de marzo de 1999) tiene por objeto la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida”.

*Y en la observación 58 pasa a configurar el concepto de razones objetivas que permitan un tratamiento diferente en los términos siguientes:*

“Bien al contrario el referido concepto (razones objetivas) requiere que la desigualdad de trato controvertida esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto”.

*Termina declarando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea:*

1) El concepto de «condiciones de trabajo» a que se refiere la cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura como anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que puede servir de fundamento a una pretensión como la controvertida en el procedimiento principal, dirigida a que se asigne a un

---

<sup>128</sup> CVRIA. PORTAL JURIDICO DE LA UNION EUROPEA. Base de datos en línea [<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:269:0007:0008:ES:PDF>, [Consulta 13 diciembre 2007]. Sobre el principio de igualdad, y sin ánimo exhaustivo, pueden contrastarse las STJUE siguientes: Sentencia 6 julio 2000. Asunto: C-407/98: igualdad de trato entre hombres y mujeres; Sentencia 18 abril 2002. Asunto: C-290/00: Igualdad de trato: Por razón de nacionalidad; Sentencia 9 diciembre 2004. Asunto: C-19/02: Igualdad de retribución: Entre hombres y mujeres; Sentencia 11 julio 2006. Asunto: C-13/05: Igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

trabajador con un contrato de duración determinada una prima de antigüedad reservada por el Derecho nacional únicamente a los trabajadores fijos.

2) La cláusula 4, punto 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone al establecimiento de una diferencia de trato entre trabajadores con un contrato de duración determinada y trabajadores fijos que esté justificada por la mera circunstancia de que esté prevista por una disposición legal o reglamentaria de un Estado miembro o por un convenio colectivo celebrado entre la representación sindical del personal y el empleador.

*Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 20 de septiembre de 2007. (Igualdad de trato entre hombres y mujeres: modulaciones*

---

*La Sentencia del TJUE (Sala Cuarta), de 20 de septiembre de 2007<sup>129</sup>, recaída en el asunto C-116/06, entre Sari Kiiski y Tampereen Kaupunki, versa sobre el tratamiento de la igualdad entre hombres y mujeres. En su observación preliminar 54, la referida Sentencia ordena la configuración de los principios de igualdad de trato y de no discriminación con las modulaciones siguientes:*

“Según reiterada jurisprudencia, el respeto de los principios de igualdad de trato y de no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (...)”.

*Mientras que la observación preliminar 55, decreta que:*

“El trato discriminatorio resultante de una normativa como la controvertida en el litigio principal sólo puede afectar a las mujeres, por lo que dicha normativa, que define las condiciones de la relación laboral mantenida durante el permiso para el cuidado de hijos, implicada una discriminación directa por razón de sexo prohibida por el artículo 2 de la Directiva 76/207 (...)”.

*Declara a continuación el TJUE:*

El artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en relación con las condiciones de trabajo, así como los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de

---

<sup>129</sup> CVRIA. PORTAL JURIDICO DE LA UNION EUROPEA. Base de datos en línea [<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:269:0012:0013:ES:PDF>, [Consulta 2 enero 2008].



octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), que regulan el permiso de maternidad, se oponen a una normativa nacional relativa al permiso para el cuidado de hijos que, en la medida en que no tiene en cuenta las modificaciones que implica para la trabajadora afectada el embarazo durante el período limitado de al menos catorce semanas que precede y sigue al parto, no permite que la interesada que así lo solicite modifique la duración de su permiso para el cuidado de hijos a la hora de ejercitar su derecho al permiso de maternidad, de manera que queda privada de los derechos inherentes al permiso de maternidad”.

*Puede inferirse una homogeneización y convergencia progresivas, en la definición y solución a los temas conocidos tanto por el Tribunal Constitucional Español como por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de igualdad laboral. No debe ser de otra manera, al haber de pronunciarse ambos órganos jurisdiccionales sobre derechos tan homogéneos y similares como vienen siendo, en este caso, los de raigambre constitucional en su aplicación al mundo laboral, donde las condiciones de prestación del trabajo y las tensiones jurídicas que pueden acompañarlas suelen presentar unas características generales y comunes, como efecto de un similar o cercano desarrollo de la doctrina jurídica, y de una similitud de las circunstancias económicas y culturales del lugar donde esas confrontaciones laborales reciben solución jurídica: el ámbito de la Unión Europea.*

#### *9. Importancia laboral y social del principio igualitario. Cambios económicos que producen cambios sociales*

---

*Si la tarea del legislador fue, hasta mediados del siglo XX, la de regular los derechos de los trabajadores en tanto que ciudadanos, en sus relaciones laborales con el empresario y el Estado, con el entendimiento implícito de que al hablarse de trabajadores se estaba haciendo concreta referencia a la población masculina que formaba parte del mercado laboral, la incorporación masiva de la mujer al mundo del trabajo ha determinado tanto el cambio de las legislaciones como de los sistemas jurídicos que cuentan con nuevo elemento, sujeto activo y pasivo de las relaciones laborales, cualificado por el género, en las políticas de acción positiva, afirmativa o sistémica. Amén de que la mujer constituye el sujeto multidiscriminado por excelencia, también en el terreno laboral.*

*No puede hablarse fríamente, de modo abstracto (lo que significa con exclusión del sujeto), de la igualdad en el trabajo entre hombres y mujeres, definidos por su posición en la sociedad, si se considera el origen de su renta, por su pertenencia a una determinada clase social, la clase trabajadora, que encuentra en el trabajo, en la capacidad de transformación del mundo por el trabajo, el fundamento de su dignidad como persona y como ciudadano<sup>130</sup>.*

*Algunos autores<sup>131</sup> reconducen el tema de la igualdad a la que se da o debe darse entre mujeres y hombres, con el contraste basado en las estrategias políticas y las normas que intentan hacer posible dicha igualdad en el mundo laboral, señaladamente las medidas encaminadas al establecimiento de una transversalidad de género en las políticas y estrategias igualitarias entre hombres y mujeres, aunque si se observa el problema con un cierto detenimiento, al acotar o limitar el principio de igualdad a las diferencias de trato que por comparación se deparan a mujeres y hombres en el universo laboral, se desemboca en una cierta limitación de su significado, ya que además de las diferenciaciones por razón de género hay que considerar otras desigualdades que se dan entre mujeres y hombres por razón de diferentes circunstancias o causas.*

#### 10. Pretensión y derecho a la igualdad laboral: una batalla naturalmente económica

*Se vive un momento en que las respuestas de propósito igualitario entre mujeres y hombres en las relaciones laborales encuentran eco tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, presentando sesgos, a veces, que obligan a reflexionar sobre lo que significa la igualdad en el terreno propiamente laboral, desconociendo que todo argumento que pueda elaborarse y desarrollarse para reconocer y hacer visiblemente iguales derechos que ya lo son (o deberían serlo) — en cuanto que hombre y mujer comparten una misma e idéntica dignidad como ser humano, que no*

---

<sup>130</sup> CASTIEN MAESTRO, J. I., “La teoría marxiana del valor-trabajo. Reflexiones a la luz de la obra de Isaac Ilich Rubin”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2003, 21, núm.2: “Entendemos que el trabajo de la mujer-madre de familia en el hogar es un trabajo que no tiene valor de cambio, porque no sale a la esfera de la circulación económica. ¿No es, por tanto, un valor? No hay intercambio en este caso, sino donación gratuita. Con lo que llegamos a la conclusión de que “los productos del trabajo humano se presentan bajo diversos ropajes externos en las distintas formas sociales” (pág.33). A la sociedad capitalista le sale bastante barato que la mitad del esfuerzo productivo, aproximadamente, se realice sin coste económico y a cargo único de la mujer trabajadora. Es la gran jugada económica que todavía persiste teniendo como “conciliadamente” explotada a la trabajadora.

<sup>131</sup> MONTOYA MELGAR, A., “Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 129, 2006.

*decae en el momento de trabajar —, pueden encontrar mil y un obstáculos cuando esos derechos e intenciones igualitarias se intentan hacer valer tras pasar la puerta de entrada a la fábrica, empresa, compañía o centro laboral del tipo que fuere.*

*Debe repetirse que en el ordenamiento jurídico español, el empresario<sup>132</sup> tiene el poder de dirección y el poder disciplinario de la empresa; la facultad de contratar, por tanto, está en sus manos. Además, y en el momento previo al comienzo de la prestación laboral, es decir, en ocasión de acceder al trabajo, resultará una tarea harto difícil si no imposible, demostrar la falta de igualdad de oportunidades en el acceso al mercado laboral frente a dicha facultad empresarial<sup>133</sup>, que puede presentarse envuelta con razones y motivos donde juegan una multitud de intereses que con dificultad podrán ser tachados de discriminatorios en el sentido que el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores tipifica, al vedar la discriminación laboral.*

---

<sup>132</sup> Véase Art. 5, apartado c) y Art. 20 de la vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>133</sup> MONTOYA MELGAR, A., "Igualdad entre hombres...", op.cit., donde hace referencia a las dos grandes razones que inspiran la estrategia igualitaria entre hombres y mujeres: el principio de gender mainstreaming y el principio de cooperación. Por el primer principio "se propugna que el principio igualitario impregne toda la legislación (y la negociación colectiva)", mientras que "el segundo principio – de cooperación – alude a la necesaria coordinación entre las distintas administraciones, los Agentes sociales, las ONG y la sociedad en su conjunto para impulsar las políticas de igualdad de oportunidades" (pág.24).

## **CAPÍTULO 3**

### **LA DISCRIMINACIÓN COMO VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR**



### *1. Dificultades para formar un concepto útil de discriminación laboral*

---

*El apasionamiento a la hora de abordar el tema de la discriminación laboral, máxime cuando la causa discriminatoria se concreta y actualiza en el trabajador, mujer u hombre, por causa de su edad madura o mayor, obedece a que frecuentemente se vienen empleando conceptos iuslaborales en el análisis de tal discriminación; pero también se aducen razonamientos y principios de vigorosa resonancia constitucional, tal como se ha expuesto a lo largo del Capítulo 2 de este trabajo, dedicado al principio igualitario, con lo que el salto de lo concreto a lo abstracto, del derecho conformador de una relación inter privados, originariamente regulada por una normativa de origen iusprivatista, el contrato de trabajo<sup>134</sup>, pero nutrida cada vez más por razones y categorías lógicas procedentes del campo del Derecho público, y de otros sistemas jurídicos con capacidad normativa<sup>135</sup>, se torna un ejercicio de arriesgada aplicación de normas y principios heterogéneos en origen y por su función, a un mismo supuesto de hecho, a una misma institución jurídica<sup>136</sup>.*

*Mayor dificultad supone tal ejercicio de comprensión cuando, además de las fuentes y principios laborales y constitucionales, aparecen otros distintos, cuya justificación o arraigo jurídicos no resultan de pronto discernimiento, pero que dejan su huella, de manera visible, en la interpretación y aplicación de las normas laborales por los tribunales. Las creencias y las ideologías también cuentan con su minuto de protagonismo cuando se pretende atribuir a la norma lo que la propia norma no contiene o cuando se utilizan, unas veces torticeramente y otras por desidia, las*

---

<sup>134</sup> OJEDA AVILES, A., "La genealogía del contrato de trabajo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135, 2007, págs.539 y ss.

<sup>135</sup> OST, F., y KERCHOVE, M; *De la Pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2001. Los autores anuncian la emergencia de un nuevo paradigma jurídico en las sociedades avanzadas, «donde se multiplican las fronteras borrosas y las zonas de solapamiento entre las reglas jurídicas y las formas no jurídicas de regulación social (...) Las consecuencias: el límite es que el derecho en tales sociedades podría encontrarse en cualquier lugar y en ninguna parte. De un derecho sólido se pasaría a un derecho "soluble"», págs.267 y ss.

<sup>334</sup> *Ibidem*, pág. 486. En la conclusión de la obra nos viene como anillo al dedo la característica que los autores creen hallar como uno de los posibles rasgos o connotaciones del paradigma normativo emergente: "Diferentes dimensiones de la complejidad que hemos tratado de sacar a la luz en el orden del conocimiento — el pluralismo epistemológico y metodológico, interdisciplinarietà, interacción entre el conocimiento y su objeto — convergen hacia una idea fundamental: el fin de las certidumbres". Fin de las certidumbres que no deberá, en ningún caso, ser consentida resignación frente a la injusticia.

*mismas palabras con pretensión de abarcar ideas y conceptos opuestos, forzando el lenguaje y las argumentaciones hasta que el razonamiento concluye, encallado, en el terreno de la aporía.*

*Principios tales como el de identidad y el de no contradicción no resultan de fácil encaje en la discriminación laboral, pues a la par ésta misma admite ser y no ser, dependiendo de quién aparezca como sujeto pasivo y de la finalidad perseguida por la norma o disposición anti o discriminatoria; lo que ha dado origen a la teoría de las acciones positivas o afirmativas<sup>137</sup>. Si el análisis se ciñe a la discriminación que ofende al trabajador maduro por la única causa, aparente, de la edad, el debate viene en tal caso asegurado con perspectivas de futuro; pues dicha discriminación, que en síntesis podría contraerse a un elenco de estereotipos negativos que se achacan al trabajador de más edad, en el fondo esconde importantes causas económicas, aunque éstas se intenten disfrazar esgrimiendo argumentos o teorías de trampantojo cuya falsación o refutación no resultan difíciles de llevar a cabo.*

## *2. La discriminación laboral del trabajador de edad madura en un Estado Social y Democrático de Derecho*

---

*Cuando la relación laboral se desarrolla en un Estado Social y Democrático de Derecho<sup>138</sup> el necesario concurso de una visión constitucional<sup>139</sup> se torna de ineludible presencia para comprender de qué hablamos y qué entendemos al referirnos a la discriminación laboral del trabajador de edad madura, para cuya comprensión, además de precisar bases y razonamientos de construcción laboral y constitucional, será obligado contar con ideas y conceptos que pueden contribuir a*

---

<sup>137</sup> SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, (Col. Estudios, núm. 82), 1999.

<sup>138</sup> Así lo define el artículo 1 de la Constitución Española de 27 diciembre 1978. Para llegar al meollo de lo que esta expresión pueda significar, Vide GARRIDO FALLA, F. J., "Comentarios al art. 1.1. de la Constitución Española", en Garrido Falla, F. J. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, (3ª edición ampliada), Madrid, Civitas, 2001. En resumen, el Estado de Derecho encuentra su justificación en la lucha "contra la arbitrariedad y en la satisfacción de la idea de justicia en un país y momento histórico determinados" (pág. 29); mientras que aprecia "una contradicción entre el Estado de Derecho y el Estado Social: las condiciones sociales de muchos Estados europeos hacen que sean completamente necesario el Estado Social, para la redistribución de impuestos" (pág.30). Termina GARRIDO FALLA refiriendo el carácter democrático del Estado de Derecho democrático por razón del origen de sus normas: "Todos los poderes del Estado deben de emanar del pueblo en una democracia" (pág. 32), a tenor de lo que manda la Constitución en el párrafo 3 de su Preámbulo, o sea, "asegurar el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular".

<sup>139</sup> La argumentación correspondiente puede encontrarse en el Capítulo 2, apartado 3, de esta obra: "El Derecho a la igualdad y el Derecho a la no discriminación como manifestaciones del valor fundamental de la dignidad humana".

su esclarecimiento desde campos complementarios, tales como la Sociología, la Gerontología o la Economía, entre otros. Llegados a este punto, puede ya formularse una primera cuestión: ¿qué se entiende por discriminación laboral del trabajador mayor por razón de edad? Para algunos autores, las primeras referencias a esta clase de tratamiento peyorativo dispensado al trabajador, aparecen en el ámbito anglosajón, en Gran Bretaña y EEUU principalmente, durante el primer tercio del siglo XX<sup>140</sup>, fundamentándose en el trato injusto que se proporcionaba al trabajador por razón de su edad, considerada como indicio de ineptitud o falta de capacidad para el trabajo. Se han efectuado investigaciones, ya clásicas, sobre la fundamentación social, psicológica, laboral o económica de ese tipo de conducta reprochable. Entre los estudios más acreditados conviene reseñar el culminado por HALE<sup>141</sup>, mediante el cual han quedado suficientemente verificadas la falsedad e inconsistencia de la mayor parte de los motivos pretextados por la edad del trabajador mayor, causantes de comportamientos abusivos contra su persona y derechos.

GETE CASTRILLO<sup>142</sup> brinda un concepto de discriminación<sup>143</sup> que resulta de gran utilidad en razón de su generalidad, pues aporta una visión común y dinámica del

---

<sup>140</sup> MACNICOL, J., *Age discrimination: An historical and Contemporary Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Interesante nota para tener una noción histórico-gramatical del término discriminar (pág. 7): “De acuerdo con el Oxford English Dictionary, el sentido original del verbo “to discriminate” era uno neutral, distinguir. La idea de discriminación negativa (hacer una distinción adversa con respecto a [algo o alguien]), parece haber entrado en el uso popular hacia el fin del siglo XIX, especialmente en relación a la raza. /. Hacia mediados de la vigésima centuria, la discriminación empezó a ser definida como el “desigual tratamiento de los iguales”. Aparece el debate sobre discriminación en el empleo por razón de edad desde al menos los años 20 y 30 [del siglo XX], tanto en Bretaña como en USA; pero el concepto de *ageism* en las relaciones sociales y las actitudes tiene unos orígenes más recientes” (Traducción del autor).

<sup>141</sup> HALE, N., *The Older Worker: Effective Strategies for Management and Human Resource Development*, San Francisco-Oxford, Jossey-Bass Publishers, 1990, (págs. 46 y ss.): “Jean Scher, especialista responsable de empleo en la Comisión Regional de Atlanta (Georgia) (Hall and Wessel, 1986), ha identificado siete mitos básicos que estimulan la conducta, basada en prejuicios de edad, por parte de quienes creen saber cómo son los trabajadores mayores: 1.No son tan productivos como las personas más jóvenes. 2. Son más caros para el empresario en reciclaje y formación, en el sentido de que cuentan con un futuro limitado en la compañía. 3. Cuestan más al empresario en seguros de salud y otros beneficios.4. Tienen unas relaciones interpersonales problemáticas con los compañeros. 5. Prefieren ir viviendo, dejándose llevar, sin esforzarse laboralmente, hasta llegar a la edad del retiro. 6. Tienen altos índices de absentismo y son propensos a los accidentes.7.Todos se encuentran en buena forma financiera. /El Departamento de Salud y Servicios Humanos en Administración de Personas Mayores ha seleccionado estos falsos prejuicios para rebatirlos o rechazarlos en sus publicaciones”. (Traducción del autor). Web Department of Health and Human Services Administration on Aging: <http://www.aoa.gov/about/contact/contact.aspx>, [Consulta 3 junio 2006].

<sup>142</sup> GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001., (pág. 311): “(...) entender como discriminatoria aquella situación, norma o acto cuyo contenido diferenciador entre individuos o grupos iguales ocasiona un perjuicio,



*hecho discriminatorio, que puede aparecer en el ámbito laboral bajo la triple veste de situación, entendida como el conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien o algo en un determinado momento; norma, o lo que es lo mismo, regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas o actividades, y, por último, acto, entendido éste en la doble faz de acción y resultado o efecto discriminatorios. En cuanto al análisis y descripción del contenido del acto discriminatorio, SIERRA HERNAIZ<sup>144</sup> ofrece un concepto de discriminación en el que distingue cinco elementos integrantes<sup>145</sup> y manifiesta en relación al último de éstos — la diferencia de trato discriminatorio —, que éste “implica la existencia de una victimización, marginación, una cierta exclusión social que hace que la discriminación alcance una proyección social generalizada”, y establece una clasificación de la discriminación, en función del sexo del sujeto discriminado, en directa e indirecta.*

### 3. Concepto de derechos fundamentales del trabajador

---

Se ha repetido en esta investigación que la discriminación aniquila, laboral y socialmente, la persona del trabajador al ser el más feroz ataque contra sus derechos fundamentales y su dignidad. Desde una aproximación constitucional, VALDÉS DAL-RÉ, elabora una definición de lo que entiende por derechos fundamentales del trabajador, tras efectuar un examen de “Los derechos fundamentales laborales en la doctrina del constitucionalismo moderno”<sup>146</sup>, y

---

genera un resultado desfavorable para esos individuos o grupos afectados por el trato diferente. El perjuicio o resultado desfavorable puede surgir tanto de la decisión empresarial, como de la decisión colectiva”.

<sup>143</sup> El Diccionario de la Lengua Española, RAE, 22ª edición (2001), proporcionaba las siguientes acepciones del verbo discriminar: 1. tr. Seleccionar, excluyendo. 2. tr. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc. En la actualidad: RAE, Diccionario de la Lengua Española, 22ª. Edición [en línea], disponible en: [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=principios](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=principios), [consulta de 19 de marzo de 2008], presenta los significados siguientes: 1. Acción y efecto de discriminar; 1. ~ positiva: Protección de carácter extraordinario que se da a un grupo históricamente discriminado, especialmente por razón de sexo, raza, lengua o religión, para lograr su plena integración social.

<sup>144</sup> SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, (Col. Estudios, núm. 82), 1999, pág. 12.

<sup>145</sup> Ídem: “Elementos que integran la discriminación: 1. Abarca todo tipo de comportamientos, actitudes o actos que establecen una diferencia de trato; 2. Lo que importa es el resultado discriminatorio de esos comportamientos, conducta o actos que se traducen en un perjuicio; 3. Deben basarse expresamente en alguna de las causas citadas en el art. 14 ET; 4. El sujeto pasivo puede ser tanto el individuo como el grupo (...)”.

<sup>146</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Persona del trabajador, Constitución, principio de igualdad”, en *XV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, La Igualdad ante la Ley y la no*

asevera: “los derechos fundamentales del trabajador (...), son los que reúnen esta doble naturaleza, la subjetiva de tratarse de derechos personales, y la objetiva de sustanciarse en derechos negativos o de inmunidad”<sup>147</sup>. Este autor aborda la discriminación desde su consideración como mal social, declarando que la lucha contra la discriminación compendia la idea de derecho fundamental<sup>148</sup>, y destaca los aspectos individuales —discriminación como humillación—, y sociales— discriminación como exclusión de un grupo social—, al tiempo que señala determinados ordenamientos jurídicos que reconocen a la prohibición de no discriminación como un derecho fundamental de base constitucional<sup>149</sup>. Ambos aspectos, como habrá ocasión de ver, se presentan de forma paradigmática en el supuesto de la discriminación contra el trabajador mayor, considerado desde una perspectiva de género, pues la normativa de carácter transversal en favor de la igualdad entre hombres y mujeres y su efectiva aplicación debe presidir y ser invocada en caso de cualquier tratamiento discriminatorio del trabajador, sea cual sea el factor peyorativo sexo, raza, etc. en que se fundamente el comportamiento excluyente y rechazable.

*Fundamentándose en un punto de vista isonómico*<sup>150</sup> PIZA ROCAFORT<sup>151</sup> razona la prohibición de discriminación como una consecuencia del principio de igualdad, y dice que “la igualdad ante la ley es por ello siempre igualdad en libertad y para el ejercicio de los derechos y de la singularidad del ser humano. La pretensión de igualdad no puede alcanzarse menoscabando otros derechos fundamentales. Somos, pues, iguales para ser libres, no libres para ser iguales. La igualdad de

---

*discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Col. Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, núm. 69, 2005, págs. 1297-1327.

<sup>147</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Persona del trabajador...” op.cit. pág.1307.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pág.1322: «La lucha contra las discriminaciones sintetiza así y de manera ejemplar los valores de la idea misma de derecho fundamental: el respeto a la dignidad de las personas, a su consideración como seres humanos, y la instauración de un orden social justo».

<sup>149</sup> *Ibidem*, pág.1323.

<sup>150</sup> PIZA ROCAFORT, R. E, *Igualdad de Derechos: isonomía y no discriminación*, San José-Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1997. Utiliza el concepto de isonomía refiriéndose a la igualdad como exigencia de generalidad, al tiempo que sostiene que el principio de igualdad ante la ley “supone dos grandes tipos de exigencia: exigencia de generalidad y exigencia de no discriminación”, trayendo en apoyo de su argumentación la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 10.11.1981, donde se establece la referencia inicial del principio de igualdad a la universalidad de la ley (págs. 49 y ss). Dicha obra [consulta de 2 diciembre 2011] está asimismo disponible en línea: [http://rodolfoepizar.blogspot.com/2009/11/igualdad-de-derechos-isonomia-y-no\\_03.html](http://rodolfoepizar.blogspot.com/2009/11/igualdad-de-derechos-isonomia-y-no_03.html).

<sup>151</sup> PIZA ROCAFORT, R. E., *Igualdad de Derechos: isonomía y no discriminación*, op.cit., págs. 73 y ss.

*derechos es necesaria para alcanzar la libertad de todos los seres humanos: existe jurídicamente para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, no para negarlos*<sup>152</sup>.

*Hemos de tener en consideración a PIZA ROCAFORT a la hora de valorar remedios jurídicos tales como las acciones positivas, afirmativas o de favorecimiento*<sup>153</sup>, que en algunos casos pueden — si no se emplean con prudencia y equidad—, menoscabar derechos de los otros seres humanos tan fundamentales y dignos de protección como el que se trata de favorecer mediante el empleo de esa técnica legislativa. Para completar este apartado, se debe citar a RUBIO CASTRO<sup>154</sup>, que desde un enfoque teleológico analiza la finalidad y la razón de ser de la acción positiva, distinguiéndola como instrumento para erradicar “la desigualdad de poder entre grupos en apariencia formalmente iguales” y reservando su razón de ser en la lucha “contra la subordinación o contra la estructura de poder institucionalizado”.

*Cabe otro punto de vista, teniendo en consideración el papel que deben o pueden jugar los derechos fundamentales de los trabajadores en relación a los derechos de igual naturaleza del empresario, que han sufrido una innegable modificación en cuanto a su aplicabilidad y efectiva eficacia en una economía globalizada, donde la dialéctica derechos del trabajador tenía como término de comparación a los derechos del empresario, en un terreno de juego donde la presencia del poder público resultaba un referente de control, siquiera mínimo, del terreno de juego laboral y las normas que en éste se aplicaban.*

*El momento actual cuenta con actores nuevos en la escena laboral, económica, jurídica y política, al arribo de organizaciones supranacionales, como es el caso de la Unión Europea, que han hecho del móvil económico la verdadera piedra angular de su construcción, dejando para un segundo o ulterior momento la realización de una Europa de los Derechos Sociales. ¿Qué pasa ahora con los derechos de los trabajadores? o mejor dicho, ¿qué va a pasar con los derechos sociales en la Unión Europea? Pues que posiblemente el Derecho del Trabajo exhiba cada vez más nítidamente la estampa de un ordenamiento jurídico a amortizar, si los trabajadores*

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, pág. 141

<sup>153</sup> RUBIO CASTRO, A., “Derecho a la igualdad y a la no discriminación”, en: Monereo Pérez y Molina Navarrete (directores): Comentario a la Constitución socio-económica de España, Granada, Comares, (Comentarios a la legislación social, núm. 5; Biblioteca Comares de ciencia jurídica), 2002, pág. 959, donde viene a fijar la acción positiva o de favorecimiento como el límite de protección y reconocimiento de diferencias en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>154</sup> *Ibidem*, pág. 963.

*no cuentan con medios de presión ante el poder o poderes legislativos de la Unión, para recuperar, bien por vía legal o por medio de la actividad del Tribunal de Justicia de la Unión, parte de los derechos perdidos en este último decenio de galope avasallador de un capitalismo sin fronteras y sin normas.*

*Parece como si la construcción, todavía por resolver, de la Unión Europea en su dimensión Social, referida a derechos y libertades de los trabajadores por contraposición a los derechos y privilegios – casi absolutos – del Mercado, hubiera de esperar a que una increíble autorregulación por parte de la actividad de los sujetos que dominan la economía global: empresas, organizaciones mercantiles, financieras, etcétera, titulares de que lo que se denomina “derechos del mercado transnacional” dieran tal paso en favor de los trabajadores y de sus derechos fundamentales. Posiblemente dicho cambio no se producirá jamás en corroboración de una hipótesis pro operario tan inverosímil por contraria a los principios, antitéticos, que ahora prevalecen y guían la actuación de los dirigentes de la Economía Global.*

*En cualquier caso, hay que creer en las animosas palabras de OJEDA AVILÉS<sup>155</sup>, “no todas las bazas están perdidas, empero, aunque el esplendor de un capitalismo global permita adivinar la supremacía casi ilimitada de las libertades mercantiles que se oponen a los derechos sociales fundamentales”. Tal vez, la brecha jurisprudencial abierta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que señala OJEDA, constituya la herramienta, el medio, si no de recuperar la totalidad de los derechos fundamentales que ha perdido la clase obrera en su conjunto en estos últimos decenios, sí para encontrar una puerta a la recuperación, aunque sea lenta y costosa, del sentido y función del Derecho del Trabajo en una Unión Europea en la que sus aspectos sociales, alguna vez, sean los predominantes.*

#### 4. Una referencia obligada a la Constitución Española de 1978 y al Derecho reflexivo

Como se ha argumentado anteriormente<sup>156</sup>, la Constitución de 1978 en su artículo 14 anuncia los principios de igualdad y de prohibición de discriminación: “los

---

<sup>155</sup> OJEDA AVILES, A., “Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 2009, núm. 217, pág. 25.

<sup>156</sup> En el Capítulo 2, apartado 3 « El derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación como manifestaciones del valor fundamental de la dignidad humana”, y apartado 7 «El Principio de igualdad según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España», de esta investigación.

españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social". Para GÁLVEZ MONTES<sup>157</sup> aquel principio de igualdad consagrado por la Carta Magna se presenta íntimamente relacionado con la dignidad de la persona, amparada dicha cualidad en su naturaleza de valor y derecho fundamental, o lo que es tanto, como valor superior del ordenamiento jurídico; el mismo autor, con apoyo en RECASENS SICHES<sup>158</sup> proporciona un concepto de discriminación al que ensancha en su campo de producción normativa, al incluir discriminaciones de origen público y también privado<sup>159</sup>. Por su parte BALAGUER CALLEJÓN<sup>160</sup> ha elaborado una firme construcción, de cimientos constitucionales, en lo que se refiere al principio de igualdad, hablándonos sobre o acerca de la Igualdad formal, la trazada por el artículo 14 de la Norma Fundamental, y la Igualdad material o sustancial, contenida ésta en el artículo 9. 2 del mismo cuerpo normativo, al tiempo que establece unos "perfiles constitucionales del Estado Social", diferenciando la sede constitucional del principio de igualdad de trato, que proclama el Art. 139. 1 de la Constitución: "Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado", de este otro principio de *igualdad de status*, reconocido en el Art. 149.1.1 de la misma Norma Fundamental: "El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1º La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Para BALAGUER CALLEJÓN tales principios y competencias de raíz constitucional tienen o presentan "el sentido «fuerte» del Estado social, la primacía de *la política sobre la*

---

<sup>157</sup> GÁLVEZ MONTES, F. J., "Comentarios al art. 14 de la Constitución Española", en Garrido Falla, F. J. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, (3ª edición ampliada), Madrid, Civitas, 2001, pág. 272: "La igualdad quiere decir, ante todo y sobre todo, paridad en cuanto al tratamiento de la dignidad humana, y por tanto equivalencia en cuanto a los derechos fundamentales se refiere".

<sup>158</sup> RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, 1965, pág. 589, *apud* GALVEZ MONTES, F. J., "Comentarios al art. 14...", *op.cit.*, pág. 276: "La discriminación puede definirse como toda distinción perjudicial a pretexto de hechos no imputables al individuo y que deben ser irrelevantes desde el punto de vista social-jurídico o a pretexto de pertenecer a categorías colectivas generales".

<sup>159</sup> Ídem: "Comprende todo tipo de discriminación jurídica, tanto la cometida por órganos estatales, como la realizada por personas privadas en materia de trabajo".

<sup>160</sup> BALAGUER CALLEJON, F., "El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social", en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N., (directores): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, (Comentarios a la legislación social, núm. 5; Biblioteca Comares de ciencia jurídica), 2002, págs. 89-112.

*economía*<sup>161</sup>, manifestación del Estado social que, para el reseñado autor, también puede distinguirse en el principio de dignidad establecido en el artículo 10.1 de la Constitución.

ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ CUVILLO<sup>162</sup>, en un brillante artículo nos presentan, amén de una novedosa caracterización y distinción entre el principio de igualdad y lo que podríamos considerar su envés, la prohibición de discriminación<sup>163</sup>, un concepto de discriminación del tenor siguiente: “diferencia de trato desfavorable y contraria a la dignidad humana que se dispensa a las personas por razón de su adscripción (real o imaginaria, deseada o indeseada) a uno o varios “géneros o categorías sociales”. El análisis de la conducta, que ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ CUVILLO aportan como novedosa técnica de Derecho reflexivo<sup>164</sup> para el acotamiento conceptual y jurídico de ambos principios - de igualdad y de prohibición de discriminación -, consiste en observar los posibles comportamientos o conductas discriminatorias desde una doble perspectiva: desde el punto de vista del principio de igualdad hay que “ver si la diferencia de trato es arbitraria”<sup>165</sup> y, por otra parte, si se “mira desde el principio de prohibición de discriminación”, habrá que comprobar, respecto de las causas, que éstas “no tengan su origen en la adscripción un grupo o categoría social; y respecto de los resultados que éstos revistan un carácter desfavorable para la dignidad humana por ser susceptible de producir una desigualdad grupal sistemática”<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, pág. 103

<sup>162</sup> ÁLVAREZ ALONSO, D., y ALVAREZ CUVILLO, A., “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 132, 2006, pág. 1014.

<sup>163</sup> *Ibidem*, págs. 1008 y siguientes: los autores establecen las diferencias o caracteres distintivos del principio de igualdad: “Prohíbe cualquier diferencia de trato entre supuestos iguales que no sea objetiva, razonable o proporcionada. Lo que se prohíbe es la arbitrariedad de la distinción entre lo que es igual. Importante es el carácter arbitrario de la diferencia de trato”, precisando asimismo de forma sistemática sus características y componentes; y caracterizan el principio de prohibición de la discriminación como similar al principio de igualdad en la prohibición de tratamientos desiguales y arbitrarios, pero con un *prius*, pues la prohibición de discriminación tiene carácter absoluto: “(...) si el tratamiento desigual se basa en pertenencia del individuo a un determinado grupo, redundará en una lesión de la dignidad (...), no se admite aportación de una justificación razonable de la diferencia de trato, salvo que esté directamente legitimada por la propia Constitución”.

<sup>164</sup> *Ibidem*, pág. 1002, al que definen en estos términos “(...) desde el punto de vista de la consideración del sistema jurídico en su conjunto, es Derecho reflexivo el que permite influir en los comportamientos sociales sin necesidad de una regulación detallada y exhaustiva de una infinidad de supuestos (que podría ser imposible), proporcionando a particulares y operadores jurídicos procedimientos y esquemas de razonamiento que les sirvan para afrontar un diversidad de situaciones”.

<sup>165</sup> *Ibidem*, pág. 1008

<sup>166</sup> *Ibidem*, pág. 1009

*Resulta difícil encontrar en un campo como el Derecho una clase de orden jurídico ¿tal vez nueva emergencia ideológica del neoliberalismo? que, prima facie, parece querer ser Derecho, pero sin dar la cara, sin señalar su origen ni su finalidad, pues a ello nos lleva la voluntad de influencia sobre las conductas ajenas carente de la base normativa, bien sea encarnada en la ley procedente de la voluntad general o en el contrato privado, como las dos fuentes reguladoras más cercanas al conocimiento común: ciertamente hay otras fuentes de producción de normas de conducta, pero admitir la vigencia de un orden normativo sin progenitores ni descendencia es tanto como volcarse a la arbitrariedad.*

*Por otro lado, el parecido, la semejanza de los elementos que podrían presentar como diferenciadores - que no se niegan en el caso del Derecho Reflexivo, tales como puedan ser su generalidad y aptitud y vocación de regulación normativa — , con lo que conoce la doctrina como Principios Generales del Derecho que actúan a primera vista con similar función, y que según el Código Civil español, en el primer apartado de su artículo 1, se señalan, junto a la ley y la costumbre, como fuentes del ordenamiento jurídico, conducen sin embargo en una primera y quizá prematura conclusión, a rechazar esta construcción por su carencia de base lógica y jurídica cierta, que determina su confusión con los Principios Generales del Derecho que pueden y deben ser utilizados, de forma más clara y quizá apropiada, frente a los retos que impone una sociedad económica con enormes carencias de sincronía y adecuación de la estructura jurídica que debe tomar la delantera algún día o al menos intentarlo, para evitar, entre otras consecuencias injustas de ese desajuste de velocidades, la común lacra de los sistemas sociales contemporáneos, cual es la corrupción en sus abundantes y notorios aspectos y consecuencias.*

##### *5. La discriminación negativa: entre lo arbitrario y lo discriminatorio. Criterios de distinción*

---

*Puede observarse como en el campo de la discriminación negativa, la que se ejerce en contra de alguien, juegan siempre al menos dos factores: el prejuicio basado en el estereotipo como una de las causas determinantes, junto a otro factor que es el del lucro económico que comporta en el ámbito laboral la actividad discriminatoria. Se discrimina al trabajador de edad madura, sea mujer u hombre, si tal acto discriminatorio entraña algún tipo de enriquecimiento directo o indirecto para el empresario. Las explicaciones que no pasan de pretextos basados en estereotipos*

*contra el trabajador mayor, son la coartada comúnmente aceptada bien sea para excluirlos del mercado de trabajo, bien para ofrecerles actividades cada vez menos adecuadas a sus conocimientos o capacidades, lo que se traduce en un acoso laboral tan cierto como indemostrable contra los trabajadores que han pasado la línea de los 40 años, justa edad en la que suelen ser más onerosos, por antigüedad en la empresa, por las cargas familiares y por la difícil “doma” que supone, frente a cualquier intento de abuso del empresario, la veteranía y conocimiento del entorno laboral donde se intenta o se produce la exclusión laboral del trabajador maduro, sin ampliar en este momento dicha actitud antijurídica con otro tipo de razones que resultan un secreto a voces en determinadas empresas y organizaciones, incluso dentro de la propia Administración Pública.*

ÁLVAREZ ALONSO y ÁLVAREZ CUVILLO completan su argumentación con el aporte de otras características diferenciadoras, de utilidad para distinguir el tratamiento arbitrario del discriminatorio; diferencias que se manifiestan en el modo en que operan ambos principios: modo relacional para el principio de igualdad — pues en este principio se requiere siempre un término de comparación —, y modo no relacional para el principio de prohibición o de no discriminación, ya que en este otro caso sólo resulta precisa la situación de exclusión o marginación que, por causa de los estereotipos, padece un grupo social y sus integrantes<sup>167</sup>, circunstancia esta última que, en el caso de la exclusión por discriminación laboral de los trabajadores mayores de ambos géneros, no necesitaría de mayores verificaciones o contrastes que los que pueden observarse cotidianamente en el mercado laboral<sup>168</sup>.

De acuerdo con los argumentos de TEUBNER<sup>169</sup>, aplicando un modelo de derecho reflexivo que sirva para evitar la persistencia del problema de la marginación social y laboral de los trabajadores de edad madura de ambos géneros, se deberá encontrar la solución por medio del análisis social y legal del trabajo y las condiciones que envuelven al trabajador mayor o de edad madura, así como en la posibilidad de

---

<sup>167</sup> HALE, N., *The Older Worker: Effective Strategies for Management and Human Resource Development*, San Francisco, California, Jossey-Bass Publisher, 1990, passim.

<sup>168</sup> TEUBNER, “Elementos sustanciales y reflexivos en el Derecho Moderno”, *apud* MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos, *Pierre Bourdieu y Gunter Teubner, La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2000. [En línea]. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/59283161/Teubner-Elementos-Substanciales-y-Reflexivos-en-el-Derecho-Moderno>. [Consulta 2 mayo 2010].

<sup>169</sup> TEUBNER, “Elementos sustanciales y reflexivos en el Derecho Moderno”, *apud* MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos, *Pierre Bourdieu y Gunter Teubner, La Fuerza del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2000. [En línea]. Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/59283161/Teubner-Elementos-Substanciales-y-Reflexivos-en-el-Derecho-Moderno>. [Consulta 2 mayo 2010].



respuesta del resto de los sistemas sociales que inciden o pueden tener influencia o capacidad de modificación sobre esas condiciones, si se quiere erradicar tal discriminación negativa laboral o del riesgo de sufrirla que padecen sectores de población al aproximarse a los cuarenta años de edad o sobrepasarla, que en el caso de la mujer, examinando la cuestión desde una perspectiva de género, es notoriamente superior al hombre. Sin embargo, debe repetirse aquí la prevención ante un modelo jurídico, el del Derecho reflexivo, que acierta al establecer como una premisa para su eficacia el análisis previo del entorno social donde ha de verse cumplido su afán regulador.

Pero el Derecho reflexivo para ser eficiente en sus consecuencias ha de disponer de una capacidad, una fuerza normativa real para la conformación y regulación efectiva de esos sistemas sociales, cuyo análisis resulta necesario pero no suficiente a la hora de llegar a un Derecho nuevo, o un modelo o paradigma distinto de derecho que sirva – y ésta ha de ser razón para su nacimiento como forma jurídica de regulación social diferente a las conocidas - para ordenar con mayor justicia un patrón de sociedad que cambia y se transforma, proteicamente, ante el ciudadano actual, cuyos derechos comienzan a difuminarse frente a empresas, organismos e instituciones de carácter público, privado y de actividades volcadas a todos los campos de la economía, cada una con sus propias normas de comportamiento, y todas ellas en competición con la fuerza normativa de lo que se entiende como ley común.

La solución a ese futuro de múltiples fuentes creadoras de lo normativo, con incidencia cada vez más poderosa y limitadora en los derechos de la ciudadanía, debe venir encarnada no tanto en una regulación estatal que ya no es capaz de dar abasto a las demandas sociales, cuanto en la actividad del magistrado, del juez. Si se presenta como posible algún nuevo paradigma en el campo de lo jurídico, quizá haya que buscarse no tanto en el cambio de ordenación del sistema o de los posibles sistemas jurídicos, pirámide, red, fuzzy-set, sino en cuanto en la aplicación de la norma, cualquiera que sea su origen. Y quien aplica la norma siempre es un juez, el magistrado representante del poder del Estado, de la majestad del pueblo.

*6. Aproximación a un concepto de discriminación negativa por razón de edad en el trabajador de edad madura en el derecho de la Unión. Aspectos normativos y doctrinales*

---

*La postura de la Unión Europea frente a la discriminación laboral por razón de edad no ha tenido una manifestación temprana pues, como se ha visto, el principal objetivo que perseguían los Tratados constitutivos comunitarios fue construir una nueva Europa, cuyos Estados integrantes no hubieren de solventar más veces sus problemas económicos o políticos mediante las armas. Puede declararse que todos o casi todos los Estados europeos cuentan con una legislación antidiscriminatoria, generalmente plasmada en sus respectivas constituciones. También se puede aventurar que ninguno de esos Estados anda convencido de la eficacia de las medidas antidiscriminatorias que emplea para el objetivo propuesto. Y puede ser que la ineficacia de la legislación antidiscriminatoria no se deba tanto al hecho de que los trabajadores puedan sentirse constreñidos por el miedo a denunciar las discriminaciones de que son víctimas, como por la escasa probabilidad de conseguir que tales denuncias, en su caso, prosperen ante los tribunales. La dificultad de prueba es otra carga que debe afrontar el trabajador discriminado.*

*Con el afán de combatir la lacra social de la discriminación, la Unión Europea ha acudido a la legislación derivada para elaborar dos documentos tipificativos de las conductas discriminatorias, así como el modo de prevenirlas y sancionarlas. A tal fin el Consejo de la Unión Europea aprueba en el año 2000 sendas Directivas para favorecer la igualdad de trato que, hasta el presente, componen los dos instrumentos de mayor calado jurídico para abordar la lucha antidiscriminatoria: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, correspondiente a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, referida al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, completadas por la Directiva 2002/73, de 23 de setiembre de 2002 del Consejo, (que modifica la Directiva 76/2007), referente a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.*

Tales normas comunitarias han tenido acomodo y reflejo, en el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea

y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en cuyo artículo 2 se proclama que “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos de los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación<sup>170</sup>, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Se advierte, por tanto, como en el mismo pórtico normativo de la Unión aparece la no discriminación como valor especialmente diferenciado, de acuerdo con la doctrina constitucionalista más actual, del principio de igualdad, del cual puede y debe ser complemento necesario para alcanzar una efectiva garantía del respeto a la dignidad humana, base y fundamento de libertad en sociedades que avanzan, no siempre a la misma velocidad, pero sí en la misma dirección, en pos de un sentido solidario de la sociedad. Del juego de las Directivas 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976<sup>171</sup>, de la Directiva 2000/43<sup>172</sup>, de la Directiva 2000/78<sup>173</sup> y de la Directiva 2002/73, de 23 de setiembre de 2002<sup>174</sup> ya mencionadas, se puede esbozar un marco normativo de la Unión en cuanto a la regulación de la discriminación laboral, incluyendo la edad como causa específicamente proscrita de discriminación, aunque en este momento no se agoten todas las referencias acerca del tema<sup>175</sup>. A lo que

---

<sup>170</sup> GARCÍA SAN JOSÉ, D .I. y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El derecho a no sufrir discriminación en la construcción europea de un sistema de protección de derechos fundamentales”, en *XV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, (Col. Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, núm. 69), 2005, pág. 494, refiriéndose a la diferencias de trato, proclaman que: “Ésta será discriminatoria en el sentido del art. 14 (del Convenio Europeo de Derechos Humanos), si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido”.

<sup>171</sup> Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (DO L 39 de 14.2.1976).

<sup>172</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, de 19.07.2000)

<sup>173</sup> Directiva 200/78 CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, de 2.12.1976)

<sup>174</sup> Directiva 2002/73, de 23 de setiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 269, de 5.10.2002).

<sup>175</sup> CRUZ VILLALON, J., *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997, donde sistematiza un completo estudio sobre el derecho derivado y las cartas

puede resultar de interés, GONZÁLEZ ORTEGA ha elaborado un completo estudio sobre la *Directiva 2000/78*<sup>176</sup>, y la trascendencia que esta norma tiene, en la regulación de la discriminación laboral, donde por primera vez se incluye la edad entre los motivos de discriminación prohibidos por la directiva comunitaria<sup>177</sup>.

SÁEZ LARA<sup>178</sup> define dos conceptos que parecen solaparse de continuo en esta materia, y que nos resume de modo magistral, al referirse a “la discriminación como negación de la igualdad de trato por pertenecer a un determinado grupo o categoría social, restringiéndose su derecho a la igualdad en contra de la común dignidad de los seres humanos”, añadiendo que “la garantía de igualdad incluye el principio de protección de grupos minoritarios. La prohibición de discriminación se vincula así, en los diversos textos internacionales, al logro de la igualdad de oportunidades”, agregando la citada autora que “la igualdad de trato se define como la ausencia de discriminaciones directas o indirectas en base a alguno de estos criterios específicos de diferenciación”. Así, puede avanzarse un concepto de discriminación negativa por razón de edad, desde una perspectiva de género, del trabajador, mujer u hombre, de edad mayor o madura, comprensivo, en un sentido lato, de todas las medidas, actos y circunstancias, de origen público o privado, que redunden directa o indirectamente en la merma de su derecho al trabajo como integrante de un colectivo, señaladamente el derecho mismo al acceso al trabajo, a mantenerse en la situación de actividad laboral que pueda venir desarrollando o, habiendo salido del mercado

---

comunitarias vigentes en aquel momento en relación a la discriminación laboral en el ámbito de la entonces llamada Comunidad Europea y hoy Unión, según ordena el Tratado de Lisboa.

<sup>176</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La Discriminación por Razón de la Edad”, *Temas Laborales*, 2001, núm. 59. págs. 99 y ss: “El acceso a la actividad se conceptúa de forma muy genérica al incluir tanto la obtención de un empleo en sí misma como “los criterios de selección”, o “las condiciones de contratación y promoción”, y todo ello con independencia de la rama de actividad y de nivel de clasificación profesional. (p.99) O sea, que podemos ampliar o esclarecer un poco más, pues el empleo o la ocupación de los que no puede darse discriminación no abarcan exclusivamente la contratación o las estrictas condiciones de trabajo, que así es, sino que también se refiere al acceso a todo tipo y nivel de orientación y formación profesionales, incluyendo la experiencia laboral práctica y la afiliación y la participación en organizaciones de tipo profesional (...) Conclusión o corolario: la prohibición de discriminación se proyecta sobre todas las circunstancias del estatuto profesional, tanto previas como de desempeño del mismo, y tanto centrales como accesorias o instrumentales”.

<sup>177</sup> La reseñada Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, en su artículo 18 hace referencia al plazo adicional de 3 años - total máximo de 6 años a partir del 2000 - para aplicar la Directiva a la discriminación por motivos de edad y discapacidad. Como dato anecdótico, en esta Directiva aparece el término edad en reiteradas ocasiones, como es de ver en los Considerandos 11, 12, 14, 19, 23, 25 del Preámbulo, y correlativa inclusión en sus artículos, fundamentales, 1, 2, 3 y 6.

<sup>178</sup> SÁEZ LARA, C, “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”, en *XV Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Col. Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, núm. 69, 2005, pág. 333 y ss.

*laboral, aquellas circunstancias de carácter social o legal que dificulten su posterior reincorporación a la actividad por causa de su edad madura o avanzada.*

En un sentido estricto, la discriminación negativa por razón de edad se predica del tratamiento discriminatorio peyorativo dado a una persona concreta, con los efectos que produce en su capacidad laboral alguna de las medidas, actos o circunstancias anteriormente señaladas. No podemos avanzar más en este terreno expositivo sin echar mano de lo que la propia normativa nos explicita acerca de la discriminación, institución ésta que alcanza en la Directiva 2002/73 del Consejo, de 23 de setiembre de 2002, su mejor concreción. La citada Directiva 2002/73, que intenta agavillar, tipificándolas, todas las conductas discriminatorias cuya erradicación pretende el legislador, ya muestra en el Preámbulo, párrafos 2, 4 y 5 un trazado del marco de sustentación ideológica de la norma<sup>179</sup>, al tiempo que en el apartado 6, se refiere al recorrido histórico de la regulación de la discriminación en las diferentes directivas comunitarias. Supone esta Directiva 2002/73 un instrumento jurídico idóneo para frenar tanto la discriminación como otras formas de abuso de poder que pueden darse en el ámbito laboral, pues intenta acotar y asentar la definición de cada uno de los conceptos de que se sirve, para que la norma sea clara y eficaz en la exposición y descripción de los conductas cuya proscripción establece. Mientras que en los Párrafos 14 y 15 de la Directiva 2002/73 se autoriza el establecimiento de lo que algunos autores denominan acción de favorecimiento, discriminación inversa o la más genéricamente aceptada expresión de acción positiva, es en la parte dispositiva de dicha norma, en el art. 2, donde se configura el contenido de la igualdad de trato, y se ofrece una interpretación auténtica de los comportamientos que atentan contra dicho principio.

*En la doctrina actual española se admite, con amparo en la normativa antes citada, una simultánea compatibilización entre las medidas tendentes a conseguir la igualdad de trato con aquellas otras medidas de favorecimiento o de acción positiva. Para SÁEZ LARA<sup>180</sup> “EN el ámbito de las Directivas antidiscriminatorias, la igualdad de*

---

<sup>179</sup> En esta materia de la acción positiva o afirmativa, como en casi todas las emergencias jurídicas cuyo análisis merece la pena, la postura doctrinal viene registrando valiosas y contradictorias opiniones, unas más y otras menos fundamentadas y matizadas; fenómeno éste de suyo habitual frente a la irrupción de cualquier idea nueva en el terreno de lo jurídico. Valgan por todas dos aportaciones, la primera de SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, (Col. Estudios, núm. 82), 1999; y otra que podría catalogarse como de un sentido científico diferente o distinto en SOWELL, T., *La discriminación positiva en el mundo: Estudio empírico*, Madrid, Fundación Faes, 2006.

<sup>180</sup> SÁEZ LARA, C., “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho...” op.cit. págs. 356 y ss., donde aparecen unas conclusiones luminosas respecto a la “Igualdad de trato, formal o jurídica (...)

*trato es compatible con la adopción o el mantenimiento por los Estados de acciones positivas. Los autores hablan de una estrategia de transversalidad para la que la acción positiva constituye una de sus herramientas fundamentales". GETE CASTRILLO considera que se puede "entender como discriminatoria aquella situación, norma o acto cuyo contenido diferenciador entre individuos o grupos iguales ocasiona un perjuicio, genera un resultado desfavorable para esos individuos o grupos afectados por el trato diferente", "El perjuicio o resultado desfavorable puede surgir tanto de la decisión empresarial, como de la decisión colectiva"<sup>181</sup>". Para otros autores, la cuestión de la discriminación de ninguna manera está todavía superada, y ello por la irrupción de culturas y mentalidades ajenas a lo que pueden ser valores fundamentales de libertad en la Unión, por la aparición de "nuevas causas de discriminación e intolerancia"<sup>182</sup>. Por todo lo expuesto, se puede inferir que la discriminación negativa laboral por razón de edad, en el caso concreto del trabajador mayor, deviene, simultáneamente, un lugar común en cuanto fenómeno cuya erradicación constituye uno de los objetivos de la Unión, así como una grave lacra todavía patente y pendiente de solución en el ámbito laboral europeo.*

### *7. Un modelo social europeo no discriminatorio. Su influencia en el Derecho del Trabajo Europeo*

---

Debe hacerse notar, como observan SEMPERE NAVARRO y CANO GALÁN<sup>183</sup> que el modelo social europeo no está definido ni, probablemente, llegue a verse delimitado

---

Toda teoría de la igualdad fáctica es un programa de distribución de bienes en una sociedad". Exacto, pues en el estado de nuestra sociedad, la discriminación más evidente y visible es aquella que clasifica o excluye a las personas en razón de su poder económico. La autora finaliza con una "paradoja sobre la igualdad": "La igualdad de hecho tiene que aceptar la desigualdad de trato jurídico, y la igualdad jurídica permite siempre que existan algunas desigualdades de hecho", (pág.366).

<sup>181</sup> GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, (pág.311).

<sup>182</sup> QUESADA SEGURA, R., "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 70, 2007

<sup>183</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., "La Constitución Española y el Derecho Social Europeo (Constitución Social Europea)", en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N., (directores): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, (Comentarios a la legislación social, núm. 5; Biblioteca Comares de ciencia jurídica), 2002., [págs. 5 y ss.]: "Nos movemos en un entorno presidido por la transacción entre capitalismo y socialismo, entre abstencionismo e intervencionismo, entre lo económico y lo social. El Estado social es la locución conceptual que suele denominar esa realidad. Los derechos económicos y sociales deben ir de la mano en el establecimiento de un modelo de sociedad. El Derecho Social se configura de acuerdo con el régimen o modelo económico que se desarrolle: «Lo económico y lo laboral no se

en un futuro próximo, puesto que la clave y razón de la creación de la Comunidad Europea de antaño y hoy Unión, fue la necesidad de encontrar un mercado libre para el capital y la mano de obra de origen europeo, imprescindible para evitar futuros enfrentamientos entre las potencias que habían protagonizado los horrores de las dos primeras guerras mundiales del siglo pasado, con epicentro europeo. Tal circunstancia presta la característica doble velocidad a que se somete todo el edificio de la construcción de la Unión Europea<sup>184</sup> aunque haya de reconocerse que la Europa Social, o eso que podemos entender como aspectos sociales de la integración europea, influyen con intensidad y eficacia no desdeñables en las medidas de protección al trabajador y al ciudadano europeo en las últimas décadas, en pos de dos grandes objetivos en el marco laboral: la lucha contra toda clase de discriminación, y la equiparación entre hombre y mujer en los derechos y condiciones laborales, lo que lleva a hablar de una transversalidad de la perspectiva de género, como estrategia igualitaria *asimismo aplicable en el mundo del trabajo*.

*Tal como se podrá examinar posteriormente en el Capítulo 5 de esta investigación, el mainstreaming o transversalidad de género es una de las estrategias para conseguir la implantación de la igualdad de mujeres y hombres en todos los terrenos. Tal estrategia se materializa mediante la Decisión del Consejo 95/595/CEE, de 22 de diciembre de 1995, que tiene por título Programa de Acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000)<sup>185</sup>, que en su artículo 2 define la finalidad del mainstreaming como “promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados miembros, dentro del respeto de sus respectivas competencias”.*

## *8. Crónica breve de legislación social europea*

---

*Un ligero repaso a lo que han sido las manifestaciones normativas más destacables del crecimiento de la Unión Europea en sus aspectos sociales obliga a invocar los*

---

excluyen, la práctica totalidad de los materiales estrictamente laborales tienen un contenido económico». Nota a la nota: el socialismo ha desaparecido, la globalización ha dado cuenta de él.

<sup>184</sup> SEMPERE NAVARRO y CANO GALAN, op.cit. págs. 7 y ss., donde los autores nos presentan «la gestación del derecho social europeo» distinguiendo la originaria «separación comunitaria de los objetivos económicos y sociales» de los primeros tratados en contraste con la «progresiva apertura comunitaria hacia temas sociales»

<sup>185</sup> Disponible en: <http://www.boe.es/doue/1995/335/L00037-00043.pdf>, [Consulta 26 febrero 2015]

*siguientes instrumentos y cartas producidos con tal finalidad: Conferencia de Paris (1972); Segundo Programa de Acción Social (1984), Acta Única Europea (1985), Carta Comunitaria de Derechos Sociales (Estrasburgo, 1989), y el Tratado de Maastricht o de la Unión Europea (7 febrero 1992), que resulta, hasta ahora, el verdadero cimiento de una posible y futura Europa Social, pues en este Tratado se estatuyen objetivos tales como conseguir el progreso económico y social, la promoción de un alto nivel de empleo, llegar a un desarrollo equilibrado y sostenible, realizar la igualdad entre hombre y mujer, y como último desiderátum, la consecución de la solidaridad entre los Estados miembros.*

*Una de las grandes creaciones del legislador europeo ha sido el Tratado de Ámsterdam, en vigor desde el Primero de mayo de 1999. En lo referente a los derechos sociales, la novedad viene constituida por la incorporación del Acuerdo Social anexo al Tratado de Maastricht, que manda a los Estados firmantes respetar los derechos contenidos en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales. Desde la vigencia del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea tiene competencia en los ámbitos de salud y seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la integración de las personas excluidas en el mercado laboral y en la igualdad de trato entre hombres y mujeres europeos. Por último, el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor en 2009, se proponer, entre otras objetivos, facilitar la puesta en práctica de las políticas de la Unión en diversos campos, tales como el crecimiento económico y competitividad, el desarrollo del empleo y las condiciones sociales.*

### 9. El fundamento del Derecho Social Europeo

---

*Para SEMPERE NAVARRO y CANO GALÁN se descubre un triple fundamento del Derecho Social europeo, compuesto por «la promoción de la justicia y el progreso social», «la garantía de los derechos sociales» y, por último, «el respeto al diálogo social entre los interlocutores sociales»<sup>186</sup>. De diferente modo, ESTIVILL<sup>187</sup> presenta unos sugerentes argumentos sobre la preocupación o irrupción del tema social en la Unión, al hablar de tres cuestiones clave en el futuro europeo: el modelo social europeo, el Estado del bienestar – cada vez más recuerdo de recuerdos –, y el*

---

<sup>186</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. y CANO GALÁN, Y., “La Constitución Española y el Derecho Social Europeo (Constitución Social Europea)”, op.cit. págs. 12 y ss.

<sup>187</sup> ESTIVILL, J., “Las Políticas sociales de la Unión Europea en los albores del nuevo milenio”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, núm. 32, págs. 76 y ss.



*principio de subsidiariedad: ¿Va a ser definitivamente esta Europa una Unión Europea del Capital, una Unión Europea del Trabajador o quizá, una vez conseguida la igualdad y la justicia comunitarias, podrá hablarse de una Europa de los Ciudadanos; pero contando con la imponente presencia subsidiaria de los Estados en todo lo que pueda ser materia de Protección Social y de la solidaridad nacional? Esta cuestión queda pendiente de respuesta, puesto que aún es posible saber si resultan suficientes los valores y principios que el Libro Blanco de 1994 establecía, ni tampoco se conoce quién, en definitiva, pueda llevarlos a la práctica<sup>188</sup>.*

#### 10. Los derechos a la igualdad y a la no discriminación del trabajador de edad madura en la economía social de mercado de la Unión Europea

---

*Una visión de lo que pueda deparar la Unión, respecto a los derechos de los trabajadores, no puede realizarse de modo completo sin tener en cuenta la estructura económica que la propia Unión ha definido en sus Tratados constitutivos, cuya culminación es el Tratado de Lisboa que, desde un principio, manifiesta la voluntad de establecer un mercado interior, y que basa el desarrollo de Europa en una economía social de mercado altamente competitiva, en busca del pleno empleo y el progreso social, al tiempo que reitera su lucha contra la exclusión social y la discriminación<sup>189</sup>, y todo ello intentando afrontar los retos de la globalización o mundialización de la economía, que parece constituir el verdadero motivo de creación de la Unión, como en su día lo fue para dar pie a la Comunidad Económica Europea.*

*Puede constatarse que el proceso que ha llevado al Tratado de Lisboa no ha sido ni pacífico ni exento de vicisitudes, por los resultados adversos recibidos tanto en el referéndum de Francia (29 de mayo 2005) como en el de Holanda (1 de junio 2005); sin olvidar que en Irlanda la primera votación sobre el Tratado, celebrada el 12 de junio 2008 obtuvo, asimismo, un resultado adverso que fue “salvado” a instancia del Gobierno de Irlanda en consulta de 2 de octubre de 2009, lo que nos mueve a*

---

<sup>188</sup> ESTIVILL, J., “Las Políticas sociales...” op.cit. pág. 77: “El Libro Verde de la Política Social de 1993 abrió la cuestión y el Libro Blanco de 1994 la respondió diciendo que «hay ciertos valores compartidos que forman la base del modelo social europeo que incluyen la democracia y los derechos fundamentales, la libre negociación colectiva, la economía de mercado, la igualdad de oportunidades, protección social y la solidaridad». A los cuales cabría añadir, según el mismo libro, la subsidiariedad, la prioridad por el trabajo, la integración social, la convergencia de los sistemas de protección en el marco de unas normas mínimas./ ¿Son suficientes estos valores y principios para dar contenido al modelo social europeo? Y sobre todo ¿quién es el encargado de desarrollarlos y aplicarlos?”.

<sup>189</sup> Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007, Artículo 2, párrafo 3.

*pensar que la construcción de la Unión no ha estado o no ha sido llevada a cabo con un exceso democrático, en ningún sentido. Para FRIEDEN<sup>190</sup> desde finales de los noventa del pasado siglo, ya se puede hablar de un sistema financiero mundial. Otro crítico del sistema económico de libre mercado - GRAY<sup>191</sup> - advierte de algunos inconvenientes y peligros que conlleva la idea del libre mercado, al tiempo que vaticina que “la economía global que se está construyendo en la actualidad no asegurará el futuro del libre mercado”<sup>192</sup>.*

*El resumen que interesa en este momento es que de ninguna manera se puede pensar que las buenas intenciones de la Unión, esto es, de los Estados integrantes de la Unión, cada uno con su economía de libre mercado cargada de peculiaridades, divergencias y fallas estructurales, dirigidos por Alemania y Francia en una carrera capitalista sin parangón conocido en contra de los intereses de las clases europeas más empobrecidas, pueden llevar a paraíso alguno para el trabajador, y menos si éste ha de actuar y desenvolverse en unas economías nacionales, como las integrantes de la Unión, donde no resulta extremado constatar que “actualmente, la influencia de los gobiernos nacionales sobre sus economías es mucho más débil que en aquel momento [se refiere a la década de 1980/90]. Las actuales políticas económicas pueden desembocar en una ruptura del actual régimen económico global”<sup>193</sup>.*

---

<sup>190</sup> FRIEDEN, J. A., *Capitalismo global (El trasfondo económico de la historia del Siglo XX)*, Barcelona, Editorial Crítica, 2007, pág. 506: “A finales de los años 90 las actividades financieras internacionales estaban tan entrelazadas con los mercados financieros nacionales que a todos los efectos había un único sistema financiero global que incluía a todos los países desarrollados y muchos de los subdesarrollados y antiguos países comunistas”.

<sup>191</sup> GRAY, J., *Falso amanecer: los engaños del capitalismo global*, Barcelona, Paidós, 2000, pág.11: “La liberalización del mercado tiene como objetivo el romper los mercados sociales y reemplazarlos por mercados desregulados que operan con independencia de las necesidades sociales”.

<sup>192</sup> *Ibidem*, pág. 15

<sup>193</sup> *Ibidem*, pág. 28

## 11. La regulación antidiscriminatoria en la Unión Europea

---

*En el ámbito europeo, tal vez el ascendente de mayor abolengo igualitario, contrario a la discriminación de la persona, sea la Declaración de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente el 26 de agosto de 1789, que en su artículo 1 proclamaba: “les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune”, lo que constituye la primera declaración general de carácter antidiscriminatorio en Europa, que irradió su influencia a diversas constituciones y legislaciones nacionales, europeas y americanas, encontrando permanente eco en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante Convenio Europeo de los Derechos Humanos), dado en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuyo artículo 14, proclama, con el título de Prohibición de discriminación: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.*

*La tradición normativa antidiscriminatoria, en la Europa comunitaria, prosigue con la Carta Social Europea, de Turín, (18 octubre 1961, revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996), que reproduce en el artículo E de su Parte V<sup>194</sup>, con el epígrafe de “No Discriminación”, casi literalmente el contenido del precedente artículo 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Por su parte, tanto la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de la Unión (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989), como el Convenio Europeo sobre el Estatuto jurídico del trabajador migrante (24 de noviembre de 1977) declaran la igualdad de trato como finalidad de ambos cuerpos normativos.*

*Para completar este recorrido histórico hay que volver la mirada a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000), que realiza unas declaraciones de Igualdad ante la ley (artículo 20), y de No discriminación (art. 21). Por otra parte, el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, otorga rango de Tratado a la Carta de Niza, al incorporar ésta al Tratado de la*

---

<sup>194</sup> “Se garantizará el disfrute de los derechos reconocidos en la presente Carta sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación”.

*Unión Europea, a virtud del art. 6 del Tratado UE. Por último, el artículo 2 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, de 9 de mayo de 2008 (2008/C 115/01), declara “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.» Y en su art. 3. 3.º declara que “la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”.*

*Hay que señalar el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada de 9 mayo 2008), así como, entre otros, el art. 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (de igual fecha que la versión consolidada TUE), conceden extensas facultades normativas las Instituciones de la Unión para combatir la discriminación [véanse, entre otros, los artículos 2 a 6 del Tratado de Funcionamiento, así como el art. 10 del mismo tratado, donde, dentro del apartado de “Disposiciones de aplicación general” se afirma que: “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de lucha contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.*

*Tales principios antidiscriminatorios vienen recogidos en sendas directivas, en las que se establece la prohibición tanto de la discriminación directa como de la indirecta. Se trata de la Directiva del Consejo 2000/43/EC de 29 de junio de 2000 – principio de trato igual de las personas sin consideración a sus características raciales o étnicas (Directiva Racial) -, y la Directiva del Consejo 2000/78/EC, que establece el marco general para el trato igualitario en el trabajo y la ocupación (Directiva del Marco General).*

*Las anteriores directivas vedan, entre otras, las siguientes formas discriminatorias: acosos por motivos raciales, religiosos o relacionados con las convicciones, la discapacidad, la edad, la orientación sexual en el trabajo y el empleo, incluida la enseñanza y la educación vocacional, la pertenencia a organismos profesionales; la protección social, la discriminación en el acceso a bienes y servicios disponibles, así como la discriminación producida en la concesión de ventajas sociales.*

## 12. La regulación antidiscriminatoria en América

---

*En Hispanoamérica el instrumento que recoge la prohibición de discriminación con carácter general es la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969. Establece la Convención, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una garantía formal - ante la ley-, así como la garantía material de igual protección de la ley, estableciendo, a modo del catálogo tipificador de las conductas discriminatorias prohibidas, la cláusula de cierre que prohíbe cualquier comportamiento discriminatorio basado en “cualquier otra condición” de naturaleza similar a las previstas por la norma.*

## 13. La regulación antidiscriminatoria en África

---

*La Carta de Banjul o Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenia. Contiene una prohibición general contra la discriminación, afirmando en el Capítulo I, Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 2, que “todo individuo tendrá derecho al disfrute de los derechos y libertades reconocidos y garantizados en la presente Carta sin distinción de ningún tipo como raza, grupo étnico, color, sexo, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen social y nacional, fortuna, nacimiento u otro status”. Se observa en este instrumento internacional, de transcendencia para la erradicación de la discriminación, la acertada sinonimia de uso de los términos distinción y discriminación. Hay que destacar, aunque sea al paso, que la Carta de Banjul supone, asimismo, el broche de cierre en la progresiva luz en defensa del ser humano y su dignidad, plasmada en el reconocimiento escrito de sus derechos. Si la Revolución Francesa alumbró los tres grandes principios, Libertad, Igualdad y Fraternidad que han movido la conciencia moral del pensamiento político, social y constitucional hasta nuestros días, en África, la castigada África, concluye, o al menos ese fin anhela, ese camino tras el reconocimiento de los denominados derechos humanos, que se presentan, en este último peldaño, con el nombre de derechos humanos de tercera generación.*

En efecto, KAREL VAŠÁK<sup>195</sup> propone en 1979 una división de los derechos humanos en tres generaciones, inspirándose en los ideales de la revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad, a los que corresponderían los derechos humanos de primera generación o derechos civiles y políticos<sup>196</sup>; derechos humanos de segunda generación o derechos sociales, económicos y culturales<sup>197</sup>, y finalmente, los derechos humanos de tercera generación<sup>198</sup> que se vinculan con la Solidaridad, tal vez por no utilizar el término fraternidad, de tan honda raigambre revolucionaria, que en opinión de ESTRADA LÓPEZ<sup>199</sup> “se caracterizan por tener al pueblo como sujeto y no solamente al Estado”. El mismo autor da cuenta de la falta de garantía eficaz de

---

<sup>195</sup> VASAK, KAREL, “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, UNESCO Courier 30:11, Paris, 1977.

<sup>196</sup> Los derechos humanos de primera generación, basados en el principio de libertad, son fundamentalmente civiles y políticos, pensados para defender al individuo frente a las injerencias abusivas del Estado. Incluyen estos derechos la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo, la libertad de religión, el derecho de sufragio, entre otros. Estos derechos se proclaman en la Carta de Derechos de los Estados Unidos (*Bill of Rights*, dada en Nueva York, 4 de marzo de 1789, que forma parte de la Constitución de los Estados Unidos de América, de 17 de septiembre de 1787), y en Francia por la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 26 de agosto de 1789. Han tenido reconocimiento y huella mundial en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948* y acomodo normativo en el derecho internacional en los artículos 3 al 21 de la Declaración Universal de 1948, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, en sus artículos 6 a 22, fundamentalmente.

<sup>197</sup> Los derechos humanos de segunda generación, asentados sobre el principio de igualdad, son de carácter económico, social y cultural. Su ámbito de protección, entre otros derechos, comprende los fundamentales derechos laborales, derecho a la salud, derecho, a la educación, así como a un nivel de vida adecuado. Falta todavía mucho camino para que estos derechos humanos, los más humanos de los derechos, refuljan operantes en las sociedades actuales y deseablemente en las futuras. El hambre, la falta de vivienda, de trabajo, el nulo acceso a una educación liberadora, la falta de salud en lo personal, y de condiciones y entornos urbanos con unas mínimas instalaciones sanitarias, entre otras muchas carencias reales, no quedan salvadas por la buena fe y las hermosas palabras que albergan Instrumentos como la DUDH de 1948, o el más reciente Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, vigente desde el 3 de enero de 1976.

<sup>198</sup> Apoyados en el principio de solidaridad quizá sean, hoy por hoy, estos derechos humanos de tercera generación, de los pueblos o de solidaridad, los de caracterización más diluida, porque la solidaridad anda a medio camino entre la Hermandad o Fraternidad cristiana - principios universales de relación con el otro, con el semejante, el prójimo, el hermano – y la Justicia nuda. Tres interrogantes plantean estos derechos: ¿Quién debe actuar para conseguir la solidaridad, en principio tan ligada a la volición particular, individual? , ¿cuál es la instancia nacional o internacional donde residenciar la petición de actuación solidaria?, y por último, ¿cómo deslindar, si ello es posible, lo solidario de lo justo o de lo caritativo? Largo trecho queda por delante, pero la evidencia de las tierras esquiladas, los niños famélicos que asombran y avergüenzan con sus ojos de reproche infinito, y las guerras que siembran poderes irresponsables, son un grito a favor de algo que, quizá, ya no pertenece al reino de la Caridad cristiana ni al de la Justicia humana, pero cuya existencia debiera despertar la conciencia del ser humano.

<sup>199</sup> ESTRADA LÓPEZ, Elías, “Derechos de Tercera Generación”, *Revista Podium Notarial*. [En línea], diciembre 2006, número 34, págs. 243, Disponible en: <http://www.revistanotarios.com/files/Derechos%20de%20Tercera%20Generacion.pdf>. [Consulta 28 mayo 2011]. Interesante la constatación del autor, de la “degradación sufrida por los derechos humanos ante el uso de nuevas tecnologías” (pág. 254); como no podía ser de otra manera, en el estado actual de cosas, siempre con efectos económicos.

los derechos económicos, sociales y culturales (derechos humanos de segunda generación), mientras que, en su opinión, resultan de más fácil salvaguarda estos otros derechos *humanos de tercera generación*<sup>200</sup>. En realidad, debe concluirse, en primer lugar, que no hay abismales diferencias que permitan distinguir a unos derechos humanos de otros y, en segundo lugar, el posible conflicto surgido del ejercicio de determinados derechos humanos, *prima facie*, contrarios en su práctica. (socorrido ejemplo: derecho al trabajo versus derecho a preservar el medio ambiente).

De forma expresa, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 obliga a cada Estado firmante a eliminar la discriminación de las mujeres, así como la protección de sus derechos, en el art. 18, 3: “el Estado se hará responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipulan en las declaraciones y convenios internacionales”. Además, contiene una prohibición explícita de la dominación o la discriminación – el sojuzgamiento, la opresión – de parte de un grupo de personas respecto de otro, que pueda darse en los terrenos de desarrollo económico, social y cultural.

#### 14. Posibilidad de un nuevo paradigma económico. Necesidad de una economía racional y humana para crear una sociedad decente

---

Sin caer en la temeridad de considerar a la Unión Europea como un experimento de utópica ingeniería social, sí que aconseja la prudencia equilibrar las medidas de que se servirá la Unión en su lucha antidiscriminatoria, que no puede limitarse al mero aspecto jurídico de conocimiento y sanción por los tribunales europeos, puesto que si se quiere realmente construir una Unión Europea de hecho y de derecho, defensora de la igualdad y del principio de no discriminación, habrá de incluir en alguna de sus partidas presupuestarias el gasto suficiente para acometer una indomable tarea antidiscriminatoria, acompañada de la necesaria perspectiva de género, cuyos destinatarios sean los trabajadores, mujeres y hombres, de más edad o de edad madura, y cuyo indicio más evidente podría ser la garantía de un salario social y universal<sup>201</sup> con el que se pudieran eliminar los aspectos negativos de la

---

200 *Ibidem*, pág. 255.

<sup>201</sup> BILBAO, A., *Obreros y ciudadanos: la desestructuración de la clase obrera*, (2ª ed.), Madrid, Ed. Trotta, 1995, págs. 47 y ss.

*economía globalizadora neo-liberal que predomina hoy en las relaciones económicas occidentales, y de manera notoria, en el ámbito laboral.*

*Otra de las incógnitas a desvelar en los próximos decenios será ésta de determinar cuál de las dos clases de capitalismo, el de modelo americano o el renano — que parece inspirar el Tratado de Lisboa —, pueden llegar a ser el tipo de sistema económico seguido por la Unión Europea; aunque la superación de ambos, como manifiesta ZUBERO<sup>202</sup>, pueda venir dada por la necesidad de un nuevo paradigma económico, donde las relaciones de trabajo provean en todo caso a la integración del trabajador, pero contando éste, como ciudadano, como persona, con una renta garantizada desde dos vías o fuentes: “Del salario, y de la renta básica, garantizada y procedente de un pacto de solidaridad (o sea, combinar renta salarial y renta social)”, para conseguir la norma social de la solidaridad como fundamento de una sociedad decente<sup>203</sup>.*

*En todo caso, resulta de mención necesaria por su hondura moral y ética, la aportación de MARGALIT<sup>204</sup> para un acercamiento a lo que puede sentir la persona que se sitúa y se siente, en y frente al mercado laboral, en el filo de la navaja por la sola circunstancia de haber vivido y trabajado algo más, a veces sólo un poco más— ya se habla de trabajador maduro (o sea, en riesgo de exclusión laboral) cuando éste ha traspasado la frontera de la cuarentena —, que el resto de la población activa perteneciente a otras cohortes de edad. La definición de trabajador puede servirnos en el sentido más amplio posible: persona que se gana la vida en el ejercicio de una actividad o profesión manual, intelectual o artística.*

Hay que recordar que una sociedad decente, tal como nos la define MARGALIT (uno de los modelos posibles de sociedad, hoy por hoy apreciablemente distanciado de la sociedad que se ve reflejada en los medios de comunicación), es aquella que proporciona a sus miembros la posibilidad de ejercer un trabajo con sentido, una actividad social y personalmente significativa; y que elimina las condiciones que pueden humillar a sus miembros, que puedan hacer que sus miembros se sientan

---

<sup>202</sup> ZUBERO, I., *El derecho a vivir con dignidad: del pleno empleo al empleo pleno*, Madrid, HOAC, 2000, (págs.270 y ss).

<sup>203</sup> *Ibidem*, pág. 271 y ss.

<sup>204</sup> MARGALIT, A., *La sociedad decente*, (1ª edición), Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1997, [págs. 193 y ss], donde el autor hace descansar protección de la dignidad de la persona en el trabajo; y asevera: “En las sociedades donde existe un proceso de división del trabajo, de la producción, en tales sociedades a los trabajadores se les mantiene alejados del producto de su trabajo, y esta separación es un factor central de la alienación de los trabajadores en las sociedades modernas” (pág. 195).



humillados, bien sea por el comportamiento de las otras personas o por el de las instituciones de la sociedad donde vive. RAWLS<sup>205</sup> asimila certeramente la sociedad justa a la sociedad decente: en contraste, observando el caso del trabajador, hombre o mujer, de edad madura, socialmente destaca la idea, aceptada o resignada, de que los mayores deben apartarse en favor de los más jóvenes — y si es posible, volverse invisibles—, mientras que las instituciones que deberían hacer del ámbito laboral un medio para que la dignidad del trabajador ya maduro se conservase hasta al fin de su vida laboral, procuran derivar fríamente al trabajador mayor hacia el retiro pensionado, y en casos extremos de falta de justicia social, a la exclusión o marginación social, oculta bajo las diferentes siglas de las organizaciones administrativas o particulares dedicadas a actividades colindantes con las prestaciones de tipo caritativo, que cada día deberían ser menos necesarias en un verdadero Estado social.

#### *15. El riesgo de discriminación del trabajador maduro en la Unión Europea*

---

*Las declaraciones políticas contrastan, a la hora de materializarse, con la piedra de toque de la economía, frecuentemente ataviada de nudo gordiano. En el terreno económico, donde la disyuntiva puede establecerse, de modo genérico, entre los dos insoslayables modos o formas de allegar los recursos necesarios para vivir, provengan éstos del capital o sean producto del trabajo, la persona que sólo cuenta con su fuerza de trabajo para vivir, se ve sometida, en esta sociedad de la competitividad y de la disolución de la responsabilidad, a una de las peores situaciones en que se puede encontrar, la de estar sin empleo; a la que todavía puede añadirse otra circunstancia personal, asimismo determinante de la marginación social, cual es la de pertenecer a ese sector de la población laboral que ha superado la edad de los cuarenta años: seres humanos para los que el hecho de perder el trabajo puede convertirse en una situación continua de paro, hasta llegar al cumplimiento de la edad en que normalmente habrían podido lucrar la jubilación. Si además, el trabajador es de género femenino la discriminación resulta duplicada, por ser de edad madura y por ser mujer, con lo que se está en presencia de la discriminación múltiple o multidiscriminación, fenómeno que se aborda en el Capítulo 1 de esta investigación.*

---

<sup>205</sup> RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, (2ª ed.), Madrid, FCE, 1995, *passim*.

VINCENT, PHILLIPSON y DOWNS<sup>206</sup> han analizado los efectos que la globalización puede tener en las personas mayores, cuyo aspecto más interesante podría resaltarse como la identificación entre vejez o envejecimiento como nueva situación de riesgo. En efecto, y trasladando esa virtualidad de riesgo común a toda la población madura, al estricto campo de lo laboral, la situación de riesgo se actualiza por mil motivos, y en función de otros tantos prejuicios o estereotipos, para fijar cabalmente el sentido sociológico del término que queremos aplicar al trabajador, hombre o mujer, que llega a la edad madura, introduciendo diversos y significativos cambios en la norma social de empleo. Los mencionados autores avanzan lo que consideran algunos aspectos de los cambios que la globalización puede significar y llevar a la vida de los ancianos: un mundo con una cultura diferente, también socialmente distinto, y en donde la proliferación de nuevos poderes emergentes, de diferente tipología, pueden tomar decisiones que afectarán a sus vidas con mayor relevancia incluso que la de los sistemas representativos que ahora conocemos, y sobre cuyo control no puedan ni tan siquiera esbozar un mínimo intento.

La maraña de la sociedad en red que ahora se está descubriendo, con poderes intergubernamentales que escapan al control de los ciudadanos (como bien se ha podido comprobar con la aprobación del Tratado de Lisboa a espaldas de los pueblos de Europa), que permiten conjeturar una situación cada vez más difícil para las personas mayores en general<sup>207</sup>, y para el trabajador maduro de ambos sexos en significado primer plano, en cuanto se refiera a la pérdida, mutación o extinción de sus derechos laborales.

---

<sup>206</sup> VINCENT, J. A., PHILLIPSON, C. R. y DOWNS, M., *The futures of Old Age*, London, Sage Publications, 2006, donde aseveran: "Tres aspectos de la globalización tienen particular relevancia por sus efectos en la gente mayor. Primero, su influencia en el terreno ideológico a cuyo alrededor se ha construido el envejecimiento. Segundo, su identificación del envejecimiento como una nueva forma de riesgo. Tercero, su rol de creador de unas estructuras mediante las que se gestionan y controla el envejecimiento" (pág.193). (Traducción del autor).

<sup>207</sup> VINCENT, PHILLIPSON y DOWNS, *op.cit.* pág. 207: "La globalización debe verse como un constituyente del riesgo social que generará más formas de inseguridad, de las que ansiedades y miedos sobre la ancianidad pueden tener una dimensión significativa. Pero otros aspectos no son fáciles de predecir" (Trad. del autor).

## 16. El injusto de la discriminación laboral contra el trabajador de edad madura

---

La doctrina más aquilatada en el tratamiento de la discriminación negativa del trabajador mayor coincide en señalar que este fenómeno no es coyuntural, sino estructural, y ello debido a que la edad en el trabajador siempre supone un coste añadido para el empresario, en forma de beneficios, pagas, pluses, formación requerida, etc., que según por qué tipos de empresa se ha intentado eludir, manteniendo las retribuciones del trabajo en su menor significación, y valiéndose de la poco sutil vía de poner a los trabajadores mayores en la calle, amparándose en el carácter de fuente de la relación laboral que se otorga al convenio colectivo<sup>208</sup>, y a la capacidad negociadora, y por ende modificadora, de las condiciones del trabajo que el mismo ordenamiento jurídico otorga a los interlocutores sociales (representaciones de las organizaciones empresariales y sindicatos)<sup>209</sup>. Una muestra de esta injusticia viene dada por la institución de la prejubilación<sup>210</sup>.

De SUSO ARAICO<sup>211</sup> procede también una contribución utilísima a la materia en estudio, respondiendo a varias cuestiones tan interesantes como la de saber o definir qué (como categoría) o quiénes (como personas), se pueden considerar en la sociedad actual como trabajador mayor<sup>212</sup>; su referencia al cambio de la norma social de empleo en un modelo económico ya totalmente flexibilizado que define como “constante adaptación a los requerimientos de la competitividad empresarial y de la economía, que también se caracteriza por dejar la seguridad, la estabilidad y los derechos sociolaborales a un segundo plano”<sup>213</sup>, y la valiente denuncia del hecho

---

<sup>208</sup> Art. 3, 1,b) del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 marzo, modificada por Real Dec<sup>o</sup> Legislativo de 1/1995, de 24 de marzo)), en adelante ET.

<sup>209</sup> Art. 82, 2 ET.

<sup>210</sup> SUSO ARAICO, A., “Expulsados del trabajo...y más: un estudio de las salidas anticipadas del mercado de trabajo de los trabajadores mayores”, *Revista de Sociología del Trabajo*, núm. 46, 2002. Este artículo resulta de una claridad e inmediatez al tema sorprendentes, sobre el tema de la injusticia — en ello se resuelve y a ello se reduce el problema entero de la discriminación negativa del trabajador mayor por su razón de edad, esto es, porque su retribución resulta ser más alta, por regla general, que la de un comparable trabajador más joven (y sin que ello suponga caer en el abismo de enfrentamiento entre unos y otros) —. La autora arriba a una conclusión lúcida: “El concepto o sentir que tengamos sobre la norma social de empleo, es la necesaria base y punto de partida para mirar el mundo del trabajo (...) reconciliar Vida y empleo: ésta es la cuestión” (págs.41 y ss).

<sup>211</sup> SUSO ARAICO, A., “La relación con el empleo de los trabajadores mayores”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 24, núm.2, 2006.

<sup>212</sup> *Ibidem*, pág. 134: “El trabajador mayor (...) es una categoría que es fruto de un proceso de construcción socio-histórica por el que se caracteriza y homogeneiza a determinados trabajadores a partir un rasgo adscrito, la edad”.

<sup>213</sup> *Ibidem*, pág. 136

que más duele y debe sentir el iuslaboralista que no haya perdido todavía la inquietud ni el espíritu de justicia social ante el terrible problema humano del trabajador mayor “flexiesplotado”: «En el nuevo contexto de exceso de mano de obra disponible, los trabajadores mayores se convierten en un recurso sobrante para la lógica de saneamiento de balances de empresa. Así, los despidos incentivados, los expedientes de regulación de empleo, o las prejubilaciones han protagonizado los procesos de reconversión industrial de los países occidentales, entre ellos España, en los últimos veinte años»<sup>214</sup>. Hecho desgarrador que se presenta, además, fundamentado en una postura empresarial que encuentra un discurso favorable a sus tesis, basado fundamentalmente en estereotipos y prejuicios sobre el trabajador mayor, que utiliza como señuelos para encubrir el verdadero motivo de su decisión: un trabajador de edad madura, con una cierta antigüedad en la empresa, supone siempre un coste laboral superior, que viene determinado por un mayor peso de los gastos en cuotas de Seguridad Social, formación, antigüedad, incremento del importe de indemnizaciones en casos de despido, gastos de formación, etc.

*El envejecimiento del trabajador - mujer u hombre -, desde un punto de vista empresarial, es un pretexto económico basado en provechosas falsedades: disminución del incremento de la productividad, aumento de los costes salariales, y escaso margen de estructuración o reestructuración de las plantillas de personal, pues los tres objetivos que figuran en el ideario de la cultura empresarial neoliberal pasan, necesariamente, por el “incremento de la productividad, la reducción de costes salariales y la flexibilidad del personal”<sup>215</sup>, frente a los cuales se puede, y se debe, adoptar un prudente distanciamiento con respeto a la eficacia de los principios económicos configuradores de la Europa de la Unión, definidos por el Tratado de Lisboa de 2007.*

*APARICIO TOVAR y OLMO GASCÓN<sup>216</sup> ofrecen algunas soluciones para el tratamiento de la discriminación contra el trabajador mayor por razón de edad, y tanto frente a las manifestaciones de discriminación directa como indirecta, al tiempo que proponen “acciones positivas a favor de los trabajadores de edad madura en el ordenamiento español”, declarando que “la acción positiva se manifiesta también como una discriminación de signo inverso (la llamada discriminación inversa), al tiempo que*

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, pág. 137

<sup>215</sup> SUSO ARAICO, A., “La relación con el empleo...”, *op.cit.*, págs. 144 y ss.

<sup>216</sup> APARICIO TOVAR, J., y OLMO GASCON, A. M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo* (1ª ed.), Albacete, Bomarzo, 2007, pág. 99.

*respecto al problema (...) la primera manifestación de los posibles tratamientos diferenciales a favor de los trabajadores de edad madura se encuentra en el art. 17.2 ET, por el que se pueden establecer: medidas de exclusión, medidas de reserva, y preferencia en orden a la contratación*<sup>217</sup> *y señalando, con acierto, una a modo de conclusión general sobre el tema de la discriminación del trabajador mayor por razón de edad: “las medidas que pretendan favorecer el empleo de los trabajadores de edad madura es necesario medirlas desde los resultados”*<sup>218</sup>.

*Puede agregarse, junto a las dos clases de discriminación anteriormente reseñadas, aquella otra, conocida en la doctrina canadiense como discriminación sistémica, debida al Juez MACLAHLIN que la define como “(...) la discriminación que resulta simplemente de la aplicación de los métodos establecidos de reclutamiento, contratación o de promoción donde ni la discriminación directa ni indirecta ha estado concebida para promover la discriminación”*<sup>219</sup>.

#### *17. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español acerca de la discriminación negativa del trabajador maduro por razón de edad*

---

*Una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha concretado los requisitos o características que deben darse para apreciar un tratamiento discriminatorio con fundamento en la edad del perjudicado o lesionado por dicha conducta. Tales requisitos pueden distinguirse en los requerimientos fijados por una de las más tempranas sentencias constitucionales sobre discriminación por razón de edad, la STC 22/1981 (Pleno), de 2 julio, que en su Fundamento Jurídico II, párrafo tercero, refiriéndose previamente al principio de igualdad<sup>220</sup>, paso necesario para llegar a una posterior fijación del concepto de discriminación, reza lo siguiente:*

---

<sup>217</sup> *Ibidem*, pág. 102

<sup>218</sup> *Ibidem*, pág. 105

<sup>219</sup> CAMÓS VICTORIA, I, “La evolución del tratamiento de la discriminación en materia de empleo en aplicación de las Cartas de Derechos y Libertades de las personas en Canadá y Québec”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37, 2002, págs. 153 y ss.

<sup>220</sup> Dada la similitud del objeto analizado (principio de igualdad-prohibición de discriminación), puede confrontarse este apartado con los correspondientes al estudio de la igualdad laboral en la jurisprudencia del TC español y del TSJCE, desarrollados en el Capítulo 2 de esta obra, en los apartados 7 «El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España», y apartado 8 «El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

- “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo — declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias — no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es solo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” y completa su argumentación en el párrafo 5 del mismo FJ, que dice, frente a la presunción de ineptitud del trabajador mayor: “Pero, dadas las distintas aptitudes requeridas en las diversas actividades laborales, lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores, cualquiera que sea el sector económico en que se hallen integrados y el tipo de actividad que dentro de él desarrollen. Y aún más difícil resulta alegar esa ineptitud para justificar una limitación al derecho al trabajo si se tiene en cuenta que se presume no de todos los ciudadanos que alcanzan una edad determinada, sino sólo de los trabajadores por cuenta ajena a que se refiere el artículo primero del Estatuto de los Trabajadores, que no se hallen expresamente excluidos del ámbito regulado por dicha ley, de tal suerte que esa presunción de ineptitud desaparece si al llegar a la edad fijada el trabajador ejerciere libremente la misma actividad profesional. En cualquier caso, la incapacitación generalizada para trabajar basada en una presunción de ineptitud «iuris et iure» carecería de base constitucional, pues afecta a la raíz misma del derecho al trabajo entendido como libertad de trabajar, anulando de hecho su contenido esencial”.

### *18. Mención de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la discriminación negativa del trabajador maduro por razón de edad*

---

*Uno de los primeros asuntos conocidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>221</sup> sobre discriminación por razón de edad fue el caso MANGOLD<sup>222</sup> [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran*

---

<sup>221</sup> Hasta la entrada en vigor, el 1º de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa su denominación era la de «Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

<sup>222</sup> CVRIA, Portal jurídico de la Unión Europea: <http://curia.europa.eu/es/infosprat/index.htm>; Sentencia. [En línea]. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:036:0010:0011:ES:PDF>. [Consulta 3 febrero 2006].

*Sala) de 22 de noviembre de 2005 en el asunto C-144/04 (petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht München): Werner Mangold contra Rüdiger Helm], donde se aplica el artículo 6 de la Directiva 2000/78, en un asunto relativo a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la discriminación por razón de edad, que ha sido objeto recientemente de una cuidada referencia doctrinal de VELASCO PORTERO y GUTIÉRREZ GARCÍA<sup>223</sup>, donde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas encaraba la situación de los trabajadores mayores de edad a quienes, precisamente por razón de edad, y mediante unas prácticas abusivas fundamentadas y permitidas por una legislación nacional, se les va prorrogando contratos de trabajo de carácter temporal, de modo que "(...) la legislación conducía en la práctica a la conversión de la situación de temporalidad en indefinida para estos sujetos, cualificados por su edad"<sup>224</sup>. El Tribunal de Justicia apreció la discriminación por razón de edad en este supuesto de aplicación de la Directiva 2000/78.*

*Más recientemente ha recaído la Sentencia PALACIOS DE LA VILLA,<sup>225</sup> [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 16 de octubre de 2007 en el asunto C-411/05 (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid)], asimismo en un asunto relativo a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Se aplica la Directiva 2000/78. Esta sentencia declara la procedencia de la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador ha llegado a la edad de jubilación y tiene derecho a lucrar una pensión. Con el respeto que merece la resolución del TJCE, y en beneficio de la exposición sumaria de esta nota, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en esta ocasión considera conforme la medida de jubilación forzosa; sin entrar en la crítica de los hechos, o al menos sin intentar ir más allá de lo que dice la propia normativa nacional, en una interpretación puramente gramatical de las normas jurídicas controvertidas, que le lleva a declarar, en el párrafo 77 de la Sentencia que: «(...) procede responder a la primera cuestión planteada que la prohibición de toda discriminación por razón de edad, tal como se aplica en la*

---

<sup>223</sup> VELASCO PORTERO, M. T. y GUTIÉRREZ GARCÍA, E., "Discriminación por razón de edad versus fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm., 67, 2007, págs. 317-325.

<sup>224</sup> *Ibidem*, pág.321.

<sup>225</sup> CVRIA. Portal jurídico de la Unión Europea.[En línea]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0411:ES:HTML>. [Consulta 10 febrero 2006].

*Directiva 2000/78, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional (...) que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos (...) siempre que dicha medida, pese a basarse en la edad (...):*

- “esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y los medios empleados sean de interés general no resulte inadecuado e innecesarios a este respeto”.

*El problema es que la finalidad legítima de política de empleo otorga carta de naturaleza al sacrificio de uno de los derechos fundamentales de todo trabajador – el derecho al trabajo –, basándose en la fuerza del convenio colectivo, con lo que recobran plena vigencia las palabras de MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE<sup>226</sup> al denunciar la : «(...) inefectividad del derecho al trabajo (...) que se expande y propaga al resto de derechos reconocidos en el artículo 31 de la Constitución Española»; afirmándose la influencia del determinismo tecnológico y económico para «consagrar la idea de que es el mercado el único elemento a tener en cuenta para formar una política pública y construir las prioridades de los Estados», asegurando la existencia de un cambio estructural, del «modelo regulador y de sentido» del Trabajo como factor social.*

*Frente al razonamiento de que mediante la jubilación forzosa — la extinción de una relación laboral — se cumple con una medida de empleo, la conclusión obligada de cualquier intérprete de buena fe, que obra dándoles a las palabras su significado y contenido natural, es que tal medida de empleo, que se proclama legitimada por una política relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, empieza, contradictoriamente, la casa por el tejado: destruyendo puestos de trabajo. Tal sentencia, dialéctica y lógicamente, resulta un disparate jurídico y laboral.*

---

<sup>226</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y MORENO VIDA (Dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, (Comentarios a la legislación social, núm. 5. Biblioteca Comares de ciencia jurídica), 2002, pág. 288.



## 19. La prohibición y protección contra la discriminación extralaboral en la Unión Europea

---

Según el comunicado de prensa (IP/08/1071, de 2 de julio de 2008), «la Unión Europea propone medidas de protección contra la discriminación más allá del lugar de trabajo»<sup>227</sup>. La Comisión ha adoptado el 2 de julio de 2008 una propuesta de directiva “que contempla la protección contra la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o convicciones fuera del lugar de trabajo”<sup>228</sup>.

Lo que se pretende con la nueva directiva comunitaria es garantizar la igualdad de trato en los ámbitos de la protección social, seguridad social y asistencia sanitaria, así como en la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles en el comercio público, incluida la vivienda (Art. 3) y extendiendo el principio de igualdad de trato a todos los Estados miembros de la Unión Europea. La propuesta de Directiva de 2 de julio de 2008 todavía, en 2015, no ha llegado a materializarse como fuente de Derecho Comunitario derivado.

### Finalidad antidiscriminatoria de la propuesta de nueva Directiva

---

El contenido de la Propuesta de Directiva anteriormente señalada y adoptada el 2 de julio de 2008, fue la prohibición de la discriminación directa e indirecta, el acoso y la victimización fuera del lugar de trabajo. Se prevé asimismo la prohibición de discriminación contra las personas con discapacidad. La Directiva establece un principio de “ajuste razonable” para hacer factible la accesibilidad general, en atención al tamaño y recursos de la organización así como de otras características tales como coste estimados, duración de los bienes y servicios, ventajas de la mayor accesibilidad, etc.

Hay que destacar que el ámbito de aplicación de la futura Directiva se verá constreñido a los particulares en la medida en que éstos lleven a cabo actividades comerciales. Por otra parte, dicha norma no afectará ni a las prácticas generalmente

---

<sup>227</sup>CVRIA. Portal de la Unión Europea [En línea]. Disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1071&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=fr>, [Consulta: 7 julio 2008].

<sup>228</sup>CVRIA. Portal de la Unión Europea [En línea]. Disponible en: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=477&langId=en> [Consulta: 7 julio 2008].

*aceptadas — p. e. descuentos a personas de la tercera edad —, o a las restricciones de edad por motivos de salud pública (prohibición de bebidas alcohólicas para los jóvenes).*

*Se establece en la propuesta de Directiva que los organismos nacionales de igualdad de oportunidades asesorarán a las personas que sufran algún tipo de discriminación, así como la posibilidad de que organizaciones sociales puedan asistir a las víctimas en los procedimientos derivados de actuaciones discriminatorias, sean judiciales o administrativos<sup>229</sup>.*

*Esta Directiva ha tenido continuidad con un Informe de situación, de 2 de junio de 2009, del Consejo de la Unión Europea – Expediente interinstitucional 2008/0140 (CNS)<sup>230</sup> – sobre las disposiciones específicas sobre discapacidad, mediante la elaboración por la Presidencia Checa de unas sugerencias encaminadas a lograr una mayor convergencia con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad; aclarar conceptos clave que definen la igualdad de trato de las personas con discapacidad, incluyendo la obligación general de garantizar el acceso en igualdad de condiciones con los demás en los ámbitos de aplicación de la Directiva 2000/78, así como la obligación de facilitar ajustes razonables necesarios en casos particulares.*

*Se establece una aplicación progresiva de los contenidos de la propuesta de Directiva de 2 de julio de 2008, para posibilitar la adaptación de edificios o infraestructuras, al tiempo que se evita que la aplicación de la Directiva no sea onerosamente desproporcionada “no genera una carga nueva y desproporcionada” para las pequeñas y medianas empresas. Por último, y como desiderátum, se conviene el aumento “de la seguridad jurídica de las disposiciones así como la coherencia interna del proyecto de directiva, incluido el ámbito de aplicación”<sup>231</sup>.*

---

<sup>229</sup> Propuesta de Directiva de la Comisión Europea, IP/08/1071, de 2 de julio de 2008, versión en lengua inglesa, (págs. 7 a 9): que determina en su art. 3: Alcance o ámbito; art. 4: Igualdad de trato de las personas con discapacidad; art. 5: Acción positiva; y finalmente la previsión del art. 7: Defensa del derecho: en los ámbitos judicial y administrativo, incluso después de que la relación en que la discriminación alegada ha ocurrido haya finalizado (even after the relationship in which the discrimination is alleged to have taken place has ended), con arreglo al precedente jurisprudencial sentado por el Caso COOTE [Case C-185/97 [1998] ECR I-5199].

<sup>230</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Informe de 2 junio 2009. [En línea]. Disponible en : [http://www.msc.es/ssi/igualdadOportunidades/docs/Informe\\_progreso\\_Republica\\_Checa\\_Propuesta\\_Directiva\\_Igualdad\\_Trato.pdf](http://www.msc.es/ssi/igualdadOportunidades/docs/Informe_progreso_Republica_Checa_Propuesta_Directiva_Igualdad_Trato.pdf) [Consulta 8 octubre 2009]

<sup>231</sup> *Ibidem*, págs. 3 y 4.

## 20. Igualdad y discriminación en el trabajo: retos para el futuro

---

*En el informe del Director General de la OIT «La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean», presentado con ocasión de la 96ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo-OIT, (2007)<sup>232</sup>, en su Parte I Definición y Medición de la Discriminación se realiza un repaso conceptual y una medición de la discriminación laboral en el ámbito internacional. El apartado 1 de la Parte I, titulado Discriminación e igualdad: un repaso conceptual, puede servir de acicate e ilustración para un acercamiento al tema desde la visión de un organismo, la Oficina Internacional de Trabajo (OIT), experto en el conocimiento del tema discriminatorio. Se hace referencia (págs. 9-11) a las clases de discriminación y sus características: discriminación directa, discriminación indirecta, discriminación estructural. También sostiene el informe en su párrafo 33, que “las formas graves y persistentes de discriminación laboral contribuyen a agudizar la pobreza y la exclusión social”. En el apartado 2 de la Parte I del Informe, Medición de la discriminación: ¿en dónde estamos?, se garantiza el valor de la recopilación de estadísticas, al tiempo que da cuenta de las dificultades y de los problemas relacionados con el objeto y el método de medición de la discriminación. La Parte IV del Informe, en su apartado 2, da cuenta de las medidas que la OIT entiende y útiles para combatir la discriminación laboral en un futuro inmediato, que a título meramente enunciativo son: la promoción de la igualdad de género en el mundo del trabajo; la incorporación de la no discriminación y la igualdad a los programas de trabajo decente por país (PTDP); la mejora de las leyes y el logro de su cumplimiento más efectivo, entre otras.*

*El informe antes mencionado [96 reunión de la OIT (2007)] ha tenido continuidad con el presentado en 2011 bajo el sugestivo título de La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse, en la 100ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra, 2011<sup>233</sup>. En el Informe de 2011, la Conferencia Internacional de Trabajo (en adelante CIT) da cuenta, en líneas*

---

<sup>232</sup>OIT [En línea]: [www.ilo.org/publns](http://www.ilo.org/publns). Texto de la conferencia. [Disponible en]: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms\\_082609.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---webdev/documents/publication/wcms_082609.pdf). [Consulta 10 febrero 2009].

<sup>233</sup> OIT [En línea]. Conferencia internacional del Trabajo. 11 reunión, 2011, *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*: Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales del Trabajo. Disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_154780.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_154780.pdf) [Consulta 12 marzo 2012]

*generales, de los avances – fundamentalmente a través del incremento de la legislación antidiscriminatoria – y de los retrocesos en materia de igualdad laboral; éstos últimos debidos, en gran parte, a la crisis económica surgida de la ya entronizada globalización financiera. El apartado 195 del Informe 2011 explica el aumento del número de demandas relacionadas con la edad; y el apartado 196 relata el ánimo o percepción psicológica de los europeos consultados sobre la discriminación en los siguientes términos:*

*“(...) el 58 por ciento de los europeos consideraba que en su país la discriminación por edad era un fenómeno generalizado, frente al 42 por ciento en 2008. Existe una relación clara entre este fenómeno y la situación económica actual, toda vez que el 64 por ciento de la población prevé que la crisis financiera conducirá a un aumento de la discriminación por edad en el mercado de trabajo” (pág. 55)*

*El Informe de 2011, destinado a recoger las “Medidas destinadas a lograr la igualdad para los trabajadores de edad”, refleja en su apartado 197, la incidencia de la legislación antidiscriminatoria con que se han autorizado por 129 países leyes que prohíben tanto la discriminación directa como la indirecta; señalándose la en el apartado 198, la ventaja de que tales leyes puedan ser reconocidas tanto por empleadores como por los trabajadores Asimismo, el Informe refleja las actuaciones políticas de carácter nacional y empresarial para la superación de mitos y estereotipos ligados con los trabajadores mayores: campañas informativas, ventajas para el empresario de contar con una fuerza de trabajo diversificada en cuanto a la edad, o la priorización del aprendizaje permanente en sus programas de trabajo (apartados 199 y 200 del reiterado Informe CIT 2011) y señala el hecho de que un país, la República de Corea, ha elaborado leyes de discriminación positiva a favor de los trabajadores mayores de 55 años, obligando a que el 3 por ciento de las plantillas tengan como mínimo esta edad. Lo que aparece como un tímido avance, y todavía más alicorto, cuando a lo más que se llega es a definir puestos de trabajo, de nula o escasa entidad laboral, reservables prioritariamente para las personas de edad.*

*Se muestran asimismo interesantes los datos que aporta el Informe de constante cita, en el apartado 202 destinado a la “Situación de los trabajadores jóvenes”, haciendo mención a que las personas de entre 15 y 24 años han resultado las más afectadas por la crisis financiera, y ya sea tanto en las economías industrializadas como en las en desarrollo. Por último, hace referencia en el apartado 204 a una*

*Iniciativa de la Unión Europea, con el nombre de “Nuevo comienzo”, pensada especialmente para los jóvenes que se encuentran desempleados de más de seis meses, a quienes se les ofrece formación, reeducación, prácticas laborales o un empleo. Tal iniciativa tiene un modelo parecido en la que ofrece el Reino Unido, “New Futures Fund”, que presta apoyo y ayuda a los desempleados de entre dieciséis y treinta y cuatro años de edad.*

## 21. El todavía incierto camino antidiscriminatorio en la Unión Europea

---

*No puede cerrarse este Capítulo sin hacer una alusión, aunque breve, a la importancia trascendental que tiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para conformar un derecho antidiscriminatorio común a la Unión. SILVIA NICCOLAI<sup>234</sup>, desde la vertiente del Derecho Constitucional Europeo, traza un sugerente mapa argumental sobre algunos aspectos del derecho antidiscriminatorio, a raíz de la Sentencia COLEMAN del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>235</sup>.*

*Ciertamente, los vaivenes de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que van desde una prometedora Sentencia MANGOLD, en que parecía que el Tribunal de la Unión apostaba por una vía de defensa de los derechos de los trabajadores europeos frente a las políticas nacionales; sesgo o línea interpretativa que la ulterior jurisprudencia comunitaria no ha mantenido. Donde hay patrón no manda marinero, y mucho menos si todo el andamiaje de la Unión Europea, como están demostrando estos aciagos días de principios de 2015, descansa en el predominio de la voluntad capitalista, encarnada por Alemania, sobre un esbozo de verdadera integración de los derechos de los trabajadores europeos en un Derecho del Trabajo propio de la Unión Europea.*

*Se ha dedicado el Capítulo 4, apartado 5 de esta investigación “Principio de igualdad y no discriminación en el Derecho Laboral de la Unión Europea. Dificultades para el*

---

<sup>234</sup> NICCOLAI, Silvia; “Derecho antidiscriminatorio, nuevos valores de convivencia y argumentación constitucional”. *Comentario de la Sentencia “Coleman vs. Attridge Law”* Asunto C-303/06, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. [En línea]. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE11/articulos/15SilviaNiccolai.htm#resumen>. [Consulta 3 abril 2010].

<sup>235</sup> Asunto C-303/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Employment Tribunal — Reino Unido) — S. Coleman/Attridge Law, Steve Law (Política social — Directiva 2007/78/CE — Igualdad de trato en el empleo y la ocupación — Artículos 1 y 2, apartados 1, 2, letra a), y 3, así como artículo 3, apartado 1, letra c) — Discriminación directa por motivo de discapacidad — Acoso relacionado con la discapacidad — Despido de un trabajador que no es una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo es — Inclusión — Carga de la prueba).

*reconocimiento de un principio laboral igualitario”, al examen del principio de igualdad y los obstáculos que impiden una formulación de la causa o razón fundamental igualitaria o antidiscriminatoria, que debería venir constituido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España así como por la dimanante del Tribunal de Justicia de la Unión. Como argumenta NICOLAI, haciendo referencia al Informe del Abogado General MADURO, el principio de igualdad que “debe operar en la interpretación de la directiva [2000/78] no es el principio de igualdad como racionalidad, proporcionalidad y coherencia (...) sino la igualdad como principio de tutela de la dignidad y de la autonomía de la persona, es decir, “como principio generador de contenidos de tutelas ulteriores”<sup>236</sup>. Lo que para NICOLAI, significa, siguiendo hasta cierto punto su discurso, la conexión última del principio de igualdad con los valores dignidad y justicia, como medios de interpretación de la Directiva 2000/78.*

*Puede ampliarse el argumento anterior con la afirmación de que ambos valores, el respeto a la dignidad de la persona y la justicia han de presidir todo el derecho comunitario, si no se desea que éste, el Derecho Comunitario, sea un híbrido de derecho interno y tratados comunitarios, donde la prevalencia de cada una de las normas quede en la práctica a resultas de la política económica de la Unión que, en última instancia, no es sino la política cuya obediencia marcan las grandes economías nacionales de la Unión Europea, diluyendo el potencial de aplicación de los bienes protegidos por la Directiva 2000/78, la dignidad y la autonomía personal, en función de los intereses económicos. Con lo que el principio antidiscriminatorio todavía no ha encontrado su completa elaboración ni doctrinal ni jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, proceso que requerirá volver la vista a las verdades y valores que sustentan realmente a la sociedad: la idea de justicia que significa, desde Roma, el mandato, obligación o principio, privado y público, de darle a cada uno lo suyo, combinado por el inseparable binomio de no dañar a nadie: principio en que se podría reconstruir el entero sistema antidiscriminatorio europeo, tornando posible un vivir digno para cada ciudadano europeo conforme a la naturaleza del ser humano.*

*Sistema antidiscriminatorio europeo que debe fundamentarse, de forma primordial, en el respeto a la dignidad de toda persona, hombre y mujer, y por su efecto, en el reconocimiento de toda persona a ser tratada sin discriminación, con igualdad entre*

---

<sup>236</sup> NICOLAI, s., “Derecho antidiscriminatorio...”, op. cit, pág. 14.

*hombres y mujeres en todos los órdenes de la vida, incluido el laboral. La estrategia política del mainstreaming o transversalidad de género adoptada plenamente por la Unión Europea, y ya regulada por la normativa europea y la legislación interna española – Ley de Igualdad 3/2007 – debe producir frutos en un plazo razonable en forma de un mayor sentimiento de progreso, de justicia y de paz, en definitiva, de felicidad para los ciudadanos europeos.*

## *22. La discriminación en un mundo globalizado*

---

*Desde que a finales de los ochenta del pasado siglo el modelo económico de libre mercado obtiene la primacía frente al bloque de economía planificada o socialista, el movimiento conocido como globalización – una forma del capitalismo en la sociedad actual –, que se venía gestando desde los setenta, y eclosiona gracias a las crisis organizadas alrededor del petróleo, supone una ruptura en las relaciones sociales y laborales con los principios que, hasta entonces, se consideraban imprescindibles e intocables para mantener la situación de “equilibrio” político, social y económico en los países con un reparto de poderes homologable a lo que se conocía como sociedad occidental europea: un modelo de capitalismo “moderado” que se ha dado en llamar renano, por comparación con el norteamericano.*

*La quiebra del modelo europeo de capitalismo hasta entonces vigente trae consigo determinadas consecuencias sociales y laborales: socialmente, se debilita cada vez más la importancia del Estado en su faceta de cogestor de la economía y de principal avalista del sistema de protección social; y para el mundo laboral, el trabajador de 2013 se encuentra en la misma situación que el invitado que no ha tomado parte en el banquete y ha de pagar los platos rotos: la clase obrera española y europea es la que está soportando los destrozos, los expolios financieros, bancarios y de todo tipo de este capitalismo financiero, parasitario, que es el mayor enemigo de todo lo que ha supuesto la cultura occidental para el desarrollo y progreso del hombre en pos de su dignidad: la apuesta por el valor del trabajo integrador y digno como fundamento de toda libertad, igualdad y progreso social.*

*El capitalismo globalizador, virtual, financiero o como se quiera llamar, ha destruido, asimismo, el sentido de justicia, que ha desaparecido de las relaciones sociales – una vuelta a la ley de la jungla – y de las laborales, convirtiendo al Derecho del Trabajo en un vestigio, todavía imponente, en cuanto corpus testimonial de una serie de derechos del hombre, derechos humanos, cada vez más importantes y*

*necesitados de protección, preservación y defensa; porque si el Derecho del Trabajo finalmente sucumbe frente a la nueva barbarie globalizadora, todos los logros que han maravillado hasta hoy, desde los descubrimientos científicos a las nuevas formas de participación en la economía, el conocimiento, la cultura y la comunicación de la llamada sociedad Occidental, están abocados a la desaparición. Pero el capitalismo globalizador no puede ignorar que si acaba con los derechos del trabajador, está labrando, simultáneamente, su propio fin.*

### 23. La sustancia de la globalización

---

*Para llegar a la sustancia de la globalización, hay que acudir a FRANCO BERARDI, que la considera “ante todo como un fenómeno de innovación en la producción”<sup>237</sup>. Lógicamente, es la innovación en la producción la que cambia todo el sistema de relación entre trabajo y capital, si se puede reducir a términos tan simples la explicación del fenómeno de la mundialización de la economía, aunque este cambio del sistema de producción todavía permanezca en penumbra, al difuminar sus propios contornos entre las disputas políticas y bélicas que ocultan, solapadas por los trampantojos de los grandes potencias y empresas mundiales, la lucha para conseguir el dominio sobre toda fuente de energía, fundamentalmente la derivada del petróleo.*

*Coexisten el cambio del modo de producción<sup>238</sup> y la necesidad de acudir a las fuentes de energía tradicionales, lo que añade complejidad a la hora de ver dónde*

---

237 BERARDI, Franco (BIFO), *La fábrica de la infelicidad: nuevas formas de trabajo y movimiento global*, Madrid, Traficantes de Sueños, (Col. Mapas, núm. 5), 2003: “Sólo se puede hablar de globalización desde el momento en el que las tecnologías digitales hacen posible una simulación informática y una virtualización de los procesos de trabajo, es decir, desde que hacen posible la recombinación del proceso de producción desterritorializado” (pág. 133).

238 MARX, K., “El materialismo histórico”, en *La Filosofía de Marx*, [En línea]. Disponible en [http://www.webdianoia.com/contemporanea/marx/marx\\_fli\\_mat\\_his.htm](http://www.webdianoia.com/contemporanea/marx/marx_fli_mat_his.htm). [consulta de 2 de junio de 2009]. MARX entiende como modo de producción la forma o el modo de fabricar o elaborar cosas o servicios con valor económico; modo que se puede definir o caracterizar por el tipo de fuerzas productivas y el tipo de relaciones de producción. Para completar la referencia, puede traerse a colación lo afirmado por el autor, cuando amplía el concepto con las siguientes propiedades: “El modo de producción es el resultado de la síntesis de tres elementos estructurales: la estructura económica, la superestructura jurídico-política y la superestructura ideológica. En el modo de producción podemos distinguir, pues, una estructura con dos elementos constitutivos: las fuerzas productivas y las relaciones de producción, entre los que se da un mutuo condicionamiento; y una superestructura en la que se pueden distinguir dos niveles: la superestructura jurídico-política, constituida por los instrumentos de control sociales y políticos correspondientes a las relaciones sociales de producción; y la superestructura ideológica, por la que se justifica el orden establecido mediante una falsa conciencia que enmascara la verdadera realidad. Ambas superestructuras están condicionadas por la estructura económica de la sociedad”. (pág.3).



*queda o hasta dónde alcanza la eficacia de los Derechos Humanos en unas sociedades que asisten a la aparición simultánea de nuevos modos de producción capitalista, mientras que permanece la necesidad de fuentes de energía tradicionales, en primer lugar, la petrolífera, para mantener el desarrollo de esas sociedades. Las Declaraciones de Derechos Humanos comparten un mismo ámbito temporal y espacial con situaciones políticas y sociales, guerras incluidas, que son muestra de la antítesis que se da entre las declaraciones en defensa de la dignidad del ser humano y la realidad política, económica, social y cultural a cuya transformación van orientadas. Y que pretenden encarnarse en un mundo cuyas economías en transformación se aleja más, cada día, de cualquier posibilidad de recomponer su relación con la dignidad humana. El neoliberalismo como darwinismo social, producto de la globalización tecnológica, económica y financiera, avanza a unas velocidades que ponen en cuestión cualquier forma de pensamiento solidario o humanista, al tiempo que comporta una disolución social, en todos los órdenes, que comienza a mostrar las reacciones inevitables frente a la agresión económica, cultural, política, social y, destacando sobre todas ellas, a un ataque al sistema de valores en que se fundamenta que, por sí mismo, ya resulta anuncio de la propia desaparición del modelo de producción<sup>239</sup> que le ha dado origen.*

## 25. Diferencias entre globalismo y universalismo

---

*Hay que recordar a BERARDI<sup>240</sup> quien clarifica las diferencias entre globalismo y universalismo: “Globalismo y universalismo se distinguen por esto: mientras el universalismo afirma principios que deben valer con independencia de su funcionalidad, sea ésta técnica o económica, el globalismo afirma la primacía de la eficacia funcional (...) Quien tenga más fuerza, quien sepa usar con mayor eficacia los instrumentos técnicos, quien pueda movilizar más recursos está destinado a vencer*

---

<sup>239</sup> Globalismo entendido al modo de BERARDI, *La fábrica de la infelicidad...* op. cit. que podríamos definir como modelo de producción digital, ligado íntimamente al trabajo digital (pág. 60).

<sup>240</sup> BERARDI, F., *La fábrica de la infelicidad*, op.cit. pág. 149. En otro momento, el autor afirma: “Por ello, el globalismo coincide, y no por casualidad, con una disolución de los horizontes universalistas que durante la época moderna han contribuido a disciplinar la energía de las fuerzas sociales y su desarrollo. La desregulación que desde Reagan ha constituido la directriz del capitalismo liberal significa, en el fondo, eso: hay que quitar de en medio cualquier regla, excepto la del máximo beneficio” (pág. 147). En resumen: puede verse al globalismo como la etapa de barbarie a que ha llegado el capitalismo neoliberal y tecnológico; que constituye el envés de un hecho constante en la historia de la humanidad: la cosificación del otro; la ignorancia del otro, su dignidad y su derecho, que es la más grande conquista de la cultura occidental. Tiempo de bárbaros el globalismo o mundialización económica del capitalismo.

*y, en consecuencia, somete o elimina a quienes no pertenezcan a su familia, a su etnia o a su empresa". Dicho de otro modo: el retorno social a la ley de la jungla en nombre de la eficiencia de los mercados. El hombre, sus derechos asentados en la dignidad, desaparece del horizonte axiológico del capitalismo tecnológico, de la cultura de la comunicación en red y de la información electrónica. Necesariamente ha de recuperar los valores utilizando estos mismos instrumentos técnicos que parecen haberlos sofocado o difuminado de la línea del proyecto vital de la sociedad.*

*El corolario puede verificarse en la realidad social, nacional e internacional, que nos rodea: cada día se contrastan más muestras de que las Declaraciones de Derechos Humanos, que parecen ser una parte del sustrato ético e ideológico de lo que llamamos mundo o cultura occidental, no resultan exportables a otros países y pueblos cuando éstos disponen de los medios energéticos que los Estados y las grandes corporaciones industriales, a menudo ligados por unas relaciones oligárquicas de naturaleza económica y ámbito mundial, necesitan al menor precio o costo posible. Llegado el momento de satisfacer esas necesidades energéticas no hay Derechos Humanos que puedan interponerse frente a los actos de pura rapiña que ejercen las grandes potencias y corporaciones industriales, financieras y de otro tipo, contra los pueblos para despojarlos de su riqueza mediante la creación de previas situaciones proclives a una intervención política, económica y en último término militar, en el país donde esas riquezas se hallan; lo que no deja de ser una constante histórica en cualquier forma de imperialismo. Asociado a esos actos de rapiña, el sufrimiento de los inocentes como ingrediente constante en la economía de origen y fundamentación capitalista.*

#### 26. Nuevas tecnologías para un viejo capitalismo

---

*En realidad, se asiste a un retorno de un sistema capitalista que ha hecho de las nuevas tecnologías un instrumento de control sobre las poblaciones, induciendo periódicamente las insoslayables crisis de reajuste del sistema económico, con inmediatas secuelas o derivaciones en el plano laboral y social, que resulta un yugo del que la clase trabajadora no se puede emancipar de modo y en lugar alguno; máxime si se tiene en cuenta las nuevas modalidades de capitalismo que han surgido de la unión, al menos así lo parece, de los dos sistemas económicos más contrarios a la libertad humana, personificados en la pujante y milenaria China y los*

*EE.UU, ambos a dúo, los representantes extremos de una economía capitalista, privada en un caso y en el otro estatal, pero en todo caso inhumana y avasallante<sup>241</sup>.*

*Un efecto del retorno hegemónico del pensamiento capitalista, en el mundo globalizado, es el derrumbe del principio de seguridad jurídica en las relaciones que se establecen entre el empresario y el trabajador<sup>242</sup>. Las técnicas o medios de que se sirven las grandes empresas para llegar a optimizar sus ganancias revisten un llamativo atuendo, multiforme en la apariencia aunque idéntico en su contenido y objetivo. Conquistas como la libertad sindical están siendo borradas del horizonte laboral so pretexto de que las relaciones directas y no sujetas más que a la voluntad de los interesados – empresario y trabajador – se pueden expresar con mayor y mejor provecho para ambas partes, si estas relaciones progresivamente se van expulsando del mundo del derecho objetivo, generalmente garantizado por representantes de los sindicatos y de las uniones de empresarios, para llegar al simple acuerdo de voluntades entre el director o propietario de empresa y el nudo trabajador. Se borran de un golpe todas las conquistas sociales de los últimos ciento cincuenta años, habidas, fundamentalmente, a cuenta del sacrificio de la clase*

---

<sup>241</sup> I. GIL DE SAN VICENTE, “Las categorías marxistas y la definición de la globalización como fenómeno y forma actual del capitalismo”, *Rebelión*, [en línea], 7 julio 2008. Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=69947>. [Consulta: 3 marzo 2009].

<sup>242</sup> BILBAO, A., *Obreros y ciudadanos*, op.cit.; afirma: “El proceso de desestructuración de la clase obrera es una larga elipsis cuajada de irracionalidad económica e insolidaridad...”, añadiendo, acerca del lugar de la clase obrera como sujeto alternativo: “Por una parte, la clase obrera es un producto del capitalismo, y por otra, pretende articular la negación del capitalismo” (pág.49). De tal modo que: “1º El capitalismo produce a la clase obrera, y 2º La clase obrera sólo puede diluir el capitalismo en la medida en que se autonomice políticamente del capital” (pág. 47). Quizá un imposible, por irrealizable, salario social universal, y hacer visibles las contradicciones y las desviaciones de conflictos que el Poder utiliza para difuminar la realidad a su provecho, sean las medidas que la sociedad, el común, ha de utilizar prestamente en su defensa, frente a un poder que actúa proteica i dispersamente (la estructura de poder en red que sustituye al ejemplo piramidal; véase la obra de OST, F., Y KERCHOVE, m., *De la pyramide au réseau: pour une théorie dialectique du Droit?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. Aunque todavía no se descubra con nitidez el cambio de paradigma en Derecho, entre lo que habría de ser un advenimiento dialéctico, congruente con la idea de red, de las ideas democráticas del presente frente a la ideología autoritaria del pasado, que se define como perteneciente o propia del ejemplo piramidal; porque la sociedad actual del riesgo global amanece, en realidad, como un difuso *tertium genus*, poco relacionado con una probable síntesis entre el paradigma autoritario y su antitético, el democrático, que ha de valorarse en la sociedad de economía mundializada o global. Este tercer género podría definirse como la sociedad de la irresponsabilidad: nadie da la cara por nada, nadie responde por el riesgo o daño ocasionado al otro, emboscándose tras mil máscaras o subterfugios: fraudes de ingeniería financiera de alcance internacional que no encuentran respuesta, pública o privada, de tipo alguno; guerras de conveniencia; nuevos atropellos contra pueblos y sociedades poseedores de riquezas que devienen objeto de rapiña, bendecida por organismos internacionales sujetos a la voz de su amo, siempre mimetizada y disipada entre la mentira o el silencio cómplices de los medios de comunicación, y basadas en eslóganes que son flor de un día para distraer de lo esencial, de la compasión y la justicia humanas, acerca de un futuro que nunca llega o ya ha pasado.

*obrera. Con tal perspectiva y considerando los trazados normativos y económicos del presente, puede augurarse un progresivo retroceso o retorno a las condiciones del trabajo propias del siglo XIX, inversamente parejo al aumento de ganancias del empresario globalizado (y globalizador).*

*Una situación verdaderamente regresiva para los intereses del trabajador de ambos géneros, que contempla cómo derechos laborales que habían sido fruto de una ardua y tenaz disputa entre trabajo y capital, en la actualidad resultan preteridos de forma cada día más frecuente, ha movido a la OIT a plantearse la tarea de catalogar, identificar los derechos laborales más importantes, para así proveer a su mejor defensa<sup>243</sup>. Pero esta tarea en defensa de los derechos del trabajador ya cuenta con precedentes en la voluntad de definir el basamento normativo, el estatuto jurídico de la lucha antidiscriminatoria, dirigiendo su mirada a uno de los dos grandes principios, el de la prohibición de discriminación<sup>244</sup>.*

#### *27. Las contradicciones del sistema económico globalizado o mundializado. Su incidencia en el Derecho del Trabajo*

---

*Se produce en toda Europa y también en España una serie de medidas encaminadas, más o menos veladamente, a alumbrar una “reordenación al mercado de trabajo”<sup>245</sup>. Una reordenación que venía anunciada por los embates contra los derechos de la clase trabajadora que empiezan a darse en la década de los setenta del pasado siglo, aprovechando las llamadas crisis del petróleo o de la energía. Los efectos de esa reordenación del mercado laboral se pueden comprobar, en la actualidad, en la desaparición, paulatina pero constante, de derechos de los*

---

<sup>243</sup> OIT: Guía de los nuevos indicadores de empleo de los objetivos de Desarrollo del Milenio, incluido el conjunto completo de Indicadores de Trabajo Decente, “Parte A 3, Fortalecimiento de la supervisión de los mercados de trabajo”, Ginebra, 2009. (pág. 13 y ss), [En línea]. Disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_110513.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_110513.pdf). [Consulta de 28 de mayo de 2011].

<sup>244</sup> SHELTON, Dinah, “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, número 4, junio 2008. [en línea]. Disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/3-Articulos/DinahShelton.pdf>. [Consulta 3 julio 2009].

<sup>245</sup> BILBAO, A., *Obreros y ciudadanos: la desestructuración de la clase obrera*, (2ª ed.), Madrid, Ed. Trotta, 1995. Expone el autor que la reordenación se produce gracias a las reducciones de los costes salariales, que se consiguen: alargando la jornada e intensificación del trabajo, reduciendo costes salariales indirectos, y traspasando las cargas salariales al Estado (págs.52 y ss.).

*trabajadores, lo que conduce al fenómeno de la segmentación<sup>246</sup> laboral, una de cuyas consecuencias más negativas para la clase obrera, laboral y económicamente, viene constituida por la pérdida de la estabilidad en el empleo, y por si ello no fuera poco, acompañada de la desregulación como característica capital de la globalización<sup>247</sup>.*

*Curiosamente, todos aquellos medios de publicidad que han hecho de la flexibilidad laboral un bálsamo de Fierabrás para remediar los males del mercado laboral, tienen buen cuidado de no reflejar, ni por asomo, la flexibilidad que se autoaplican los directores de bancos, cajas de ahorro, entidades financieras, grandes compañías industriales, mercantiles, de negocios o de cualquier otro tipo que, sin poner en juego capital alguno propio, se suceden a sí mismos, haya beneficios o pérdidas en la actividad que dirigen o gestionan, en un milagroso ejercicio de pervivencia económica y social, totalmente contraria a los principios por los que quieren guiar y encarrilar la actividad laboral del resto de los miembros de la sociedad que escandalosamente parasitan.*

*Arrasa la incipiente globalización con toda la teoría y la praxis de los sistemas de protección y de seguridad social que la clase trabajadora había conseguido asentar, como un dique, contra el desamparo vital y social; lo que le permitía afrontar situaciones de necesidad, de carencia de bienes elementales (salud, trabajo o asistencia social), que de aquel modo quedaban cubiertas por las aportaciones del propio trabajador, del empresario y el Estado, éste como garante último de que los*

---

<sup>246</sup> Sin entrar en el detalle de lo que pueden ser las dos ideas o teorías fundamentales para explicar la diferencia de los salarios, centradas en la corriente del Capital Humano y aquella otra propiamente llamada Teoría de la Segmentación, hay que dejar constancia de la progresiva introducción de diferentes tablas salariales en puestos de trabajo de contenido similar, que en el mercado de trabajo general produce una evidente desestructuración de plantillas, hecho que a su vez demanda una continua reestructuración, con lo que la idea de trabajo como actividad digna o decente, y con contenido de valores de integración social, camina cada vez más aceleradamente al olvido o la desaparición.

<sup>247</sup> MARCILLA CÓRDOBA, G., "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28 (2005), pp. 239-263. Versión digital disponible en: [http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12581632223494839543435/029112.pdf?inc\\_r=1](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12581632223494839543435/029112.pdf?inc_r=1), [Consulta 4 mayo 2010]. Evidentemente, la desregulación no puede identificarse con anomia, tal como afirma la autora; mas puede avanzarse, en un momento de retroceso de las garantías que ofrece el sistema de Derecho público, la desaparición, ansiada por parte de algunos empresarios, del convenio como fuente autónoma de regulación de los derechos laborales, en un proceso más de la desregulación, en el ámbito laboral, que puede muy bien confundirse, como sinónimo de ley del más fuerte, o en acertada expresión de la autora: "la desregulación como técnica normativa paradigmática de la sociedad global" (pág. 253). Aunque ello supone un desconocimiento, entre otros, de un principio general y fundamental del derecho del trabajo, en la faceta tuitiva del obrero: la irrenunciabilidad de derechos por el trabajador, reflejado tanto en el art. 3 del Texto Refundido de la Seguridad Social, como en el Art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.

*derechos de protección social formasen parte irrenunciable, de modo casi natural, en el decurso laboral de los trabajadores. Han venido quedando en entredicho, desde los primeros años setenta del siglo XX y en suspenso, paulatinamente hasta hoy, las conquistas sociales y laborales habidas en los últimos ciento cincuenta años, con el pretexto de las crisis económicas. Hasta el extremo de que el Derecho del Trabajo viene a desaparecer, también nominalmente, y se ve sustituido por un sucedáneo llamado derecho del empleo, del cual desaparecen, como no podía ser menos, las garantías de los trabajadores y el carácter tuitivo de los derechos del trabajador frente al empresario.*

*Las corporaciones multinacionales y la banca han registrado unas ganancias escandalosas, produciendo, de facto, un drenaje económico cada vez más concentrado en beneficio de unas minorías<sup>248</sup> carentes de cualquier visión de futuro. Para llegar a esta situación de lucro ilimitado en beneficio de unos pocos, el paso previo ha sido la eliminación de los derechos laborales – del Derecho del Trabajo - y sociales en países cuyas capas mayoritarias de población viven en una economía menos desarrollada, y cuyas clases dirigentes participan activamente en tal saqueo inmoral. Todo ello ha redundado en un empobrecimiento progresivo para las clases medias, cuando no en su desaparición, y en una reducción a condiciones económicas propias del siglo XIX, incluso en esta Unión Europea que se autodefine en la búsqueda de un modelo de economía social de mercado, desmentido por el hinterland de las grandes urbes, donde los barrios marginales, la delincuencia, el chabolismo y la desertización industrial y cultural dan buena cuenta de los beneficios del capitalismo globalizador, no sujeto a Derecho todavía.*

---

<sup>248</sup> ROTHKOPF, David, *El club de los elegidos: cómo la élite del poder global gobierna el mundo*, Barcelona, Ed. Urano, 2008. Se refiere a los archimillonarios, a los políticos, científicos, artistas, militares que componen la clase dirigente mundial, no porque formen parte voluntaria de un club o sociedad más o menos secreta, sino porque las relaciones de comunicación entre ellos, su conocimiento mutuo y el cruzamiento de intereses les convierten, en conjunto, eso que Rothkopf denomina la clase superior, la verdadera dueña del poder: "Cada uno de ellos es uno en un millón. De los 6.000 millones de habitantes en el planeta, hay aproximadamente 6.000 que son miembros de la clase superior" (pág. 71), afirmando en otra parte de la obra que: "El poder en el planeta no sólo está concentrado sino extraordinariamente concentrado" (pág. 79).

## 28. Derechos humanos y globalización

---

*Acerca del universalismo de los derechos del hombre y su vinculación a la aparición de lo que se conoce como globalización, DELMAS-MARTY<sup>249</sup> viene a señalar que la paz sólo resultará posible en el momento actual si se asocian los derechos del hombre con el desarrollo económico, a fin de fundamentar una ética de la mundialización (o globalización). Aspiración que se presenta como una ilusión que no se puede romper, pero a la que no hay que abandonarse de modo ingenuo, y ello por dos fundamentales reparos que ahora se presentan con aires ciertos de permanencia: el primero de los dos inconvenientes viene determinado por el fracaso de la globalización. Ninguna empresa humana que pretenda levantar vuelo y mantenerse puede descansar en la voluntad sola y egoísta de un grupo, que mire únicamente por sus fines; aunque ese grupo de presión o de poder se crea inmune u omnipotente<sup>250</sup>. Y el segundo gran reparo que se puede oponer a esa visión optimista es que la globalización es cosa de pocos, de muy pocas personas, que concentran en sí mismas la mayor parte del poder y de la riqueza, la capacidad de gobierno, de gestión y de manipulación de todos los medios en orden a su beneficio, nada altruista por otra parte.*

*La denominada globalización – nombre dado al capitalismo tecnológico que corre a caballo entre los decenios finales del siglo XX, y madruga con injusticia en estos albores del siglo XXI -, es, hoy por hoy, el mayor factor de discriminación y de retroceso de los derechos del hombre y sus ideales, surgido de un movimiento económico que olvida o soslaya que la economía debe estar al servicio de toda la humanidad<sup>251</sup>. Hay algo más en la globalización que la mera apariencia de un tiempo*

---

<sup>249</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, "Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme", *Les conférences Albert Mayrand*. [En línea], enero de 2004, 7ª conferencia. Disponible en: <http://www.editionsthemis.com/categories/73-les-conferences-albert-mayrand.html?field=date&ordre=desc&page=2>. [Consulta 2 mayo 2011].

<sup>250</sup> Por supuesto, bien distinta es la apreciación de la clase dirigente occidental, que se pronuncia abiertamente unas veces, y con subterfugios otras; pero, en cualquier caso, siempre en defensa férrea e inquebrantable de la economía globalizada, a la que intentan convertir en "condición necesaria de la expansión de los derechos humanos" (pág.13 de la obra reseñada de J. GIBNEY, *La globalización de los derechos humanos*). Más adelante se verá que ésta no es la opinión mayoritaria de la doctrina científica actual, porque, además, no puede serlo, si se intenta poner en cotejo las declaraciones de derechos humanos con las realidades económicas subyacentes donde aquellas ideas deberían encarnarse: sólo siendo ilusoriamente optimista puede aseverarse que la mundialización de la economía ha producido una mejora del nivel de vida en todo el mundo.

<sup>251</sup> SHELTON, Dinah, "Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos", op.cit. págs. 25 y ss. Si se ha de atender a los principios y conceptos elaborados por la ONU, acerca del "Significado y alcance de la prohibición de discriminación", el verdadero trato

*nuevo definido por la velocidad y la irresponsabilidad. En la globalización desaparecen las responsabilidades políticas e incluso económicas, diluidas tras las nuevas formas de funcionamiento de las empresas o entidades financieras. Es la globalización, lo que nos queda de ella como última metáfora capitalista, la forma de convertir al capital, al libre juego y movimiento del capital, en un modo de actuación que trasciende a lo político y a lo social sin limitaciones de orden alguno, salvo las intervenciones de algunas instancias supra o internacionales que contribuyen a afianzar y enrocar aún más el modo de concebir y situar ambos pares de valores, si así se puede denominar, capital y trabajo, en una relación asimétrica y desequilibrada, que conduce por sí misma a continuos re-equilibrios para mantener el movimiento del capital, esto es, la ganancia progresiva e ilimitada a corto término y según ARTUS y VIRARD sin perspectiva de futuro<sup>252</sup>, al perceptible precio de la marginación y la destrucción social<sup>253</sup>.*

*Y en este universo de capitalismo tecnológico e informático, virtual, y creador sólo de dinero, conviene recordar al trabajador, esa figura que parece no tener importancia*

---

discriminatorio – el que no es razonable, es injustificado y perjudicial para la persona – adquiere la veste de la pobreza, combatida con mayor o menor fortuna, por algunos gobiernos, instancias internacionales y organismos de todo tipo, pero sin elevarla al primer rango de cualquier prohibición nacional o internacional de tratamiento discriminatorio. Tiempos futuros pueden cambiar el sesgo que presenta hoy el elenco de declaraciones a favor de la no discriminación, que tan carente de enraizamiento políticos y social se encuentra, al pasar de puntillas frente a la realidad más clara y visible: la brutal e injusta diferencia en las posibilidades de progreso, mejora, acceso a los bienes sociales que se manifiesta en cualquier sociedad. La discriminación asentada y mantenida por quienes se lucran de ella y con ella. Largo es el camino que queda para romper todos los artificios de esa “ingeniería de la discriminación” (RIVASV VALLEJO), que se sostiene y defiende con mil argucias en contra del ciudadano y su dignidad.

<sup>252</sup> ARTUS, P., y VIRARD, M-P., *Le capitalisme est en train de s'autodétruire*, Paris, La Découverte, 2005: "Il s'agissait avant la crise du capitalisme sans projet, qui n'investit pas assez, qui ne prépare pas l'avenir. Et face au malaise social, les gouvernements ne traitent le plus souvent que les symptômes, faute de prendre en compte le fond du problème. Ce problème, c'est l'absurdité du comportement des grands investisseurs, qui exigent des entreprises des résultats exorbitants. Voilà pourquoi il est important, selon nous, de réformer profondément la gestion de l'épargne, d'imposer de nouvelles règles de gouvernance aux gérants comme aux régulateurs" (pág.6). Frente a la afirmación de los autores, hay que considerar la posibilidad de que la crisis sea congénita al modo de producción capitalista, que por su propia esencia ni puede mirar al futuro, ni puede pensar en algo diferente a la ganancia instantánea, si ello es posible, lo que sucede con los movimientos de capitales. Los autores afirman, con razonado fundamento, que la evolución del capitalismo global es totalmente autodestructiva, puesto que el capitalismo actual, al buscar la rentabilidad a corto término, ha pervertido totalmente el sistema, que venía fundamentándose en la filosofía del ahorro, que por su misma esencia, mira al futuro garantizando el financiamiento de las jubilaciones o el consumo en la última parte de la vida (...) Ahora bien, esta lógica a corto término de elevada rentabilidad lleva en sí misma su propio fin, puesto que supone sacrificar el futuro (pág. 7: trad. del autor).

<sup>253</sup> BOURDIEU, Pierre, *Contrafuegos: reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, 2000, pág. 138: "Se intenta destruir: La nación, los grupos de trabajo, los colectivos de difusión y la familia (...) Se constituyen mercados por categorías de edades, con lo que la familia pierde parte de su control sobre el consumo".



*ni sentido en la galaxia transnacional, donde la ley mercatoria parece convertirse en el único modo de regulación posible en las relaciones económicas y por tanto, laborales y sociales. Sin embargo, aunque pueda cambiar el modo de producción capitalista, lo que permanece inmutable es la orientación de la actividad económica a la obtención de un beneficio. Los principales actores de la economía, y mientras no se demuestre lo contrario, los creadores de plusvalía, son los trabajadores. En este terreno, en el de la obtención de la plusvalía, pocas diferencias se hallan entre el capitalismo de mediados del siglo XIX y la economía neo-liberal o globalizada, que arrasa desde el último tercio del siglo XX a las sociedades de economías más avanzadas.*

## *29. ¿Compatibilidad de la globalización económica y el universalismo de los derechos humanos?*

---

*Se asiste en el momento presente a una clara disfunción entre los ideales que parecen aureolar el desarrollo del denominado mundo occidental, y la realidad social en que se debería advertir la presencia, la huella o, como mínimo, el recuerdo de aquella soberbia construcción ideológica, producto de la burguesía, mejor dicho, de la Revolución Burguesa, que supo dominar el mundo económico hasta bien entrado el siglo XX. La Gran Depresión Americana de 1929 bien puede interpretarse como el cambio de actores, la sustitución del poder empresarial en el sentido que tenemos como clásico: el poder de los grandes empresarios industriales en las diversas manifestaciones que la industria tenía en aquellos momentos, por la sustitución de un capitalismo financiero, parasitario e improductivo, que torna cada vez más necesarias las contracciones y explosiones del sistema económico capitalista actual, definido por la total opacidad y el nulo control sobre el flujo de los capitales por parte de los Estados.*

*Quizá una de las obras que más tempranamente trata de descubrir la relación que pueda darse entre globalización y derechos humanos sea la editada y prologada por MATTHEW J. GIBNEY: *Globalizing Rights*, donde considera a la globalización como “una forma de describir cómo los recientes avances en la tecnología y las comunicaciones, como Internet y la transmisión vía satélite, han transformado de manera fundamental el modo en que viajan las ideas y la naturaleza de su destino final (...) no sólo las ideas, sino las personas, la cultura, las imágenes, el crimen y,*

sobre todo, los bienes, los servicios, las inversiones y las finanzas<sup>254</sup>. Evidentemente, debe concluirse con J. GIBNEY que ha sido el movimiento de las finanzas – más que movimiento, el galope tendido, sin freno de tipo alguno, normativo o moral, del capital – lo que “ha permitido el surgimiento de una economía mundial y el florecimiento de empresas multinacionales que han resultado ser, por obvias razones, sinónimos de globalización<sup>255</sup>. GIBNEY caracteriza los derechos humanos por su carácter instrumental, por estar al servicio de la persona<sup>256</sup>.

Puede afinarse todavía más el aserto inicial de GIBNEY afirmando que los derechos humanos son una función de la dignidad humana: son, o deben ser, la realización de la dignidad del ser humano en sociedad. Y por ello resulta poco menos que imposible compaginar una economía globalizada con un ejercicio real y efectivo de los derechos humanos, al menos en la parte de Europa que resulta más cercana y conocida. Al contrario de lo que afirma GIBNEY, la aparición de la globalización – al fin y a la postre, capitalismo financiero preponderantemente norteamericano – ha supuesto para el resto de la humanidad teóricamente beneficiada por los avances de esta forma del capitalismo actual, la necesidad de una constante presencia de conflictos bélicos locales, de mayor o menor extensión.

Los desajustes de las economías nacionales que integran la Unión Europea de 2015 se están viendo coadyuvados con la aparición de los refugiados que originan los conflictos de Oriente Medio en territorio comunitario, para poner en tela de juicio ciertos aspectos de la globalización de los derechos humanos. El rechazo patente contra los refugiados de origen sirio por ciertos gobiernos de la Europa Central comunitaria, y los conflictos fronterizos que los medios de comunicación dan a conocer, y que está haciendo tambalearse a los principios y supuestos mismos de la creación de la Unión Europea, lleva a concluir que el tema de la defensa e implantación de los Derechos Humanos en el ámbito internacional es una grave y relevante tarea todavía pendiente de acometer por los gobiernos y organismos internacionales.

Si puede hablarse de una idea generalizada a favor de la universalización o globalización de los Derechos Humanos, tal idea sólo se ha conseguido en el

---

<sup>254</sup> J. GIBNEY es, asimismo, el editor y autor de la Introducción, versión en lengua española, de *La Globalización de los derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2003.

<sup>255</sup> *Ibidem*, pág. 12.

<sup>256</sup> Concluye GIBNEY, en la obra de cita constante, que “Los derechos humanos son, en esencia, herramientas para otorgarles poder y seguridad a las personas” (pág.13).

*aspecto codificador, en función del conjunto de los tratados y convenciones asumidos por los Estados. Respecto a la posibilidad de control sobre los estados que cometan alguna infracción en esta materia, la cuestión no pasa de las meras declaraciones en el ámbito internacional; en este terreno, el denominado Derecho Internacional Humanitario no deja de ser una muestra de buena fe y un dato de voluntarismo político, que desaparece en cuanto llega el momento de su posible aplicación. Y si ha de hablarse de globalización de los Derechos Humanos en el aspecto de la ayuda a países subdesarrollados, la cuestión es todavía más difícil de ponderar, ya que en ese terreno el Derecho Internacional no viene compuesto por principios programáticos, no vinculantes.*

*En la situación económica y política actual, resultan plenamente vigentes las reflexiones de PASTOR RIDRUEJO, sobre al futuro de posible aplicación de los Derechos Humanos en un medio social definido por una economía mundial o global: “Es fácilmente perceptible que, en este comienzo de siglo, la globalización económica avanza más deprisa que la globalización ética, que la globalización de los derechos humanos. El reto- reto difícil- de los derechos humanos de cara al siglo que ha entrado es igualar al menos ambas velocidades. El desafío que confrontamos es que la globalización ética consiga neutralizar los efectos nocivos que la globalización económica produce en el respeto de los derechos humanos”<sup>257</sup>.*

### 30. Caracterización de las normas internacionales sobre Derechos Humanos

*Hay diversas concepciones acerca de la naturaleza de las normas internacionales sobre derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera la prohibición de la discriminación como parte del jus cogens internacional, resultando la prohibición de discriminación norma y principio que no admite acuerdo en contrario (SHELTON<sup>258</sup>). Principio que mantiene y respeta la normativa internacional que resulta más cercana, como se examina a continuación. Así, la doctrina más autorizada estima que “el derecho humano más fundamental:[...] punto de partida de las demás libertades, es del derecho a no padecer discriminación y de gozar de la igualdad en el ejercicio de los derechos (LAUTERPACH<sup>5</sup>).*

---

<sup>257</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La globalización de los derechos humanos: el reto del siglo XXI”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, pág. 33.

<sup>258</sup> SHELTON, D., “Prohibición de Discriminación...”, op. cit., pág.25

*Tal vez las primeras llamadas de atención en referencia al fenómeno discriminatorio tengan lugar, en el ámbito internacional, cuando se planteó la necesidad perentoria, después de acabada la Primera Guerra Mundial, de proporcionar un tratamiento igualitario ante los daños ocasionados a terceros y a algunas minorías nacionales, mediante sistemas de protección, de carácter permanente, para las personas integrantes de los grupos que habían sufrido perjuicios y no tenían poder ni organización suficiente para protegerse por sí mismos, por lo que se echa mano a medidas de tipo antidiscriminatorio de origen internacional. Aparecen en esta época las dos manifestaciones del principio de igualdad, la igualdad formal o legal, ante la ley, – que sanciona la discriminación de cualquier clase –, y la igualdad material o de hecho que, yendo más allá de la simple prohibición o sanción del hecho discriminatorio, trata de reponer a las personas a un cierto estado de igualdad, en consideración a las distintas situaciones y medidas que ser requerían para llegar a un tratamiento equitativo – la justicia de cada caso concreto – en cada supuesto.*

#### *La Carta de las Naciones Unidas como fundamento del principio de no discriminación en el campo de los derechos humanos*

---

*Es opinión común, desde la creación de la ONU, que ésta fue resultado de la búsqueda de un medio internacional de lucha contra la discriminación en el mundo; y asimismo constituye una idea extendida y aceptada, en el terreno de las relaciones internacionales, que tanto la igualdad como la no discriminación tienen una importancia capital para los derechos humanos, su desarrollo y aplicación. En la Carta de Naciones Unidas, empero, y dada la época en que se adopta – 1945<sup>259</sup>– únicamente se contiene una referencia clara a una pareja de derechos: la libre determinación y la no discriminación.; SHELTON afirma, a este respecto, que “la combinación de un enfoque centrado en la igualdad y la libre determinación ha orientado gran parte del trabajo de los organismos de las Naciones Unidas en el campo de los derechos humanos”<sup>260</sup>. La ONU ha mantenido, desde un buen principio, una decidida actividad a favor de la igualdad y de la erradicación de la discriminación.*

---

<sup>259</sup> Carta de las Naciones Unidas, firmada en la ciudad de San Francisco, a los veintiséis días del mes de junio de mil novecientos cuarenta y cinco.

<sup>260</sup> SHELTON, Dinah, “Prohibición de Discriminación...”, op. cit., pág. 17

### 33. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

---

La Declaración de 1948 abre su preámbulo reconociendo la dignidad esencial así como los derechos iguales e inalienables de toda la familia humana, tal como reza su artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Por su parte, el artículo 2 afirma que todo ser humano tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Del tenor de ambos artículos es posible avanzar un corolario, a favor de la igualdad de todos los seres humanos, que viene reforzado, en cuanto al reconocimiento de efectividad de esa igualdad fundamental, en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Declaración, por establecer un impedimento a la distinción – discriminación negativa – basada en cualquier condición del ser humano.

SHELTON hace notar que los términos “igualdad”, “igual protección”, “no discriminación” y “sin distinción” son utilizados indistintamente<sup>261</sup>. Hace referencia a que tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 diciembre 1966 – entrada en vigor el 3 de enero de 1976-; como el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 y entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, permiten deducir, en el respectivo articulado que versa sobre la prohibición de discriminación, que “las disposiciones sobre igualdad no se pueden interpretar como una exigencia de igual trato en términos absolutos porque puede que sea pertinente o incluso necesario realizar algunas distinciones relativas a las clasificaciones legales”<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> *Ibidem*, pág. 19.

<sup>262</sup> *Ídem*.

#### *34. Efectos de la discriminación por razón de edad en el trabajador*

---

*Posiblemente la empresa sea uno de los medios y lugares más importantes para la relación de las personas, con efectos además de económicos, de integración con el resto de la sociedad. Las relaciones que se puedan dar entre la empresa y los trabajadores deben, en principio, guardar una cierta observación de algunos principios jurídicos y morales, en cuanto que la relación de empresa con el trabajador deviene siempre una relación interpersonal, con unos componentes humanos e incluso afectivos que pueden ser o no respetados, aunque la empresa como lugar donde las relaciones humanas presentan mayor complejidad ha de servir como factor de integración, lo que a su vez puede significar una función educativa y de socialización. Por otra parte, el lugar natural donde se produce la discriminación laboral es la empresa.*

*Pero la empresa no puede sustraerse al fenómeno discriminatorio, aunque debe afrontarlo y erradicarlo, si sus directivos y trabajadores reciben información y formación adecuada. Los efectos perniciosos de la discriminación, en cualquier tipo de empresa, resultan siempre en un rendimiento económico menor, al no aprovechar las capacidades de todo el personal, a quien se anula, desaprovecha y humilla cuando se toleran patrones de conducta peyorativos, discriminatorios, sea de forma clara y directa o mediante o mediante cualquier otro modo de coerción física o moral.*

*Todo lo afirmado anteriormente puede quedar en el terreno del silencio, de la invisibilidad, si las conductas discriminatorias no encuentran modo de ser detectadas y corregidas. Un centro laboral puede convertirse en la antesala del infierno si queda en “manos” de la arbitrariedad y el abuso de poder, que son las dos compañías más comunes de toda práctica discriminatoria. Si hasta este momento se ha vuelto la mirada hacia el territorio moral y físico – la empresa – donde pueden desarrollarse situaciones de discriminación, con su coste añadido de conflictos soterrados y la falta de rendimiento laboral, resulta necesario ver lo que hay detrás de cada trabajador discriminado: una persona que se siente injustamente postergada, agredida y humillada, con los efectos de alteraciones psicológicas, que se acaban traduciendo en una disminución de su capacidad para relacionarse eficaz y eficientemente con su entorno laboral..*

*La discriminación del trabajador mayor, mujer u hombre, deviene una de las formas más crueles, si no la que más, de exclusión y de humillación, al tener como víctimas a personas que están viviendo sus últimas etapas vitales y laborales, cuando las*

*fuerzas merman y las agresiones tiene como diana a un ser humano al que se destruye anímica y psicológicamente. Pero hay otra faceta negativa en el propio hecho discriminatorio; ya que la discriminación contra los trabajadores mayores redundaría en un empobrecimiento de la propia organización empresarial, de su capital intelectual, al ser éstos, las mujeres y hombres veteranos en el centro de trabajo, quienes más conocimiento tiene del entorno empresarial, de los modos más eficientes de trabajar y ordenar la comunicación en la empresa.*

*La estación término de un proceso discriminatorio, corto o largo, contra el trabajador mayor, mujer y hombre, que ha vivido su vía crucis en cada jornada laboral, festoneada de presiones y humillaciones para renunciar al puesto de trabajo ocupado, la coerción al desempeño de tareas inadecuadas por formación y conocimientos, la obligación de desplazarse a destinos no aconsejables para el trabajador mayor o las burlas que pueden brotar de algunas características físicas: el caso típico, el del trabajador grueso a quien a veces ni se le llama por su nombre, son, en primer lugar, el mayor crimen social y laboral, y en segundo término, una condena a la exclusión social y a la pobreza que se deriva de ella<sup>263</sup>. La discriminación laboral, además de ser uno de los más graves atentados contra los derechos fundamentales del trabajador, se acompaña siempre de trastornos psicológicos, desestructuración personal y familiar, y, por último, la marginación social de la mujer u hombre que la padecen.*

### 35. Cambian los nombres, la historia permanece. Por un futuro laboral digno

---

*Hay que recordar, porque sigue vigente, que la economía mundializada, neoliberal, descansa en el mismo principio que rige en cualquier economía de carácter capitalista: contrarrestar la disminución de la tasa de ganancias del capital mediante el mecanismo de disminuir el gasto variable, los salarios. Esa disminución puede, en el lenguaje globalizador, utilizar diversos pretextos o motivos, redundando, todos ellos, indefectiblemente, en perjuicio de las condiciones laborales del trabajador anteriores a la erupción mundializadora o globalizadora<sup>264</sup>, como necesario colofón*

---

<sup>263</sup> BORNOT CRÉBESSAC, S., *La discriminación en las empresas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005. [en línea]. Disponible en: [http://www.acsol.org/archivos/biblioteca/mochg\\_prevenir\\_la\\_discriminacion\\_laboral.pdf](http://www.acsol.org/archivos/biblioteca/mochg_prevenir_la_discriminacion_laboral.pdf), [Consulta 12 enero 2013].

<sup>264</sup> WÜLDENMAR, G., *Crisis Económica y Apocalipsis*, Madrid, Corona Borealis, 2009. El autor señala: "A medida que mejora la rentabilidad de las empresas y progresa la industria empeora la condición del trabajador. Se debe a que los beneficios de las empresas dependen en parte de la

*del sistema económico y axiológico de las sociedades donde aparece y actúa esta forma de capitalismo.*

*Tal vez una de las críticas más lúcidas sobre el concepto de globalización sea la elaborada por SUSAN GEORGE<sup>265</sup>: “todos utilizamos la palabra “globalización” (...) nos convertimos en víctimas de un secuestro ideológico del lenguaje particularmente exitoso, porque la palabra “globalización” sugiere que todos los pueblos de todas las regiones del mundo están, de algún modo, involucrados en un mismo movimiento, un fenómeno que todo lo abarca, y marchan juntos hacia una futura tierra prometida. Yo diría que se trata precisamente de todo lo contrario: el término “globalización” es una trampa porque oculta la actual realidad en vez de revelarla y es una fórmula cómoda para referirse a la exclusión de facto (...) En vez de integrar a todo el mundo en una marcha colectiva hacia una vida mejor, la globalización es un proceso que permite a la economía mundial de mercado “aceptar a los mejores y dejar al resto”.*

*La misma autora se refiere a la perspectiva con que se exalta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la cual se presta atención a la “distribución justa de las ventajas materiales y no materiales”<sup>266</sup>, que viene recogida en el art. 25 de la mencionada Declaración Universal (en adelante DUDH), donde se consagra la preocupación porque el valor de la vida humana se asiente y desenvuelva ¿cómo no? en la posesión o disfrute de unas condiciones y niveles de vida digna, concorde con el respeto a la dignidad de todo ser humano<sup>267</sup>. Concluye SUSAN GEORGE afirmando sin ambages que la globalización es “directamente contraria a los derechos humanos”, fundamentando el juicio en cuatro capitales consideraciones: porque la globalización “ha transferido inexorablemente la riqueza de los pobres a los ricos. (Porque) Ha aumentado las desigualdades tanto en el seno*

---

contención de gastos salariales, indemnizaciones por despido, seguridad social, etc. (...) La participación del trabajador en la riqueza de la empresa capitalista próspera es siempre decreciente, y el valor de su trabajo es menor”. (pág. 226).

<sup>265</sup> SUSAN GEORGE, “¿La globalización de los derechos?”, en la citada obra colectiva *La Globalización de los Derechos humanos*, Barcelona, Crítica, 2004, pág. 24.

<sup>266</sup> Ídem.

<sup>267</sup> Dice así el Artículo 25 de la DUDH: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.



de las naciones como entre ellas. (Porque) ha favorecido al capital en detrimento del trabajo. Y finalmente, por haber creado muchos más perdedores que ganadores<sup>268</sup>.

La globalización sin respeto al hombre y su dignidad es lo que puede verse y comprobarse empíricamente: unas contracciones cíclicas de la economía; un despojo repetido de las conquistas sociales de la población trabajadora, en beneficio de un mínimo porcentaje de capitalistas, cada vez más poderosos, cada vez más alienados, cada vez con mayor miedo a la verdad, cuya manipulación resulta un elemento de consumo cotidiano para la permanencia en el poder. Situación que debe encontrar un camino de cordura o de equilibrio, a la manera en que DAVID ROTHKOPF<sup>269</sup> anuncia en la conclusión de su obra, fundamentada en el conocimiento de las características reales de la mundialización, con unas palabras que pueden ser ejemplo de vaticinio clarividente sobre un fenómeno tan complejo como la globalización y su posible futuro: “La historia es la crónica de una negociación entre los ricos y poderosos y los menos afortunados pero todavía peligrosos: una negociación sobre el precio que se debe pagar por la estabilidad. Los pobres y los débiles nunca participan. En una era tras otra, los acuerdos negociados han sido inadecuados, con los ricos que ganan y obtienen una ventaja para el futuro, mientras que los pobres reciben las migajas y solamente la promesa de una mejor vida para el futuro. Éste es un pésimo acuerdo y nunca ha durado mucho tiempo. Por consiguiente, las preguntas que nosotros y la clase superior deberíamos hacernos son: esta vez ¿Quién tomará las primeras medidas para el cambio ¿Qué forma adoptarán? ¿Las élites serán destronadas, una vez más, por otras élites que actuarán en nombre del pueblo, pero que, en realidad, representarán sus propios intereses? ¿O el progreso finalmente mostrará que la verdadera estabilidad reside en el equilibrio: el equilibrio entre libertad y justicia, entre crecimiento e igualdad, entre mercado y Estado, y entre los pocos que lideran y el resto de personas, que son de las que debe surgir la legitimidad de los líderes?”.

La globalización no tiene futuro porque ignora la necesidad de vivir en dignidad y en libertad de todo ser humano; libertad que para SEN<sup>270</sup> es tanto el “fin último como también su principal instrumento (del desarrollo)”. Es también una de las bases

---

<sup>268</sup> SUSAN GEORGE, *¿Globalización de los derechos?*, op.cit. pág. 25

<sup>269</sup> ROTHKOPF, David, *El club de los elegidos: cómo la élite del poder global gobierna el mundo*, op.cit., pág. 496.

<sup>270</sup> SEN, Amartya, “Un nouveau modèle économique», *Development as Freedom*, Paris, Odile Jacob, 2000, pág. 10: «SEN considère la liberté (...) comme la fin ultime du développement, mas aussi comme son principal moyen»

*económicas más débiles para construir cualquier sociedad con visos de futuro. Y la principal consecuencia que autores como DELMAS-MARTY distinguen cuando se relaciona el mundo de lo jurídico con la sociedad capitalista globalizada (campo de confluencia de distintos sistemas normativos, diferentes entre sí las más de las veces; incluso contrarios o difícilmente cohesionables), es la desorientación, la aparición de un mundo “deboussolé”<sup>271</sup>, desorientado, desnortado frente al cambio de paradigma que la mundialización de la economía, y las necesidades de relaciones económicas a escala universal imponen a los sistemas que han de regular las nuevas situaciones con instrumentos y medios políticos, sociales y jurídicos, todavía no preparados o eficaces para ahormar, regular, el nuevo modo de producción.*

*Debe continuarse el pensamiento de KANT, según la interpretación efectuada por DELMAS-MARTY, para concluir que en caso de conflicto, y desde el punto de vista filosófico “los derechos del hombre deben prevalecer sobre los valores comerciales”<sup>272</sup>. Desde un punto de vista jurídico puede hacerse referencia a la universalización de la sociedad de mercado, y cómo la extensión del ámbito de lo comercial acaban por borrar las fronteras de ciertas nociones jurídicas fundamentales<sup>273</sup>. Ciertamente, uno de los propósitos que busca la globalización es el beneficio comercial o mercantil inmediato, lo que implica un ritmo de realización de los objetivos y finalidades de las empresas que, además de ser diferentes dependiendo de la sociedad, más o menos desarrollada, más o menos culta y con capacidad de defensa frente a los abusos del mercado globalizado, son también distintos de lo que los ordenamientos jurídicos han intentado garantizar en el modelo de sociedad cristiano-occidental en que nos movemos, y que tanto recuerdan el broncíneo “honeste vivere, naeminem laedere et jus suum cuique tribuere”, que, quiérase o no, ha fundamentado con altibajos o sin ellos, la convivencia y el desarrollo de la sociedad, la economía y la cultura europeas de los últimos veinte siglos.*

---

271 DELMAS-MARTY, Mireille, “Globalisation économique et universalisme des droits de l’homme», op. cit, este término «deboussolé» lo utiliza DELMAS-MARTY, para referirse al momento actual de la mundialización (globalización), afirmando que: “Le problème est que la mondialisation affecte aussi les bases mêmes de la légitimité, philosophique mais aussi juridique de nos sociétés, dès lors qu’elle s’accompagne d’un bruillage entre valeurs marchandes et non marchandes” (pág. 8).

272 Ídem.

<sup>273</sup> DELMAS-MARTY, M., “Globalisation ...” op .cit.. pág. 10

*Hoy, ese modelo de convivencia y el llano y claro ideal de justicia en que se fundamentaba, deben ponerse a revisión: el capitalismo globalizador encuentra unas sociedades donde los medios jurídicos no están preparados para hacer efectivos los derechos del hombre. Con lo que podemos concluir que sólo tienen una verdadera aplicación universal los principios y conceptos, valores, propios del mercado. Los derechos humanos, como afirma DELMAS-MARTY: "(...) aunque proclamados universales, quedarían en la práctica dependiendo del orden jurídico nacional, sospechosos de amagar segundas intenciones proteccionistas y declarados como tales incompatibles"<sup>274</sup>.*

*Contrastar lo que puede ser, en apariencia, una teorización excesivamente ambigua con los datos de conocimiento que aporta el acaecer diario, la realidad que sorprende y enseña, puede llevar a una conclusión que, de repetida, ronda la trivialidad, pero que no es banal en absoluto: LUIS EDO, desde el análisis social que la concepción anarcosindicalista le permite formar de manera cristalina, sabe condensar un pensamiento diferente sobre el momento histórico actual: "Frente a la cultura del poder y la dominación de unos sobre otros, del privilegio y la acumulación sin límites de una minoría en perjuicio de la inmensa mayoría de la población mundial, el sentido común debería llevarnos al convencimiento de que un mundo así organizado no puede tener futuro"<sup>275</sup>. Conclusión que, curiosamente, y partiendo de unas premisas sociológicas y económicas bien diferentes, resulta similar a la que arriba DAVID ROTHKOPF cuando se pregunta si, para garantizar la estabilidad y el futuro del mundo actual, no resulta necesario que el progreso se fundamente en "(...) el equilibrio entre libertad y justicia, entre crecimiento e igualdad, entre mercado y Estado, y entre los pocos que lideran y el resto de personas, que son de las que debe surgir la legitimidad de los líderes"<sup>276</sup>.*

---

274 *Ibidem*, pág. 12. Traducción del autor.

275 CASSEN, B., CHESNAIS, F., y EDO, L., *Contra la dictadura de los mercados: alternativas a la mundialización neoliberal*, Barcelona, Icaria (Col. Más Madera), 2002, pág.14.

<sup>276</sup> ROTHKOPF, David, *El club de los elegidos...*, op.cit. pág. 496

# **CAPÍTULO 4**

**LA DISCRIMINACIÓN DEL TRABAJADOR DE EDAD  
MADURA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO**



*El Capítulo 1 de este trabajo se ha destinado a examinar la naturaleza de la discriminación laboral y su significado y efectos para los trabajadores en relación al Derecho del Trabajo, considerado éste desde dos vertientes: como conjunto normativo y como derecho subjetivo de raíz constitucional. Se puede afirmar, de alguna manera, y con fundamentación en las fuentes legales y jurisprudenciales, que la discriminación laboral significa la negación del Derecho del Trabajo para los trabajadores que la sufren. La discriminación laboral deviene, por tanto, el más grave atentado contra los derechos del trabajador.*

*El Capítulo 2, siguiendo el discurso lógico de este investigación, ha tenido como base el análisis del principio de igualdad y su inserción y efectos en el Derecho del Trabajo. Así, el principio de igualdad y su equivalente y necesario principio de no discriminación o de prohibición de la discriminación deben entenderse fundamentados en el valor dignidad. Desde esa perspectiva, la consideración de la dignidad del ser humano como fundamento de toda igualdad, ayuda a comprender la necesaria relación del principio igualitario con el Derecho del Trabajo.*

*El desarrollo de este trabajo ha desembocado en la necesidad de ver los efectos que la discriminación laboral entraña para el trabajador. Ello se ha llevado a cabo en el precedente Capítulo 3, que permite concluir que toda forma de discriminación laboral se manifiesta como una vulneración de los derechos fundamentales del trabajador.*

*Llega el momento de dirigir la mirada al centro de gravedad de este trabajo, que tiene su núcleo en la discriminación, por razón de edad, del el trabajador de edad madura o mayor. Se acota en este Capítulo 4 el concepto de trabajador de más edad desde una perspectiva de género, que incluye las discriminaciones padecidas tanto por mujeres como por hombres en las diferentes vertientes del trabajo. A lo largo de la investigación se puede confirmar la riqueza léxica de las sinonimias que pueblan los artículos y bibliografías acerca de esta materia, lo que no siempre redundan en favor de la rigurosidad, claridad y concisión del lenguaje y sus instrumentos, las ideas.*

*La razón de peso de la inclusión de la discriminación de la mujer viene determinada porque la mujer trabajadora compagina simultáneamente dos tipos de trabajo: el trabajo productivo, desempeñado en la empresa y de menor cuantía respecto al*

salario percibido por el hombre en similar actividad y dedicación. Por otra parte, la mujer afronta eso que la doctrina llama la doble jornada laboral<sup>277</sup>, puesto que además del trabajo productivo, debe atender al trabajo realizado en el ámbito reproductivo o doméstico, invisible y no remunerado, por lo que no servirá de nada a la hora de solicitar el devengo de algún tipo de pensión, al no haberse contabilizado las cotizaciones previas, ocasionando graves injusticias, la menor de las cuales no es la brecha salarial de género<sup>278</sup>, que puede consultarse en las fuentes estadísticas<sup>279</sup>.

El ámbito de la presente investigación comprende los comportamientos o actuaciones discriminatorias cuyo sujeto pasivo es el trabajador, de ambos géneros, en quien concurre la circunstancia de encontrarse, superada la cuarentena, en una etapa de madurez vital y biológica que se convierte en factor de riesgo para su continuidad laboral o bien para reingresar al mundo del trabajo si, por diversas causas, ha cesado, momentáneamente, su actividad laboral. Los estereotipos negativos, como es el de la edad, se convierten en un factor de discriminación, contra los hombres y mujeres que han llegado a una edad considerada, por el mercado de trabajo, como una de exclusión de la vida laboral.

Se torna necesario, para desarrollar una idea rigurosa y clara de lo que significa la discriminación laboral por razón de edad, acudir a algún mecanismo, en defensa del principio de igualdad que permita observar el fenómeno discriminatorio por contraste con el principio igualitario. Principio de igualdad que desempeña una función principal en defensa de los derechos del trabajador – en suma, de su dignidad –. La dignidad de cualquier ser humano, mujer u hombre, que se desenvuelve y se intenta realizar o perfeccionar en el mundo laboral.

---

<sup>277</sup> GOÑI LEGAZ, Salomé; OLLO LÓPEZ, Andrea y Alberto BAYO-MORIONES; “The Division of Household Labor in Spanish Dual Earner Couples: Testing Three Theories”. *Sex Roles* 63 (7-8): 515-529, octubre de 2010, artículo en español “Las mujeres siguen teniendo doble jornada laboral”, [En línea], Disponible en: [http://www.oei.es/divulgacioncientifica/noticias\\_511.htm](http://www.oei.es/divulgacioncientifica/noticias_511.htm), [Consulta 3 de julio 2013].

<sup>278</sup> CALABUIG PUIG, M. A., “Sobre la concreción de la discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 22, 2013, pág. 349 y ss: Concepto de brecha salarial de género “consiste en la diferencia entre el salario medio de los hombres y de las mujeres”

<sup>279</sup> INE. *Encuesta anual de Estructura Salarial*, [En línea] Disponible en: [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736061721&menu=ultiDatos&idp=1254735976596](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736061721&menu=ultiDatos&idp=1254735976596). [Consulta de 5 de octubre de 2015]. La ganancia media anual por trabajador, correspondiente al año 2013, refleja un valor de 19.514,58 Euros para las mujeres, y de 25.675,17 Euros para los hombres, en referencia a un valor total de 22.697,86 Euros.

*El procedimiento para preservar la dignidad y conseguir la igualdad en todos los órdenes, también en el ambiente laboral, de mujeres y hombres, se conoce como mainstreaming, transversalidad o perspectiva de género, entre las denominaciones más usuales que sirven para designar un tipo de estrategias, de innegable origen y vocación políticos, cuya finalidad es el fomento y la protección de la igualdad entre mujeres y hombres. Una estrecha relación con la transversalidad de género se advierte en el supuesto de la discriminación por razón de edad: la persona discriminada une al factor edad, aquel otro de pertenencia a un determinado género, mayoritariamente, el femenino, como concausa de segregación o marginación laborales. Hecho que puede originar un supuesto típico de discriminación múltiple o multidiscriminación, al producirse en una misma persona la concurrencia de dos o más factores discriminatorios, como puedan ser, por ejemplo, el hecho de pertenecer a una cohorte de edad superior a los cuarenta años y ser mujer.*

*Se puede afirmar que la investigación tiene como núcleo el análisis de la discriminación por razón de edad de los trabajadores mayores, desde una perspectiva de género. En el fenómeno de la discriminación se encuentra a la mujer trabajadora como principal perjudicada, ya que uno de los factores de riesgo discriminatorio se origina por su pertenencia al género femenino. Ha de señalarse, en primer lugar, que la denominación usual a partir de este momento, para identificar a la estrategia igualitaria de mujeres y hombres en todos los niveles, será la de transversalidad o perspectiva de género, para facilitar la lectura y comprensión, dado que la exuberancia nominal con que se le hace referencia a la estrategia igualitaria entre hombres y mujeres, no puede perjudicar su correcta comprensión. Debe asentarse, de igual modo, que la estrategia de la transversalidad o perspectiva de género ampara también, como se viene afirmando, al trabajador de género masculino.*

## *2. El concepto de trabajador de edad madura. Antecedentes históricos y jurídicos en relación a la discriminación laboral contra el trabajador mayor*

---

*Se impone en este momento mostrar la definición de lo que se ha entendido doctrinalmente como “edad madura”, que es uno de los conceptos principales que encauzan la investigación. UCELAY DE MONTERO<sup>280</sup>, buscando los precedentes del*

---

<sup>280</sup> UCELAY DE MONTERO, J.A, “Régimen laboral especial de los trabajadores de edad madura”, *Revista de Política Social*, núm.88, oct/dic. 1970 [en línea]. Disponible en



*concepto de trabajador de edad madura, y ciñéndose a la normativa española, halla la noción de edad madura fijada legalmente, y con determinación expresa de la edad del trabajador, como ocurre de modo parecido en otros ordenamientos jurídicos. Dice así: “En España ha cobrado gran actualidad en fechas recientes y ha forzado al establecimiento de un régimen especial [el Régimen Laboral Especial de los Trabajadores de Edad Madura], (Decreto 2431/1966, de 13 de agosto), modificado por el de 30 de abril de 1970, que considera trabajadores de edad a los de más de cuarenta años”. Destaca UCELAY ante las tempranas manifestaciones de la globalización la complejidad del concepto con que se procura abarcar o definir, protegiendo unas veces, y otras, las más, excluyendo laboral y socialmente, al trabajador de edad madura:*

“Así, esbozada la complejidad que encierra el concepto de trabajador de edad madura y la dificultad que entraña su formulación, no hay que olvidar que, en definitiva, el número de variables a tener en cuenta en la definición se multiplica: los problemas de los trabajadores de edad variarán u oscilarán, cualitativa y cuantitativamente, según que éstos se encuadren en el sector primario, secundario o terciario: (Para la pequeña agricultura, la edad es un concepto elástico, y tanto los jóvenes como los viejos trabajan y utilizan sus fuerzas como pueden. En la industria tiende a haber un concepto más rígido, y muchas veces los trabajadores encuentran que se los declaran viejos en forma más bien repentina al llegar a una edad determinada. El carácter predominantemente manual, o predominantemente intelectual, del trabajo a ejecutar por la persona de edad contribuirá a evaluar con mayor exactitud el grado de la capacidad psíquico-física que se requiera, o, en su caso, el de la merma de las aptitudes y su posible compensación con otros factores de signo positivo que también derivan de la más edad. El hecho de que el trabajador de edad haya alcanzado una específica calificación profesional es otro dato de gran importancia: muchas veces la mayor calificación se obtiene en la edad madura y la más edad no necesariamente implica una disminución de la capacidad, sino todo lo contrario. En fin, tiene gran valor y utilidad la distinción ya apuntada de trabajadores de edad en la empresa, personas de edad paradas y en disposición de ser empleadas; y una extensa gama de diversas circunstancias, tales como que el trabajador de edad preste su actividad en una empresa grande, mediana o pequeña (los problemas de los trabajadores de edad serán más acusados en las empresas grandes o medianas que en las pequeñas: en atención a las dimensiones de estas últimas, puede hablarse de estructuras cuasi-familiares, en las que los trabajadores de edad gozan de un status muy peculiar, querido y tolerado por el empresario y por los demás compañeros de trabajo, particularmente favorable)<sup>281</sup> [...] “Sin embargo, todos

---

[http://revistas.cepc.es/revistas\\_sf.aspx?strApplicationPath=/es/&&IDR=10&IDN=848&IDA=30415](http://revistas.cepc.es/revistas_sf.aspx?strApplicationPath=/es/&&IDR=10&IDN=848&IDA=30415), págs. 60 y siguientes, en especial la núm. 63, donde considera trabajadores de edad a los de más de cuarenta años (apoyándose en el Decreto 2431/19066, de 13 de agosto, modificado por el de 30 de abril de 1970). [Consulta: 20.1.2006].

<sup>281</sup> UCELAY DE MONTERO, J.A, “Régimen laboral especial de los trabajadores de edad madura”, op.cit., pág. 62.

estos datos desembocan en una conclusión inevitable: es evidente que el envejecimiento de los trabajadores tiene muy importantes repercusiones sobre la productividad industrial; su efecto, no obstante, no es generalizable y la edad no disminuye la productividad de todos los trabajadores, sino que, más exactamente, el grado de disminución de la productividad depende en gran medida de la naturaleza de la tarea ejecutada por el trabajador de edad”<sup>282</sup>.

*El análisis de UCELAY, cuando se refiere a la disminución de la productividad queda falto de las referencias que en estas dos últimas décadas se consideran de mención obligatoria al referirse al capital intelectual, en el caso que se estudia concretamente referido al capital intelectual<sup>283</sup> de la empresa, centro donde el trabajador joven o de edad madura, desenvuelve su actividad, aplicando no solamente los conocimientos que haya podido adquirir en la misma empresa, sino también en otros centros de trabajo o por sí mismo. El conocimiento del entorno laboral, las peculiaridades de gestión y de procedimientos que atesora un trabajador “veterano” en cualquier empresa, es un activo que cada vez se tiende más a valorar justamente, fundamentado en una visión realista de lo que suponen las interrelaciones personales en la empresa o centro de trabajo<sup>284</sup>; argumento que puede encontrar su*

---

<sup>282</sup> Ibidem, pág.65

<sup>283</sup> BROOKING, A, *El Capital Intelectual*, Barcelona, Paidós Empresa, 1997, que divide el capital intelectual (conjunto de Activos Intangibles de una organización que, pese a no estar reflejados en los estados contables tradicionales, en la actualidad genera valor o tiene potencial de generarlo en el futuro, en cuatro grandes apartados, uno de los cuales corresponde a los “Activos centrados en el individuo (cualificaciones que conforman al hombre y que hacen que sea lo que es)”. La mengua de productividad de que se acusa al trabajador maduro, suele venir compensada y sobrepasada por el conjunto de conocimiento que un trabajador que desempeñe su oficio o aplique sus conocimientos en una empresa durante años, de hecho aporta como capital sin que le sea reconocido. Afortunadamente, las palabras de UCELAY tan dignas siempre de respeto, quedan, empero sobrepasadas por las nuevas técnicas y conocimiento empresariales aplicados en la valoración de los activos intangibles de la empresa, uno de ellos el capital intelectual.

<sup>284</sup> Interesante, por su capacidad sintética, el artículo de NEVADO PEÑA, R y LÓPEZ RUIZ, V, “¿Cómo medir el capital intelectual de una empresa?”, revista *Partida Doble*, núm.115, 2000. Hay acceso en línea disponible en: [http://docencia.udea.edu.co/ingenieria/semgestionconocimiento/documentos/Mod10\\_CaptIntel.pdf](http://docencia.udea.edu.co/ingenieria/semgestionconocimiento/documentos/Mod10_CaptIntel.pdf), [Consulta 20 febrero 2006]. Los autores establecen la ecuación: Capital Intelectual = sumatorio del Capital Humano más el Capital estructural más el Capital no explicitado; y definen al Capital humano del modo siguiente: “Capital Humano: pretende recoger los conocimientos, aptitudes, motivación, formación, etc. de los trabajadores de la empresa. Así como el sistema de remuneración y política de contratación de la empresa que posibilitan tener los efectivos adecuados para el futuro” (pág.6). El trabajador de edad madura, por razones exclusivamente económicas, resulta ser el más caro de “mantener” en plantilla; dicho lugar común empieza, a desvanecerse, cuando las empresas saben aprovechar esos conocimientos, aptitudes, motivaciones y formación que el trabajador veterano de cualquier empresa atesora y resultan rentables económicamente, compensando la presunta baja de productividad. Un caso práctico de valoración del Capital intelectual puede encontrarse en el trabajo de Manuel Expósito Langa, Miriam Ferrándiz Carbonell, Josep Capó Vicedo y José Vicente Tomás Miquel: “El capital intelectual como activo estratégico en la sociedad del conocimiento. Una aproximación a su valoración mediante la aplicación del modelo Technology Broker en una empresa del sector cosméticos” [En línea]: IX Congreso de Ingeniería de Organización

*continuidad y ratificación en REY SUÁREZ<sup>285</sup> quien confirma una verdad común, cual es que la calidad de ajuste del trabajador con su puesto de trabajo aumenta con la edad, así como la productividad.*

### 3. Antecedentes en el Derecho Norteamericano

Los primeros estudios de cierto relieve sobre la discriminación que padece el trabajador de edad madura se publican en los Estados Unidos de América del Norte (en adelante EEUU) en el primer tercio del siglo XX. Parte de las cuestiones reflejadas en la obra de SCHNEIDER<sup>286</sup> resultan, aun transcurrido medio siglo desde su publicación, *perfectamente trasladables a las relaciones laborales y los problemas que éstas presentan en las sociedades española y europea contemporáneas. Un segundo autor fundamental es LYON LEVINE<sup>287</sup> quien, en el análisis de la discriminación laboral por edad, anuncia y resume: “de todas aquellas*

---

(Gijón, 8 y 9 septiembre 2005). Disponible en: <http://io.us.es/cio2005/items/ponencias/16.pdf>. [Consulta 3 abril 2006]. De utilidad la referencia al capital humano: “El capital humano refleja las capacidades individuales, conocimientos, destrezas y experiencia depositados en las personas. Lado y Wilson (1994) apuntan que no sólo son importantes los conocimientos adquiridos por los empleados, sino también la relación con el resto de trabajadores, con el fin de crear grupos de trabajo” (s/n)

285 REY SUAREZ, P., “Los trabajadores mayores y la estrategia Europa 2020”, Revista Galega de Economía, vol. 21 núm. extraordinario (septiembre 2012). [En línea]. Disponible en: [http://www.usc.es/econo/RGE/Vol21\\_ex/castelan/art12c.pdf](http://www.usc.es/econo/RGE/Vol21_ex/castelan/art12c.pdf), [Consulta 4 febrero 2013], pág. 10: “Un intento de explicarlas [las bajas tasas de recolocación de los trabajadores mayores] parte de descomponer los factores que influyen en el crecimiento de la productividad con la edad, que serían la acumulación de capital humano general – válido para cualquier tipo de trabajo o empresa-, la acumulación de capital humano específico – útil únicamente para la empresa en la que se trabaja-, y la calidad de ajuste entre el trabajador y su puesto de trabajo – que aumenta con la edad – y que, por cierto, justifica que la movilidad laboral sea un buen medio para mejorar ese ajuste y, por lo tanto, el salario y la productividad”.

<sup>286</sup> SCHNEIDER, B.V.H., *The Older Worker*, Berkeley, University of California, Institute of Industrial Relations, 1962. Este pequeño libro fue en su época lo más parecido a la voz que clamaba en el desierto de una sociedad que vivía un acelerón industrial y político, y donde en nombre de la nación – idea fuerza – y del culto a la juventud se podía hacer todo, empezando por laminar los derechos del trabajador mayor. América supo reaccionar pronto y eficazmente frente a este problema, uno más de la sociedad americana y la nuestra, de carácter discriminatorio. Dicha reacción se produce de forma legislativa en 15 de diciembre de 1967, con la aprobación por el Congreso de los USA, de la “Age Discrimination in Employment Act” (1967), Ley que tiene como principal finalidad la prohibición de discriminación contra los trabajadores de 40 o más años: «The ADEA prohibits employment discrimination against persons 40 years of age or older», completada, entre otras normas, por la “Older Workers Benefit Protection Act”, de 27 de septiembre de 1989. Véase The Library of Congress [En línea], Base de datos “Library Of Congress Online Catalog”. Disponible en: <<http://catalog.loc.gov/cgi-bin/Pwebrecon.cgi?DB=local&PAGE=Second>>. [Consulta: 11 mayo de 2007]:

<sup>287</sup> LYON LEVINE, M., *Age discrimination and the Mandatory Retirement Controversy*, Baltimore (USA), The Johns Hopkins University Pres, 1988, pág.13.

*prácticas relacionadas con la edad laboral, la jubilación obligatoria es el más dramático perjuicio infligido a los ancianos. Éste es el núcleo de este estudio". En la citada obra, LYON LEVINE proporciona noticia de un estudio realizado en el Estado de Nueva York (EEUU), donde se constata que la discriminación para contratar a trabajadores de mediana edad se daba en todas las áreas industriales. Las razones que se adujeron entonces se basaban en la poca eficiencia que se achacaba, como un estereotipo más, a los trabajadores de cierta edad, su escasa predisposición a recibir formación, y la asimismo supuesta alta accidentabilidad de ese colectivo de trabajadores mayores: todas ellas gratuitas suposiciones que el fundamentado informe puso en evidencia.*

*Un segundo grupo de motivos, que se pretextaban en contra de los trabajadores de más edad, venía establecido por causa de la aparición de nuevas maquinarias y métodos de trabajo. Asimismo los requerimientos de edad (ser el trabajador una persona joven o muy joven) desempeñaban un factor, como en nuestros días, a tener obligatoriamente en consideración en puestos de trabajo tales como el de "dependienta" o "camarera"<sup>288</sup>. Y en actividades que por su propia naturaleza pudiesen exigir una plenitud de facultades físicas o un determinado aspecto físico — p. e. modelo, "azafata", ciclista...—. Por otra parte, los empresarios expresaron su contraria predisposición a la posibilidad de que pudiesen trabajar juntos de modo grato, a gusto, y eficientemente, un trabajador mayor con otro trabajador joven o más joven. El estudio concluía afirmando que la política del retiro o jubilación automática al llegar a una determinada edad no estaba justificada, pues una alta proporción de las personas mayores puede competir con los jóvenes en igualdad de condiciones. Uno de los corolarios de aquel trabajo se traslada directamente: "When forced Retirement is based on the supposed diminished competency of the older workers, rational economic behaviour by firms would lead to alternative age-work policies (which would not necessarily be as age-neutral as the model of the Age Discriminatory in Employment Act)"<sup>289</sup>. LEVINE afirma la viabilidad de un retiro flexible para los trabajadores de más edad, como alternativa a la jubilación forzosa<sup>290</sup>.*

---

<sup>288</sup> No se trata de incurrir en discriminación de género, sino que es transcripción literal de la época.

<sup>289</sup> *Ibidem*, pág.32.

<sup>290</sup> *Ibidem*, pág.34: "Flexible retirement appears to be a viable alternative to mandatory retirement".

#### 4. La reacción legislativa contra la discriminación del trabajador mayor por razón de edad en EEUU: la ADEA “Age Discrimination in Employment Act de 1967”

---

La reacción norteamericana contra la discriminación basada en la edad del trabajador se produce con la Ley aprobada el 15 diciembre de 1967 por el Congreso de los Estados Unidos, con el título *The Age Discrimination in Employment Act of 1967*<sup>291</sup> [Ley contra la Discriminación en el Empleo por razón de Edad de 1967, en adelante ADEA]. La causa de esta ley hay que buscarla en las conductas discriminatorias del empresariado basadas exclusivamente en la edad del trabajador y en los estereotipos negativos aparejados al simple hecho de la edad; circunstancia que había servido de base a usos sociales y laborales tan antijurídicos que tornaron necesaria la intervención legal para atajar lo que no era más que una forma de exclusión laboral, la integrada por la masa de trabajadores de mayor edad que resultaban, por ello mismo, los más onerosos de contratar y mantener en plantilla para los empresarios.

La situación social y política de Norteamérica en el momento en que se aprueba la ADEA, era la simultánea persistencia de la Guerra del Vietnam (1959 – 1975) y la denominada “guerra fría” latente en la entonces llamada Europa del Este. Al anterior binomio hay que añadir el surgimiento de los movimientos reivindicativos y antidiscriminatorios de la población negra de Estados Unidos. Tal conjunción de circunstancias: una guerra exterior contra la opinión de la mayoría de los ciudadanos norteamericanos; la eclosión de los movimientos antisegregacionistas, y el incremento de la población en paro, todas ellas adversas a un estado de relativa paz social o laboral hacían previsible – si no se remediaba de alguna manera aquel estado de cosas – un incremento de los conflictos internos sociales, sin visos de soluciones políticas, avivados en razón del ataque que suponían las prácticas discriminatorias con una mayor antijuricidad, unas por razón de raza y otras de edad, contra los segmentos de población más desfavorecidos: en un caso, la población de origen africano y en el otro supuesto la población adulta en edad laboral a la que las prácticas de discriminación negativa, basadas en la mayor edad del trabajador, tornaban más difíciles o imposibles sus posibilidades de integración e incluso supervivencia social, al cumplir o superar el trabajador los cuarenta años de edad.

---

<sup>291</sup> US Equal Employment Opportunity Commission, *The Age Discrimination in Employment Act of 1967* (Ley del Congreso de los Estados Unidos), [en línea] 15 diciembre 1967. Disponible en: <http://www.eeoc.gov/laws/statutes/adea.cfm>. [Consulta 27 diciembre 2006],

*Contra aquel estado general de cosas y para poner remedio en el mundo laboral norteamericano, aquejado, entre otros males, de una fuerte crisis de empleo, el Congreso de Estados Unidos en la declaración (statement) de la “Age Discrimination in Employment Act de 1967” (en adelante ADEA), recomienda y declara los objetivos que sirven de base a la ADEA, dirigidos a evitar la discriminación del trabajador mayor por razón de edad.*

*Así, proclama la Declaración de la ADEA, Sección 621, (artículo 621), apartado a) las conclusiones siguientes:*

1. Con vistas al aumento de la productividad y de la riqueza, los trabajadores mayores se encuentran en desventaja en sus esfuerzos por conservar el empleo, y sobre todo para recuperar un empleo cuando han sido desplazados del puesto de trabajo;
2. La fijación de unos límites arbitrarios de edad, independientemente del potencial de rendimiento en el trabajo, se ha convertido en una práctica común, y ciertas prácticas que, por el contrario, resultarían deseables, pueden funcionar en desventaja de las personas mayores.
3. La incidencia del desempleo, especialmente el de larga duración, con los resultados del deterioro de la pericia, la moral y la aceptación por el empresario es, referente a los más jóvenes, tan alto como entre los trabajadores de edad, cuyo número es grande y en crecimiento, siendo graves y serios los problemas de empleo.
4. La existencia de la discriminación arbitraria en el empleo debido a la edad, en industrias que afectan el comercio, gravan el comercio y la libre circulación de mercancías.

*Establece, asimismo, la mencionada Declaración de la ADEA en la Sección 621 (Artículo 621), apartado b), los siguientes propósitos:*

1. Por lo tanto, el propósito de este capítulo es promover el empleo de las personas mayores basándose en su capacidad más que la edad, prohibir la arbitraria discriminación por edad en el empleo; ayudar a los empleadores y trabajadores para encontrar la forma de resolver los problemas derivados de los efectos de la edad en el empleo.

*Las características generales de la Age Discrimination in Employment Act de 1967<sup>292</sup>, con las modificaciones producto de las sucesivas enmiendas pueden*

---

<sup>292</sup> Para asomarse a los antecedentes legislativos de la Ley contra la Discriminación en el Empleo por razón de Edad de 1967 puede consultarse el que resulta el mejor instrumento para la investigación bibliográfica en esta materia, la Library of Congress (EEUU). Tanto la ayuda y predisposición de su personal para afrontar y satisfacer las consultas que se debieron hacer a lo largo del desarrollo de esta investigación, así como su gentileza y profesionalidad a la hora de ofrecer atajos documentales y bibliográficos para la formación de un válido conocimiento sobre el estado de la cuestión en Estados Unidos resultan impagables. Ahorro de tiempo en pérdidas y meandros bibliográficos que

*resumirse en una clasificación de los posibles sujetos o entidades causantes de la discriminación prohibida, dirigiéndose esta Ley contra la Discriminación en el empleo por razón de Edad de 1967, a impedir la actuación de carácter discriminatorio prohibida a los empresarios, agencias de empleo y sindicatos contra trabajadores mayores de 40 años y menores de 65, según un elenco de conductas tipificadas con una voluntad general de prohibición discriminatoria, que pierde en claridad por causa de la amplitud de las posibles conductas sujetas a la prohibición, y su falta de concreción. También por la diversa interpretación a que la Ley se le ha dado, dependiendo de los distintos gobiernos norteamericanos y las políticas laborales y económicas aplicadas en cada momento.*

*Actuaciones discriminatorias prohibidas por la Ley contra la Discriminación en el Empleo por razón de Edad de 1967, a empresarios, agencias de colocación y sindicatos.*

---

*En cuanto a la tipología de las acciones discriminatorias por razón de edad prohibidas por la ADEA, contra trabajadores mayores de cuarenta años y menores de los sesenta y cinco años, pueden ser clasificadas en tres grandes grupos, en función de que el causante de la actividad discriminatoria pudiera ser: a) El empresario; b) Las agencias de empleo y c) Los sindicatos. La Ley contra la Discriminación en el Empleo por razón de Edad de 1967, tipifica las siguientes prohibidas al empresario, según el art. 4 que cataloga las tres anteriores categorías de actividades prohibidas por razón del sujeto causante de la conducta o actividad discriminatoria.*

*La Discriminación prohibida al empresario. Art. 4, apartado a) de la ADEA*

---

*A tenor del art. 4, apdo. a) de la mencionada ADEA, es ilegal o deviene ilegal para un empleador (o empresario):*

- a. Negar o rechazar la contratación*
- b. Despedir a una persona*

---

*indudablemente se habrían producido, y que se han podido evitar gracias al trabajo del personal bibliotecario de la Library of Congress que junto a la riqueza en los fondos bibliográficos que pueden ser consultados han sido capitales a la hora de intentar afrontar esta investigación; en este último apartado particular, puede consultarse la obra: *Legislative history of the Age Discrimination in Employment Act*, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, Office of the General Counsel, Trial Division. Published, Washington, U.S.G.P.O.1981.*

- c. Discriminar a cualquier individuo en su retribución o compensación o en los términos, condiciones o privilegios del empleo, por causa de la edad de dicha persona.
- d. Limitar, segregar o clasificar a un empleado de cualquier manera que prive o tienda a privarle de oportunidades de empleo o que afecten adversamente a su condición de empleado por razón de edad.
- e. Reducir el importe del salario por razón de edad.

*La Ley contra la Discriminación en el Empleo por razón de Edad de 1967 [Age Discrimination in Employment Act de 1967] permite a los jueces un alto grado de libertad asignando y caracterizando la actividad del empresario como discriminatoria o no discriminatoria: no existe y, posiblemente, no pueden darse tipificaciones taxativas de los comportamientos prohibidos, en razón a permitir el juego de la libre apreciación del juez en cada caso.*

*La discriminación prohibida a la agencia de empleo. Art. 4, apartado b) de la ADEA*

La ADEA prohíbe la discriminación del trabajador por razón de edad (mayor de 40 años y menor de 65 años) reprochable (*It shall be unlawful*) a una Agencia de Empleo que puede consistir, a tenor del Artículo 4, apartado b), en las tres siguientes actividades prohibidas<sup>293</sup> para las agencias de empleo:

- a. Negar o rehusar la tramitación de una petición de empleo
- b. Discriminar de cualquier otra manera a alguna persona en el empleo solicitado por causa de su edad
- c. Cualificar o denegar el empleo a una persona con fundamento en su edad.

*El resumen de este precepto puede sintetizarse en la afirmación de que ninguna agencia de empleo o colocación puede negarse a tramitar solicitudes de empleo de trabajadores de entre los cuarenta y los sesenta y cinco años, pues si lo hace, incurre en incumplimiento de la ley.*

*La discriminación prohibida a los sindicatos. Art. 4, apartado c) de la ADEA*

*La ADEA prohíbe la discriminación del trabajador por razón de edad (mayor de cuarenta años y menor de sesenta y cinco años) reprochable (It shall be unlawful) a un Sindicato, que puede consistir, a tenor del Artículo 4, apartado C), en:*

---

<sup>293</sup> La expresión literal en lengua inglesa con que se abren los tres apartados del artículo 4 de la ADEA es: *It Shall be unlawful*, lo que puede traducirse tanto como “será ilegal” o “debe ser ilegal”.



- a. Excluir o expulsar a sus miembros o de otra manera discriminar a alguna persona debido a su edad.
- b. Limitar, segregar o clasificar a sus miembros o negar o rehusar/rechazar el trámite de una solicitud de empleo de cualquier manera que pueda privar o tienda a privar a una persona de las oportunidades de empleo o afectar adversamente su estatuto como empleado o como un solicitante de empleo (candidato), debido a la edad de esta persona.
- c. Causar o intentar causar la discriminación de una persona infringiendo este artículo.

*Cabe señalar que la Age Discrimination in Employment Act de 1967 no establece una generalización de actos prohibidos por razón de su naturaleza discriminatoria, pues como bien se refleja en la normativa, los actos prohibidos a un sindicato pueden ser permitidos a una agencia de empleo, con lo que la inseguridad y la eficacia antidiscriminatoria de la ADEA se resiente de una falta de visión general de lo que se entiende como discriminación: se tipifican conductas que llevan a cabo los tres actores principales en el ámbito laboral: empresario, agencia de colocación o empleo y sindicatos, pero no se establece un principio general antidiscriminatorio, y ello sin contar con las excepciones a la propia norma que la ADEA recoge en el apartado f) Artículo 4, que establecen las causas justificativas de la discriminación por razón de edad, que consiguen difuminar el primitivo mensaje de la Ley, abonando esgrimidas razones de buena fe para excluir el componente discriminatorio de la actuación tanto del empresario, como de la agencia de colocación o del sindicato<sup>294</sup>.*

#### *5. La Ley contra la Discriminación por razón de Edad de 1975 (Age Discrimination Act 1975)*

---

*El ámbito de aplicación de esta norma se ciñe a la prohibición de discriminación por razón de edad, pero sólo en los programas o actividades que reciben ayuda financiera federal, por tanto no entra en colisión con el ámbito cubierto por la ADEA de 1967, que contempla y prohíbe la discriminación por razón de edad en el empleo, estableciendo un límite de edad mínima (cuarenta años), mientras que la Ley contra la Discriminación por razón de edad de 1975 no distingue requerimiento alguno de edad.*

---

<sup>294</sup> Resulta de interés la página web dedicada a la normativa antidiscriminatoria de la ADEA, disponible en: <http://www.dol.gov/dol/topic/discrimination/agedisc.htm> [Consulta 7 mayo 2009].

*La Age Discrimination Act de 1975 – en adelante, ADA 1975 – nace para aplicarse a las personas de todas las edades, aunque su publicación tuviera unos difusos antecedentes en la preocupación del gobierno americano por las personas mayores. La finalidad de la ADA 1975<sup>295</sup>, sobre la discriminación por razón de edad, puede resumirse, como reza su statement o declaración: “es el objetivo de este capítulo prohibir la discriminación por razón de edad en programas o actividades que reciben la asistencia financiera federal”<sup>296</sup>.*

*En cuanto a las reglas generales de actuación en esta materia, la Age Discrimination Act (ADA 1975), resulta, por su propia naturaleza, muchos menos compleja que la ADEA 1967. Se guía la Ley de Discriminación por razón de edad de 1975 por las siguientes reglas:*

A) Regla general: Ninguna persona en los Estados Unidos deberá ser, por razón de edad, excluida, rechazada o discriminada de los beneficios de cualquier programa o cualquier programa o actividad que reciba asistencia financiera federal.

B) Normas específicas: El beneficiario no podrá, en cualquier programa o actividad que reciba asistencia financiera federal, directamente o través de la concesión de licencias contractuales, u otros acuerdos, hacer uso de discriminaciones por razón de edad o adoptar cualquier otra acción que tenga como consecuencia, por razón de edad:

(1) Excluir a los individuos, negarles beneficios o someterlos a discriminación en un programa o actividad que reciba asistencia financiera federal.

(2) Negar o limitar a los individuos la oportunidad de participar en cualquier programa o actividad que reciba asistencia financiera federal.

(C) Las formas específicas de discriminación por razón de edad enumeradas en el párrafo (B) de esta sección no constituyen necesariamente una lista completa.

Por último, cabe señalar que la ADEA 1967 no es afectada por esta Ley: expresamente determina la ADA 1975, en el apartado dedicado a las prácticas en el empleo y la dirección en programas de capacitación y aprendizaje, que la ADEA 1967 no resulta afectada. La disposición, traducida, señala:

(1) Excepto con respecto a cualquier programa o actividad que recibe asistencia financiera federal para empleo de servicio público según La Ley de Inversión del

---

<sup>295</sup> United States Department of Labor. Office of the Assistant Secretary for Administration and Management: Age Discrimination Act of 1975 [En línea]. Disponible en: [http://www.dol.gov/oasam/regs/statutes/age\\_act.htm](http://www.dol.gov/oasam/regs/statutes/age_act.htm), [Consulta 7 junio 2009]

<sup>296</sup> El tenor literal de este apartado de la Age Discrimination Act 1975, que se traslada directamente de la lengua inglesa, es el siguiente: “Statement of purpose. It is the purpose of this chapter to prohibit discrimination on the basis of age in programs or activities receiving Federal financial assistance”.

Personal de 1998 (29 USC 9201 y siguientes.), nada en este capítulo se deberá interpretar para autorizar la acción [de discriminación por edad] por cualquier departamento federal o agencia con respecto a cualquier práctica de empleo de cualquier empleador, agencia de colocación u organización del trabajo, o con respecto a cualquier programa de capacitación de aprendizaje.

(2) Nada en este capítulo se deberá interpretar para enmendar o modificar la Ley de Discriminación en el Empleo por razón de edad [ADEA 1967] y sus enmiendas o afectar los derechos y responsabilidades de cualquier persona o grupo de acuerdo con tal Ley [la ADEA 1967].

## 6. La Ley de Protección de Beneficios de los Trabajadores Mayores, de 1990

*La Ley de Protección de Beneficios de los Trabajadores Mayores, de 1990 (Older Workers Benefit Protection Act 1990, OWBPA)<sup>297</sup> modificó la ADEA 1967 para prohibir expresamente a los empleadores negar determinadas ventajas o beneficios a empleados mayores. El Congreso reconoció que el coste de proveer ciertas ventajas para los trabajadores de más edad eran superiores al coste de proporcionar aquellas mismas ventajas para trabajadores más jóvenes, y que aquellos superiores gastos pudieran crear un desaliento para contratar a trabajadores mayores. Por lo tanto, la ley dispuso que en limitadas circunstancias, a un empleador le pueden permitir la reducción de ventajas basadas en la edad, mientras el coste del ofrecimiento de las ventajas reducidas para trabajadores mayores sea el mismo que el coste de proporcionar tales ventajas para el trabajador más joven<sup>298</sup>.*

*Esta Ley<sup>299</sup>, de enojosa lectura, viene a significar o constituir otra muestra de discriminación por razón de edad, pese a todas las declaraciones que en sentido contrario manifiesta la propia ley. Basta con acudir, a modo de ejemplo, a los datos sobre los límites de ventajas económicas que se señalaban en 1990<sup>300</sup> para las ventajas o prestaciones de salud.*

---

<sup>297</sup> US Equal Employment Opportunity Commission.[En Línea] Disponible en :<http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/owbpa.html> [Consulta 19 junio 2009].

<sup>298</sup> US Equal Employment Opportunity Commission, "Facts About Age Discrimination". Disponible en: <http://www.eeoc.gov/facts/age.pdf>. [Consulta 21 junio 2009], que dice: "(...)Therefore, in limited circumstances, an employer may be permitted to reduce benefits based on age, as long as the cost of providing the reduced benefits to older workers is the same as the cost of providing benefits to younger workers".

<sup>299</sup> The Catholic University of America, Summary of Federal Laws, [En línea] Disponible en: <http://counsel.cua.edu/fedlaw/Older.cfm> [Consulta 21 junio 2009].

<sup>300</sup> US Equal Employment Opportunity Commission.[En Línea] Disponible en : <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/owbpa.html> [Consulta 19 junio 2009]: que prevé unos importes de prestaciones o beneficiós en los siguientes términos (para la economía de un trabajador

*7. Otra visión de la legislación antidiscriminatoria por razón de edad: el Código de Derechos Humanos de Ontario.*

---

*La Comisión de Derechos Humanos de Ontario ha tenido una importancia fundamental en la lucha antidiscriminatoria, incluida la discriminación basada en la edad o por razón de edad<sup>301</sup>. De interés resultan los principios por los que se rige el Código de Derechos Humanos de Ontario de 1962<sup>302</sup> (Revisado en 1990) fundamentado en el reconocimiento de la dignidad y el valor de cada persona, y presentando como una política pública el respeto y el entendimiento para proveer a la igualdad de derechos y oportunidades sin discriminación, de modo que cada persona se pueda sentir parte y contribuir a la comunidad.*

*El Código de Derechos Humanos de Ontario prohíbe la discriminación por razón de edad en diversas áreas sociales, aunque la mayor cantidad de reclamaciones por aquel tipo de discriminación se produce en las áreas de Empleo y Servicios. Por diferencia a la normativa establecida por la Ley Federal ADEA 1967, que rige en todos los Estados Unidos, el Código de Derechos Humanos de Ontario es de aplicación únicamente para esta provincia del Canadá, no existiendo, hasta el presente, una Ley general antidiscriminatoria canadiense. Otro rasgo privativo del Código Ontario es que no hay un límite establecido en la edad para ser sujeto de discriminación, pues la protección del Código de Derechos Humanos de Ontario (en adelante: OHRC) comprende a todas las personas que tienen más de 18 años, siendo esta edad, asimismo, la que otorga la mayoría de edad civil.*

*Como principios que establece el Código de Derechos Humanos de Ontario (OHRC), a diferencia de la ADEA 1967 norteamericana, el propósito del Código de Ontario es prevenir los ataques a la dignidad humana y la libertad que se llevan a cabo mediante la imposición de desventajas o cargas, los estereotipos y los prejuicios políticos o sociales. Pero del mismo modo que en la ADEA, hay en el*

---

norteamericano en 1990: "If the obligation of the employer to provide retiree health benefits is of limited duration, the value for each individual shall be calculated at a rate of \$3,000 per year for benefit years before age 65, and \$750 per year for benefit years beginning at age 65 and above, y (ii) If the obligation of the employer to provide retiree health benefits is of unlimited duration, the value for each individual shall be calculated at a rate of \$48,000 for individuals below age 65, and \$24,000 for individuals age 65 and above".

301 ONTARIO HUMAN RIGHTS COMMISSION: policy on discrimination against older people because of age. [En línea], enero de 2007. Disponible en <http://www.ohrc.on.ca/en/resources/Policias/agepolicyen/pdf>. [Consulta 3 de enero de 2007].

302 ONTARIO HUMAN RIGHTS CODE [En línea]. Disponible en: [http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws\\_statutes\\_90h19\\_e.htm](http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90h19_e.htm) [Consulta 8 enero 2007].

*Código Ontario – Art. 11 –la previsión de causas justificativas de la discriminación por razón de la edad; pero esas causas justificativas alegadas necesitan, asimismo, demostración ante el tribunal que conoce la demanda, probando que esa discriminación es o constituye un BFR<sup>303</sup> (un requisito de buena fe), que excluye el carácter discriminatorio de la pauta o norma.*

*Por último, y en el caso de la discriminación directa o de efecto inverso, la Corte Suprema del Canadá ha dispuesto la llamada prueba de los tres pasos (three-step test), que sirven para la determinación de si una norma, factor, requisito o pauta discriminatoria en el empleo pueden ser justificados como una BFR (Bona Fide Requirement o requisito de buena fe). De modo que el demandado por discriminación viene obligado a probar que la pauta, factor, requisito o norma discriminatoria por razón de edad:*

1. Se adoptó para un propósito o meta racionalmente unido o relacionado con la función a realizar.
2. Tales pautas, factores, requisitos o normas fueron adoptadas de buena fe, en la creencia de que eran necesarias para el cumplimiento del objetivo o meta.
3. El requisito, pauta, factor o norma es razonablemente necesario para cumplir su propósito. El demandado no podría complacer al reclamante sin estar obligado a cumplir con una carga excesiva, (*hardship*) o verse sometido a una penalización indebida

*Por otra parte, y para evitar prácticas discriminatorias, el Código de Ontario prohíbe anuncios de trabajo que directa o indirectamente indican cualificaciones por la edad o reservas o modificaciones por la edad en la contratación. Tampoco deben indicarse o señalarse, ni directa ni indirectamente, reservas, modificaciones o cualificaciones basadas en la edad. Con la anterior finalidad en los anuncios deben eludirse las declaraciones que estén relacionadas directa o indirectamente con la edad; y en las solicitudes de trabajo sólo se puede preguntar si el interesado es mayor de edad o menor de 65 años. Ninguna otra pregunta o cuestión en relación con la edad puede ser requerida. Por otra parte, en las entrevistas de trabajo sólo se*

---

<sup>303</sup> Siglas que corresponden a la expresión: *Bona Fide Requirement*, lo que puede traducirse como requisito de buena fe, y de la que es un trasunto casi exacto la excepción de la Buena Fe Ocupacional admitida por el art. 14.2 la Directiva 2006/54, de 5 de julio, que se ha incorporado al ordenamiento jurídico español en el art. 5, apdo. 2 de la Ley de Igualdad [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres].

*admiten cuestiones relacionadas con la edad si el empleo se dirige especialmente a personas de 65 o más años, si el empresario busca a un particular grupo de personas para la organización, o bien, si la edad es un BFR (Bona fide Requirement: requisito de buena fe, o excepción de Buena Fe Ocupacional).*

#### *8. Los Derechos Humanos como valladar contra la discriminación laboral por razón de edad. Diferentes concepciones sobre el sistema jurídico y los Derechos Humanos en Estados Unidos y Europa*

---

Conviene, empero, esbozar un breve apunte explicativo del tema que nos ocupa, puesto que se trata de la discriminación por razón de edad que ocurre la sociedad norteamericana, donde muy tempranamente se encuentran ejemplos de la preocupación por el tema mencionado, pues uno de los primeros artículos publicados sobre este hecho laboral data de 1938, con el título «Causes of Discrimination against Older Worker»<sup>304</sup>. Por otra parte, hay que destacar algunas características que diferencian el modo de entender los sistemas jurídicos y los derechos humanos en Estados Unidos y en Europa (el derecho al trabajo es un importantísimo derecho humano, como establece la Declaración Universal de Derechos Humanos, a que se hará mención en el Capítulo 6 de esta investigación).

*PETERSMANN*<sup>305</sup> refiriéndose a la distinta concepción sobre los derechos humanos que puede darse en América y Europa, señala: “mientras que los liberales anglo-americanos (como John LOCKE y Robert NOZICK) conciben los derechos humanos [en número limitado] (derecho a la vida, libertad, y propiedad) y legitiman, restringidamente, los poderes del Gobierno, las modernas teorías constitucionales de Europa sugieren proteger la libertad humana y el desarrollo personal en general como máxima igualdad en la libertad, sujeta a una legislación democrática que debe proteger y equilibrar los derechos humanos de una manera no discriminatoria, necesaria y proporcionada”.

---

<sup>304</sup> “Monthly Labor Review”, núm.46, mayo, 1938, *apud* New York Legislature, Joint Legislative Committee on Discrimination in Employment of the Middle Aged, Preliminary Report (1938).

<sup>305</sup> PETERSMANN, E.U., *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, Italia, Badia Friesolana, European University Institute, Working Paper Law, núm.17, 2003, pág. 5: “While Anglo-American libertarians (like John Locke and Robert Nozick) conceive human rights (e.g. to life, liberty and property) and legitimate government powers narrowly, modern European constitutional theories suggest to protect human liberty and personal self-development broadly as maximum equal freedom subject to democratic legislation that must protect and balance human rights in a non-discriminatory, necessary and proportionate manner”.

*Cuestiones tales como el incremento del número de trabajadores que alcanzan una avanzada edad, simultaneado con el aumento de los jóvenes que acceden o quieren incorporarse al mercado de trabajo; los requerimientos de capacidades, adiestramientos y habilidades que definen a muchas actividades u ocupaciones ejercidas por trabajadores de edad madura, así como la nula capacitación que, por otro lado, demanda el ejercicio de otras tareas y trabajos que se entienden “propios” de los jóvenes sin formación o con una formación mínima — peones de oficios varios, repartidores, ayudantes y aprendices que se tornan invisibles en el mercado negro laboral — son también un dato a tener en cuenta para solucionar el desempleo y su incidencia entre los jóvenes. Pero el más acusado desempleo estructural es el que viene provocado, señaladamente, por la discriminación contra el trabajador maduro o mayor, que siempre resulta más oneroso de mantener en nómina para la empresa, mientras está vigente su contrato, con lo que la deriva hacia la jubilación o asistencialización deviene, en frecuentes ocasiones, el triste epílogo de una vida dedicada al trabajo.*

#### 9. Antecedente en el derecho español de necesario examen: la pensión de jubilación

*Si se conviene en que el sistema de jubilación está pensado y fundamentado en la idea principal de que el trabajador de cualquier género, llegado al momento de su epílogo vital, tiene derecho tanto al descanso como a vivir la vida que le queda en dignidad, esto es, en lo que en palabras de MARGALIT<sup>306</sup> se entiende como vivir en una sociedad decente, hemos de hacer referencia, aun cuando de modo sucinto, a la medida que en el sistema de trabajo occidental se ha tenido como remedio, o al menos intento de solución, a la situación humana y social de la persona que, llegado un momento de la vida, ya no puede trabajar, dificultad motivada generalmente por la pérdida del vigor y la fuerza de la edad juvenil o adulta, o bien, en el supuesto positivo, porque tal persona reúne unos determinados requisitos que le permiten el cese voluntario en el trabajo, lucrando una pensión de jubilación.*

*El trabajador mayor, sea mujer u hombre, tiene derecho al reposo, compaginando tal derecho con la continuidad del goce de una vida digna en su entorno e integrado en*

---

<sup>306</sup> MARGALIT, A., *La sociedad decente*, (1ª ed.), Barcelona, Paidós, 1997, define en la pág. 15: “Una sociedad decente es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas”, definición que hemos de poner en relación con el concepto de humillación para llegar al pensamiento combativo o compasivo de lo que el autor entiende como sociedad decente (pág.22): “Una sociedad decente es aquella que combate las condiciones que justifican que quienes forman parte de ella se consideren humillados”.

*su grupo social. No puede aceptarse, por tanto, que el declive físico o mental propio e inherente, por general, a la vejez, suponga al mismo tiempo un medio de irradiar al trabajador, cuando se acerca a la madurez física, de la sociedad asentada sobre el esquema producción-ganancia-producción: el tormento del poderoso Tántalo moderno, sumido en un universo que le ofrece de todo por un precio, menos la posibilidad de detener el paso del tiempo. Cuando nuestro Tántalo es un simple trabajador, la senectud puede convertirse en la causa de que toda la sociedad se vuelva contra él, adoptando gestos profundamente inhumanos e indecentes, porque cualquiera de las palabras, movimientos o necesidades propios de la persona anciana y desvalida puede encontrar, frecuentemente, como única respuesta la humillación institucional así como la proveniente de los otros conciudadanos<sup>307</sup>.*

#### *Ineptitud presunta del trabajador por causa de la edad*

---

*No existe todavía un concepto de jubilación, aunque en los apartados 13, 14 y 15 de este capítulo, se establecen algunas referencias a la noción de jubilación, para intentar comprenderla, dado el vacío conceptual de esta institución jurídica. Las consecuencias que a esa carencia se pueden atribuir también han sido objeto de un acurado estudio<sup>308</sup>. No está de más recalcar como se ha venido produciendo una lenta incorporación al lenguaje común de la asimilación de trabajador maduro o mayor a trabajador incapacitado o inútil para el trabajo. Se acepta o al menos lo*

---

<sup>307</sup> MECHOULAN, H., *Razón y Alteridad en Fadrique Furió Ceriol*, Madrid, Editora Nacional, 1978. De FURIÓ CERIOL cautiva su bondadoso valor o su valentía bondadosa. Y como este trabajo tiene por núcleo o eje un aspecto, cual es el de la discriminación referida al trabajador de edad madura, quizá puedan traerse a colación palabras que viven desde mucho antes de la Revolución de 1789, solidaria y fraternalmente, en el espíritu de cualquier persona de buena fe, aunque fueran escritas en 1559, por un nobilísimo español, hijo de Valencia, que las torna firmes y duraderas: “No hai más de dos tierras en todo el mundo: tierra de buenos y tierra de malos. Todos los buenos, agora sean Judíos, moros, gentiles, Cristianos, o de otra secta, son de una mesma tierra, de una mesma casa i sangre: i todos los malos, de la misma manera” (pág.62). FURIÓ CERIOL fue “el primero, en España, y tal vez hasta en Europa, que clamó en defensa de la solidaridad y de la razón durante la segunda mitad del siglo XVI” (pág.67). La razón, como instrumento de acción y medida, que para FADRIQUE FURIÓ se alzaba, junto a la solidaridad, por encima de todo, quizá resulte de necesaria recuperación en estos momentos en que las uniones políticas, económicas y culturales, se hacen y deshacen deslumbradas por espejismos tan falsos como caprichosos: el desconocimiento del otro alimentado por la soberbia y la tosca sobrestimación de lo propio que nos lleva a la pesadilla y a la ceguera moral; carentes ambos sentimientos de alteridad y razón.

<sup>308</sup> CAMÓS VICTORIA, op.cit. pág.43: “Esta falta de determinación de la vejez objeto de protección está acentuada en el caso español ante la falta de una exacta o cuando menos mínima definición legal de jubilación, ya que ni los textos precedentes ni el texto vigente de la LGSS, a pesar de iniciar el capítulo de la jubilación o, en su caso, de la vejez, bajo la rúbrica de concepto, han dado o dan un concepto de la misma. Se limitan a fijar en qué consiste la prestación económica a que da derecho la jubilación y cuáles son sus características fundamentales”.



*parece, la presencia de una clase de ineptitud sobrevenida por razón de edad que poco a poco, y por motivos que la desmienten – entre ellos los de índole económica -, convierte, de hecho, a la edad en motivo suficiente para la exclusión laboral. Contradictoriamente, se dan dos hechos que van en contra de esta tendencia; primero, que en un futuro de escasas décadas la población anciana va a resultar mayoritaria en las sociedades occidentales, especialmente la europea. Y por otra parte, en el terreno laboral, esa población mayor debe encontrar encaje en el mundo del trabajo, puesto que en esta época una persona que roce la edad comprendida entre la cincuentena o la sesentena sirve y vale, perfectamente, para llevar a cabo cualquier obligación laboral de carácter normal, que no requiera dotes extraordinarias de potencia física.*

*En el momento actual, observando siempre la realidad con necesaria prudencia, no puede sino apreciarse la progresiva divergencia, distanciamiento, entre lo que significa el derecho a la jubilación y la pretextada situación de incapacidad por cumplimiento de una edad. El “abandono definitivo de la noción o el concepto de vejez para hacer referencia a la jubilación como contingencia protegida”<sup>309</sup> se produce a partir del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974.*

#### *10. Aspectos sociales de la jubilación*

---

*De lo antedicho pueden observarse los tres conceptos con que hasta el presente se ha intentado abordar la naturaleza de la jubilación: desde una primera noción de retiro por pura presunción de incapacidad laboral, pasando por un segundo momento en que es la vejez, el dato frío de llegar a una edad, el que parece establecer un cese por causa objetiva —el cumplimiento de una determinada edad— de la actividad laboral, para llegar al momento presente en que se proponen, como en una amalgama de conceptos jurídicos con diferentes sentidos que, cada uno de por sí, quiere acertar en diferente diana y significado: a) jubilación como acto de jubilarse (dejar de trabajar); b) jubilación como prestación económica que se recibe reuniendo los requisitos para lucrarla; c) jubilación como derecho al descanso y, por último: d) jubilación como medida de empleo o desempleo.*

---

<sup>309</sup> Ídem.

Puede llegarse, por lo ya visto, a elaborar una definición, aunque sea negativa, del concepto de jubilación que nos sirva para enlazar la mayor edad del trabajador con el cese voluntario — no obediente a razones de discapacidad o de disminución de sus facultades mentales o físicas —, en la actividad laboral al cumplir la edad que le posibilite el tener acceso a los beneficios de la prestación económica o de otro tipo en que la jubilación consista. Lo que permite entender la jubilación como derecho al cese laboral voluntario, percibiendo el trabajador una prestación económica o de otro tipo, que posibilita la continuidad de su integración social, de su inclusión social, o dicho por pasiva, que el trabajador jubilado, a título contributivo o no contributivo, no ingresa en lo definido como grupos de marginación social.

*Para evitar precisamente la situación de marginación del trabajador hombre o mujer, de más edad, de la persona que ha llegado al fin de su ciclo laboral – en el caso de ser mujer, el gran injusto social es que ha cumplido, muchas veces, varios ciclos laborales, como mínimo dos: en el hogar familiar y, con suerte, en la empresa, sin percibir la contraprestación que un mínimo sentido de la justicia reclama- y ya no posee fuerza de trabajo que vender en el mercado, el Estado ofrece distintos sistemas de ayuda tendentes a lograr la inclusión social del trabajador una vez concluido su ciclo laboral, o evitar al menos la marginación, ofreciendo un mínimo de esperanza de vida en condiciones dignas a los trabajadores. Llegamos así a las primeras configuraciones de la pensión de jubilación, variopinta y de facetas múltiples, que en nuestro sistema jurídico resulta una institución relativamente reciente. En esta tesitura resulta adecuado cotejar las circunstancias previas de cualquier figura jurídica para entenderla en el momento histórico presente, y mucho más cuando ésta guarda relación o es producto de los sistemas de relaciones laborales, para ver qué se intenta proteger realmente—cuál es el bien real en juego—, y cómo la clase dominante arroja la defensa de sus intereses en cada momento.*

*Así, parece un tanto llamativo que, remontándose al precedente europeo más antiguo del sistema jubilatorio por cumplimiento de la edad legalmente prevista, BISMARCK fijase la edad de jubilación en los setenta años, cuando la media de vida en Alemania se agotaba en los cincuenta años. En España, las cosas en este terreno—con unas clases dirigentes similares a las alemanas en su capacidad de utilizar al Estado en su propio y exclusivo beneficio, aunque en un país bastante menos desarrollado—no fueron diferentes: en 1919 se fija el primer seguro social obligatorio, y “se establece la edad legal de jubilación en los sesenta y cinco años,*

*cuando la esperanza media de vida al nacimiento de los españoles era de cuarenta y un años*<sup>310</sup>. Sobran mayores comentarios.

*Se ha visto, por tanto, que la jubilación, como medio de respeto y consideración para el trabajador en su ancianidad, es decir, como media de protección a la vejez, fue en sus comienzos tanto una mentira como un brindis al Sol, dado el imposible azar de que algún raro o infrecuente trabajador llegare a lucrar tal beneficio jubilatorio: un medio para apaciguar la desesperanza, posible fuente de revolución de la clase trabajadora, en un apagado estado de latencia de la fuerza de trabajo. Sobre la diferencia entre edad real y edad legal de jubilación, baste añadir en este momento la aclaración de MARTÍNEZ NOVAL<sup>311</sup>. Si se efectúa una mirada retrospectiva al camino histórico de la jubilación en España, amén de convenir en que dicho camino presenta características, al menos en lo referido a la jubilación forzosa, que bien pueden definirlo de sinuoso, cuando no tortuoso<sup>312</sup>, se puede aseverar que la jubilación actualmente “es una de las prestaciones centrales del sistema de Seguridad Social, regulado en el Cap. VII de la LGSS”, añadiendo: “(...) en cuanto al concepto y caracteres de la jubilación que el Art. 160 LGSS, se refiere a la prestación económica por causa de jubilación. Se confunden la jubilación como acto y la prestación a que da derecho. No existe un concepto de la contingencia protegida”<sup>313</sup>, aunque el art. 160 LGSS mentado, define que «la prestación económica consistirá en una pensión vitalicia, única para cada beneficiario».*

#### 14. Extinción del contrato de trabajo por causa de edad

---

*PARA MONTOYA MELGAR<sup>314</sup>: “antes que cualquier otra cosa—antes que sindicado o afiliado a la Seguridad Social, etc.—el trabajador se define jurídicamente como*

---

<sup>310</sup> MARTÍNEZ NOVAL, L., “Cuestiones en relación a la jubilación en el Sistema español de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm.60, extraordinario de Seguridad Social 2006, pág.60.

<sup>311</sup> Ídem: “La edad legal la fija la Ley General de Seguridad Social en su artículo 161 a) en el que la establece los 65 años. La edad real, por el contrario, es optativa para el trabajador y es él mismo quien determina cuál es el mejor momento sobre la base de sus circunstancias personales y en el marco de los resquicios que las normas le proporcionen”. (pág.59).

<sup>312</sup> TORTUERO PLAZA, J. L., *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Madrid, Civitas (Cuadernos Civitas), 2002, pág. 22.

<sup>313</sup> CAMÓS VICTORIA, I. “La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social”, en SEMPERE NAVARRO (Dir), *et al.*, *Pensiones por Jubilación o Vejez*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2004, pág. 41.

<sup>314</sup> MONTOYA MELGAR, A, *Derecho del Trabajo*, (27ª edición), Madrid, Civitas, 2006 (pág. 277).

*sujeto de un contrato, el de trabajo; ésta es la razón por la que estudiamos el concepto de trabajador precisamente al tratar del contrato de trabajo”. Que el contrato de trabajo se pueda dar por finalizado por la única causa de haber cumplido el trabajador una edad determinada, ha constituido y constituye ahora mismo un error y una grave injusticia. Mas tampoco se pueden minusvalorar aquellos datos de público conocimiento, motivo a veces de divulgación periodística y en otras de valiosos estudios, a la hora de ponderar la situación que vive el trabajador europeo de nuestra época (2015): hemos asistido a unos años de continuos reajustes de plantillas, de rigidez y abuso en la contratación laboral, de permanente fraude en las relaciones laborales—con la aparición de los llamados contratos basura—, y un largo etcétera de prácticas empresariales reprochables, pretextadas en parte por el encarecimiento del precio de la energía obtenida de los hidrocarburos (aunque los costes salariales sean siempre los más fáciles de recortar en la empresa).*

*Contradictoriamente, y durante este mismo período, se ha podido asistir a un enriquecimiento descontrolado de las grandes compañías capitalistas, sean del tipo que fueren. Y en esta tesitura, Europa constituida en Unión de Estados, al menos económica y simbólicamente mediante la moneda única, advierte que debe mirar al trabajador como lo que es: una persona que no pierde ningún valor, dignidad ni derecho al llegar a su lugar de trabajo, ni decae de su eficiencia profesional al alcanzar una mayor edad, independientemente de las condiciones o modulaciones que, racional y proporcionalmente, puedan requerirse para el ejercicio de tales derechos inherentes a la persona, cuando ésta se convierte en deudor de trabajo y pretende ejercitarlos en su centro laboral<sup>315</sup>. Para finalizar, se ha de citar a GONZÁLEZ ORTEGA<sup>316</sup>, que afirma: “se asimila la edad como incapacidad y como factor de inempleabilidad que convierte a priori a los trabajadores maduros en sujetos poco productivos, con competencias profesionales obsoletas: lo que justifica el rechazo empresarial a su utilización y, si ocupados, su depreciación laboral (que se traduce en la postergación) o la presión para provocar su jubilación o retiro anticipado”.*

---

<sup>315</sup> *Ibidem*, pág. 307, donde hace referencia, en el acápite 1 del tema 4, al trabajador en estos términos: “El trabajador, titular de derechos fundamentales”, y afirma: “Tales derechos se mantienen en el ámbito del contrato de trabajo, sin perjuicio de determinadas adaptaciones o modalizaciones que procuran equilibrar los intereses del trabajador y el empresario...”. Equilibrio difícil de mantener por simple correlación de fuerzas, que en reiterada jurisprudencia de nuestros tribunales y en sabrosa doctrina se detecta, con dolorosa frecuencia, roto y traspasado por conductas empresariales que rozan y determinan ámbitos laborales de palmaria inconstitucionalidad.

<sup>316</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La Discriminación por Razón de la Edad”, *Temas Laborales*, 2001, núm. 59. pág. 93-124.

*Una tarea que los poderes y los interlocutores sociales de la Unión deben asumir, sin ambages, es la de erradicar aquella falsa e injusta presunción y disminuir sus perjudiciales efectos en el sector de la población laboral de más edad. La Directiva 2000/78, sobre la que se tendrá ocasión de volver, puede significar un avance en la igualdad de derechos de los ciudadanos europeos. No obstante, y a la vista de la Sentencia de 16 de octubre de 2007, del Tribunal de Justicia (Gran Sala), recaída en el asunto C-411/05 (procedimiento Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, SA)<sup>317</sup>, debe hacerse acopio de prudencia en cuanto a la efectividad de una Directiva que deja al albur de la legislación estatal la consideración de si una medida—dicho en términos generales— adoptada por virtud de la fuerza vinculante de la negociación colectiva en un Estado miembro, resulta o no discriminatoria por razón de edad, cuando impone una jubilación forzosa al llegar el trabajador a una edad prefijada en convenio como límite para el ejercicio de su actividad laboral.*

#### 15. Jubilación y vejez: dos facetas de una sola realidad con efectos laborales

*Todavía no se ha formulado por la doctrina un concepto de jubilación; hecho éste que resalta CAMÓS VICTORIA<sup>318</sup>, así como el de su acostumbrada ausencia en la mayoría de sistemas europeos de protección social, con el objetivo de “favorecer la salida del mercado a los trabajadores de más edad”. Hasta la Ley General de Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo) puede afirmarse que la edad, el cumplimiento de una determinada edad legal se tiene como causa incapacitante para el trabajo y, a juicio de CAMÓS VICTORIA, rompe tanto el derecho al trabajo como tal, como el derecho a la jubilación regulado por la OM 1/7/53<sup>319</sup>. Cabe señalar que desde la LGSS de 1974, el concepto de jubilación, existiendo desde ese momento una Ley general de Seguridad Social, pasa de tener su causa definitoria en el hecho físico de vejez o ancianidad, para trasladarse a la noción técnica de contingencia—la más importante— protegida por el Sistema de Seguridad Social. Sobre esa contingencia actúan ambas normativas, la propia del Derecho del Trabajo así como la normativa propia de la Seguridad Social.*

---

<sup>317</sup> “Asunto C-411/05, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Juzgado de lo Social número 33 de Madrid, mediante auto de 14 de noviembre de 2005”.

<sup>318</sup> CAMÓS VICTORIA, I. “La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social”, *op. cit.*, pág. 42.

<sup>319</sup> Ídem.

*Se ha de advertir, por otro lado, que el concepto de vejez es mucho más extenso que el ofrecido por el término de jubilación. La vejez, a estos efectos, fue entendida y ha sido tratada, hasta la primera Ley General de Seguridad Social, como una invalidez o una incapacidad presunta en todo trabajador anciano, justo al llegar al límite legal de edad para cesar en el trabajo. No obstante, la Seguridad Social, mejor dicho, el sistema de Protección Social puede facilitar, al menos en el plano teórico, y dependiendo de condicionantes personales y estatutos territoriales (la residencia en tal o cual Comunidad Autónoma, por razón de tener conferidas éstas, en exclusiva ex Art. 148, 1,20 de la Constitución Española de 1978, el ejercicio de las competencias en materia de Asistencia Social), otras “prestaciones adicionales que son elemento esencial de la protección”<sup>320</sup>. Para CAMÓS VICTORIA<sup>321</sup>: “la Seguridad Social (como protección social), asume el riesgo de la vejez como riesgo protegido (...) protección ofrece un más allá del simple ofrecimiento de una prestación económica (...) ofrece un conjunto de prestaciones adicionales (...) [que se] presentan como servicios sociales de asistencia a la tercera edad (art. 50 CE) (...) garantiza la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”.*

En el ámbito material, el de la realidad cotidiana que de continuo sirve de piedra de toque a los mejores afanes, no resultaría muy aventurado el caer en la afirmación contraria a la sustentada por CAMÓS VICTORIA: ni la actuación conjunta de los dos grandes pilares del sistema de Protección Social, la Seguridad Social por su lado, más la Asistencia Social transferida a las Comunidades Autónomas, por el suyo, pueden hoy seriamente garantizar suficiencia económica de tipo alguno; ni tan siquiera para los desempleados jóvenes. Baste, por todas las argumentaciones, la imagen o noticia, repetidas frecuente y dolorosamente, del hallazgo tras días o semanas de silencio o ausencia no detectados de los cadáveres de ancianos, mujeres u hombres, en sus domicilios—si los tienen—o en la calle, cuando la persona marginada ha llegado el extremo último de la indigencia; tal hecho es la falsación de cualquier proposición que afirme la capacidad del actual Sistema de Protección Social para poner remedio a la soledad asistencial de los ciudadanos en su ancianidad o vejez.

---

320 *Ibidem*, pág.45.

321 *Ídem*.

## 16. Metamorfosis y tendencias actuales de la jubilación

---

El concepto técnico de jubilación representa tres grandes sentidos o ideas a lo largo de su evolución doctrinal (desarrollada en el anterior apartado 13): en un primer momento, la jubilación se equipara a invalidez o incapacidad por causa exclusiva de haber alcanzado una edad. En un etapa posterior se abandona la noción de edad como causa directa de invalidez para el trabajo; y en la época actual la doctrina descubre en la jubilación tres elementos: el hecho en sí de la jubilación, el acto de jubilarse, y la pensión de jubilación. Sin entrar en mayores disquisiciones, puesto que en esta materia la bruma todavía impide apreciar con nitidez los perfiles de la institución jurídica que se examinar, al menos en su aspecto de prestación económica con cargo a la Seguridad Social, sí que puede verse la jubilación, en cierta manera, vinculada al derecho al descanso del trabajador<sup>322</sup>, como un *tertium genus*, diferente de la jubilación como equivalente a invalidez o incapacidad, o de jubilación como medida (en sus diferentes matices: anticipada, parcial, flexible o postergada) de una política de empleo [o desempleo], pues violenta a la razón el afirmar que la eliminación de puestos de trabajo puede contribuir a la creación de empleo.

*En un apartado importante para comprender la institución de la jubilación en relación a la incapacidad por causa de la edad —una invalidez presunta, endosada y atribuida gratuitamente al cumplimiento de un dato de mera cronología—, se ha visto anteriormente que en un primer momento, el fundamento de la jubilación como medida a favor del trabajador, mujer u hombre [una jubilación que se podía empezar a disfrutar en el justo momento en que la esperanza matemática de vida de la mayor parte de trabajadores devendría cero o nula], era la idea de que la persona anciana tuviere o hubiere en sus últimos años derecho a un vivir con las necesidades elementales cubiertas, al menos, y tal vez como máximo. Es decir, estamos todavía muy lejos de lo que, trasladando el razonamiento de MARGALIT<sup>323</sup> a*

---

<sup>322</sup> CAMÓS VICTORIA, I. “La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social”, *op. cit.* pág.46.

<sup>323</sup> MARGALIT, A., *La sociedad decente*, *op.cit.* pág. 22: el autor define a la sociedad decente como aquella que combate las condiciones que justifican que quienes forman parte de ella se consideren humillados. Pocas veces puede darse mayor motivo para ese sentimiento que el andar desprovisto de calor, compañía y derechos en una sociedad, como ésta, que ha vuelto a hacer de la rapiña del más débil, del triunfo aparente, la razón de la economía, la política y todo el entramado social. Progresamos hacia la injusticia social a una velocidad increíble, apenas dulcificada, paliada, por la intervención de organismos internacionales, entre ellos la OIT, y el Consejo de Europa, que por desgracia decaen de su posible ascendencia moral sobre el grupo social dirigente en el momento en

las consecuencias de la jubilación, podríamos definir como vida digna: una vida decente, una vida en la que el trabajador maduro o mayor no tenga que sufrir humillaciones de tipo alguno por razón de su edad y género, aunadas, frecuentemente, al cese en la actividad laboral. Pueden advertirse tres grandes tendencias actuales en cuanto a la fijación de la edad de jubilación, que nos vienen perfiladas por TORTUERO PLAZA<sup>324</sup> de la manera siguiente: a) elevación ponderada de la edad de jubilación; b) desincentivación o penalización de las jubilaciones anticipadas; c) fomento o incentivación del retraso en el acceso a la jubilación. El mismo autor nos indica la necesidad de “conseguir un punto de equilibrio entre políticas de empleo y políticas de pensiones”<sup>325</sup>, al tiempo que asegura la similitud de problemas y tendencias que se dan en todos los estados de la Unión Europea.

#### 17. La discriminación del trabajador maduro por razón de edad en España y Europa. Visión normativa y jurisprudencial

---

Se viene produciendo un rápido y vertiginoso cambio de industrias y actividades laborales con notables efectos en la estructura de la plantilla activa (la que todavía no puede ser jubilada forzosamente), de la empresa: los cierres de plantas, las deslocalizaciones de empresa y las recolocaciones, anunciadas unas veces y precedidas otras de los correspondientes expedientes de regulación de empleo, no son noticia en los medios de comunicación españoles; ni el sesgo, en ocasiones visiblemente autoritario y antidemocrático que presenta el despido *contra legem* pero despido libre de facto, en razón de la pertenencia de un trabajador a tal o cual sindicato<sup>326</sup>.

En España se ha vivido la respuesta de los sindicatos al desempleo - en una postura difícilmente asumible o comprensible -, presionando para anticipar las jubilaciones, lo que permite albergar serias dudas acerca de la eficacia de la función de aquellas

---

que el trabajador se encuentra solo frente a su contrato y la dirección o gerencia de la empresa. Ésa es la soledad de soledades, para cuya erradicación se torna forzosa y necesaria, cada día lo es más, la presencia y combatividad de un sindicalismo de nuevo cuño, que encontrará frente a sí una tarea de prolongado esfuerzo en pos del bien común.

324 TORTUERO PLAZA, J. L., Jubilación forzosa... op.cit. pág. 22.

325 *Ibidem*, pág. 26.

326 *Revista Rojo y Negro*. [En línea]. Recoge la noticia de las sentencias de readmisión de trabajadores afiliados a CGT, que se opusieron al Expediente de Regulación de Empleo de SEAT, y fueron despedidos por la empresa en una medida claramente anticonstitucional de discriminación por razón de pertenencia o filiación sindical. Disponible en: [http://www.rojoynegro.info/2004/article.php?id\\_article=11836](http://www.rojoynegro.info/2004/article.php?id_article=11836) [Consulta: 20 enero 2007].



organizaciones, las sindicales, fundamentales para la defensa de los derechos del trabajador, cuando su funcionamiento y sostenimiento se ve encaminado y dirigido por el origen, gubernativo-estatal, de sus fondos presupuestarios. Asimismo se puede aventurar, aunque el modelo sindical español no permite, en estos momentos, su equiparación con el norteamericano de los años 60, que la presencia de un sindicato fuerte y honesto en una determinada empresa puede desempeñar un papel importantísimo a la hora de ajustar, social y empresarialmente, la actitud hacia el trabajador de mayor edad en el ámbito laboral.

Sin negar el papel que puede y debe desempeñar un recto sindicalismo en la regulación y defensa de los derechos de sus afiliados, hay que dejar constancia, sin menoscabo para esa necesaria representación en el mundo laboral, que todavía, en España, la afiliación sindical, y por su consecuencia, la capacidad de modulación de las relaciones laborales por los sindicatos, son dos elementos de un binomio cada vez más necesitado de revisión y discusión acerca de la función, estructura y funcionamiento de esta relevante institución de origen y finalidad laboral y configuración constitucional.

### 18. Vicisitudes de la jubilación forzosa en el Estatuto de los Trabajadores

Para fundamentar un análisis de la discriminación laboral por razón de edad, parece necesario llevar a cabo una referencia previa, siquiera sea breve, a la regulación que ha recibido la jubilación forzosa, desde los primeros intentos de fijar la edad de cese de la actividad laboral con una aducida finalidad tuitiva del trabajador<sup>327</sup>, hasta las disposiciones que sucesiva y contradictoriamente han venido regulando en España, desde la promulgación de la Constitución de 1978, el derecho y deber de la persona en relación a su capacidad laboral, así como la incidencia que sobre esta clase de capacidad de obrar puede tener tanto la actividad decisoria del Gobierno como la negociación formalizada en convenio colectivo, fuente de derecho reconocida por el ordenamiento jurídico<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Tirant Monografías, núm. 178, 2001; donde nos trae noticia de las primeras disposiciones provenientes de la OIT del modo siguiente (pág. 184) : "Antes del Estatuto, las manifestaciones de jubilación forzosa tienen un sentido muy distinto al del reparto de empleo, estaban más en la línea de la OIT, aminorar la edad de jubilación por razones de excepción, penosidad, toxicidad, peligrosidad e insalubridad (Art. 161.2 LGSS)".

<sup>328</sup> Art. 3, apartado b) del Estatuto de los Trabajadores.

Con carácter meramente enunciativo se relacionan a continuación las distintas apariciones y desapariciones del mundo del Derecho del Trabajo de la jubilación forzosa — como un Guadiana jurídico que aún no ha mostrado todos sus veneros y remansos—, con hondos efectos negativos en la Protección Social de una parte de la población trabajadora, desde el momento de aprobarse el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) de 1980:

*I) Disposición Adicional Quinta del ET aprobado por Ley 8/1980, de 10 de marzo, establece la jubilación forzosa en todo caso al cumplimiento por el trabajador de los sesenta y nueve años de edad. La Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 22/1981, de 21 de julio, declara inconstitucional la extinción incondicionada de la relación laboral por el simple cumplimiento por el trabajador de los 69 años. Por otra parte, la STC 58/1985, de 30 de abril, intenta legitimar la idoneidad del convenio colectivo como fuente creadora de la jubilación forzosa. Ambas sentencias, todavía capitales a la hora de aproximarnos a este tema, esclarecen tres cuestiones que la Disposición Adicional Quinta (ET 1980) dejaban mal hilvanadas: constitucionalidad de la extinción del contrato de trabajo por el mero cumplimiento de una determinada edad; la potestad del gobierno para fijar edades de jubilación forzosa (que nunca ha llegado a utilizar) y sus requisitos, y la figura del convenio colectivo como medio apropiado de establecimiento de jubilaciones forzosas.*

II) Disposición Adicional Décima del ET, que cambió el nombre de Quinta (ordinal del ET 1980) a Décima, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

III) Derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, aprobado por Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio. Desaparece la posibilidad de pactar edades de jubilación forzosa en convenio colectivo.

IV) Ley 14/2005, de 1 de julio, que resucita a la anteriormente derogada Disposición Adicional Décima del ET (en 2001, ley 5/2001, de 2 de marzo), y ofrece en su exposición de motivos pistas suficientes para hallar tanto la finalidad expresa como la subyacente a la nueva norma.

Las modificaciones torrenciales del Estatuto de los Trabajadores, producto del afán del legislador para adecuar las formas laborales a las necesidades del mercado, pueden contarse por decenas desde la publicación del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, que nos da cuenta de las previsiones, voluntades y medios que piensan

aderezar tanto el Gobierno como los interlocutores sociales en favor del empleo. En este Real Decreto Ley (5/2006) se analizan y descubren los dos grandes problemas del mercado laboral español, a la hora de cumplir los compromisos de la estrategia de Lisboa (compromiso que en general, anuncia el intento de mejorar la situación de los trabajadores): el insuficiente volumen de empleo, y la elevada temporalidad (la más alta de la UE y el doble de la media europea en el momento de la publicación de la norma).

*V) Disposición Adicional trigésima sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE del 2 de agosto), que vuelve a reformar la Disposición Adicional Décima ET, cuyos términos merecen ser traídos a colación, como indicio de lo que supone el sometimiento del legislador a reglas de “política económica”, que dejan los derechos laborales de la parte más débil del contrato laboral – el trabajador – en un limbo jurídico tan injusto como reprochable al poder político, cuya dejación de responsabilidad resulta vergonzante, y apoyándose además en la fuerza vinculante de unos convenios colectivos suscritos con organizaciones cada vez más carentes de representatividad y consiguiente legitimidad para disponer de los derechos de una inmensa parte de la población trabajadora a la que no defienden ni representan<sup>329</sup>:*

Disposición adicional Décima [reformada por la Disposición Adicional trigésima sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE del 2 de agosto)].

Se modifica la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que queda redactada de la siguiente manera:

*Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. «En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguiente requisitos:*

---

329 ORTIZ VARGAS, F.J; “Legitimidad y financiación de los sindicatos considerados “más representativos” en España”, CNT, Cuadernos para el Debate, núm. 1, 2011, Disponible en [http://cnt.es/sites/default/files/dossier\\_legitimidad\\_sindicatos.pdf](http://cnt.es/sites/default/files/dossier_legitimidad_sindicatos.pdf), [Consulta 24 junio 2011], publicado en un tiempo reciente, en el que las reformas contra operario aprobadas con la incomprensible presencia y el acuerdo de las organizaciones sindicales llamadas más representativas, resalta el papel que éstas realmente han venido desempeñando respecto a la defensa de los derechos de los trabajadores.

a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Se habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional.»

VI) Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 7 de julio), que deja sin eficacia a la anterior Disposición Adicional Décima ET reformada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE del 2 de agosto), y modifica, de nuevo, el contenido de las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, con el redactado del siguiente tenor literal:

DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA [redactada según Ley 3/2012, de 6 de julio]. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas.

*Otra de las cuestiones que han sido objeto de abundante comentario doctrinal, está relacionada con la capacidad de los órganos de representación, empresariales y sindicales, para pactar en negociación colectiva edades de jubilación forzosa<sup>330</sup>.*

---

<sup>330</sup> En este tema, la consulta de la doctrina favorable como de aquella otra contraria a que la negociación colectiva pueda ser medio adecuado para el establecimiento de jubilación forzosa, donde notables figuras laboristas campean en ambas corrientes de pensamiento, puede constituir un medio útil para valorar en su conjunto el problema encarado. Puede citarse, sin ánimo exhaustivo, entre otros autores: ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., Derecho del Trabajo, (20ª edición), Madrid, Civitas, 2002; ALZAGA RUIZ, I., "Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", Aranzadi Social, núm. 11, 2003; GARCÍA MURCIA, J., "El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador", Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 19, 1984; GARCÍA NINET, J. I., "Derogación de la Disposición Adicional 10 del ET de 1995. Extinción de la relación laboral al amparo de la cláusula del convenio que establecía la jubilación forzosa a los 65 años...", Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, núm. 161, 2004; GARCÍA VIÑA, J.; "Regulación en Convenio colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (derogación de la D. Adicional

*Puesto que la jubilación tiene efectos, muchos y cuantificables, en el Sistema español de Seguridad Social<sup>331</sup> se han estudiado las tendencias actuales en cuanto a la oportunidad de tal medida, que muestra efectos y reflejos normativos en otras vertientes, amén de las que son propias del Derecho del Trabajo, aunque por mor de las nuevas economías—¿o no tan nuevas?—, y las noveles concepciones y paradigmas jurídicos, se amplían y encuentran distintos ecos y perspectivas en la normativa constitucional, el derecho comunitario y las disposiciones y recomendaciones de organismos internacionales, entre ellos, señaladamente, las NIT (normas internacionales de trabajo), y los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT)<sup>332</sup>.*

*VII) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Mantiene idéntico redactado que la anterior disposición adicional décima, a la que sustituye conservando el ordinal, con el tenor literal siguiente:*

*DISPOSICIÓN ADICIONAL DÉCIMA. Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.*

*Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas.*

---

Décima del Estatuto de los Trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo”, Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral, núm. 124, 2001; GETE CASTRILLO, P., La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo, Valencia, Tirant Lo Blanch, (Tirant Monografías, núm. 178), 2001; GÓMEZ CABALLERO, P., “Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad”, Temas Laborales, núm. 77, 2004; MELLA MÉNDEZ, L., La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2002; MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 2006 (27ª ed.); SASTRE IBARRECHE, R., “La jubilación forzosa por edad”, Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 43, 1990; TAGLIAVIA LÓPEZ, D. E., “La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa”, Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 9, 1982; TORTUERO PLAZA, J. L., *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Madrid, Civitas (Cuadernos Civitas), 2002.

<sup>331</sup> Es interesante el artículo de MARTINEZ NOVAL, I., “Cuestiones en relación a la jubilación en el Sistema español de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm.60, extraordinario de Seguridad Social 2006, pág.59-70. A lo que más puede interesar en este momento, la explicación de por qué “manejamos dos modos distintos de entender la edad de jubilación” (pág. 59 y ss.), donde el autor habla de edad legal y edad real de jubilación. Y la conclusión, nada engañosa, acerca de los niveles de protección que podremos haber en un futuro, con una presión fiscal que el autor concluye como intocable (pág. 70).

<sup>332</sup> Entre ellos, el vigente Convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, ratificado por España en 26 de abril de 1985.

Quizá en este momento resulte oportuno agrupar el tema de estudio en consideración a tres apartados: el primero de ellos, la opinión del propio legislador, manifestada en cada una de las Exposiciones de Motivos que justifican la introducción de la primera regulación de la jubilación forzosa en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, y las posteriores idas y venidas normativas que ésta ha sufrido durante los últimos veinticinco años y hasta el día de hoy en que, gracias a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE del 7 de julio), que deja sin eficacia a la anterior Disposición Adicional Décima ET reformada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, se torna, por razones de índole económica - entre otras, la de paliar el fuerte desempleo y minimizar los costes de la Seguridad Social derivados de la prestación de pensiones de jubilación-, a dejar sin efecto la posibilidad de pactar jubilaciones forzosas en convenio colectivo.

#### *19. La jubilación forzosa en la Disposición Adicional Quinta (DAQ) del Estatuto Trabajadores de 1980*

---

Para el legislador del ET de 1980, la jubilación forzosa se establece en la Disposición Adicional Quinta (en adelante, DAQ), como un efecto de lo previsto en la EM, en referencia al Título III, «De la negociación y de los Convenios Colectivos de Trabajo», donde se persigue el desbloqueo de las relaciones laborales, haciendo que éstas “se desarrollen en un sistema de libertad y atribuyendo su responsabilidad a los interlocutores naturales de esas mismas relaciones (empresarios/trabajadores, o su correlativa representación: organizaciones empresariales y organizaciones sindicales), y tratando de evitar la rigidez en esas relaciones de trabajo, con repercusión desfavorable en el empleo”. Para ello se da “paso a la libre determinación por las partes de las condiciones de trabajo, de la productividad y de la paz laboral”. Uno de los frutos de esta aspiración es el redactado de la Disposición Adicional Quinta (ET 1980), del tenor literal siguiente:

«La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrán el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación./En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

Hay que recalcar que tal medida se publica con la intención de contrarrestar o paliar el fortísimo desempleo de aquella época. Y habría que reseñar, por todos, dos

argumentos que nos parecen capitales para justificar la crítica a esta primera regulación de la jubilación forzosa (ET 1980). El primero de ellos, que remediar una situación de desempleo creando más desempleo, con la amortización (término que significa suprimir, por considerarlos innecesarios, empleos o plazas vacantes en una institución pública o empresa privada) de puestos de trabajo, ni lógica ni laboralmente puede llevar a la conclusión de que estamos ante una medida en favor del empleo. No hubo reparto de trabajo que valga, sino pura y simple destrucción de puestos de trabajo, ya que el número de los contratos de relevo o de sustitución que se firmaron en aquella época fue sencillamente irrisorio<sup>333</sup>. Por tanto, la jubilación forzosa, con amortización incluida, no puede entenderse, en modo alguno, como una medida congruente con una verdadera política de empleo<sup>334</sup>. El segundo elemento a tener en consideración, pues las cosas son lo que son y no lo que se las llama, es que como GETE CASTRILLO afirma: “enmarcada en una política de reparto del empleo existente, la jubilación forzosa se había convertido en el mecanismo que, a la postre, permitiría reducir plantilla sin asumir coste alguno”<sup>335</sup>.

## 20. Jurisprudencia constitucional de la DAQ del Estatuto Trabajadores

---

La dura situación laboral para los trabajadores que conllevó la aplicación de la DAQ, hubo de hallar salida mediante sendas sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante STC); la primera a citar, la STC 22/1981, de 2 de julio, en la Cuestión de Inconstitucionalidad 223/1980, que extractamos en literal, y en la que se juzgaba el despido, con fecha 3 de junio de 1980, de un trabajador de la Empresa «Brown Boveri de España, S. A.», de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores. Dicho trabajador llevaba treinta y cinco años en la Empresa y había cumplido los setenta años, contando sesenta y nueve en la

---

<sup>333</sup> Datos facilitados por comunicación, mediante correo electrónico, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. «MTAS/SSCC1/MTAS@MTAS», [En línea]: Contratos temporales de sustitución por jubilación a los 64 años, de enero de 1985 a septiembre de 2007:38.354. Contratos temporales de relevo: de enero de 2002 a septiembre de 2007: 111.496. [Correo electrónico: 10 octubre 2007].

<sup>334</sup> GETE CASTRILLO, P.; *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, (op. cit., pág. 190 y ss). El autor afirma que dos son los requisitos necesarios para admitir la jubilación forzosa como medida de política de empleo: la no amortización del puesto que deja libre el jubilado forzoso y la justa compensación que éste merece por el sacrificio que se le impone. Además, señala que el verdadero beneficiario de la DAQ es el empresario, y remata): “La jubilación forzosa encajó en los valores de solidaridad, pero no hay suficiente proporcionalidad entre el sacrificio que a unos se impone con la compensación que se les garantiza, ya que sólo se habla de un derecho a pensión que, además, se ha lucrado por derecho propio, no por compensación” (pág.198).

<sup>335</sup> *Ibidem*, pág. 21.

*fecha de entrada en vigor del ET. La Sentencia del Tribunal Constitucional falla: “Que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad”. Aunque todavía quedaran algunos extremos sin aclarar atinentes al asunto de fondo<sup>336</sup>, mas anunciados y pendientes de posible y futura resolución en su FJ.11, que requeriría el ulterior pronunciamiento del Alto Tribunal mediante la Sentencia de 30 de abril de 1985 (STC 58/1985, de 30 de abril).*

La citada STC 58/1985, de 30 de abril, acordó establecer un requisito para hacer posible la jubilación forzosa por razón de edad, cual era el de que la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de una edad no supusiera la amortización del puesto de trabajo dejado vacuo por el trabajador forzosamente jubilado<sup>337</sup>; requisito primero al que alguna doctrina añade un segundo, siendo éste el de la que entendemos como justa indemnización por el perjuicio causado al trabajador. No se conoce el cumplimiento de ninguno de ambos requisitos. Pero, además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987, viene a añadir agua al vino, y torna definitivamente ineficaz el condicionamiento de constitucionalidad de la jubilación forzosa establecido por el Tribunal Constitucional en Sentencia 22/81, FJ núm. 9, cual era la “no amortización del puesto de trabajo como condicionamiento necesario de la jubilación forzosa, cualquiera que fuere la fuente de su establecimiento”, puesto que el teórico requisito de la no amortización del puesto de trabajo que dejaba el trabajador jubilado, de ninguna manera encuentra ya respaldo jurisprudencial.

---

<sup>336</sup> STC 22/1981, de 2 de julio FJ8. “Los que han comparecido en este proceso para desde sus posiciones procesales cooperar al enjuiciamiento constitucional de la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, han acudido a estimaciones distintas con el objetivo común de buscar una justificación al instituto de la jubilación obligatoria. /. La vejez, como invalidez presunta, supuesto material sobre el que construir el interés protegido, ofrece, ciertamente, la quiebra que deriva de la relatividad que concurre en el concepto de vejez y pudiera justificar la incorporación de una causa extintiva del contrato de trabajo accionable por el empresario y dependiente de una edad en la que, razonablemente, pudiera fundarse el juicio de falta o reducción de la capacidad laboral para instar la extinción de la relación de trabajo. Sin embargo, una jubilación obligatoria dependiente del simple cumplimiento de una edad que no fuera indicativa del paso desde situaciones funcionales de actividad a las de retiro, carecería de una justificación sólida si tuviera que acudirse a presunciones de incapacidad en el trabajador, entendida como pérdida de la aptitud para el trabajo en intensidad suficiente para romper con el carácter indefinido de las relaciones laborales en la que opera la jubilación. (El subrayado es propio).

<sup>337</sup> MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 24-25.



La constante y permanente infracción de tal requisito jurisprudencial —la no amortización del puesto de trabajo del jubilado forzoso—, establecido por nuestro más Alto Tribunal, es el dato que descubre el carácter profundamente insolidario de la jubilación forzosa. Carácter insolidario y puede añadirse que profundamente antijurídico, al metamorfosear el cumplimiento de una determinada edad por el trabajador en una causa de despido más. Antijuricidad que no queda disminuida por el requisito o condición de que el jubilado perciba la pensión de jubilación, pese a que el Alto Tribunal considere: “no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el Convenio pueda fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación para el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación” (FJ7, in fine, STC 58/1985). Mas el anterior razonamiento del Tribunal Constitucional no puede convencernos, ya que en todo caso, la percepción de la pensión de jubilación, que trae causa de las cotizaciones previamente realizadas al Sistema de Seguridad Social, no compensa ni indemniza el sacrificio del trabajador que se ve jubilado forzosamente —expulsado del mercado del trabajo—, con la pérdida de la única fuente de subsistencia digna y de libertad que en el sistema económico que conocemos sólo puede proporcionarle la actividad laboral, su trabajo. Dicho más claro, una pensión de jubilación puede constituir el epílogo merecido en forma de descanso a toda una vida de actividad laboral, pero nunca debe aparecer como el trueque, además obligatorio, a cambio de la pérdida de todo lo que significa el ejercicio de una ocupación laboral: posibilidad de integración social, posibilidad de participación en el mundo cultural y económico, posibilidad, en fin, de seguir viviendo y participar en dignidad en un determinado grupo social<sup>338</sup>.

#### *21. La jubilación forzosa en la Disposición Adicional Décima (DAD) del Estatuto de los Trabajadores de 1995*

---

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, cambia el ordinal de la Disposición Adicional Quinta, que pasa a llamarse Décima, y es del tenor literal siguiente:

«Límite máximo de edad para trabajar.- Dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo./La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de

---

<sup>338</sup> DE LA PARRA, D., y TORTOSA, J. M., “Procesos De exclusión social: redes que dan protección e inclusiones desiguales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, núm.35.

edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación./En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos».

Y mantiene toda la fuerza y capacidad otorgadas tanto al Gobierno como a las organizaciones empresariales y sindicatos para pactar libérrimamente edades de jubilación forzosa en el marco de la negociación colectiva; con lo que el pretexto de sentar o mantener las bases para una política de empleo que requería tal condición —echar fuera, expulsar del mercado de trabajo a los trabajadores de más edad, para que otro trabajador pudiera acceder a un trabajo en su lugar—demuestra, amén de su nula fundamentación y rango jurídico (puesto que no se reparte empleo de tipo alguno), su radical injusticia, ya que en ningún caso se va a crear trabajo ni a resarcir al trabajador del daño sufrido sin causa.

*22. La derogación de la autorización de jubilación forzosa ex convenio. Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo (Ley 12/2001, de 9 de julio)*

---

La Exposición de Motivos de dicha medida derogatoria, considerando que se produjo en 2001, en un momento de boyante, desigual e irregular crecimiento económico, se manifiesta en los términos siguientes:

“(…) merece destacarse finalmente la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, que estimulaba la adopción de medidas dirigidas a lograr la jubilación forzosa de los trabajadores de mayor edad y su retirada del mercado de trabajo, como instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales”.

Se observa, por tanto, que desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores en 1980, y hasta el momento de publicarse la Ley 12/2001, es decir, durante una veintena de años, se anduvo estimulando por gobierno e interlocutores sociales la expulsión del mercado laboral de los trabajadores de mayor edad, en nombre de una inexistente política de empleo, cuyos beneficiarios únicos fueron los empresarios que se ahorraron, gracias al despido libre de los trabajadores mayores de edad, garantizado por convenio colectivo, un considerable monto económico, aparte de proceder a sus ajustes de plantillas también de una forma silvestre, y, esto es lo peor, con el incomprensible respaldo de las organizaciones sindicales

presentes en tales negociaciones, que no se preocuparon de los trabajadores a quienes se convertía, contra toda justicia, en material humano susceptible de retiro, aunque éste fuera pensionado por la Seguridad Social.

*23. Paso atrás antidiscriminatorio en el caso del trabajador maduro: corolario fundamentado en la Ley 14/2005, de 1 de julio*

---

Debe ponderarse, en este momento, la importancia de la Ley 14/2005, de 1 de julio, cuya significación a la hora de valorar el retorno a la permisión de la jubilación forzosa en España deviene notable. Previamente debe señalarse que dos importantes sentencias del Tribunal Supremo, la STS 10 de octubre de 2005, y la STS de 25 de octubre de 2005, interpretaron que dada la ausencia de una norma legal habilitante de la negociación colectiva para acordar jubilaciones forzosas, no se podían establecer en aquel momento (estamos hablando de julio de 2005) cláusulas de jubilación forzosa en convenios colectivos. Ante dicha jurisprudencia, que convulsionó aún más el atormentado paisaje de la jubilación forzosa en nuestro ordenamiento jurídico, los interlocutores sociales a que alude la Exposición de Motivos de la norma citada (Ley 14/2005) pidieron al Gobierno la promulgación de norma que les pudiera proporcionar seguridad jurídica a tema tan propicio a la transacción como la negociación colectiva, lo que finalmente se produce con el enunciado motivador que puede contrastarse en nota a pie de página<sup>339</sup>.

El legislador, en el caso de la Ley 14/2005, de 1 de julio, ha utilizado los términos un tanto eufemísticamente, puesto que, por mucho que pretendamos disfrazar su significado, para cualquier persona que usa nuestra lengua, las «cláusulas en los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo cuando el

---

<sup>339</sup> Se trata del párrafo segundo, de la Sección II de la Exposición de Motivos de la Ley 14/2005, de 1 de julio, que se expresa en los siguientes términos: “De acuerdo con lo anterior, en el texto de la disposición que se incorpora a la Ley del Estatuto de los Trabajadores los objetivos de política de empleo que justificarán (el subrayado es propio) la introducción de cláusulas en los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo cuando el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación no serán ya de carácter genérico e incondicionado, como en la anterior redacción de la disposición adicional décima, sino que deberán expresarse en el convenio colectivo, mencionando la Ley objetivos legítimos tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. Se trata, en todo los casos, de objetivos compatibles con el mandato a los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo contenido en el artículo 40 de la Constitución y con la política de empleo desarrollada en España en el marco de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”.

trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación»<sup>340</sup> no son ni más ni menos que cláusulas de jubilación forzosa por razón de edad; y ello sin adentrarnos en ningún otro juicio de valor, puesto que, probablemente, nos encontramos ante una disposición que intenta aportar un poco de sensatez y equidad a esta medida de empleo.

No obstante, algunas dudas surgen al examinar ciertas proposiciones de la Ley 14/2005. En primer lugar, no resulta demasiado inteligible ni aceptable que una ley, en nuestro Estado social y democrático de Derecho, pueda perseguir un objetivo ilegítimo —interpretando a sensu contrario la tan meritada Exposición de Motivos, Sección II, de la Ley 14/2005, de 1 de julio—. Por lo tanto, «la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores», y «cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad de empleo»<sup>341</sup>, todos y cada uno de ellos, deben ser verdaderos objetivos legítimos, no fraudes de ley para encubrir expulsiones del mercado laboral por razón de edad.

La argumentación esgrimida por los interlocutores sociales echa mano una vez más —sin ofrecer una explicación de base económica o racional mínimamente plausible— y disfrazándola de pretendida medida de empleo, de la aplicación de la jubilación forzosa de los trabajadores de edad madura o de más edad, al igual que se hizo veintitantos años atrás y en unas circunstancias económicas radicalmente diferentes, para expulsar de los centros de trabajo a los trabajadores más onerosos para el empresariado, aligerando costes de plantilla: éste fue antes y retorna a ser el verdadero meollo económico de la cuestión. Para simplificar la exposición: tanto si las circunstancias económicas son favorables, como si son adversas, la jubilación forzosa —la exclusión y expulsión del mercado laboral, por razón de edad, de los trabajadores de edad madura en España y en 2008—, se vuelve a considerar, por efecto de la Ley 14/2005, un ingrediente o instrumento de las políticas de empleo en España,<sup>342</sup> con lo que la eficacia de la Directiva 2000/78 en su papel de valladar frente a la discriminación por razón de edad, queda en un clamoroso entredicho cuando tiene como objeto de protección al trabajador de edad madura.

---

<sup>340</sup> Ídem.

<sup>341</sup> Ídem.

<sup>342</sup> Véase, por todos, GETE CASTRILLO, P., *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, op.cit. págs, 260 y ss., donde destacamos el apartado, modélico, que el autor dedica a las “Alternativas plausibles para una dinámica compleja” (pág.269).

En otro sentido, RIVERO LAMAS<sup>343</sup>, que no se pronuncia sobre el extremo de «si es conveniente o no que se regulen de forma flexible edades de jubilación forzosa a partir de las cuales las empresas puedan prescindir del personal que no puede aportar un rendimiento satisfactorio», y en relación a los efectos de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las eufemísticamente llamadas «cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación» afirma, sin embargo, que la Ley 14/2005, de 1 de julio «no establece una jubilación automática por edad, sino una nueva regulación de la causa extintiva del contrato que se aloja en la prevista extinción “por jubilación del trabajador en el artículo 4.9.1 f) LET/95»<sup>344</sup> y establece los requisitos objetivos y subjetivos para legitimar la decisión empresarial de jubilar forzosamente al trabajador. No obstante, y a modo de prudente conclusión sobre este tan debatido tema, RIVERO apunta que: «De no concurrir tales condiciones de hecho y de derecho, el despido será calificable de nulo por discriminación, al afectar a un derecho fundamental como lo es el derecho al trabajo [arts. 14 y 35.1 CE; Ley 62/2003, de transposición de la directiva 2000/78/CE; arts. 4.2.c), 17.1 i 49.1.f) de la LET/95].

Ante tal argumentación se debe mantener la refutación fundamentada, tanto por el irrisorio número de contratos de relevo o sustitución que se formalizaron al socaire de la aprobación de dichas medidas, como por lo que deviene una simple regla lógica: la imposibilidad de identidad de los contrarios. No hay medida de empleo que valga fundamentada en su contrario, la extinción de un contrato de trabajo, esto es, una medida de desempleo. Será una medida de ajuste de plantilla y abaratamiento de costes salariales para el empresario o la empresa, pero no medidas de empleo, como puede repetirse ad infinitum. La legitimación de la jubilación forzosa del trabajador de edad madura no se puede basar en un juego de palabras, y en interés exclusivo del empresario, postura que pronto descubre su endeblez social y jurídica. Otros aires laborales deben correr por la Unión Europea<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> RIVERO LAMAS, J., “La jubilación como medida de fomento del empleo”, *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2006, núm. 131, págs.531 a 586.

<sup>344</sup> *Ibidem*, pág. 572.

<sup>345</sup> Pueden contrastarse, entre otras fuentes de primera y segunda mano, el Informe del *Consejo Económico y Social de España*, “Mercado de trabajo, políticas de empleo y relaciones laborales”, 2007, págs.285-331, donde se abordan cuestiones tales como principios comunes de flexiguridad, balance estrategia europea de empleo, evolución del empleo, etc., con interesantísimos datos gráficos sobre el tema.

#### *24. Cambios normativos que nada cambian. La economía manda*

---

La situación laboral vivida en la creencia de que la jubilación era un derecho del trabajador, y que durante cuatro años aproximadamente —de 2001 a 2005— significó un mínimo, mas cierto, desahogo para uno de los sectores de la población laboral de por sí ya más sujetos al riesgo de exclusión, los trabajadores de más edad, cambia radicalmente en 2005 con la promulgación de la Ley 14/2005, de 1 de julio. Se debe señalar una enorme contradicción, latente en todas las argumentaciones, sesgadas de un burdo economicismo, de que el legislador y los interlocutores sociales, representantes empresariales y de los sindicatos, se han valido en cada momento para publicar la norma autorizante de jubilación forzosa.

Los defensores de tal medida —la jubilación (o sea, el cese en la situación de empleo) como medida de empleo—, la intentaron defender con el argumento de que la jubilación de los trabajadores mayores era necesaria para dejar sitio en la empresa a otros trabajadores más jóvenes; de esa manera — se vino a decir — se podría ofrecer a trabajadores jóvenes la oportunidad de acceso al empleo, quizá por primera vez. Nunca fue ese el sentido real de tal medida, ni el objetivo con ella conseguido.

*Así, desde una estricta visión capitalista del trabajo, se sacrificó el derecho al trabajo de los trabajadores mayores, en aras a un pretendido criterio de solidaridad con los trabajadores más jóvenes desempleados, argucia que históricamente ha demostrado su falsedad, pues no deja de constituir un argumento tipo luz de gas, situándose los interlocutores sociales a medio camino entre Robin Hood y Luis Candelas, puesto que no se trató realmente de “quitar” trabajo a un trabajador mayor para dárselo o repartirlo, “solidariamente” a otro más joven, sino de pura y simple destrucción de puestos de trabajo a beneficio de reprochables prácticas empresariales de eliminación de costes, y soslayando [gracias a la Sentencia Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987] el condicionamiento establecido por el Tribunal Constitucional (STC 22/1981, ya citada) de que no se produjera la amortización del puesto de trabajo vacuo tras la jubilación forzosa. A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987 no puede hablarse más de la legitimación de la jubilación forzosa como medida de política de empleo. Pudo y puede ser una medida de ajuste, reducción, o lo que se quiera, pero no tiene realmente nada que ver con el empleo, sino con su contrario, el desempleo del trabajador maduro, por la única razón o sinrazón de la edad.*

*Desde 2008, la situación resulta difícil e injusta para las capas más desfavorecidas de la población. Cuando la situación de la economía ha resultado floreciente, los beneficios se han distribuido de tal forma que sólo ha servido para provocar el nacimiento de una nueva clase social, o sector, producto de la fortuna financiera y de las prácticas de mercado sin sujeción a límite alguno. El poder político, en su torre de marfil, ha sido incapaz de ejecutar una verdadera tarea de gobierno con visión de futuro; el cortoplacismo y los intereses de grandes compañías y grupos económicos ha campado a sus anchas, con pingües ventajas y beneficios.*

*Como si fuese el despertar de un sueño amargo, España se ha levantado con cerca de cinco millones de personas en paro o tal vez más. Sin embargo, eso no constituye un obstáculo para el florecimiento desenfrenado de los rendimientos y beneficios netos de las grandes corporaciones de todo tipo: bancarias, industriales y mercantiles; aunque esta situación de esplendor de los oligopolios exhiba sus déficits socializadores en forma de bolsas de pobreza, de un aumento de la delincuencia y del trabajo a precario, que definen con carácter general el momento actual. A lo anteriormente reseñado, debe valorarse, como fruto de una economía esencialmente débil como es la española, el hundimiento de las empresas que han actuado en el mercado económico sin sujeción a tipo alguno de norma, previsión o control, junto al incremento en el número de desempleados, cuya estadística sea, tal vez, el indicio de un cambio del sistema político, económico y social en el futuro de nuestra sociedad.*

*Como se ha podido constatar, el camino seguido por las sucesivas reformas del Estatuto de los Trabajadores en materia de Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación ha presentado siempre una progresiva merma en los derechos de los trabajadores, apoyándose en el caso de la edad de jubilación en motivos diferentes, invocando unas veces las necesidades de empleo, en otras las circunstancias económicas, en otras más la actualización o modernización del sistema de Seguridad Social y en el último caso, las necesidades de reforma del mercado laboral.*

*Las últimas modificaciones de la Disposición Adicional Décima del ET, son, por ahora, las producidas por la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE del 2 de agosto), sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, y la Ley 3/2012, de 6 de Julio (BOE del 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la producida por el Real Decreto Legislativo 2/2015,*

*de 23 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Ninguna de estas modificaciones sirven para algo más que no sea el descubrimiento de la paulatina erosión del Derecho del Trabajo, que ha llevado a NARANJO<sup>346</sup> a hablar de la culminación de un cambio en el significado del Derecho del Trabajo.*

*En realidad, hay que referirse a la desaparición del Derecho del Trabajo, por causa del “Huracán Neoliberal”<sup>347</sup>, aunque esta desaparición no tenga carácter definitivo o, al menos, no deba tenerlo en función de los bienes e intereses en juego. Un retroceso en los principios y valores del Derecho del Trabajo que cada vez se torna más en un derecho a buscar trabajo sólo puede acarrear consecuencias desastrosas de carácter político, cultural y jurídico; lo que es tanto como corroborar el desastre social que algunos países están ya padeciendo, incluida España, en sus clases más débiles y desprotegidas, con un cierto y predecible rumbo de colisión, de la mayoría de la población española económicamente más pobre, con la exclusión social.*

#### *25. El camino europeo hacia la prohibición de la discriminación laboral. Libertad e igualdad laborales en el territorio de la Unión Europea*

---

*Uno de los grandes pilares sobre los que se construye la Unión Europea es el principio de libertad, base de un sistema de intercambio económico eficaz entre los países que la conforman, ahora incrementado en número tras las sucesivas ampliaciones. El aspecto económico no puede desconocerse como factor de ajuste de las relaciones sociales, máxime si éstas se producen entre distintos grupos humanos que cuentan con una avanzada organización política. Vía obligada para llegar a la consecución de aquella finalidad económica, la creación de un mercado común, era y es, como requisito inexcusable, disponer de la libertad de circulación*

---

<sup>346</sup> NARANJO DE LA CRUZ, R., *Las cuestiones de Inconstitucionalidad sobre la reforma Laboral*, [en línea]. s/d. Disponible en: <http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/Ponencia-RafaelNaranjo.pdf>. [Consulta 6 noviembre 2012]: Apunta el autor al cambio en el significado del Derecho del Trabajo: de la función tuitiva a la “flexiseguridad” (pág. 1).

<sup>347</sup> Véase, por todos, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A e ILLUECA BALLESTER, H., *El huracán neoliberal: una reforma laboral contra el Trabajo*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2012. Hay versión en línea de la obra, disponible en: <http://firgoa.usc.es/drupal/files/huracanneoliberal.pdf> [Consulta: 12 abril 2012]. Los autores hablan, con fundamentadas razones, y entre otras derivaciones de la crisis económica de 2008, de la pérdida del derecho a un trabajo estable y de calidad (pág.136), o de la “banalización del despido” (pág. 140).La idea fundamental que sostiene la obra es la de la involución social por mor de la reforma laboral permanente, producto de un derecho capitalista del trabajo.



de los trabajadores<sup>348</sup> en el territorio que se puede llamar espacio europeo, y la adecuación de medidas complementarias de Seguridad Social y, en otros supuestos, de Asistencia Social, para permitir tal libertad de circulación<sup>349</sup> de los trabajadores con arreglo a las normativas que en ella convergen, tanto la comunitaria como la interna (o nacional de cada trabajador)<sup>350</sup>, que se interrelacionan con sujeción a unos principios, tales como el de respeto a la dignidad humana, a la vida, a la libertad y a la seguridad, a la libertad profesional y derecho a trabajar que son, entre otros, el apoyo principal del ordenamiento jurídico comunitario<sup>351</sup>.

Se debe tratar ahora del otro gran pilar sobre el que se edifica la Unión Europea: la Igualdad<sup>352</sup>, entendida ésta en su vertiente laboral desde un doble sentido, comprensivo de la igualdad de oportunidades y de la igualdad de trato entre hombres y mujeres; aunque según ALARCÓN CARACUEL: «no existe en el Derecho de la Unión un reconocimiento expreso e integral del principio de igualdad de los ciudadanos europeos ante la ley»<sup>353</sup>. En todo caso, se ha de hacer referencia al

---

<sup>348</sup> REGLAMENTO (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, su preámbulo, y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

<sup>349</sup> PLENDER, R., y PÉREZ SANTOS, J., *Introducción al Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Civitas, 1985, pág.119-146.

<sup>350</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1986, pág. 127-170. Para un examen más actualizado acerca de la “arquitectura” de las relaciones Derecho comunitario – Derecho estatal, puede consultarse la obra *Constitución y Derecho Comunitario*, de JOVER GÓMEZ-FERRER, Madrid, BOE, 2004, págs. 111-119.

<sup>351</sup> TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA (versión consolidada), D. O. C115, de 9.5.2008, Art. 3, apartado 2, “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas(...)”, que encuentra un sólido apoyo en el art. 6, que proclama el reconocimiento de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adaptada el 12 diciembre 2007 en Estrasburgo, que en su Art. 15, regula la Libertad profesional y derecho a trabajar de los ciudadanos de la Unión, garantizando la equivalencia de condiciones laborales de los nacionales de terceros países autorizados a trabajar en territorio de los Estados miembros con las que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.

<sup>352</sup> TRATADO DE NIZA: Diario Oficial número C 80, de 10 marzo 2001, que establece en su art. 137 los siguientes principios: apartado i) *la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo*; y apartado j) *la lucha contra la exclusión social*. Por su parte, el Tratado de Lisboa, en su artículo 3, párrafo 2, afirma que “La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”.

<sup>353</sup> ALARCON CARACUEL, M., en CRUZ VILLALON, J., et al., *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997, pág.19.

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>354</sup>, que en su Parte II asume el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7.12.2000), objeto de agudo comentario por CRUZ VILLALÓN<sup>355</sup>, que tal vez pueda aplicarse a la especiales relaciones que se dan entre el Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión: el art. 6 del Tratado de la Unión Europea [versión consolidada publicada en el Diario Oficial C 115, de 9 de mayo de 2008], en su apartado 1, reza: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enumerados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

Un precedente de la actual normativa antidiscriminatoria de la UE podemos encontrarlo en la Directiva 76/2007 CEE (derogada) sobre igualdad de trato en las condiciones de trabajo, en cuyo Art. 2.1 se prohibía tanto la discriminación directa como la indirecta, definiendo a esta segunda como: “Existirá discriminación indirecta cuando un a disposición, criterio o práctica, aparentemente neutro, perjudica desproporcionadamente a las personas de uno u otro sexo, y no está objetivamente justificado por ninguna razón o condición necesaria, no vinculado al sexo de las personas”. Evidentemente, la discriminación directa aquí referida es aquella que se fundamenta exclusivamente en el sexo de la persona.

---

<sup>354</sup> Publicado en el Diario Oficial número C 310 de 16 diciembre 2004, cuyo Preámbulo a la Parte II, que constituye la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, amén de hermoso, es elocuente (también habría de ser eficaz, algún día): “Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes./Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”, que se repite al pie de la letra en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial C 303 de 14 de diciembre de 2007.

<sup>355</sup> CRUZ VILLALÓN, P., *La Constitución Inédita: Estudios ante la Constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, en su apartado 6, titulado «La Carta, o el convidado de piedra»,[págs. 115-129], donde resuenan palabras que creemos pueden repetirse, sin excesiva ligereza, a la vista del recién nacido Tratado de Lisboa: “Tal como han resultado las cosas, incrustada en una constitución que ya aparece con su propio sistema de derechos, al que no sólo no desplaza sino del que se la hace dependiente, la Carta nace con un papel enormemente deslucido, por decirlo suavemente” (pág. 128).

## 26. Avatares laborales comunes a los trabajadores de edad madura en la Unión Europea

---

Los avatares laborales del trabajador de edad madura en España no son distintos de aquellos que pueden sobrevenirle a cualquier otro trabajador de ciudadanía comunitaria. En el año 2006 fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea<sup>356</sup> el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Calidad de la vida profesional, productividad y empleo en el contexto de la globalización y los cambios demográficos», que entre otras ideas o finalidades que atribuye a la Agenda de Lisboa como “respuesta europea a los retos de la globalización”(sic), nos desgrana algunos de ellos: “crear no sólo nuevos, sino también mejores puestos de trabajo” (punto 1.2 Conclusiones y recomendaciones, donde también nos ofrece un concepto tal el “buen trabajo”, quizá el equivalente al trabajo decente preconizado por la OIT); y nos indica en el punto 1.4 del mismo epígrafe que “para mejorar la calidad del trabajo se necesita un concepto global que tenga en cuenta la transformación del mundo laboral y se adapte a las necesidades especiales de las personas de más edad”.

Si lo que se intenta decir en el Dictamen es que para mejorar la vida de los trabajadores —no lo explicita, pero de eso se debería tratar—, resulta necesario poseer una idea general sobre las modificaciones en las condiciones en que el trabajo se ejerce, y que se tenga en consideración la edad del trabajador que ha de ocupar cada puesto de trabajo o desarrollar una determinada actividad, la bienintencionada idea del Comité Económico y Social Europeo parece adecuada y congruente con la estrategia sobre salud y seguridad que mantiene la Unión. Sorprende, empero, que en un texto como el citado se hable de las “necesidades especiales de las personas de más edad”, al referirse a trabajadores con cincuenta o pocos más años, perfectamente capaces de desarrollar una actividad laboral. El trabajador maduro no es un discapacitado, ni un ser marginal, aunque sí sufre un alto riesgo de marginación o exclusión social<sup>357</sup>. En realidad, la intención última —

---

<sup>356</sup> DOUE de 23 diciembre de 2006, C218/157.

<sup>357</sup> Sobre marginación o exclusión social se pueden traer a colación, entre otros, a ODDONE, J. M., “Los trabajadores de mayor edad: empleo y desprendimiento laboral”, CONICET, Buenos Aires, Argentina, 1994, Documento de trabajo núm. 38, disponible en: «<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/argentina/ceil/oddone.rtf>», [Consulta 1 de marzo de 2006]; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 33, 2001; SEMPERE NAVARRO, A. V., y CANO GALÁN, Y., “Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio*

*que se puede contrastar con el texto— de este Dictamen es conseguir o al menos buscar, un aumento de productividad generalizado de la clase trabajadora europea.*

*Para finalizar este somero análisis del mentado Dictamen (2006/C 318/27), conviene reseñar lo que el Comité Económico y Social Europeo previene en el epígrafe «2. Argumentos y observaciones», en la Introducción con número 2.2.1, que reza así: “la globalización entraña riesgos, pero también aporta nuevas oportunidades. Los riesgos consisten en que la economía europea, debido a la dura competencia internacional y a la reestructuración de la división del trabajo al nivel internacional, perderá puestos de trabajo por las reestructuraciones de empresas y las deslocalizaciones si no es capaz de crear nuevos ámbitos de empleo”, y continúa en el punto 2.2.6 haciendo referencia a que “la organización de las condiciones de trabajo a través de convenios colectivos es un campo de tareas esencial de los interlocutores sociales”, exhortando a los agentes sociales para que puedan ponerse de acuerdo con “vistas a una contribución común al debate sobre la calidad laboral, productividad y empleo, que está relacionado con el concepto de flexiguridad”<sup>358</sup>, y*

---

de Trabajo y Asuntos Sociales, número 57, 2005; CEOMA (Confederación Española de Organizaciones de Mayores), “La Directiva 2000/78 y su transposición al ordenamiento jurídico español (“Ley de Acompañamiento” 30/XII/2003), en línea: <http://www.ceoma.org>, [Consulta de 27 de diciembre de 2006]; de la misma organización CEOMA, “La discriminación política de los mayores”, Ponencia presentada al VII Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores, celebrado en Madrid, 24 y 25 de octubre de 2005, en <http://www.ceoma.org>, [Consulta de 2 de marzo de 2006]. Por último, sin afán exhaustivo, resulta interesante contrastar el artículo de SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y., “Excluidos sociales: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 59, 2005.

<sup>358</sup> Éste es un concepto laboral novel que por la propia Comisión de la Unión se ha definido en repetidas ocasiones y documentos. *El Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas* [Bruselas, 22.11.2006; COM (2006)708 final], con el subtítulo: Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI, hace referencia a este término, en atención a su finalidad: “El presente Libro Verde aborda la función que podría desempeñar el Derecho laboral para promover una «flexiguridad» que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva”. Por otra parte, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 27 de junio de 2007, «Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad» [COM (2007) 359 final - no publicada en el Diario Oficial], se refiere a la flexiguridad en de esta forma: “Ante esta necesidad de cambio, se desarrolló el concepto de «flexiguridad», generalmente definido como una estrategia integrada destinada a mejorar simultáneamente la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral. En otras palabras, la flexiguridad es un enfoque global del mercado laboral que combina la flexibilidad de las modalidades contractuales, la seguridad en el empleo (la garantía de permanecer en el puesto de trabajo o de encontrar otro rápidamente) y una gestión adaptada de los períodos de transición”, Europa [en línea], [consulta de 11 de julio de 2007], disponible en: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c10159.htm>. Sin agotar las referencias a este tema, cabe señalar, por su interés, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de título “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad”, [Bruselas, 27.6.2007, COM (2007), 359, final {SEC (2007)861} y {SEC (2007)862}. Otra Comunicación, procedente de idéntico órgano y destinatarios, es la que tiene por objeto el «Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión “Modernizar el derecho laboral

realiza también en el apartado «2.5.2 Configuración del trabajo en función de la edad», unas peticiones de elevación de la tasa de empleo para los trabajadores de más edad (tramo entre 55-65 años). Contrasta, con lo que ocurre en España, que el Comité Económico y Social Europeo se exprese del modo siguiente “en los últimos años, la política de personal de las empresas ha apostado por animar a los trabajadores de más edad a una jubilación anticipada. Esto ha llevado a un proceso de sustitución que es también un importante factor de sobrecarga para los regímenes de seguridad social”. Y finaliza formulando unas recomendaciones que se resumen en tres grandes niveles:

1 Disminución de los incentivos para la jubilación anticipada

2 Mayor participación de los trabajadores mayores en la formación permanente, la mejora de las condiciones de trabajo y la modernización de la organización laboral

3 Cambio de mentalidad en la sociedad, para que ésta aprenda nuevamente a valorar la experiencia y las competencias adquiridas en la vida laboral.

## *27. Eficacia de la normativa comunitaria antidiscriminatoria en función de la ley nacional*

---

¿A qué idea o argumento acude ahora el legislador europeo para seguir entreabriendo puertas a la discriminación del trabajador en edad madura?<sup>359</sup> La Directiva del Consejo 2000/78, de 27.11.2000, se refiere en varios considerandos al

---

para afrontar los retos del Siglo XXI”, [Bruselas, 24.10.2007, COM (2007) 627, final -(SEC (2007) 1373). Recientemente la Unión, por mediación de la Comisión, ha adoptado una propuesta de Directiva contra la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o convicciones fuera del lugar de trabajo [Bruselas, 2 de julio de 2008 IP/08/1071], Europa [en línea], consulta de 14 de julio de 2008], disponible en «<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1071&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>». Hay que añadir una leve precisión, tal que la Directiva sólo se aplicará a los particulares, en la medida en que lleven a cabo actividades comerciales.

<sup>359</sup> En la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se nos permite distinguir las dos grandes clases de discriminación- directa e indirecta -. El Considerando 15 de esta directiva reza: “La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas”. Nótese que el legislador comunitario autoriza al nacional a presuponer la existencia de una discriminación indirecta incluso por medios estadísticos – lo que será de fecunda aplicación en materia de plantillas-, aunque siempre la prudencia debe guiar a este tipo de presunciones, donde tantos intereses contrapuestos hay en juego.

tema de la discriminación por edad. Así, en el Considerando 11, alerta acerca del peligro que significa cualquiera de las formas discriminatorias que contempla para la consecución de los objetivos de la CE. Y en el Considerando 12 se establece la prohibición de: “cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva”, que ha de entenderse a la vista de la a definición de ambas clases de discriminación patente en su artículo 2. Puede añadirse que el régimen de exclusiones de aplicación de la directiva viene establecido en el artículo 13<sup>360</sup>.

Para concluir este apartado, hay que señalar la primera puerta entreabierta a la exclusión laboral, por razón de edad, que se vislumbra en la Directiva comunitaria, puesto que el Considerando 14 se pronuncia en estos términos:

«La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación».

*Si, como es el caso presente, las disposiciones nacionales de los Estados miembros de la Unión, basadas en las motivaciones discutidas hasta el momento, permiten el establecimiento de la jubilación forzosa por o mediante la negociación colectiva, todo el afán normativo comunitario carece de efectividad en su aplicación práctica, pues esa prohibición de discriminación queda, lógicamente, pendiente en su eficacia por la aplicación de la norma dispuesta para tal caso por cada legislador nacional.*

*Debe hacerse mención a que el Derecho Comunitario no cubre la protección frente a la discriminación en el ámbito de la Seguridad Social, salvo la de carácter profesional, a la que se alude para incluir los beneficios provenientes de la empresa. Dicha protección antidiscriminatoria se ha intentado ampliar mediante la propuesta de una Directiva que “contempla la protección contra la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o convicciones fuera del lugar de trabajo”<sup>361</sup>. Resulta un objetivo principal de la futura Directiva la pretensión de*

---

<sup>360</sup> Del tenor literal siguiente: “Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo”.

<sup>361</sup> Documento IP/08/1071, Comunicado de prensa de la Unión Europea, publicado en Bruselas, 2 de julio de 2008. Europa [en línea], [consulta de 14 de julio de 2008], disponible en [http://www.oberaxe.es/files/datos/487b2bb47defb/IP-08-1071\\_ES%5B1%5D.pdf](http://www.oberaxe.es/files/datos/487b2bb47defb/IP-08-1071_ES%5B1%5D.pdf). (Cfr. Nota 58, en página anterior).

*“garantizar la igualdad de trato en los ámbitos de la protección social, incluidas la seguridad social y la asistencia sanitaria, la educación y el acceso y suministro de bienes y servicios comercialmente disponibles al público, incluida la vivienda. Debe hacerse mención, insoslayable, tanto al Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, sobre normas y principios comunes que deben cumplir las autoridades nacionales al aplicar la legislación de cada Estado, con lo que se garantiza que las legislaciones de todos los Estados de la UE cumplen con los principios de igualdad de trato y no discriminación, como al Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social<sup>362</sup>.*

## *28. Jurisprudencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas en materia de discriminación laboral por razón de edad*

---

*Como colofón y contraste a la doctrina y los argumentos expuestos anteriormente, cabe señalar en el ámbito europeo la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 22 de noviembre de 2005, en el asunto C-144/04 (petición de decisión prejudicial planteada por el Arbeitsgericht München): [Werner Mangold contra Rüdiger Helm], donde se aplica el artículo 6 de la directiva 2000/78, en un asunto relativo a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la discriminación por razón de edad, que ha sido objeto recientemente de una cuidada referencia doctrinal de VELASCO PORTERO Y GUTIÉRREZ GARCÍA<sup>363</sup>, en la que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (que pasa a llamarse desde el Tratado de Lisboa, de 1 de diciembre de 2009, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) encara la situación de los trabajadores mayores de edad a quienes, precisamente por razón de edad, y mediante unas prácticas abusivas fundamentadas y permitidas por una legislación nacional, se les va prorrogando contratos de trabajo de carácter temporal, de modo que “(...) la legislación conducía en la práctica a la conversión de la situación de*

---

<sup>362</sup> Mediante carta de la Comisión Europea [Sra. Jackie Morin], fechada en 5 de enero de 2009, en respuesta a diversas consultas formuladas por el autor de esta investigación, se establece de forma clara que: “Por tanto, no siendo aplicable la técnica de la armonización, en la configuración de los Sistemas de seguridad Social serán los propios Estados miembros los que determinarán la ampliación, en su caso, de dicha protección”

<sup>363</sup> VELASCO PORTERO, M. T. y GUTIÉRREZ GARCÍA, E., “Discriminación por razón de edad versus fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm., 67, 2007, págs. 317-325,

*temporalidad en indefinida para estos sujetos, cualificados por su edad*<sup>364</sup>. El Tribunal de Justicia de la Unión aprecia el carácter discriminatorio de la legislación estatal recurrida, mediante la sentencia de en la que aplica la Directiva 2000/78, como norma que prohíbe la discriminación basada en la edad del trabajador. Por otra parte, en el orden interno, se debe hacer mención al Auto del Juzgado de la Social número 33 de Madrid, de fecha 14 de noviembre de 2005, resuelto por la Sentencia de 16 de octubre de 2007, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), en el asunto C-411/05, [Caso Félix Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, SA], que declara conforme a Derecho la extinción automática del contrato de trabajo cuando el trabajador alcanza la edad de jubilación y tiene derecho a una pensión de jubilación. El fundamento último de dicha Sentencia descansa en la fuerza obligatoria, como fuente de derecho, que al convenio colectivo, fruto o pacto del acuerdo de los interlocutores sociales —empresarios y sindicatos— se le reconoce en el ordenamiento jurídico español, contra el derecho fundamental (al trabajo) de la persona que desea seguir trabajando.

No obstante, algunas sugestivas cuestiones penden todavía sobre el concepto de discriminación laboral que el Tribunal Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) ha elaborado con dicha Sentencia, y ello sin entrar en la consideración de si tal disposición, la jubilación forzosa, resulta, verdaderamente una medida de fomento de empleo. Ciertamente es una medida de abaratamiento de los costes empresariales. También redundante, y de qué manera, en la continuidad o no de la participación del trabajador en la vida activa.

El TJUE se produce con un argumento rudo y de difícil admisión: ya que se habla en dicha sentencia de las “facultades de los agentes sociales, de la posibilidad de tener en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo, sino, también las características propias de los puestos de que se trate”: todo ello se tiene en cuenta menos el nudo derecho del trabajador a seguir viviendo con la dignidad que sólo su trabajo puede reportarle. Principio de dignidad que viene a ser fundamento de la Unión, según el art. 2 del Tratado constitutivo<sup>365</sup> “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana...”, que se ha de poner en inmediato correlato con lo que el art. 3 dice sobre la economía, que se quiere competitiva pero también tendente al pleno empleo y al progreso social. A la vista de lo que dice el

---

<sup>364</sup> *Ibidem*, pág.321.

<sup>365</sup> Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea D O. C 115, de 9.5.2008.



Tratado, y la aplicación de la Directiva 2000/78, puede aventurarse que el progreso del jubilado forzosamente tiene puesta la marcha atrás. Por último, es el mismo artículo citado, el 3, del Tratado de la Unión (en adelante TU), el que proclama la erradicación de la exclusión social y la discriminación, entre otras finalidades sociales que entretujan sus cimientos.

### 29. Finalidades económicas que infringen derechos fundamentales

---

Que la jubilación forzosa sea una medida discriminatoria por razón de edad no lo discute ni el TJUE. Empero, las razones que sirven para justificar esa discriminación han de buscarse en el terreno económico, disfrazado o desvirtuado con mayor o menor donosura para trasladar al estado nacional la carga y responsabilidad de la producción de tal evento discriminatorio. El Considerando número 77, el broche de oro de la mentada Sentencia [Tribunal de Justicia de la Unión, Sentencia 16.10.2007], es una repetición de los argumentos que se han conocido tanto en la jurisdicción laboral como constitucional española<sup>366</sup>. Pueden traerse a colación, aunque resultan contradictorios en sí mismos, ya que el Tribunal comunitario olvida parte del resto del ordenamiento jurídico, empezando por los principios que abren el Tratado de la Unión, y asevera que *«dicha medida, pese a basarse en la edad, está justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho Nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo»*, y continúa: *«los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto»*. *Para anular toda la anterior argumentación, basta con repetir los razonamientos que se habrán de emplear, frente a idénticas (y erróneas) conclusiones, hasta la saciedad: no hay, no se puede hablar de política de empleo, cuando se está destruyendo un puesto o unos puestos de trabajo. Es una realidad tan palmaria que por mucho que el universo jurídico de la Unión Europea la pretenda desconocer, permanece ahí, llamando a gritos con razones económicas, pero sobre todo humanas y laborales, quizá necesitadas también de un nuevo paradigma de derecho al trabajo, de la persona que tiene en el ejercicio de ese derecho la única y efectiva posibilidad de inclusión social.*

---

<sup>366</sup> Se enumeran, sólo a título de ejemplo, algunas sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional sobre discriminación por razón de edad y sus requisitos, que resultan ya clásicas en su invocación: STC 22/1981, de 2 de julio; STC 359/1993 (Sala Segunda), de 29 noviembre; y STC 184/1993 (Sala Segunda), de 31 mayo, entre otras.

Los posibles vaivenes de la jurisprudencia comunitaria acerca de la discriminación por razón de edad ha comenzado ya de una manera patente, aunque muestre todavía matices y compases pendientes de afinar, en función de cuál sea la coyuntura económica — auge u ocaso —, pues a ello se verá abocado el TJUE de proseguir en la línea de argumentación que se ha analizado y que vale tanto como admitir que el Derecho de la Unión es ahora, aunque no debiera de serlo, una variable jurídica disponible en función de la situación del mercado y de las posibilidades de empleo que éste brinde. Ni del conjunto de los principios que otorgan forma jurídica —también en su ámbito laboral, por supuesto— al derecho de la Unión, ni de las necesidades de crecimiento de los pueblos que integran Europa, puede defenderse la continuidad de una línea jurisprudencial y de pensamiento económico que arrojará a la exclusión a multitud de trabajadores, de mantenerse en ella. Y ello se manifiesta aún más digno de reproche, cuando la propia Unión aboga, en su Carta de Derechos Fundamentales, por la Libertad profesional y derecho a trabajar; al tiempo que realiza un llamamiento inequívoco a la prohibición de discriminación (arts. 15 y 21, entre otros), por razón de edad.

### *30. El Derecho comunitario: su falta de protección frente a la discriminación en el ámbito de la Seguridad Social*

---

En opinión de VIGNON<sup>367</sup> la declaración que contenía el art. 2 del Tratado de Maastricht (1992)<sup>368</sup> no se tradujo en un “programa legislativo íntegro en materia de protección social de la UE”<sup>369</sup>: pues no existen sino los sistemas de protección social de los Estados integrantes de la Unión Europea, cada uno con sus peculiaridades tanto en materia de Seguridad Social como de Asistencia Social (los dos elementos integrantes del binomio Protección Social).

Así, la carencia de un sistema normativo de Seguridad Social común a la Unión Europea se suple con el principio de coordinación de las distintas legislaciones

---

<sup>367</sup> VIGNON, Jérôme, “La protección social: una cuestión de interés común para Europea dentro del marco de la nueva estrategia de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extra Seguridad Social, 2006, pág. 21-28.

<sup>368</sup> Art. 2, Tratado Maastricht 1992: “Promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado”.

<sup>369</sup> VIGNON, J., “la protección social...” *op. cit.* pág. 21

estatales, garantizándose el respeto a los principios fundamentales de igualdad de trato y no discriminación; este último sólo en lo referido a la Seguridad Social ligada a la prestación de una actividad profesional, laboral. El Reglamento (CEE) nº 1408/71 establece normas y principios comunes, dirigidos a las autoridades nacionales cuando aplican su propia legislación nacional, con la finalidad ya expuesta de conseguir el respeto a los principios fundamentales, ya repetidos, de igualdad de trato art. 3 RE 1408/71, que podemos entender completado por el art. 5 del RE 883/2004, donde se asienta el principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos<sup>370</sup>.

Por tanto, son los estados miembros los que pueden determinar la ampliación de la protección en materia de Seguridad Social. Por ejemplo, Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social [Diario Oficial L 6 de 10.1.1979], que sienta bases antidiscriminatorias – prohibiendo tanto la discriminación directa como indirecta por razón de sexo – en el acceso a los regímenes de Seguridad Social y en el cálculo de prestaciones.

Hasta el momento actual, el Derecho comunitario no cubre la protección frente a la discriminación en el ámbito de la Seguridad Social, salvo la de carácter profesional. Recientemente la Comisión Europea ha adoptado una propuesta de Directiva (Bruselas, 2 de julio de 2008), mediante comunicado de prensa IP/08/1071, que “contempla la protección contra la discriminación por motivos de edad, discapacidad, orientación sexual y religión o convicciones fuera del lugar de trabajo, que ya ha sido objeto de referencia en este trabajo<sup>371</sup>. Esta carencia conlleva la aplicación en la Unión Europea del principio de subsidiariedad, que obliga a los sistemas nacionales de protección a cubrir o actuar del modo más eficiente posible; concepto que puede reflejarse como sigue: “el principio de subsidiariedad tiene por objeto garantizar una toma de decisión lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que debe emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Concretamente, es un principio según el cual la Unión no actúa, excepto para los sectores de su competencia exclusiva, hasta que su acción es más eficaz que

---

<sup>370</sup> Carta de 5.1.09, Registro num.5. Ref. EMPL E3 GM/NC D (2009) 17 de la Sra. Jackie Morin, Comisión Europea, Protección e Integración Sociales, dirigida en respuesta a consulta del autor de esta investigación.

<sup>371</sup> Apartado 1.4.2, pág. 35

una acción emprendida a nivel nacional, regional o local. Está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidad que suponen que la acción de la Unión no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivos del Tratado<sup>372</sup>.

Tal principio comunitario comprende dos funciones. Primera, autoriza a la Unión Europea para resolver problemas que afectan a varios Estados comunitarios y que éstos no pueden solucionar por separado respetando la legalidad y objetivos comunitarios y como segunda función permite la actuación de los Estados miembros sin una legislación ad hoc comunitaria, evitando de una parte el intervencionismo de los órganos de la Unión Europea, y logrando la aproximación de la actuación y decisión gubernativa de la Unión a los ciudadanos. Como último y breve apunte, referido en esta ocasión al ámbito de aplicación de este principio de subsidiariedad, hay que partir de una delimitación competencial Estados-Unión Europea negativa: este principio no se aplica ni a las competencias exclusivas de la Unión Europea ni a las competencias exclusivas de los Estados que la integran.

### 31. Claves para prever el futuro laboral del trabajador maduro en Europa

---

Puede aventurarse que las medidas antidiscriminatorias por razón de edad aparecerán y se desvanecerán infructuosamente, de continuar aplicando la Directiva 2000/78, huérfana de referentes a los principios y valores constitucionales de la Unión, si el Tribunal Justicia de la Unión no se decide a hacer justicia en equidad, que es la justicia del caso concreto. La clave del futuro de Europa, de la Unión, es la jurisprudencia que sobre materia laboral y de libertades vaya formando el Tribunal de Justicia de La Unión. Europa puede y debe evitar saltos en el vacío jurisprudenciales, equilibrando los intereses en juego, si es posible, o amparando a los ciudadanos más débiles, como una de las metas más valiosas de toda Justicia. La conclusión forzosa es que el Tratado de la Unión no debe resultar de discrecional aplicabilidad a virtud de lo dispuesto por una Directiva. Se sitúa el problema ante unos parámetros de pura y simple aritmética jurídica: pesa más, tiene mayor valor jerárquico el Tratado que la Directiva: valen, y deben ser observados prioritariamente

---

<sup>372</sup> Delegación de la Federación de Municipios de Madrid en Bruselas [en línea]: Monográficos. *La subsidiariedad*. Disponible en: <http://www8.madrid.org/gema/fmm/monogra1.htm>, [Consulta 20 diciembre 2008]-

los principios y libertades establecidos en el Tratado de la Unión y la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, a la que el art. 6 del Tratado de la Unión otorga el mismo valor jurídico que los Tratados<sup>373</sup>.

Cabría recordar, por otro lado, que diversos organismos internacionales han declarado el carácter de derecho fundamental con que son tenidos los derechos laborales: parte esencial de los derechos humanos, según la Organización Internacional del Trabajo —OIT—<sup>374</sup>, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas —ONU— de 10 diciembre 1948<sup>375</sup>, así como la Carta de los Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos —OEA— de 27 febrero 1967<sup>376</sup>, y resto de organismos de ámbito internacional en materia de defensa de los derechos de los trabajadores, singularmente en materia antidiscriminatoria, que puede y debe encontrar una herramienta en la aplicación de la estrategia de transversalidad de género, en favor de la igualdad efectiva de los trabajadores, mujeres y hombres, cuestión preliminar dada su relevancia, avanzada en el Capítulo I de esta investigación.

*Por tanto, y volviendo a Europa, a la Unión como estructura jurídica y política común de los pueblos europeos, resulta oportuno afirmar que en materia tan fundamental como el derecho al trabajo, donde el ejercicio de este derecho se encuentra en riesgo por razón de la edad madura o avanzada del trabajador según la norma social de empleo, el juez europeo debe valorar y juzgar en equidad la pretensión de cualquier ciudadano que tiene su vida cultural, económica y social enraizada en el pasado, y con perspectivas de una continuidad en el futuro sólo y únicamente en razón del desarrollo de su trabajo: todo el derecho que se le pueda reconocer en*

---

<sup>373</sup> Art.6. 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

<sup>374</sup> Convenio núm. 111, de la OIT, relativo a la “Discriminación en materia de empleo y ocupación”, adoptado en Ginebra el 25 junio 1958, con entrada en vigor el 15 junio 1960, así como la Recomendación 111, Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, adoptada en 25 junio 1958.

<sup>375</sup> Art. 7: derecho a igualdad ante la ley y protección contra la discriminación y la provocación a la discriminación; y Art. 23, apartado 1: Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

<sup>376</sup> Derecho al trabajo: «Art. 45, apartado b: El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la Vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar».

*esta materia es o debe ser, de modo normal, la plasmación en el ámbito laboral del respeto a los derechos humanos — entre ellos, el fundamental derecho a vivir en dignidad y libertad—, garantizados por el desarrollo personal y social que sólo posibilita el trabajo. En esa creencia en sus propias normas básicas puede y debe construirse una Unión más justa para todos los ciudadanos, comenzando por restituir en sus derechos fundamentales a uno de los grupos sociales más sacrificados por las quiebras y mudanzas económicas: los trabajadores, mujeres y hombres, mayores.*



# **CAPÍTULO 5**

**TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y DISCRIMINACIÓN  
MÚLTIPLE. UN ENFOQUE IGUALITARIO CONTRA LA  
DISCRIMINACIÓN LABORAL**





## *1. Cuestiones relacionadas con el género en la discriminación laboral de los trabajadores mayores. El caso agravado de la mujer*

---

*El análisis de la discriminación relacionada con la edad en el ámbito del Derecho del Trabajo, en el momento actual, debe partir de un eje central que es el género, pues la mujer aparece como la protagonista privilegiada por dos razones de peso: la mujer es el sujeto idóneo y habitual de la discriminación múltiple; resultando, asimismo, la destinataria principal de las estrategias de transversalidad de género.*

*Esta investigación se aborda desde una perspectiva de género, pues contempla la discriminación de la mujer y las medidas que puedan hacer más justa, digna y feliz su vida en el ámbito laboral. Por tal razón se consideran de previo examen ambos temas antes anunciados, la transversalidad de género y la discriminación múltiple, cuyo conocimiento ayude a favorecer y lograr la igualdad de trato y oportunidades de la mujer respecto al hombre, sin que ello impida la visión de la radical igualdad y dignidad del ser humano de ambos sexos. Un principio de simple justicia material obliga a ponderar la primacía, en la discriminación negativa, que la mujer ocupa en el rango de las estadísticas referidas a ocupación<sup>377</sup>, estructura salarial, jubilación, etc., a lo largo de su vida laboral, y siempre con carácter negativo, en comparación a los datos referidos al trabajador de género masculino, en el sentido que la doctrina más autorizada concede al término género (OROZCO VARGAS<sup>378</sup>).*

---

<sup>377</sup> JIMENEZ MARTIN, S., et al. "El diferente impacto que el género tiene en el sistema de pensiones español. Resumen Ejecutivo", Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2013. [En línea] Disponible en: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/143935.pdf>, [Consulta 8 febrero 2014]. Presenta los datos referido a Muestra Continua de Vidas Laborales del 2008, la Encuesta de Población Activa (EPA) y la Encuesta de Condiciones de Vida del 2008. Entre otros datos, se reflejan aumentos en la tasa de participación de las mujeres españolas de 25 a 54 años (del 62,8% en el 2000 al 72,7% en el 2007; para los hombres entre 25 y 54 años de edad la tasa de actividad en el mismo grupo de edad supera el 92 %). Otra diferencia que se da entre hombres y mujeres viene reflejada en la brecha salarial por géneros, en el caso de las mujeres el sueldo es un 20% más bajo que el de los hombres, que se explica por las horas trabajadas semanalmente, según el informe de continua referencia. Las mujeres, por otra parte, trabajan en jornada de tiempo parcial en un 23,4% "cosa que de un lado les permite una mayor flexibilidad y conciliación (...), pero por otro lado les quita la posibilidad de cotizar a un nivel más alto, haciendo que el futuro sus expectativas de pensión sean más bajas que la de los hombres", hay que hablar también de la existencia de mercados de trabajo segmentados, creando una mayor competencia por los puestos de trabajo.

<sup>378</sup> OROZCO VARGAS, R., "Transversalidad de género e interseccionalidad", *Revista Umbral* número XXX, 2012. En línea. Disponible en: <http://www.colopro.com/revista/articulo/transversalidad-de-genero-e-interseccionalidad> [Consulta 13 febrero 2013]. Se puede entender, de acuerdo con la autora, que el género "como construcción social, es un conjunto de determinaciones y características económicas, sociales, legales, políticas, psicológicas y culturales que conforman lo que en cada período histórico se observa como lo femenino y lo masculino" (pág.2

*Para transitar con cierta seguridad por el campo propio del Derecho Antidiscriminatorio - tan deudor de principios y valores constitucionales que se pueden descubrir, asimismo en las declaraciones y cuerpos doctrinales acerca de derechos fundamentales y derechos humanos -, como primera tarea se debe examinar la adecuación de las herramientas que se utilizan, ideas o conceptos, para hacer inteligible de forma rigurosa, clara y concisa la obra que se endereza al conocimiento y comprensión de otras personas. La noción de principio y valor, en el campo jurídico, juega a menudo un papel ambivalente, como si un término fuese sinónimo del otro, con lo que la argumentación aparece propensa a la confusión, máxime en terreno donde la Justicia debe mirar en doble dirección, pues de un lado se estima al ser humano como portador y creador de valores, al tiempo que su actividad en relación con los demás seres humanos tiende a estar regulada por una serie de principios.*

*Con fundamento en la obra de FREIXES I REMOTTI<sup>379</sup> puede ofrecerse una somera distinción entre las nociones de principios y valores, afirmando que “los valores enumeran cláusulas generales o finalidades”. Mientras que “Los principios (...) se extraen de las reglas constitucionales (...), consisten, pues, en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas”. De alguna manera puede argumentarse que la finalidad de igualdad, como valor que se persigue por el Derecho Antidiscriminatorio<sup>380</sup>, encuentra su principio último en la dignidad del ser humano.*

---

<sup>379</sup> FREIXES Y REMOTTI, *apud* ALCAIDE RODRÍGUEZ, E., “Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 nº3, 2008, pág.467. Versión en línea disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n3/art04.pdf>, [Consulta 3 febrero 2014], que se refiere a los conceptos de principios, normas y valores señalando que “Los valores (...), enumeran cláusulas generales o finalidades, mientras que las reglas) contienen disposiciones específicas y, tanto unos como otras están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta, pudiendo, por ende, apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios, en cambio, se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa; consisten, pues, en fórmulas de derecho fuertemente consensuadas que albergan en su seno gérmenes de reglas jurídicas; lo que equivale a afirmar que los principios no siempre constan explícitamente en el texto constitucional, aunque pueden fácilmente deducirse del mismo a través de una interpretación estructural y sistemática”.

<sup>380</sup> La expresión Derecho Antidiscriminatorio, utilizada por M<sup>a</sup> Ángeles BARRERE UNZUETA y Dolores MORONDO TARAMUNDI, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº45, págs.15-42, se considera adecuada como definición de una parte del Derecho, de futuro ubérrimo, a la luz de la creciente existencia de discriminaciones de todo tipo, empezando por la económica, que es la más antigua y posiblemente la más estructural de cualquier clase de sociedad que haya existido y, tal vez, pueda existir en el futuro. El desarrollo de un Derecho Antidiscriminatorio que en estos momentos parece perseguir sólo discriminaciones de razón personal (los estereotipos peyorativos, olvidando el peor: la miseria, la pobreza extrema), posiblemente aumente, en un tiempo más corto que largo, su natural alcance que no puede ser otro que el de garantizar una vida en Libertad e Igualdad plenas

*La mayor parte de los argumentos contruidos acerca de la discriminación se sustentan en dos ideas: una, la necesidad de ahondar en la dignidad del ser humano como principio del que se nutren y en el que se apoyan todos los valores humanos – valor moral de las personas y las sociedades en que se integran-, tarea fundamental a la que se debería entregar esta sociedad “económicamente global” si no desea verse borrada y sustituida por otros modelos sociales bien diferentes, con un sistema de principios y valores más adecuados y eficientes para el desarrollo del ser humano, para favorecer la vida física y moral de las personas - hombres y mujeres - en digna plenitud.*

*La otra gran idea necesaria para permitir y alentar el progreso de la persona es el respeto a la igualdad: el antídoto más poderoso contra el veneno de la discriminación y su capacidad de disolución y corrupción social. Aunque el concepto de igualdad es, posiblemente, el menos pacífico en la doctrina jurídica y política. Pues bien, entre los dos grandes valladares contra la injusticia que suponen el principio de dignidad destinado a hacer posible el valor igualdad en la sociedad humana, se asienta esta reciente creación del mundo de lo jurídico que entendemos como Derecho Antidiscriminatorio, el derecho con más posibilidad de evolución en el futuro, y, posiblemente, una rama nueva de lo jurídico que puede reverdecer, desde orillas diversas, pero siempre a la sombra del respeto al ser humano, mujer y hombre, un mundo distinto, unas sociedades con estructuras de poder y de gobierno que en este momento pueden parecer mera utopía. Pero utopía operante, acicate que nos mueva y transforme para llegar a ella.*

*Se ha afirmado anteriormente que la dignidad como principio, y la igualdad como valor, son los dos grandes pilares sobre los que se debería construir cualquier tipo de sociedad avivada por la idea de progreso y permanencia. Pero fuera de ese idílico horizonte se ha de buscar, en el paisaje dibujado y delimitado por la discriminación laboral, a los grandes perjudicados y excluidos sociales, a los seres humanos invisibles e ignorados, para intentar abrirles una puerta a la esperanza. Incluso en la discriminación laboral se pueden encontrar gradaciones y matices en la injusticia debidos a diversos factores: los grandes desterrados del avance social*

---

para el ser humano. La Globalización económica se ha mostrado sobradamente nociva para la dignidad, el progreso, la equidad, la justicia, en síntesis, la vida libre del ser humano y el respeto a su condición, que reclaman un cambio de paradigma económico antitético del que domina ahora el mundo.

*comúnmente suelen tener género femenino y número plural. Las personas más explotadas y discriminadas social y laboralmente son las mujeres, es la mujer.*

*Al contrario de lo que se suele afirmar por la mayor parte de la doctrina jurídica hay más de una invisibilidad en la discriminación de género, pues se amaga todavía más, permanece más oculto el sujeto agente: las personas, de distinto género y función, que consienten, promueven o resultan beneficiarios de esa vergonzante injusticia. Mujer y discriminación son términos que en Derecho laboral caminan con frecuencia emparejados; lo que lleva a hablar habitualmente de discriminación de género al referirse a la discriminación, de diversos tipos y por distintos factores, que padece la mujer.*

*La doctrina mayoritaria del Derecho Antidiscriminatorio entiende la discriminación de género referida, casi en exclusiva, al género femenino. Se define la discriminación de la mujer como la más extendida, tanto por razones de número - pues mujeres son más de la mitad de personas que forman la población de este planeta -, como de rol social, situándose la mujer comúnmente detrás del hombre, en cuanto al porcentaje de ocupación laboral; posibilidad de promoción; desempeño de cargos de relevancia en la política y en la ciencia, así como en la cualificación profesional obtenida y los niveles de ingresos percibidos en razón a la actividad que desarrolla, generalmente más bajos que los retribuidos a hombres que desarrollan similares actividades.*

*La discriminación de género supone una multiplicidad de efectos y consecuencias negativas para la mujer; desde efectos físicos, el más común, las enfermedades y dolencias que van apareciendo con la edad, producto de un trabajo invisible y doble (el productivo, fuera del hogar, al que se dedica en unas condiciones diferentes en jornada, salarios, etc. peor retribuidas que al trabajador hombre; y el trabajo que por algunos autores se califica de reproductivo (doméstico), prestado en el hogar, que por no estar remunerado se asimila a la inactividad laboral<sup>381</sup>. Las mujeres, que deben simultanear ambas clases de ocupaciones, trabajo productivo (remunerado y*

---

<sup>381</sup> CALABUIG PUIG, M.A., "Sobre la concreción del concepto de discriminación indirecta. Un análisis a propósito del trabajo a tiempo parcial y el cálculo de pensiones", Revista Europea de Derechos Fundamentales, 2013, núm. 22, pág.348. Afirma la autora, en relación a la invisibilidad del trabajo reproductivo o doméstico y su carencia de reflejo estadístico "las consecuencias de esta situación planteada han girado en torno a que las mujeres, durante mucho tiempo, han llevado a cabo un papel fundamental para el desarrollo de nuestra sociedad, que sin embargo no ha sido valorado, remunerado, ni visibilizado. Tradicionalmente se ha tratado de una obligación inherente a su condición de mujer, considerándosela "mantenida" por el varón sustentador, que en cambio sí desarrollaba un trabajo remunerado; y situándola en situación de absoluta dependencia económica durante toda su vida". Son unas afirmaciones tan duras como verdaderas, producto de una situación de opresión institucionalizada.

*visible) y reproductivo (gratuito e invisible), trabajan casi siempre más ganando casi siempre menos que el varón que desempeña o desarrolla una actividad laboral similar, lo que permite hablar de una división sexual del trabajo.*

*En todo tratamiento discriminatorio, pero mucho más en el que tiene a la mujer que trabaja como modelo más claro de la discriminación de género, se puede buscar y encontrar el motivo, la causa real, de la discriminación. Se puede adelantar el carácter económico con que se muestra la verdadera faz de toda discriminación, aún más nítidamente perfilada y multiplicada en el caso de la discriminación de género (el género femenino como primer factor de discriminación, al que se le añaden otros estereotipos ofensivos, basados en la raza, la edad, la discapacidad o la religión<sup>382</sup>, como más significados). Las estrategias de transversalidad de género, orientadas a impedir el hecho discriminatorio en todas las facetas de la vida social, y en todos los ámbitos donde pueda conocerse son, tal vez, la mejor manera de afrontar y remediar, a medio y largo plazo tratamientos injustos por desiguales; pues lo que persiguen las medidas de igualdad de género, transversalidad de género o gender mainstreaming es lograr el tratamiento igualitario de hombres y mujeres; conseguir que el Principio de Igualdad sea de real y efectiva aplicación en la sociedad.*

*Principio de Igualdad que ha de enriquecerse añadiendo a su concepto formal (de igual trato a lo que es igual), la noción de igualdad material, “como una reinterpretación de aquélla en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos”<sup>383</sup>, mediante técnicas de favorecimiento*

---

<sup>382</sup> RIVAS VALLEJO, P., “Trabajo, Islam y género”, XXV Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 20 y 21 de febrero de 2014. RIVAS VALLEJO examina la situación de multidiscriminación que puede soportar la mujer musulmana “la integración laboral de la mujer musulmana se enfrenta al casi invencible obstáculo de la discriminación múltiple producto de la confluencia de género y origen y creencias religiosas, cuya manifestación externa es especialmente visible entre las mujeres (uso del hiyab) y por ello las expone en mayor medida a la discriminación en el acceso al empleo. Las conclusiones de RIVAS VALLEJO que consideramos más sugestivas y útiles a nuestro propósito: la primera de carácter, si así se puede llamar, general; pues afirma “la existencia de un paralelismo entre las mujeres de todo el mundo, dentro y fuera del Islam, en cuanto se refiere a su progresión profesional y condiciones de trabajo” Y la segunda conclusión de RIVAS, asimismo de manifiesta utilidad, pues descubre que “incluso entre hombres y mujeres que profesan la misma religión y/o tienen un mismo origen, se alzan diferencias de trato por parte del mercado de trabajo español”. La discriminación por razón de género deviene el denominador común en la generalidad del ámbito laboral, conjugándose o no con otros factores de discriminación, que se afrontan de diverso modo, aunque no ofrezcan “respuesta a las situaciones de inadmisión al empleo o de dificultades de relación en el ámbito laboral” [con la excepción del acoso por motivo religioso].

<sup>383</sup> H. HELLER, “Las ideas socialistas” en *Escritos Políticos* (selección y prólogo de A. López Pina), Alianza, Madrid, 1985, pág. 322, apud CARMONA CUENCA, E. “El principio de igualdad material en la constitución europea”. En línea. Disponible en: <http://e->

*o acción positiva, que tienen como finalidad eliminar las situaciones de inferioridad social y los efectos que padecen o han podido padecer algunos colectivos; técnicas que tratan de eliminar las desigualdades y exclusiones sufridas por los miembros de algunos colectivos, debidas a los prejuicios basados generalmente en estereotipos. En ningún caso, la aplicación de medidas de acción positiva o favorecimiento pueden prolongarse en el tiempo, ni ser causa, a su vez, de discriminación.*

## *2. Reseña, concepto y ámbitos posibles de aplicación de la Transversalidad de género*

---

*La delimitación del ámbito de la discriminación por razón de edad, que se intenta elaborar desde una perspectiva de género, precisa tener en consideración las contribuciones del pensamiento feminista al Derecho Antidiscriminatorio, así como el examen de las propuestas y soluciones que la estrategia de la transversalidad de género pueda proporcionar en esta materia. Se muestra, por tanto, necesario, el estudio de la transversalidad de género, su naturaleza y contenido y posibles efectos, así como las formas de producción de tal estrategia igualitaria.*

*Se conoce por transversalidad de género lo que la Unión Europea denomina *mainstreaming* de género, que hace referencia a una determinada estrategia de política igualitaria entre hombres y mujeres. Su antecedente<sup>384</sup>, cercano en el tiempo, hay que fijarlo en la IV Conferencia Mundial de Mujeres de las Naciones Unidas, que tuvo lugar en Pekín, en 1995<sup>385</sup>, donde se fijaron, entre otras, las siguientes obligaciones para los gobiernos, en materia de perspectiva de género referida a derechos humanos “al ocuparse del disfrute de los derechos humanos, los gobiernos y otros interesados deben promover una política activa y visible encaminada a incorporar una perspectiva de género en todas las políticas y los*

---

archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19182/FCl-2004-8-carmona.pdf?sequence=1. [Consulta 13 enero 2011]

<sup>384</sup> OROZCO VARGAS, R., “Transversalidad de género e Interseccionalidad”, disponible en: <http://www.colypro.com/revista/articulo/transversalidad-de-genero-e-interseccionalidad>, [Consulta 7 abril 2015], que concreta los antecedentes del concepto de transversalidad de género: “Al respecto INCHÁUSTEGUI, informa que, aunque la idea de la transversalidad de género fue acuñada en la tercera conferencia de la mujer, celebrada en Nairobi en 1985, su divulgación y asimilación, como un enfoque de planeación pública, no se dieron sino hasta la “IV Conferencia Mundial de la Mujer”, celebrada en Beijing[Pekín] en 1995.

<sup>385</sup> Texto de la IV Conferencia Mundial de Mujeres de las Naciones Unidas (Pekín, 1995), disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [Consulta 7 abril 2015]

*programas de manera que, antes de que se adopten decisiones, se analicen los efectos que han de tener para las mujeres y los hombres”(punto 229).*

*Dicha petición de incorporación de una perspectiva de género se reitera en diversos apartados de la conferencia. Se ha elegido en concreto el apartado relativo al disfrute de los derechos humanos, porque es el preámbulo del objetivo estratégico I.1 que hace referencia a la promoción y protección de los derechos humanos de la mujer, mediante la aplicación de “todos los instrumentos de derechos humanos, especialmente la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, con lo que la perspectiva de género presenta su primera defensa pública, incardinándose en lo que se conoce como mainstreaming de género o transversalidad.*

### 3. Concepto de gender mainstreaming o transversalidad de género

---

*El concepto de mainstreaming o transversalidad de género viene definido por el Consejo de Europa “la transversalidad de género es la (re)organización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos políticos, de modo que la perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las fases, por los actores involucrados asiduamente en adoptar políticas”<sup>386</sup>. Cabe destacar, sin ánimo exhaustivo, los aspectos que se consideran más relevantes en la estrategia igualitaria del mainstreaming o transversalidad de género; estrategia que está orientada a hacer iguales en derechos: reales, efectivos, operantes en los ámbitos personal y social, a mujeres y hombres.*

*Pueden señalarse, como requisitos destacados para dar forma a la transversalidad de género, en primer lugar, conseguir un cambio sobre la idea de igualdad de género; en segundo lugar, aunque también deviene un proceso insoslayable pero previsiblemente largo y dificultoso, lograr la participación de las mujeres en todos los procesos económicos y políticos donde se tomen decisiones que les afecten, cosa fácil de desear o reclamar, pero de ardua consecución en los comportamientos y acciones de origen privado o público, y como un tercer requisito básico, la prioridad en la ejecución e implementación, también económica, de las políticas de igualdad de género. Ha de fijarse, como condición previa para toda acción política en materia*

---

<sup>386</sup> Objetivo Estratégico núm. 5 “Conseguir la transversalidad de género en todas las políticas y medidas”, Documento Estrategia de Igualdad de Género 2014-2017, disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/02\\_GenderEqualityProgramme/Spanish%20Strategy%20for%20Gender%20Equality%202014%20-%202017.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/02_GenderEqualityProgramme/Spanish%20Strategy%20for%20Gender%20Equality%202014%20-%202017.pdf), [Consulta 7 abril 2015]



*tan rica en efectos jurídicos y económicos como es la transversalidad de género, el conocimiento efectivo de la realidad social y humana sobre la que está llamada a operar esta estrategia.*

#### 4. Delimitación del ámbito de aplicación de la transversalidad de género

*El intento de elaborar un razonamiento útil sobre la transversalidad de género deviene frustrado, en ocasiones, por la imprecisión del término y su carácter ambiguo, puesto que las personas destinatarias de esta estrategia de igualdad, dependiendo de los autores, pueden ser, en un sentido estricto, exclusivamente las mujeres; habiendo otras concepciones doctrinales que intentan abarcar en la transversalidad de género tanto a mujeres como hombres destinatarios de las políticas de igualdad. En el campo normativo, la regla general es la que los destinatarios de la transversalidad pueden ser tanto mujeres como hombres.*

*La transversalidad de género puede definirse, en líneas generales, como un conjunto de medidas y reglas tendentes a favorecer la igualdad entre sexos, a hacer iguales en derechos, tanto a las personas de un sexo como de otro, mujer u hombre. No obstante, la doctrina mayoritaria entiende que la transversalidad de género tiene un protagonista principal y exclusivo, la mujer, cuya mejora de condiciones de vida y de posibilidad de actuación con relevancia y equidad social resulta el núcleo central de los planes de igualdad. Se recupera a más de la mitad de la población, caracterizada por su género, femenino, y se intenta que la mujer alcance la posición de dignidad, respeto y reconocimiento por el Derecho que ha constituido el objetivo prioritario de la dialéctica feminista, desde las primeras manifestaciones del feminismo afroamericano, cuyas ideas se alimentan de la consideración de la mujer de raza negra norteamericana como sujeto de discriminación múltiple y la necesidad de poner remedio a tal situación.*

*Quizá puede afirmarse, sin incurrir en una inferencia temeraria por excesiva, que el ideario del feminismo europeo, tal vez de todo feminismo, se centra en la idea de que la mujer – toda mujer – desea ser tratada como igual al hombre: derecho a ser respetada en su identidad femenina y a que se le reconozca la misma igualdad e idéntica dignidad que el hombre. Esa demanda de igualdad no resulta una petición exagerada o extemporánea, al comprobar como el abuso de poder se ejerce de forma constante, multiplicado por factores doble o triplemente discriminatorios, sobre*

*la parte más débil y desprotegida de la sociedad, aunque sea la más fuerte, noble y generosa: la mujer.*

*La noción de transversalidad de género ha tenido en España un eco científico y doctrinal significativo. Puede alcanzarse una idea aprovechable para su desarrollo en bien de la sociedad; aunque no se puede apreciar la unidad conceptual necesaria para abordar esta institución (pues hay diversidad de autoras y autores que parten incluso de distintas formas de denominación), por ejemplo, EXPÓSITO MOLINA ha afirmado el carácter de “estrategia política que ha permitido abordar la desigualdad de género desde todos los ámbitos”<sup>387</sup>, y ello porque la autora considera que “las acciones, las políticas y los programas tienen resultados diferentes para los hombres y para las mujeres”<sup>388</sup>. Tal vez la aportación más relevante en el discurso de EXPÓSITO MOLINA sea la afirmación del reconocimiento de la igualdad de género como un derecho fundamental, y la configuración de un “nuevo modelo social donde mujeres y hombres ya no se definen por su sexo, sino como ser humano con las mismas posibilidades y oportunidades de intervenir en la vida pública”<sup>389</sup>.*

*Los argumentos y teorías formuladas por feministas negras norteamericanas acerca de la discriminación de la mujer afroamericana que originaron como resultado la noción de discriminación múltiple, ya no son tenidas como un pensamiento novedoso o extravagante, puesto que aun dándose fundamentos diferentes e incluso discrepantes a veces entre los autores, como sucede, a modo de ejemplo, en la distinta configuración que CRENSHAW atribuye a la discriminación múltiple, en contraposición a la idea que sustenta MAKKONEN, ello no empece la consideración de igualdad de la mujer respecto al hombre.*

---

<sup>387</sup> EXPÓSITO MOLINA; C., “¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad desde la perspectiva de género en España”, *Investigaciones Feministas*, 2012, vol.3, pág. 205, disponible en <http://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/41146/39358>, [Consulta 22 enero 2014], que se produce en los términos siguientes “La transversalidad ha representado, posiblemente, la estrategia política más importante que ha permitido abordar la desigualdad de género desde todos los ámbitos, todos los procesos y todos los niveles e incorporar la experiencia de las mujeres en el diseño, implementación, desarrollo y evaluación de las políticas”. La misma autora establece unas definiciones, sucintas, sobre los conceptos de transversalidad, discriminación múltiple e interseccionalidad.

<sup>388</sup> Ídem.

<sup>389</sup> Ibídem, pág. 217

## 5. *Carácter y finalidad igualitaria de la transversalidad de género*

---

*Unas ideas tan relevantes como las que subyacen tras la estrategia de la transversalidad de género, y la consideración de la igualdad de género como un derecho fundamental, están llamadas a buscar y encontrar su fundamentación jurídica. Para ello es obligado ver cuáles son los intereses o motivaciones que sostienen a tales teorías.*

*Si de lo que se trata es de procurar el mayor bien para los más necesitados y marginados; si lo que las políticas y estrategias de la transversalidad de género pretenden es reconocer con hechos la dignidad de la mujer, y por tanto, su igualdad en todos los ámbitos respecto al hombre, las posibles contradicciones argumentativas sólo deben servir de indicio de un trabajo emprendido con loable objetivo, pero no excesivo acierto expositivo. Se habría de recurrir, en este momento, al pensamiento de BARRERE y MORONDO para comprobar que hay una multiplicidad de acercamientos al ser, a lo que las cosas son, sin que ninguno de ellos contenga en sí toda la verdad, ni pueda explicar la totalidad de una institución. Bien se podría afirmar que la transversalidad de género es una estrategia necesaria en situación de sojuzgamiento, que en un sistema de opresión, utiliza el principio de igualdad para alzar y preservar la libertad y la dignidad de la mujer como ser humano igual al hombre.*

*Se muestra necesario, en este momento, añadir unas explicaciones al término *gender mainstreaming* o transversalidad de género que pueden ayudar a la comprensión de la institución, y aludir al cambio, no sólo semántico, mas también ideológico, que se produce con la traducción al español de la versión original del Punto IV de la Plataforma de Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995). Cambio en la traducción que es examinado por BARRERE UNZUETA<sup>390</sup>, y que conlleva significativas diferencias conceptuales y también en los posibles efectos, en perjuicio de la mujer española, que se pueden resumir en la alteración del objetivo previsto en los en la IV Conferencia, que en la versión original*

---

<sup>390</sup> BARRERE UNZUETA, M. A., "La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas", R.V.A. P, núm. 87-88, 2010, págs. 240-2411: Disponible en <http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/7.%20Barr%C3%A8re%20Unzueta,%20M.%C2%AA%C3%81ngeles.pdf>, [Consulta 10 de marzo 2015]. La autora se refiere, del modo siguiente, a esa diferencia conceptual originada por la traducción. "A causa de ello la introducción de este mecanismo [el mainstreaming de género] resulta confusa, en la medida en que la versión castellana no refleja del todo el planteamiento de Beijing [Pekín], según el cual no se trataría sólo de introducir transversalmente la perspectiva de género, sino, además, de dotar a esta perspectiva (frente a otras) de un carácter principal".

*era apoyar, para el adelanto de las mujeres, como corriente (o línea) principal (mainstreaming) “a escala gubernamental una perspectiva de género en todas las políticas”. En la traducción española se tiene a la transversalidad de género como una estrategia igualadora que ha de incorporarse a todas las políticas, pero se la despoja de su carácter principal, dentro de las posibles estrategias igualadoras.*

*Se corrobora, en el comentario anterior, la importancia de lo que una traducción incorrecta o sesgada puede entrañar en perjuicio del derecho a la igualdad de la mujer, y del orden jerárquico de las medidas igualatorias que configuran la transversalidad. Por otra parte, la presencia de una frondosa variedad expositiva denota el poco asentamiento, gramatical y jurídico, que todavía muestra la institución; pues se observa y analiza desde tantas y tan distintas orillas, que la aparente riqueza terminológica y conceptual indica, como se argumenta de modo similar en el estudio de la acción positiva desarrollado en el Capítulo 8, una cierta falta de definición y certeza sobre lo que realmente sea la institución.*

*En este campo, encontramos autores como RIGAT PFLAUM<sup>391</sup> que centran su examen en el carácter estratégico de la transversalidad de la perspectiva de género pues, según la autora, su objetivo es “superar las discriminaciones sociales de género y alcanzar mayores niveles de igualdad (...) Se puede definir el mainstreaming como estrategia que involucra a todos los actores sociales en la búsqueda de la igualdad de género, o para denominar determinadas herramientas para el análisis de género”. Hace referencia RIGAT PFLAUM a la revolución semántica que constituye la aparición del concepto de género, como distinto del sexo, afirmando su carácter multidimensional y de construcción social, producto de interacción social<sup>392</sup>. Y quizá proporciona la visión más general, y más acertada del gender mainstreaming: “garantizar más justicia, más equidad y más igualdad – mejorar la calidad de la democracia, extendiendo su alcance a toda la sociedad”.*

*Tal vez, y para el propósito que entraña la perspectiva de género, si se traslada esta idea/estrategia al mundo laboral, los dos enfoques básicos de la igualdad de género serán la igualdad de trato laboral y la igualdad de oportunidades laborales. Ambos planteamientos - igualdad de trato laboral e igualdad de oportunidades- de la transversalidad, perspectiva o igualdad de género, tienen cabida en la definición del*

---

<sup>391</sup> RIGAT PFLAUM, MARÍA, “Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género”, *Nueva Sociedad*, núm. 218, nov-dic. 2008. Disponible en [http://www.nuso.org/upload/articulos/3570\\_1.pdf](http://www.nuso.org/upload/articulos/3570_1.pdf). [Consulta 23 enero 2015], pág. 1.

<sup>392</sup> *Ibidem*, pág.16.

Consejo de Europa<sup>393</sup>, en 1998, del modo siguiente: “El *mainstreaming* de género es la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas”. En la definición técnico-política del Consejo de Europa, se observa que una primera referencia tiene en consideración el aspecto político del *mainstreaming* o transversalidad, puesto que viene referido a la mejora, desarrollo y evaluación de los procesos políticos para, en un momento consecutivo, incorporar la perspectiva de igualdad de género en la acción política, como elemento o fundamento teleológico.

Se halla, en este terreno, tal abundancia de opiniones y definiciones terminológicas y conceptuales, que el concepto de *gender mainstreaming*, transversalidad, perspectiva de género o transversalidad de la dimensión de género, etc. se muestra tan exuberante como difuso. Conviene, tal vez, traer a colación para entender esta materia de forma idónea, la definición de LOMBARDO<sup>394</sup>: “La estrategia más reciente de la política de igualdad entre mujeres y hombres de la Unión Europea (UE) se conoce como *mainstreaming* de género, que en España se ha traducido con el término ‘transversalidad’.

En la anterior definición de LOMBARDO quedan abarcados los dos aspectos más relevantes de la transversalidad de género, sobre cuya concurrencia la doctrina mayoritaria actual es pacífica, al admitir: a) la naturaleza política de la institución: que se define por su carácter de estrategia política, y b) el elemento teleológico: conseguir o llegar al resultado final de la igualdad de mujeres y hombres en la Unión Europea.

Sobre el aspecto político de la transversalidad pocas dudas pueden presentarse en el momento actual, dada la génesis de la institución, que nace como respuesta política a problemas sociales – el de la infravaloración de la mujer en todos los terrenos -, e intenta buscarles solución mediante la invocación al principio igualitario. Es en este segundo plano, el derecho a la igualdad de género, donde cabe apuntar

---

<sup>393</sup> CONSEJO DE EUROPA, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en *mainstreaming* (EG-S-MS), (versión español e inglés), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, p. 26.

<sup>394</sup> LOMBARDO, E., “El *mainstreaming* de género en la Unión Europea”, *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, vol. 10-15, Mayo -Diciembre 2003, págs.6-11. Disponible en: [http://www.sernam.cl/pmg/archivos\\_2007/pdf/Art\\_MainstreamingUE.pdf](http://www.sernam.cl/pmg/archivos_2007/pdf/Art_MainstreamingUE.pdf).

*algunas consideraciones, ya que el principio de Igualdad - que debería ser el primero y principalmente respetado y observado en el funcionamiento de cualquier sociedad humana que desee realmente avanzar para el bien común de todos sus integrantes, mujeres y hombres-, es el de menor éxito en la vida real y en sus diferentes facetas políticas, culturales, jurídicas o económicas, por citar sólo las más significativas. Por otro lado, si la realidad laboral pudiera examinarse segregadamente del resto de los aspectos que conforman la sociedad, el principio de Igualdad también vendría a mostrarse como el más ausente del mundo laboral.*

*Pero la dificultad no debe amainar el íntimo sentimiento de justicia de todo ser humano, pues Libertad e Igualdad conforman, quizá, las dos manifestaciones más necesarias y visibles de la humana dignidad, y el mainstreaming de género, sea cual sea el ámbito de aplicación que pueda tener esa estrategia política con finalidad igualitaria<sup>395</sup>, no deja de ser un intento de enraizar la dignidad y la libertad en unos colectivos humanos históricamente discriminados y compuestos en su mayoría por mujeres. La humanidad no puede pretenderse digna y libre cuando algo más de la mitad de los seres humanos que la componen – pertenecientes al género femenino - no lo es. La interacción social es tan fuerte que las sociedades donde la mujer no goza de igualdad respecto al hombre están obligadas a emprender el camino de la dignificación femenina con todos los medios y las energías con que puedan contar, y ello por un cierto determinismo social, puesto que la discriminación de género ya no cabe en el pensamiento, en el ideario, de ningún ser humano cuya educación contenga un mínimo patrimonio de respeto y estima hacia sí mismo.*

## 6. La Transversalidad de género desde una perspectiva constitucional

*Son varios los autores que tratan de descubrir la respuesta que al derecho, de carácter fundamental, de igualdad de la mujer se puede encontrar en el ordenamiento jurídico español, en su vertiente constitucional. Así, SOUTO GALVÁN<sup>396</sup> sostiene que “todos los principios que recogen la Constitución como valores*

---

395 DEL RIO, C., Y ALONSO VILLAR, O., “Mujeres ante el empleo (y el desempleo) en el mercado laboral español, 1996-2013”, Revista Internacional de Ciencias Sociales, núm. 33, 2014. Interesante el apartado 2, con el epígrafe Principales diferencias por sexo en el mercado laboral español,(p. 88-91); donde se reseña la brecha salarial, de carácter general, entre hombres y mujeres: “En todo el mundo las mujeres perciben menos salarios que los hombres, ya sean éstos medidos en un cómputo horario, diario, semanal o mensual” (p. 88).

396 SOUTO GALVAN, C., *Principio de igualdad y transversalidad de género*, Madrid, Dykinson, 2012, pág. 57 y ss.

*superiores del ordenamiento jurídico tendrán una aplicación transversal, estarán presentes en toda la legislación, en todo el ordenamiento jurídico”, y asevera la proyección de la igualdad, en cuanto valor superior, sobre todo el ordenamiento jurídico*<sup>397</sup>.

*Por otra parte, LOUSADA AROCHENA*<sup>398</sup> *descubre el fundamento constitucional del principio de transversalidad de género en los artículos 14 y 9.2 de la Constitución Española de 1978. Se pregunta el citado autor por el lugar, la sede constitucional donde encontrar el contenido esencial del principio de transversalidad: si dicho contenido esencial se debe hallar en el art. 14 CE, donde se proclama el principio de igualdad o si, desde otra perspectiva, el principio de transversalidad debe buscarse en el art. 9.2 de la Constitución, donde sitúa el contenido promocional del principio de igualdad; LOUSADA*<sup>399</sup> *atribuye a la transversalidad de género carácter promocional, no esencial del principio constitucional de igualdad de sexos; pero rectificándose a sí mismo, extiende su razonamiento afirmando que el aspecto de género constituye un contenido esencial adicional de libre configuración por el legislador ordinario.*

*La cuestión no estriba tanto en descubrir la sede constitucional del principio de igualdad, que encuentra general consenso en venir amparado por el art. 14 de la Carta Magna, atribuyendo a tal mandato constitucional el contenido esencial del principio de igualdad. La cuestión es si puede hablarse de contenidos promocionales, o mejor dicho, de contenidos esenciales adicionales – si un contenido es esencial no es adicional - (y de libre configuración por el legislador) trasladando la transversalidad de género al art. 9.2 de la misma Constitución, para degradar la originaria idea de transversalidad de género (asentada en el valor dignidad y el principio de igualdad, que incluye a toda las personas), a un secundario contenido promocional que debe ser garantizado por normas extra constitucionales que, por otro lado, han de respetar el contenido esencial adicional de la transversalidad de género. Quizá el nudo gordiano de la cuestión sea puramente semántico, nominal, porque la declaración de igualdad supone, como ya se ha repetido, una derivación del valor dignidad.*

---

<sup>397</sup> Sobre la diferencia de concepto entre valor y principio, véase FREIXES Y REMOTTI, *apud* ALCAIDE RODRÍGUEZ, E., “Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile”.

<sup>398</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, págs. 36 y ss.

<sup>399</sup> *Ibidem*, pág. 125

## 7. Discriminación de género y economía

---

JACOBSON<sup>400</sup> a finales del siglo XX afirmaba que “la discriminación de género es la principal causa de pobreza, ya que de una manera u otra, impide a cientos de millones de mujeres recibir la educación, formación, los servicios médicos y cuidados infantiles necesarios, así como obtener el estatus legal para poder escapar de la situación de pobreza en que se encuentran”. Sobre esta afirmación se suele pasar con indiferencia por la mayor parte de los gobiernos y organizaciones internacionales que reiteradamente hacen llamamientos para poner remedio a la discriminación de género, aunque a la hora de llevar a la práctica cualquier medida, plan o actuación para evitar este tipo de discriminación, la teoría públicamente proclamada se encuentra a menudo huérfana de la conveniente práctica.

JACOBSON analiza las causas de la pobreza de los países no desarrollados, y describe el círculo vicioso a que se ven abocadas las mujeres en sociedades poco desarrolladas, cuando se intenta aplicar en aquellas sociedades unas políticas económicas convencionales que “a menudo aumentan de forma directa la pobreza en las economías de subsistencia, lo que a su vez incrementa las responsabilidades de la mujer”<sup>401</sup>, exponiendo cómo “ las mujeres trabajan cada día más por menos dinero – lo que hace aumentar el valor de los hijos para las mujeres, que son considerados como mano de obra y protección frente al futuro incierto”<sup>402</sup>. La conclusión ineludible para JACOBSON es que “hasta que no se haga frente a la discriminación de género no será posible lograr un desarrollo sostenible”<sup>403</sup>. Y ello es tan cierto como que la discriminación de género comporta efectos cuya lesividad para la sociedad y las personas que la integran difiere en función del tipo de sociedad, y de su grado de desarrollo, en que se produce la discriminación de la mujer.

Si la mujer se desenvuelve en un país poco avanzado, se llega a una trampa demográfica: “el rápido crecimiento demográfico dentro de las economías de subsistencia, a su vez, agrava la degradación medioambiental (...) la salud de

---

<sup>400</sup> JACOBSON, Jodi L., *Discriminación de género. Un obstáculo parara un desarrollo sostenible*, Bakeaz, Bilbao, 1994, pág. 7.

<sup>401</sup> *Ibidem*, pág. 8.

<sup>402</sup> *Ídem*.

<sup>403</sup> JACOBSON, J.L., *Discriminación de género. Un obstáculo parara un desarrollo sostenible*, op.cit. cit. pág. 10.



*mujeres y niños, la mayor parte de los afectados por la degradación medioambiental como consecuencia del papel que desempeñan en esta sociedad, se ven cada vez más perjudicados. El ciclo se acelera. Ésta es la trampa demográfica*<sup>404</sup>.

*Llegar a una sociedad algo más justa, algo más humana, algo más equilibrada, se presenta como una finalidad ineludiblemente ligada a la erradicación de la discriminación de género. Esa transversalidad de género, con principal acento femenino, ha de fundamentarse en la posibilidad de que la mujer pueda acceder al trabajo y a un salario en igualdad de condiciones con los hombres. Conseguir una igualdad real, efectiva, en el mundo laboral es el punto de partida y, consecuentemente, la meta obligada para que la mujer pueda alcanzar la propia dignidad*<sup>405</sup>.

*Cabría añadir que se debe hablar, siempre, de un trabajo “decente”, desarrollado por la mujer, en el sentido propugnado por la OIT*<sup>406</sup>. *Si, además, se examina el rol social de la mujer de más edad como sujeto discriminado, se llega a una multidiscriminación, por razón de edad y género como factores discriminatorios, con efectos devastadores contra la mujer, por injustos y por inhumanos. En palabras de SERRA CRISTÓBAL, “la discriminación múltiple parece tener nombre de mujer*<sup>407</sup>. *No puede soslayarse que más de la mitad de la población es de género femenino, y que la discriminación múltiple se origina generalmente teniendo como uno de los estereotipos discriminatorios el sexo, lo que ha conducido a admitir la expresión de discriminación de género, pensando en femenino.*

*En el momento actual, la mujer deviene todavía sujeto de discriminación, abuso y abandono llegada la vejez, sobre todo en sociedades “poco desarrolladas” donde no pueda contar con el patrimonio humano y asistencial que personifican los hijos para aliviar esa etapa de debilidad vital, donde todas las carencias se manifiestan cada*

---

404 *Ibidem*, pág. 51

405 *Ibidem*, pág. 65: “no existe nada que resulte tan importante para el desarrollo humano como la reforma de las políticas que no tienen en cuenta el potencial productivo de la mitad de la población mundial

406 Memoria del Director General de la OIT sobre Trabajo Decente, presentada en la 87ª reunión en Ginebra, en junio de 1999, disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>. [Consulta 3 junio 2014], donde se declara “Un trabajo decente para los ciudadanos de todos los países. Actualmente, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”.

407 SERRA CRISTOBAL, R, *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 15.

vez con mayor crudeza, haciendo patente un desamparo que debería avergonzar a los dirigentes económicos, políticos y religiosos. Abandono que también se produce en el llamado primer mundo. Pero la economía no contempla la dignidad del ser humano. Tal vez la emergencia de un Derecho que tenga como finalidad la erradicación de la discriminación, de toda discriminación, pueda atemperar un futuro que ahora parece depender únicamente de relaciones de poder motivadas por razones de mercado, sin sombra de respeto por el ser humano y sus derechos.

#### 8. Una visión del Derecho Antidiscriminatorio y su relación con la idea de opresión de género

---

Se puede, de alguna manera, aseverar que la discriminación florece en territorios yermos de la idea de Igualdad y también de Justicia, donde las relaciones de poder son, de facto, extensiones de lo que se conoce como el derecho del más fuerte o Ley de la Jungla. Tanto España como la Unión Europea son ámbitos económicos, jurídicos y políticos donde se dan evidentes relaciones de poder: BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI proponen redefinir el concepto de discriminación, para “hacerlo más técnico (...), hasta dar cabida en el mismo a la idea de opresión intergrupala basada en categorías analíticas o sistémicas entre las que el sexo-género ocupa un papel determinante”<sup>408</sup>.

El interesante discurso de BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI supone un paso más en pos de la verdad que pueda haber tras el heterogéneo concepto de discriminación. El apartado crítico de ambas autoras merece ser tenido en cuenta, pues a su través se puede mirar con una nueva perspectiva el fenómeno de la distribución y la lucha por el poder, “para ocuparlo en la vida social”<sup>409</sup>: las autoras no esconden, al contrario, paladinamente exponen su pensamiento, con lo que se facilita el análisis y el conocimiento de la realidad que, desde su punto de vista, se da en el fenómeno discriminatorio. Es la discriminación uno de los grandes escollos de toda vida social en plenitud, y el más grave de los impedimentos, para arribar a un Derecho del Trabajo donde la mujer no vea conculcados sus derechos por ninguna forma de discriminación de género.

---

<sup>408</sup> BARRERE UNZUETA, M.A., y MORONDO TARAMUNDI, D., “Subordinación y Discriminación Interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2011. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/523/613>, [Consulta 13 febrero 2014].

<sup>409</sup> *Ibidem*. Pág. 28

*Ambas autoras de constante referencia ofrecen un enfoque “nuevo” sobre la discriminación, su lugar ontológico – el poder y su conquista, argumentada desde la orilla del feminismo, de la teoría de género como sinónimo, en un primer momento, de combate contra los sistemas sociales de dominación y opresión – y epistemológico, mediante el análisis del fenómeno discriminatorio y su relación con lo jurídico<sup>410</sup>, cuya impronta parece envolver toda su argumentación, pues para ambas autoras el papel del Derecho antidiscriminatorio se sitúa en la intervención contra la opresión, en un sentido tan amplio que vuelve el mensaje algo difuso; pues al afirmar en una de sus conclusiones “el Derecho debe afrontar el reconocimiento de la discriminación como acción cualificada por los sistemas de opresión”<sup>411</sup>, se halla el centro de su razonamiento en la opresión/dominación de la mujer con fundamento en los roles de género. Ante tal discurso puede añadirse que la opresión y dominación de carácter económico, de clase, no puede soslayarse en una teoría antidiscriminatoria, al constituir la estructura de clases la más visible forma de discriminación que puede advertirse en la sociedad actual, donde Capital y Trabajo resultan de imposible conmixción, pues en esta sociedad de capitalismo global todavía puede hablarse de una clase social que posee los medios de producción, gobierna y dirige los mercados financieros y otra clase social que vive únicamente de su fuerza de trabajo.*

*No obstante, el propósito de ambas autoras es valiente y digno: “pero nuestro propósito va más allá y, por decirlo brevemente, la intención es abrir en el Derecho y en la cultura jurídica una brecha por la que pueda introducirse conceptualmente un tipo de injusticia que no está reconocida – o, al menos, no suficientemente – en la misma”<sup>412</sup>. Colocan la discriminación en el discurso sobre el poder, en términos de opresión y/o dominación, definiendo la opresión como “impedimento sistemático que sufren algunos grupos y que no son necesariamente el resultado de las intenciones de un tirano”<sup>413</sup>. Y llegan a la conclusión de que “las acciones de quienes dominan en un sistema estructurado de poder constituirían lo que aquí entendemos por discriminación. La discriminación constituirá la manifestación individualizada de un*

---

<sup>410</sup> *Ibidem*. Las conclusiones de BARRERE y MORONDO aparecen con claridad: “nuestra manera de concebir el Derecho y la discriminación se basa en el reconocimiento de los sistemas de opresión. Esta postura lleva a propugnar la necesidad de que el Derecho afronte el reconocimiento de la discriminación como acción cualificada o significada por dichos sistemas” (pág. 39).

<sup>411</sup> BARRERE UNZUETA, M.A., y MORONDO TARAMUNDI, D., “Subordinación y Discriminación Interseccional...” *op.cit.* pág. 28

<sup>412</sup> *Ibidem*, pág. 17

<sup>413</sup> *Ibidem*, pág. 18

*sistema de opresión/dominación*<sup>414</sup>: cabe señalar que las bases de sustentación de los razonamientos de BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI encuentran su antecedente, reconocido por las autoras como una retracción en el tiempo, en la obra de YOUNG<sup>415</sup>.

En otra línea argumental, BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI analizan la obra de C.A. MACKINNON, de la que se sirven para efectuar su crítica al Derecho Antidiscriminatorio que califican de tradicional. Y resaltan, entre otras, algunas ideas caracterizadoras del pensamiento de MACKINNON: el papel del género como categoría en que se fundamenta la dominación; la integración de la violencia como un recurso fundamental del sistema de género, y su visión de la discriminación<sup>416</sup>.

En otra parte de su exposición, con un tono que resulta, en alguna ocasión, cercano al dogma, afirman BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI que “en definitiva, para nosotras, “mujeres” es un término clasificatorio relacionado con un sistema y una experiencia de dominación. Si no hubiera dominación por medio, la diferenciación sexual no tendría mayor relevancia o, en todo caso, podrá ser una clasificación más entre tantas necesarias y útiles para la comunicación humana. En este sentido (...) utilizar la etiqueta clasificatoria “mujeres” en el Derecho Antidiscriminatorio significa exclusivamente utilizar una etiqueta hoy por hoy necesaria no sólo – como sugiere MACKINNON – para recibir poder, sino para ocuparlo en la vida social”<sup>417</sup>. El discurso de BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI parece encontrar su puerto de destino en la lucha por el poder, la conquista del poder.

Se debe hacer una referencia, siquiera sucinta, a las conclusiones de BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI, referidas al núcleo de su idea acerca de la discriminación “el Derecho debe reconocer la discriminación como acción cualificada

---

<sup>414</sup> Ibidem pág. 20

<sup>415</sup> BARRERE y MORONDO: “En definitiva, el meollo del concepto de opresión para YOUNG (...) lo constituirían las profundas injusticias enraizadas en normas y estereotipos que sufren algunos grupos, que estructuran al Estado y al mercado, y que no resultan necesariamente evidentes o intencionales”, op.cit. pág. 19

<sup>416</sup> MACKINNON *apud* BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI, “Subordinación y Discriminación Interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, op.cit. pág., 27: “Si la diferenciación en clasificaciones es, por sí misma, discriminación, como sucede en la doctrina de la diferencia, la utilización del derecho para cambiar las desigualdades sociales del grupo se presenta problemática, incluso contradictoria (...) Si la diferenciación es discriminación, la acción positiva y cualquier cambio en la desigualdad social, es discriminación; sin embargo, ¿no son discriminaciones las diferenciaciones sociales existentes que constituyen la desigualdad? Esto únicamente para decir que, desde el punto de vista que igualdad diferenciación o discriminación, cambiar un status quo desigual es discriminación, y sin embargo, permitir que exista no lo es”.

<sup>417</sup> BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI, *Ibidem*, pág. 28

o significada por los sistemas de opresión<sup>418</sup>, y sitúan en la intervención contra la opresión el papel del Derecho Antidiscriminatorio, para “poder diferenciar fenómenos injustos pero de diversa naturaleza”<sup>419</sup>, denunciando la idea de que la “discriminación jurídica es un fenómeno (ontológica y epistemológicamente) diverso de la discriminación social”<sup>420</sup>, y califican a la discriminación como “un tipo de injusticia sistémico”<sup>421</sup>.

Toda idea que pueda contribuir a la elaboración de una Teoría General del Derecho Antidiscriminatorio parece loable. Pero se entiende que cuando se discrimina a alguien, se le discrimina por unos motivos y con unas finalidades que pueden ser de fácil o laborioso descubrimiento, según sea el tipo discriminatorio. Desde un punto de vista abstracto, el mantenimiento de una posición de poder puede explicar, en parte, la necesidad de remedio a esa injusta situación, mediante la elaboración de una herramienta útil a aquella finalidad, que puede ser el Derecho Antidiscriminatorio, que viene siendo elaborado por la ideología de matriz feminista, con apoyo en la injusticia padecida por la mujer como sujeto oprimido.

Puede quizá aventurarse que las muestras más visibles de discriminación aparecen en ámbitos donde alguien actúa – dominando u oprimiendo –, en un escenario sin Derecho o donde sólo existe, como se suele decir, la Ley de la Jungla o el derecho del más fuerte<sup>422</sup>. En un sistema de opresión, de discriminación, no resultan posibles ni la convivencia social pacífica, ni la certeza en las relaciones entre los individuos y aún menos el mantenimiento de una justicia mínima que favorezca el desarrollo creciente y uniforme, sin exclusiones, de las personas que integran la sociedad.

La disyuntiva estriba en dar con una idea verdadera de lo que es justicia y orden jurídico: si el mantenimiento de las situaciones que le convienen al poder en cada momento o el ideal de lucha en favor del derecho del más débil. Un cierto contraste histórico conduce a descubrir el afán persistente e irrenunciable del ser humano por vivir en libertad y en igualdad, sin otras ni distintas obligaciones que las derivadas del cumplimiento de leyes democráticas. La función a jugar por un Derecho

---

<sup>418</sup> Ibídem pág. 39

<sup>419</sup> Ibídem pág. 40

<sup>420</sup> Ibídem pág. 40

<sup>421</sup> Ibídem pág. 40

<sup>422</sup> Platón, *La República*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, donde Trasímaco defiende la idea de justicia como conveniencia del más fuerte. Disponible en [http://www.academia.edu/4457178/Tras%C3%ADmaco\\_y\\_el\\_derecho\\_del\\_m%C3%A1s\\_fuerte](http://www.academia.edu/4457178/Tras%C3%ADmaco_y_el_derecho_del_m%C3%A1s_fuerte) [Consulta 20 marzo 2015].

*Antidiscriminatorio de futura implantación no puede soslayar el fundamental principio de igualdad; mas también llegará a ser una útil tarea la averiguación de la función social de los principios de igualdad y de prohibición de discriminación, para lograr la transformación de lo que se denomina poder, así como su reparto de forma equitativa y sin exclusiones, requisito previo para configurar una sociedad democrática e inclusiva, sin restricciones, marginaciones ni discriminaciones.*

#### *9. El principio de Igualdad y el Derecho Antidiscriminatorio.*

---

*No se puede construir un razonamiento válido sobre principios jurídicos sin tener en consideración la realidad social sobre la que tales principios han de obrar, que le permitan al ser humano alcanzar un mayor conocimiento sobre sí mismo, acerca de la sociedad en que vive y, merced a ese conocimiento, transformar la sociedad mediante su trabajo en libertad. En una sociedad donde el valor Libertad tiene, o debiera de tener, una naturaleza axial, la invocación a los principios de Igualdad y el de Prohibición de Discriminación, en cuanto fundamento de una convivencia justa y democrática, resulta de obligada referencia.*

*Los principios de Igualdad y de Prohibición de Discriminación desempeñan un papel primordial en la lucha contra la discriminación, preservando el valor dignidad que inviste a todo ser humano. Cuando los factores discriminatorios se suman o se multiplican en una sola persona o en un grupo de personas, aumentando así su gradiente de exclusión social por razón de raza, edad, género, discapacidad, etc., cada uno de aquellos principios, el de Igualdad y el de Prohibición de Discriminación, está llamado a sustentar los valores operantes en la organización política, jurídica y económica de la sociedad, para que prevalezca siempre, sobre cualquier consideración religiosa, política, cultural o de otra índole, el valor dignidad del ser humano que, por razón de esa compartida dignidad, es igual a toda otra persona, y por tanto, tiene el mismo derecho a disfrutar de un tratamiento igual, no discriminatorio.*

*La función social de los principios de Igualdad y de Prohibición de Discriminación es la de preservar la dignidad del ser humano, restablecerla si es el caso, y promoverla en beneficio de una sociedad moral, libre y responsable. La función de los principios de Igualdad y el de No Discriminación es, por tanto, la de asegurar una vida digna en sociedad a todos las personas que la forman.*

*10. La constitucionalización de los Principios de Igualdad y de Prohibición de Discriminación en España. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*

---

*Si se desarrolla el argumento anteriormente expresado, que parte del respeto a los valores morales, entre ellos, el fundamental que es la dignidad de la persona, y se prosigue el camino de la evolución axiológica, hasta que el valor de tipo moral muda, primero, en principios jurídicos y se materializa luego en derecho positivo, se llega a la conclusión lógica de que en España, en el ordenamiento jurídico español, ambos principios, el de Igualdad y el de Prohibición de Discriminación, encuentran reflejo y encaje en la Constitución española de 1978, que promulga en el artículo 14 - en su inciso primero - el Principio de Igualdad; mientras que el principio de Prohibición de Discriminación<sup>423</sup> viene proclamado en el apartado segundo del mencionado art. 14 de la Norma española Fundamental, resultando así el artículo 14 el envés necesario y complementario del Principio de Igualdad que propugna la Constitución española en su artículo 1 como un valor superior del ordenamiento jurídico.*

*Ambos principios constitucionales, de Igualdad y de Prohibición de Discriminación, se han visto desarrollados por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>424</sup> (en adelante Ley de Igualdad), cuyos artículos 3 y 4 resultan sustanciales para desarrollar los contenidos del invocado artículo 14 de nuestra Carta Magna, mientras que el art. 5 de la citada Ley de Igualdad<sup>425</sup>, referido a “Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo”,*

---

<sup>423</sup> CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núm.50/51, 2005, págs. 193-218. Disponible en línea: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2538666>, (texto completo). [Consulta 3 febrero 2006].

<sup>424</sup> LOIEHM Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo (...), y el concordante Artículo 4, Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, que reza así: “La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

<sup>425</sup> Que establece: “Artículo 5. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo (...). No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas (...)

*sienta una de las primeras y más relevantes disposiciones normativas en pos de la consecución de la transversalidad de género, una de las estrategias, junto con la acción positiva, encaminadas a erradicar la discriminación múltiple, sinónimo para algunos autores de discriminación de género.*

*La propia Ley de Igualdad, pensada para alcanzar la efectividad de la igualdad de trato y de la igualdad de oportunidades, viene acompañada de unos refuerzos, en forma de sanción en caso de incumplimiento que, entre otras medidas, establece, en su art. 72.1 un principio general de indemnización por los daños y perjuicios sufridos; mientras que el art. 10 de la Ley ya citada, prevé que “los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.*

*La discriminación por sexo que prohíbe la Ley de Igualdad española viene regulada en el art. 6, que traslada contenidos de diversas directivas comunitarias cuyo foco es la igualdad de trato: la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, y finalmente la Directiva 2006/54 de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).*

*El legislador español ha volcado en el art. 6 de la Ley Orgánica de Igualdad lo dispuesto por el ordenamiento comunitario sobre la discriminación directa e indirecta por razón de sexo, según es de ver en el art. 2 de la Directiva 2006/54, de 5 de julio, que tiene por finalidad, de acuerdo con su artículo 1 “(...) garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación”, con lo que se cierra una etapa, al menos legislativamente, y desde el ámbito europeo, destinada a evitar la marginación de la mujer en el empleo, lo que significa tanto como evitar la explotación laboral de la mujer europea.*



## 12. El camino igualitario hacia la transversalidad de género

---

*En el campo de la transversalidad de género, en ese loable intento de alcanzar una posición igualitaria e igualadora de la mujer, como persona, frente al hombre que, supuestamente, goza de una posición de privilegio – el análisis de clase se descubrirá, a la larga, como una componente complementaria, pero asimismo insoslayable de la perspectiva de género – se han de analizar, siquiera sea de manera sumaria, las posibles trayectorias, técnicas o medidas que los autores proponen para llegar a ese puerto de destino que es la Igualdad de género, la igualdad de oportunidades, la igualdad frente a los beneficios sociales, entre los que, sin forzar en exceso el término, puede hablarse de igualdad del derecho al empleo y a la ocupación, a trabajar las mujeres en condiciones similares o iguales a los hombres.*

*Para SOUTO GALVÁN la elaboración de un derecho con perspectiva de género, que requiere la consecución efectiva de la igualdad entre sexos, supone no sólo que las mujeres tengan los mismos derechos que los hombres, sino que, además, “se está en condiciones de producir normas jurídicas que respondan a la suma de los dos géneros”<sup>426</sup>. Ésta es una de las autoras que defiende un concepto amplio de transversalidad de género, que se fija como meta final la igualdad de ambos géneros, femenino y masculino. No es la única autora que aboga por un concepto amplio de transversalidad, puesto que institucionalmente también se defiende el proyecto igualitario comprensivo de ambos géneros, como puede confirmarse en la misma Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Pekín (1995).*

*Algunos autores brindan unas nociones sobre la transversalidad de género que, por un lado, parecen dimanar de la particular opinión en cada caso y constituyen a la mujer como núcleo o sujeto por excelencia de la transversalidad de género. No obstante, si se contrasta tal postura con otras nociones contenidas en diversas disposiciones y principios normativos de los instrumentos comunitarios e internacionales, no es raro encontrar referencias en las que se cita a ambos géneros, femenino y masculino, como sujetos idóneos de las acciones políticas, las legislaciones, los programas y proyectos públicos en los que se busca la efectiva igualdad entre sexos, mediante la integración de una perspectiva de género en los campos mencionados, considerando como medidas adecuadas para llegar a una*

---

<sup>426</sup> SOUTO GALVÁN, C., *Principio de igualdad y transversalidad de género*, op. cit. pág. 74

*efectiva transversalidad de género tanto el empoderamiento como las acciones positivas*<sup>427</sup>.

*El paso, necesario, desde el punto de salida de la igualdad, como construcción filosófica, a la ansiada estación término de la igualdad de género o transversalidad de género (con la implicación social, política y jurídica que ello conlleva), se produce “mediante la inclusión de la igualdad entre hombres y mujeres en las normas internacionales y en el derecho Comunitario”<sup>428</sup>. Es, por tanto, el reconocimiento por el derecho internacional y por el propio derecho de la Unión, el hecho que otorga carta de naturaleza jurídica a la transversalidad de género que es, ni más ni menos, que el intento de proclamar y hacer efectiva la igualdad de las personas, por virtud de su dignidad, en todos aquellos ámbitos donde el principio de igualdad de género debe surtir efectos: la vida social, la vida laboral, la vida política y cualquier otra clase de actividad o dominio donde los poderes públicos deben luchar para evitar que la desigualdad, la discriminación por razón de género se mantenga y, asimismo, conseguir un efectivo avance en la realización de la igualdad de género.*

### 13. Examen de la transversalidad de género: concepto y elementos a considerar

*Hay que destacar dos cuestiones que SOUTO GALÁN presenta como planteadas en la IV Conferencia de Pekín (1995)<sup>429</sup>: la primera que consiste en la aclaración del “significado de género como conjunto de atributos, actitudes y conductas culturalmente asignadas, que definen el rol social de cada sujeto en función de su sexo”, y una segunda cuestión<sup>430</sup>, esta vez con origen geográfico y político diferente, que se fundamenta en la Comunicación de 21 de febrero de 1996, de la Comisión Europea, y que establece que “el término o política de transversalidad de género constituye el concepto esencial de las políticas comunitarias de igualdad de*

---

427 Entiende el empoderamiento como la necesidad de que las mujeres incrementen su poder político mediante la reafirmación y potenciación del liderazgo en y de las mujeres; respecto a las acciones positivas, que se han examinado en el Capítulo V de esta investigación, vienen ahora definidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (Ley de Igualdad), que las define como “medidas específicas en favor de las mujeres que adoptarán los Poderes Públicos, para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres

428 SOUTO GALVÁN, C., *Principio de igualdad y transversalidad de género*, op. cit. pág. 83, donde la autora hace referencia a dos de las grandes cuestiones planteadas en la Conferencia de Pekín (1995), la primera cuestión consistente en elucidar, aclarar y definir “El significado de género como conjunto de atributos, actitudes y conductas culturalmente asignadas, que definen el rol social de cada sujeto en función de su sexo”.

429 Ídem.

430 Ídem, pág. 85

*oportunidades”; la transversalidad es el concepto o enfoque esencial que adopta la Unión Europea [Comisión CE en la Comunicación 21.2.1996], que “busca integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias, para acabar con la discriminación de la mujer”.*

*La abundancia de opiniones doctrinales y de textos internacionales y comunitarios acerca de cuál sea la esencia de la transversalidad de género, ha obligado, ya que se está efectuando el examen de esta institución desde la atalaya del derecho laboral y en función de la discriminación, fundamentalmente femenina, a buscar un concepto que estuviera, desde su inicio, enraizado con el mundo laboral y la condición femenina. Así, se ha llegado al concepto de transversalidad de género formulado por la ONU, en los siguientes términos:*

“Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros”<sup>431</sup>.

*Se observa que hay una cierta disparidad, indicio tal vez de una disimilitud conceptual, en la terminología que se usa, pues en unas ocasiones y por diferentes autores, encontraremos la expresión transversalidad de género, perspectiva de género, interseccionalidad y asimismo transversalización de la perspectiva de género, y alguna otra definición más. En unos supuestos se entiende la transversalidad como estrategia dirigida de modo casi exclusivo en favor de la mujer, mientras que en otros casos son personas de ambos géneros, masculino y femenino, los sujetos a quienes puede aplicarse las estrategias igualitarias de la transversalidad de género. Cabe reseñar, intentando clarificar conceptos, lo que la misma ONU afirma a través de su Consejo Económico y Social:*

“Esta estrategia de transversalización incluye actividades específicas en el ámbito de la igualdad y acción positiva, ya sean los hombres o las mujeres, que

---

431 OIT, Instrumentos para la Igualdad de género, “Definición de la transversalización de la perspectiva de género”. Disponible en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm>, [Consulta 12 abril 2015], que la toma de la brindada en 14 julio de 1997 por Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC).

se encuentren en posición de desventaja. Las intervenciones específicas para la igualdad pueden orientarse a las mujeres exclusivamente, a las mujeres y a los hombres al mismo tiempo o únicamente a los hombres, con el fin de que puedan participar en la labor de desarrollo y se beneficien de ella por igual. Se trata de medidas provisionales necesarias, concebidas para luchar contra las consecuencias directas e indirectas de la discriminación en el pasado”.

*Por tanto, los destinatarios de la estrategia de transversalización pueden ser tanto mujeres como hombres, aunque la evidencia social demuestre que la perspectiva de género, por razones económicas, culturales, sociales y jurídicas, todas ellas operantes en contra de la efectiva igualdad de mujer, tiene en ésta su destinatario sobreentendido, por lo que hablar de perspectiva de género equivale a afirmar la búsqueda y la consecución de la igualdad de la mujer respecto al hombre.*

#### 14. Referencia al Derecho de la Unión Europea sobre transversalidad de género

*El principio de transversalidad se incardina en el Derecho Comunitario mediante la Decisión del Consejo 95/595/CEE, de 22 de diciembre de 1995, que tiene por título Programa de Acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000)<sup>432</sup>, que en su artículo 2 define la finalidad del mainstreaming o transversalidad como “promover la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados miembros, dentro del respeto de sus respectivas competencias”.*

*Se ha visto anteriormente lo que la ONU ha entendido como transversalidad de género o mainstreaming de género, siendo su objetivo final la igualdad de géneros. En la Unión Europea, los instrumentos que acogen la idea de la transversalidad de género han sido el Tratado de Ámsterdam de 1997 (en su art. 2)<sup>433</sup> y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza de 7 diciembre 2000, en su art. 23. Mientras que el Tratado de Ámsterdam, de carácter eminentemente político, se produce afirmando en su artículo 2 el establecimiento de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los objetivos de la Unión, completando tal declaración en favor de la transversalidad de género en el artículo*

---

<sup>432</sup> Disponible en: <http://www.boe.es/doue/1995/335/L00037-00043.pdf>, [Consulta 26 febrero 2015].

<sup>433</sup> Artículos 2 y 3, apartado 2, de la Versión Consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea [24.12.2002], disponible en: [http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat\\_EC\\_consol.pdf](http://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf). [Consulta 26 febrero 2015]

3.2 del mencionado Tratado, obligándose la Unión Europea a eliminar las desigualdades y a promover la igualdad entre mujeres y hombres.

Las anteriores declaraciones del Tratado de Ámsterdam encuentran una justificación tal vez más firme para la aplicación de las estrategias de transversalidad de género, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000), de rango o valor igual al de los Tratados de la Unión<sup>434</sup>, que declara taxativamente “la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”. Ha de observarse que en este precepto de la Carta de Niza se distingue, por un lado, la admisión de la transversalidad de género, en su primera proposición, mientras que en la segunda proposición se autoriza las medidas de acción positiva en favor del sexo menos representado.

#### 15. Inserción de la transversalidad de género en la legislación española

---

El texto que incorpora la transversalidad a la normativa española es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres<sup>435</sup>, aunque no constituye el único precedente en la legislación española destinada a buscar la equiparación en derechos entre mujeres y hombres, pues ya la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, significó un tímido paso en pos de la equiparación de derechos entre ambos géneros, aunque la primera norma estatal de hipotético carácter transversal es la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, norma que no es cumplida efectivamente.

La mencionada Ley Orgánica 3/2007 anuncia la voluntad de consecución de dos grandes objetivos: 1) la prevención de las conductas discriminatorias, y 2) la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, según puede verse en la propia exposición de motivos, en su apartado III:

---

<sup>434</sup> En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. A tal efecto, la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007.

<sup>435</sup> También se utiliza la denominación Ley de Igualdad.

La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto.

*LOUSADA AROCHENA<sup>436</sup> distingue, con fundamentación en la Ley de Igualdad, la “universalidad del principio de transversalidad de la dimensión de género”, universalidad que clasifica en subjetiva y objetiva. Para el autor, la universalidad subjetiva vendría recogida en el art. 15 de la mencionada Ley de Igualdad, lo que quiere decir que todos los Poderes Públicos han de aplicar en su actuación una perspectiva de género o el principio de transversalidad de la dimensión de género. La ley de Igualdad obliga, asimismo, a todas las Administraciones Públicas a aplicar el principio de transversalidad*

*En el plano objetivo, el mismo autor afirma que las actuaciones (de las Administraciones Públicas) sujetas a la perspectiva de género o a la observación del principio de transversalidad de la dimensión de género son: la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos, y por último, el desarrollo del conjunto de todas sus actividades; en resumen toda la actuación administrativa de carácter público está sometida al principio de transversalidad de género.*

*El eje de este trabajo gira en torno a la discriminación por razón de edad en los trabajadores de edad madura. Los datos elaborados periódicamente por el Instituto Nacional de Estadística desmienten con su numérica realidad las buenas intenciones del legislador; pero hay que conocer el derecho escrito para intentar llevarlo a la práctica algún día, considerando siempre a la discriminación como el peor enemigo – por edad, por sexo, por discapacidad y por cualquier otro factor excluyente de la dignidad del ser humano – del Derecho del Trabajo, que para la persona en singular, es un Derecho a un trabajo decente. Por lo anteriormente expuesto, se examinan a continuación en qué lugares o ámbitos laborales, de empleo; en definitiva, en qué campos donde actúa o puede actuar el Derecho del Trabajo opera realmente la transversalidad de género. Puede adelantarse que con desigual fuerza según sea el sujeto – público o privado - empresario o acreedor del*

---

<sup>436</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, Madrid, MTAS, 2007, pág.39 y ss.

*trabajo, pues como se de la normativa de Igualdad española, tal principio de transversalidad adquiere y pierde matices dependiendo del sector donde ha de hacerse efectivo.*

*16. Ámbitos de empleo donde la Ley de Igualdad, (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), establece la transversalidad de género. Integración obligatoria de la transversalidad de género en el sector público*

---

*La Ley Orgánica de Igualdad dispone en su art.5 que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres tiene aplicación tanto en el ámbito del empleo privado como en el del empleo público; pero como puede comprobarse, tal principio de igualdad sufre modificaciones nominales y también de régimen jurídico en el mismo enunciado de la ley, y en su aplicación a los ámbitos, público o privado, donde el mentado principio de transversalidad de género no debería presentar diferenciación en su aplicación; pero la diferencia se presenta abonada por razones económicas y sociales que, finalmente, distinguen la regulación jurídica que se da en cada uno de los campos, público o privado, eliminándola, de hecho y de derecho, del ámbito privado, como se podrá confirmar en el apartado siguiente.*

*La Ley de Igualdad, al referirse a la transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres (transversalidad de género) en el sector público, establece en su art. 15 “El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”. A la vista del anterior enunciado, puede deducirse que el carácter obligatorio del principio de transversalidad de género no admite duda de tipo alguno, originándose en el justo momento en que cualquier poder público adopta alguna previsión normativa, y perdura hasta el instante en que se ha de traducir a números el gasto correspondiente a las políticas públicas y al conjunto de sus actividades. Por otra parte, el art. 19 de la mencionada Ley de Igualdad establece la obligación de incorporar un informe sobre impacto por razón de género<sup>437</sup> de “los proyectos de disposiciones<sup>437</sup> de carácter general y los planes de*

---

<sup>437</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “El informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa”. Disponible en: [http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/643397-El\\_informe\\_sobre\\_el\\_impacto\\_de\\_genero\\_en\\_la\\_elaboracion....\\_Jose\\_Fernando\\_Lousad.pdf](http://www.ccoo.es/comunes/recursos/1/643397-El_informe_sobre_el_impacto_de_genero_en_la_elaboracion...._Jose_Fernando_Lousad.pdf),

*especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros”.*

*Pero al observar como regula el legislador la transversalidad de género en el campo del empleo privado, que pertenece al dominio de la economía privada, la situación cambia y mucho, pues se asiste ni más ni menos que a su desaparición: no hay una verdadera obligación de integración<sup>438</sup> de la transversalidad de género en el dominio de la empresa privada o del empleo regulado por el derecho privado, tal como se puede observar seguidamente.*

*17. Mutación regresiva según el ámbito del empleo: desaparece la transversalidad de género (operante en el empleo público), para degradarse a una invocación en favor de la empleabilidad de las mujeres en el marco de la economía privada*

---

*Al saltar del ámbito de lo público a lo privado, se puede descubrir que algo ha cambiado respecto a la integración del principio de transversalidad de género en el empleo privado, en comparación con las previsiones del legislador reguladoras del mencionado principio en el empleo público.*

*Esa diferencia en la regulación del principio de transversalidad de género en función del ámbito del empleo – público o privado – al que debería completar o integrar resulta tan grave, en fondo y forma, que sólo puede calificarse como una mutación regresiva, pues el legislador en esta ocasión no habla de integrar la transversalidad de género en el ámbito del empleo privado, sino que salta de sede jurídica, pues el artículo 15, que se adorna con el clarificador título de “Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres”, se sitúa en el Título II, Políticas públicas para la igualdad, Capítulo I Principios generales, de la mentada Ley de Igualdad; mientras que la referencia al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, viene ubicada o relegada al Título IV, con el rótulo “El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades”, que en el Capítulo I “Igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral”, dedica el art. 42 a la previsión de establecimiento de programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres, medida*

---

[Consulta 12 de marzo de 2014]. De consulta asimismo interesante, por el origen público del estudio: INSTITUTO DE LA MUJER (MTAS), Informes de impacto de género (Guía de aplicación práctica, para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el gobierno, de acuerdo a la ley 30/2003), Madrid, 2005.

<sup>438</sup> El Diccionario de la RAE, en su 22ª edición, admite como segunda acepción del verbo integrar la de “Completar un todo con las partes que faltaban”.



completada con las disposiciones que contiene el art. 43, sobre promoción de la igualdad en la negociación colectiva.

Evidentemente, algo ha cambiado: la Administración, *latu sensu*, tiene mayor capacidad de regulación del ámbito "laboral" sobre el que ejerce sus competencias; de modo tal que el empleo público sí que vendrá regulado por un principio de transversalidad de género en favor de la ocupación de la mujer; pero otra cosa es el ámbito de la empresa privada que actúa según reglas y principios del mercado, donde la aplicación de la Ley de Igualdad en favor de la empleabilidad de las mujeres se dulcifica al haberse de aplicar en un ámbito económico y laboral distinto puesto que la economía en el sistema actual no admite una dirección estatal, y por tanto, a lo más que se llega en la defensa del derecho al empleo de la mujer trabajadora, es a definir que "las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres" (art. 42, apdo.1 Ley 3/2007). Declaración que al carecer de fuerza obligatoria se reduce a una mera manifestación de buena voluntad, pues el principio de igualdad entre hombres y mujeres, en el terreno laboral, aparece con una doble faz en función de su posibilidad de aplicación: en el ámbito propio de la Administración pública, tal principio de igualdad en el derecho al empleo adquiere las notas de transversalidad de género, pues se da un grado alto – transversal - de protección a la igualdad laboral de hombre y mujer en el trabajo desarrollado en el ámbito de la Administración.

Pero, respecto al derecho de la mujer al empleo y su aplicabilidad en el campo del trabajo prestado en el ámbito de la empresa privada, sujeto a las leyes de la economía de mercado, el Estado, los Poderes públicos hacen como siempre, aconsejar, orientar, generar buenas intenciones, mientras que la mitad de la población trabajadora, caracterizada por ser mujer, añade, sobre otras muchas discriminaciones, ésta sobrevenida en función de que su trabajo se realice dentro o fuera del ámbito público.

18. A modo de colofón sobre el *mainstreaming* o la transversalidad de género: una lucha por la igualdad y dignidad de la mujer

---

La larga teoría de principios y valores sobre la que gira el derecho a la igualdad de oportunidades, afronta tantos escollos y dificultades para verse realizada en la mujer

*que, en el ámbito laboral, puede resultar una de las tareas más duras y que mayor dedicación, esfuerzo y denuncia va a requerir de la mujer y de las organizaciones que defiendan sus derechos. El mainstreaming o transversalidad de género es una grande e ilusionante tarea para la sociedad, para las mujeres y hombres que se esfuerzan en esta lucha personificada por el género femenino y por el ser humano en conjunto, en pos de su liberación ¿tal vez sean estos los primeros clarines de una verdadera evolución protagonizada por la mujer? Evolución y transformación que se puede llamar gozosa y naturalmente revolucionaria – en el sentido más noble del término, por cuanto puede significar de cambio social fundamental en la estructura de poder existente, y de los valores que lo sustentan -, frente a un mundo avasallado por la economía de carácter capitalista, que descoloca e ignora la dignidad, el ansia de libertad, de igualdad, de paz, de justicia y de fraternidad del ser humano.*

*Tal vez por la fuerza del espíritu femenino, por el ímpetu de la mujer en los albores de este siglo XXI, podrán hallarse nuevos significados y finalidades en las palabras de un gran jurista que animaba a luchar por el Derecho. En este momento, esa lucha por el Derecho está centrada y focalizada en eso que se llama, en expresión no excesivamente feliz, la transversalidad de género o sea, sin mayor aditamento nominal, la lucha por la igualdad de la mujer. En esta lucha apenas comenzada se puede contener lo mejor del nobilísimo pensamiento de Von Ihering:*

*"La finalidad del derecho es la paz, el medio para ello es la lucha. En tanto que el derecho tenga que estar preparado contra el ataque por parte de la injusticia -y esto durará mientras exista el mundo; no le será ahorrada la lucha. La vida del derecho es lucha, una lucha de los pueblos, del poder del Estado, de los estamentos o clases, de los individuos. Todo derecho en el mundo ha sido logrado por la lucha, todo precepto jurídico importante ha tenido primero que ser arrancado a aquellos que le resisten, y todo derecho, tanto el derecho de un pueblo como el de un individuo, presupone la disposición constante para su afirmación." (Rudolf Von Ihering en La Lucha por el Derecho).*

*La transversalidad de género, desdibujada y ahogada entre tanta palabra, debe rescatar su significado más claro y directo: la lucha por el derecho a la igualdad, la dignidad y la libertad de la mujer: su derecho a ser mujer y ser igualmente respetada, valorada y considerada que el hombre. Ha habido a lo largo de la historia de la humanidad realidades tan evidentes y naturales que sólo una verdadera revolución en las ideas ha sabido mostrarlas.*

*Se debe examinar a seguido otro apartado de importancia en el Derecho Antidiscriminatorio: la discriminación múltiple o multidiscriminación, donde la mujer mantiene su protagonismo, por razón de su género como primer factor discriminatorio, al cual se pueden añadir, entre otros, la edad, la religión o la discapacidad.*

### *19. Notas históricas sobre la discriminación múltiple*

---

*La primera vez que se utiliza el término “discriminación múltiple” en el ámbito internacional es en la Conferencia de Durban, celebrada en 2001<sup>439</sup>, donde se emplea tal denominación para referirse a la concurrencia de varios factores discriminatorios, en perjuicio de un mismo individuo o grupo, basándose en la atribución de un estereotipo dañino. En Europa la primera mención a la discriminación múltiple se debe a la Comisión Europea, en 1 de junio de 2005<sup>440</sup>, cuando se publica la Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos.*

*Hay que señalar que la doctrina elaborada en el estudio de la discriminación múltiple tiene raíces sociales norteamericanas, siendo KIMBERLÉ CRENSHAW<sup>441</sup>, jurista norteamericana quien primero se fija en el fenómeno de la discriminación por raza y género. REY MARTÍNEZ apunta al nexo que presenta la discriminación múltiple o interseccional con el sistema procesal laboral de protección contra la discriminación en EEUU, que nace con la Ley de Derechos Civiles de 1964<sup>442</sup>. Sistema procesal*

---

<sup>439</sup> Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes\\_instrumentos\\_internacionales\\_Declaracion\\_Programa\\_Accion\\_Durban.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_Declaracion_Programa_Accion_Durban.pdf) [Consulta 2 febrero 2013]

<sup>440</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social committee and the Committee of the Regions - Non-discrimination and equal opportunities for all - A framework strategy {SEC(2005) 689}. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52005DC0224>, [Consulta 20 septiembre 2011], que en el punto 3.3, con el clarificador título de Mainstreaming non-discrimination and equal opportunities for all, afirma: “As well as providing greater visibility and coherence, mainstreaming and the development of an integrated approach should help to focus on situations of multiple discrimination, as well as the positive benefits of promoting equal opportunities for all”.

<sup>441</sup> CRENSHAW publica su trabajo pionero sobre discriminación interseccional, como se conoce en el ámbito anglosajón, en 1989: “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics”, disponible en: <http://politicalscience.tamu.edu/documents/faculty/Crenshaw-Demarginalizing.pdf> [Consulta 11 febrero 2015]

<sup>442</sup> REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, Disponible en:

que en unos primeros tiempos sólo admite la protección contra la discriminación por factores que se analizan y juzgan por separado: “o por género o por raza, pero no por ambas conjuntamente”<sup>443</sup>. Los tribunales americanos, en supuestos de discriminación contra las mujeres afroamericanas, sólo han admitido de manera aislada, sin continuidad, las demandas que contenían un fundamento discriminatorio de carácter interseccional o múltiple: por raza y sexo; el primer caso, en 1980, fue el *Jefferies versus. Harris County Community Action Association*. Otro caso de admisión de demanda por discriminación interseccional fue el caso *Hicks v. Gates Rubber Co* (1985)<sup>444</sup>.

En Canadá, un ámbito cultural y jurídico muy similar al estadounidense en cuanto a la protección antidiscriminatoria, las primeras publicaciones que tienen como objeto la discriminación múltiple o interseccional se producen a principios de este siglo XXI. El 9 de octubre de 2001 se publica el Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, bajo el título: *Un enfoque interseccional de la discriminación. Tratando múltiples rasgos en las demandas de Derechos Humanos, donde se proporciona el concepto de interseccionalidad elaborado por MARY EATON como aquella “opresión que deriva de la combinación de varios factores que, juntos, producen algo único y distinto de cualquier forma de discriminación de un solo tipo”*<sup>445</sup>. El referido Informe tiene la virtualidad de presentar las ventajas del enfoque interseccional o contextual<sup>446</sup>:

---

[http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/715/La\\_discriminaci%F3n\\_m%FAltiple.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/715/La_discriminaci%F3n_m%FAltiple.pdf?sequence=1), [Consulta 2 febrero 2011], donde afirma: “En efecto, esta legislación sólo permite, en principio, plantear demandas de discriminación o por género o por raza, pero no por ambas conjuntamente”, pág. 183.

<sup>443</sup> REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple...”, op.cit. pág. 183, que afirma: “El corazón del trabajo citado de K. Crenshaw es, precisamente, el examen crítico de algunas decisiones judiciales que se negaron a realizar un examen de las demandas presentadas desde una perspectiva conjunta del género y de la raza”.

<sup>444</sup> REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple...”, op.cit. pág. 184

<sup>445</sup> MARY EATON *apud* REY MARTÍNEZ, op. cit. pág. 185.

<sup>446</sup> REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple...” op. cit, pág. 186, donde traslada parte del Informe de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario. Disponible en: [http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/An\\_intersectional\\_approach\\_to\\_discrimination%3A\\_Addressig\\_multiple\\_grounds\\_in\\_human\\_rights\\_claims.pdf](http://www.ohrc.on.ca/sites/default/files/attachments/An_intersectional_approach_to_discrimination%3A_Addressig_multiple_grounds_in_human_rights_claims.pdf), [Consulta de 11 octubre 2011]. Se acompaña el texto en inglés, para una mejor aproximación a su sentido: “Applying an intersectional or contextualized approach to multiple grounds of discrimination has numerous advantages. It acknowledges the complexity of how people experience discrimination, recognizes that the experience of discrimination may be unique and takes into account the social and historical context of the group. It places the focus on society’s response to the individual as a result of the confluence of grounds and does not require the person to slot themselves into rigid compartments or categories. It addresses the fact that discrimination has evolved and tends to no longer be overt, but rather more subtle, multi-layered, systemic, environmental and institutionalized”.

1. Permite conocer la complejidad de cómo la gente experimenta la discriminación
2. Pone el foco sobre la respuesta que la sociedad ofrece al individuo como resultado de la confluencia de diversos factores y no requiere que la personas se etiqueten en rígidos compartimentos o categorías
3. Se enfrenta al hecho de que la discriminación muta y tiende a ser cada vez menos abierta, más sutil, sistémica, ambiental e institucional,
4. Posibilita la consideración de otros factores no directamente cubiertos por el Código de Derechos Humanos de Ontario como el desempleo o subempleo, la pobreza o la falta de vivienda

## *20. Concepciones doctrinales acerca de la discriminación múltiple*

---

*Se ha visto anteriormente que algunos autores – CRENSHAW y MAKKONEN, entre otros – entienden y clasifican la discriminación múltiple de modo distinto, otorgando o no relevancia a aspectos tales como el de la existencia y la fijación temporal de los maltratos padecidos por las personas discriminadas negativamente. A título de ejemplo, MAKKONEN llega a diferenciar cuatro clases de discriminación: la discriminación múltiple, entendida como la sucesión de distintos hechos discriminatorios sufridos en diferentes momentos; la discriminación compuesta – concepto difícil de entender, si en conclusión, no se trata más que de una discriminación sobreañadida, que es en lo que se basa el concepto general de la discriminación múltiple- ; una tercera variedad de discriminación, a la que se denomina interseccional, que es la que se asimila al concepto de discriminación múltiple defendido por CRENSHAW, determinada por la concurrencia de factores discriminatorios al mismo tiempo en perjuicio de la persona discriminada y, por último, la superpuesta o solapada.*

*La doctrina española también es rica en elaboración conceptual: REY MARTÍNEZ<sup>447</sup> defiende el concepto de discriminación múltiple, que se entiende más ajustado en consideración a la manera en que fue doctrinalmente elaborado, teniendo en cuenta que la teoría sobre la discriminación múltiple (interseccional) van unida al sexo y a la raza desde un primer momento: mujeres y de raza negra como sujetos de discriminación múltiple. Ambas circunstancias se convierten en estereotipos negativos, y se dan sin solución de continuidad temporal. Por su parte, RIVAS*

---

<sup>447</sup> REY MARTÍNEZ, “La discriminación múltiple...” op. cit. Pág. 191

VALLEJO<sup>448</sup> hace referencia a los conceptos de multidiscriminación: “(...) el concepto de multidiscriminación puede abarcar tres situaciones distintas: por intersección, por composición o superposición y por adición (suma de causas), pues en cada caso distinto operan de distinto modo (...), y el de micro discriminación<sup>449</sup>, referido a situaciones discriminatorias de aparente escasa importancia, padecidas por la víctima del trato discriminatorio, pero que suponen una mortificación, bien sea de carácter aislado o prolongándose en el tiempo. Discriminaciones “pequeñas”, micro discriminaciones, apenas visibles o perceptibles, y que tomadas aisladamente puede resultar intangibles además de impunes, pero que generalmente encubren un auténtico acoso, un trato humillante e indigno que ha recibido distintos nombres en función del ámbito donde se produce: acoso laboral en la empresa, bulliing, acoso escolar, acoso moral, etc. GONZÁLEZ CALVET aun diferenciando acoso de discriminación, señala: “(...) acoso y discriminación comparten un aspecto esencial: que ambas son expresiones de ofensa y agresión moral de un sujeto dominante – individual o colectivo – sobre otro dominado y victimizado”<sup>450</sup>.

RIVAS VALLEJO establece con claridad en terreno tan abrupto como éste de la multidiscriminación, los componentes de la realidad objeto de protección, haciendo aparecer junto a uno de los factores discriminatorios permanentes – el sexo, elemento siempre presente en el binomio o polinomio discriminatorio – cualquier otra circunstancia protegida por el denominado Derecho Antidiscriminatorio<sup>451</sup>, afirmando el carácter interseccional de la multidiscriminación en la que uno de los factores peyorativos es el sexo femenino. Y acota, partiendo del Derecho comunitario antidiscriminatorio<sup>452</sup>, la regulación distinta que merece la multidiscriminación interseccional por razón de género (que puede equipararse a la discriminación padecida por ser mujer): “No cabe duda de que la complejidad del supuesto es aún

---

<sup>448</sup> RIVAS VALLEJO, P, “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario...”, op. cit.pág.25.

<sup>449</sup> CLIFFORD, J., “Raza, grupos étnicos. Signos externos y lengua. El trato a las minorías”. Ponencia presentada al curso de la Red Europea de Formación Judicial “La transposición de las Directivas anti-discriminación en los Derechos internos y los colectivos especialmente afectados en el ámbito del empleo”, Escuela Judicial, Barcelona, 20 a 22 de octubre de 2008.

<sup>450</sup> GONZALEZ CALVET, J. “Contexto e instrumentos generales de tutela” en Tratamiento integral del Acoso, Navarra, Aranzadi, 2015.

<sup>451</sup> BARRERE UNZUETA, M, “Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”. Disponible en [http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/celia\\_pereira/derecho.pdf](http://webs.uvigo.es/pmayobre/06/arch/profesorado/celia_pereira/derecho.pdf), [Consulta 2 de abril de 2012].

<sup>452</sup> RIVAS VALLEJO, P., “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario...”, op. cit.pág.27.

mayor, en términos de tutela (...) si se considera que en realidad nos hallamos ante dos casos diferenciados: a) multidiscriminación por intersección entre causas protegidas por las Directivas, y b) multidiscriminación por intersección entre causas protegidas y causas no protegidas por las directivas de 2000”.

Conviene ahora ver cómo puede operar aquella discriminación múltiple o multidiscriminación interseccional, cuando concurren las circunstancias de edad y sexo en la persona discriminada. Resulta necesario conocer el marco legal de protección contra la discriminación por razón de edad, aunada al sexo como posibles factores discriminatorios que constituyen, ambos factores o circunstancias: edad (madura) y sexo (mujer), los más necesitados de protección, por ser las dos circunstancias, edad y género, las que mayores aportes de personas, de seres humanos, acarrearán a la exclusión social. Si a tales factores, edad y género, en un alarde de cruel pero evidente realismo, añadimos el factor de la discapacidad en la persona discriminada, se puede obtener una cifra cercana al cero absoluto en niveles de empleo digno, de trabajo decente en las personas en quienes concurren dichos factores o estereotipos discriminatorios.

## 21. Las diversas discriminaciones múltiples

---

En el discurso de la discriminación múltiple no puede soslayarse el dato de que esta figura, pese a que puede emplearse teniendo como sujeto paciente a personas de cualquier género o condición sexual – otro de los motivos o factores que se añaden al sexo como causa de fortísimas discriminaciones negativas - , fundamentalmente se ciñe en su argumentación al análisis de la discriminación sufrida por la mujer; se piensa en género femenino por la variedad de componentes que originan la discriminación múltiple en la mujer. Baste hacer una referencia al origen social del análisis sobre la discriminación múltiple o interseccional: su nacimiento con ocasión de los movimientos feministas norteamericanos, encabezados por mujeres negras, que afirmaron desde un primer momento que el ser una mujer negra resultaba, como sumatorio de ambos factores, en una discriminación negativa siempre más agudizada que tomando los factores por separado.

El nacimiento del concepto de la discriminación múltiple en 1989, coincide con la publicación del trabajo publicado de una de las primeras teóricas del movimiento

*antidiscriminatorio norteamericano, KIMBERLÉ CRENSHAW<sup>453</sup>, quien influyó de manera relevante en todo el pensamiento y las teorizaciones sobre el fenómeno de la multidiscriminación, haciendo orbitar la discriminación múltiple o interseccional sobre dos factores: sexo y raza, y la idea central que sustenta el argumento de la discriminación múltiple, cual es el carácter de la concurrencia simultánea de varios factores de discriminación en una sola persona: lo que produce una forma diferente y agravada de discriminación padecida por la víctima.*

*Posteriormente, la obra de TIMO MAKKONEN puede servir para valorar el esfuerzo de clasificación discriminatoria; tal vez la aportación fundamental de MAKKONEN sea, en materia de discriminación múltiple, el intento de formular una clasificación completa del hecho multidiscriminatorio; pero se da en MAKKONEN una diferencia sustancial respecto al análisis de CRENSHAW, quien establece como condición necesaria que la discriminación múltiple se manifieste en un solo momento; mientras que MAKKONEN entiende como discriminación múltiple la que se produce por diferentes factores, pero en momentos distintos<sup>454</sup>.*

*Puede aventurarse una síntesis del concepto de discriminación múltiple si se pone el centro en la figura de la mujer y sobre ella, sobre el “género femenino”, se añaden y se van perfilando las características que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia han venido elaborando con el honesto fin de hallar modos, maneras, de hacer justicia, de evitar el rechazo, la exclusión, de la mujer en diversos ámbitos sociales, políticos, culturales. RIVAS VALLEJO<sup>455</sup> emplea el término multidiscriminación, y*

---

<sup>453</sup> CRENSHAW publica su trabajo pionero sobre discriminación interseccional “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics”, en 1989.

<sup>454</sup> MAKKONEN apud REY MARTINEZ, “La discriminación múltiple, una realidad antigua...”, op.cit. pág. 189 y ss., donde MAKKONEN establece una clasificación de múltiples, compuestas e interseccionales, añadiendo un cuarta clase, refiriendo la concurrencia de uno varios factores de discriminación, se den o no en un mismo tiempo. El autor hace valer el término de discriminaciones interseccionales con similar sentido al empleado por CRENSHAW: la que se produce por la concurrencia simultánea de varios factores discriminatorios en perjuicio de una persona. Tesis defendida también por REY MARTÍNEZ

<sup>455</sup> RIVAS VALLEJO, P., “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación”, En JORNADES SOBRE “EL DRET DEL TREBALL EN EL SEGLE XXI”. Palma de Mallorca 22 y 23 de enero de 2009. Disponible en. <http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Vallejo.HTM>, [Consulta 12 febrero 2009]:RIVAS VALLEJO, en su luminosa comunicación pone los puntos sobre las íes en el territorio, no ignoto, pero sí por conquistar, de la discriminación, ciñéndola fundamentalmente al terreno laboral, donde cobran sentido todas las teorizaciones que pueden llevar a una sentencia sencillamente justa en favor del trabajador discriminado, mayoritariamente mujer.



*clarifica el fenómeno de la intervención de varios factores discriminatorios, en los términos siguientes:*

“Los conceptos de multidiscriminación y micro discriminación

La multidiscriminación, presente en el art. 17.2 de la Directiva 2000/43 y en el art. 19.2 de la Directiva 2000/78, en su conformada aún naciente configuración legal se vincula en exclusiva al sexo, como causa que constituye efecto multiplicador de cualquier otra causa discriminatoria al sumarse a ésta, en cuanto resulta una realidad estadísticamente irrefutable que las minorías, cuando incide el sexo femenino, resultan tributarias de un trato especialmente peyorativo frente a las de género masculino. En el Derecho comunitario, pese a una todavía falta de recepción expresa de forma vinculante, como un supuesto de intersección de causas (GARRIGUES GIMÉNEZ), comienza a ser objeto de atención por la propia Comisión Europea, el Consejo el Parlamento Europeo aunque todavía no se ha plasmado en los contenidos interpretativos, esto es, en la jurisprudencia”.

*El intento de elaborar un concepto útil de discriminación múltiple no puede verse sólo como un esfuerzo teórico; al contrario, deviene una tarea necesaria si se deben encontrar las características de un hecho social evidente – la discriminación de género - para, de esta forma, regularla jurídicamente, lo que significa tanto como sustraer del campo de lo discriminatorio, de lo aleatorio, de lo injusto, a miles de personas para que encuentren, en el Derecho, un medio de defensa contra el más fuerte. Hablar de discriminación múltiple, en un primer paso, es tanto como delimitar los factores que contribuyen, y la forma en cómo lo hacen, a excluir a la mujer de la sociedad, de los beneficios de una vida privada y pública plena.*

*Averiguar el origen de la discriminación múltiple, su manera de presentarse y operar, el conocimiento que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia han formado sobre esta institución de origen político y de vocación jurídica patente, resultan pasos insoslayables en consideración a su finalidad: evitar el padecimiento, de distintas causas y efectos, de la mujer que vive una situación discriminatoria.*

## 22. El tratamiento de la discriminación múltiple en la Unión Europea

*Por influencia de la doctrina norteamericana, que empieza con los trabajos de KIMBERLE CRENSHAW a finales de la década de los ochenta del pasado siglo, referida a la doble discriminación que padece la mujer norteamericana de raza negra, se produce un cambio en el legislador comunitario a la hora de regular supuestos en que juegan más de un factor discriminatorio en contra de la persona perjudicada.*

*Así, en el año 2000 se publican sendas directivas que son un claro ejemplo de Derecho Comunitario Antidiscriminatorio, que han venido acompañados de planes estratégicos e informes acerca del fenómeno de la discriminación múltiple.*

*A título meramente enunciativo, puede señalarse la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y cuya finalidad es la aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito de la Unión, a la que sigue la Directiva marco (para la igualdad en el empleo) 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, referida al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y una enumeración de las causas de discriminación prohibidas por la Unión en el ámbito del empleo y la ocupación: discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación.*

*Poco después, se acuerda una Estrategia marco de la UE contra la discriminación y por la Igualdad de oportunidades para todos, de 1 junio de 2005<sup>456</sup>, que tiene su corolario en el Informe de la Comisión Europea dedicado concretamente a la discriminación múltiple en la Unión, con el sugestivo título “Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal response to interseccional gendre discrimination”<sup>457</sup>. Queda, empero, pendiente de definir el tratamiento legal y jurisprudencial que la Unión Europea podrá otorgar a esta figura emergente, sujeta a un debate todavía no resuelto, pero en la que cabe vislumbrar un tratamiento que resulte equitativo para la persona perjudicada por distintos factores de discriminación, concurrentes en el tiempo.*

*La eficacia de la legislación y la jurisprudencia europea sobre la discriminación múltiple aguarda todavía un tiempo nuevo, tal vez menos duro, quizá más humano o simplemente justo. Hoy por hoy, la mujer trabajadora europea sigue padeciendo el sistema de injusticia estructural que, sencillamente, no puede luchar contra la explotación femenina porque el sistema capitalista europeo, por mucho que se proclame la economía social de mercado como modelo a seguir en la Unión, no puede sino continuar la explotación y la marginación de la clase trabajadora, y*

---

<sup>456</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52005DC0224>. [Consulta 7 julio 2007],

<sup>457</sup> Disponible en: [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplediscriminationfinal7september2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplediscriminationfinal7september2009_en.pdf). [Consulta 8 octubre 2010]

*dentro de ella, de su componente humano más débil y doblemente discriminado: por razón de género y clase: mujer y trabajadora.*

*Discriminación de género y de clase a la que, en multitud de ocasiones, se une la edad, la enfermedad, la discapacidad y otros muchos factores discriminatorios que, aun no formando parte de una tipología formalmente publicada de causas reconocibles de discriminación, son tan reales y efectivas como los factores discriminatorios, por así llamarlos, “homologados” por el legislador, que debe buscar la ampliación del reconocimiento de esas causas de injusticia social para ponerles solución.*

### 23. Una visión de mujer es necesaria para afrontar la discriminación de la mujer

*Mientras tanto, este sistema de economía social de mercado, condena y conduce directamente a la exclusión y a la marginación social a miles de trabajadores, mujeres y hombres, verificando así las duras palabras de BARRERE UNZUETA y MORONDO TARAMUNDI<sup>458</sup> sobre la discriminación como producto de un sistema de opresión. Opresión a la que se puede añadir, además de la causada por el factor género, aquella otra situación de sojuzgamiento, avasallamiento, de naturaleza económica, que origina y mantiene todo sistema de poder, basado en la distribución y posesión de los bienes, de la propiedad, que ha alcanzado su más reciente modelo de rapiña e irresponsabilidad con el capitalismo global o financiero, donde asoma, por ahora, la amenaza de un último ciclo para el mundo laboral y social contemporáneo, tan dominado por la economía, pues o se torna a ver y respetar al ser humano como un valor per se, en su nuda humanidad, y es tenido en su dignidad como destinatario último de toda libertad y justicia o la sociedad se destruirá visible, progresiva e irremisiblemente.*

*La circunstancia económica general del mundo globalizado, con un acaparamiento y concentración de riqueza cada vez mayor y en menores manos – una contradicción flagrante de lo que significa una sociedad solidaria – tiene una correspondencia en la España de este 2015, que viene presentando diversas señales de ebullición e inconformismo por parte de la población más humilde, que no encuentra respuesta a*

---

<sup>458</sup> BARRERE UNZUETA, M.A., y MORONDO TARAMUNDI, D., “Subordinación y Discriminación Interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2011. Disponible en: <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/viewFile/523/613>, [Consulta 13 febrero 2014].

*sus problemas de ninguno de los tres poderes clásicos en que se fundamenta la idea de un Estado de Derecho y donde las actuaciones de algunos magnates tanto hacen recordar el Retablo de Maese Pedro frente a una sociedad que no sabe cuál salida puede encontrar a una situación de desigualdad, de injusticia generalizada, que se prolonga sin atisbos de solución.*

*Pero dentro de la desigualdad e injusticia propia del sistema, la mujer continúa siendo discriminada laboralmente con mayor intensidad que el hombre en importantes aspectos laborales: salario, jornada, jubilación, etc. En el ámbito del Trabajo, en la búsqueda de un futuro laboral mejor para todos, la mujer puede mostrar su capacidad para entender y conocer de distinta forma la realidad – no solamente la laboral – y aplicar su visión y percepción femenina abriendo nuevas vías de conocimiento y transformación social.*

*Dos nuevos modos de ver, de conocer y querer el universo, se vienen gestando en los últimos decenios; y esta reciente mirada presenta un nexo común que se apoya en el evidente protagonismo de la mujer, de la voluntad de conocer y entender el mundo en estos amaneceres del Siglo XXI con visión de mujer. Los argumentos que autoras como PÉREZ OROZCO<sup>459</sup>, desde el feminismo y el ecologismo, han asentado para evitar el colapso social, muestran un capacidad de infiltración en el mundo laboral y, por ende, en el Derecho del Trabajo que debe ser analizada en cuanto a su profundidad y fuerza, puesto que algunas de sus ideas fundamentadas en la ecología y el feminismo pueden ayudar a encontrar nuevos sentidos y funciones para averiguar qué sociedad y cómo se debe construir.*

*La visión acerca del Trabajo desde la orilla feminista sirve para desvelar la inmensa contradicción e injusticia del mundo del trabajo actual<sup>460</sup>. El dualismo trabajo*

---

<sup>459</sup> PEREZ OROZCO A., apud YAYO HERRERO, “Miradas ecofeministas para transitar a un mundo justo y sostenible”, Revista de Economía Crítica, núm. 16, 2º semestre 2013. [En línea]. Disponible en: [http://revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n16/09\\_YayoHerrero.pdf](http://revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n16/09_YayoHerrero.pdf). [Consulta: 12 mayo 2014]

<sup>460</sup> YAYO HERRERO, “Miradas ecofeministas para transitar a un mundo justo y sostenible”, Revista de Economía Crítica, núm. 16, 2º semestre 2013. [En línea]. Disponible en: [http://revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n16/09\\_YayoHerrero.pdf](http://revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n16/09_YayoHerrero.pdf). [Consulta: 12 mayo 2014]. Se refiere la autora, en el apartado que titula “Cuarta ficción del fundamentalismo económico: trabajo es sólo lo que se hace a cambio de salario” (pág. 296), a que “La explotación en el mundo mercantil se convierte a la vez en el medio de acumulación y la participación en el mundo del trabajo asalariado, en el salvoconducto que permite obtener derechos sociales y económicos. La posibilidad de cobrar una pensión, la protección cuando no se tienen medios de vida, o el acceso a los servicios públicos se obtiene participando precisamente en la esfera pública de la economía. Por tanto todas aquellas personas excluidas del trabajo remunerado [o productivo], no tienen derechos sociales por sí mismas. Muchas mujeres que no participan en el trabajo asalariado y que han

*productivo/visible/remunerado y trabajo reproductivo/invisible/no remunerado resulta, todavía en este momento, el mayor indicio de falta de justicia respecto al papel de la mujer trabajadora. Hay situaciones que deben desaparecer como en su día desapareció la esclavitud. Se anuncia, por otra parte, cómo debe ser el trabajo humanizado, si se permite el adjetivo, siguiendo el discurso de BOSCH<sup>461</sup>: "(...) actividad básica e imprescindible, que cree riqueza real capaz de satisfacer necesidades humanas de forma equitativa y sostenible; el trabajo supondrá relacionarse con la naturaleza y con el resto de las personas y conseguir medios para poder vivir dignamente y, por ello, no estará falsamente escindido del resto de la vida". La humanización del trabajo, como se puede descubrir en las ideas y razonamientos anteriores, aunque ahora parece tan distante como inalcanzable, quizá en un remoto día pueda conducir a mejor puerto de destino que a este Capitalismo Globalizado donde toda esperanza de "construir sociedades en las que merezca la pena vivir"<sup>462</sup> parezca condenada a la renuncia anticipada. Esa ilusión por vivir en sociedades dignas ha determinado a las instituciones comunitarias y los gobiernos europeos a promulgar una serie de normas en favor de la efectiva implantación de un principio de igualdad efectivo y obligatorio entre mujeres y hombres.*

#### *24. Normativa sobre multidiscriminación*

---

*En España, con la finalidad, entre otras, de regular la concurrencia en la misma persona de más de un factor discriminatorio, se publica la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad entre hombres y mujeres, cuyo Título Preliminar dispone en el artículo 1, referido al objeto de la ley:*

*Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.*

---

*trabajado en sus casas no tiene por sí mismas derechos económicos y ciudadanos". (El subrayado es propio).*

<sup>461</sup> BOSCH, *apud* YAYO HERRERO, "Miradas ecofeministas para transitar a un mundo..."op.cit. pág. 300.

<sup>462</sup> Ídem.

A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.

*Estamos en presencia de un sustancioso apartado que decae en su fuerza vinculante respecto al trabajo que se presta por la mujer y también el hombre en el ámbito de la empresa privada, no obligada a cumplir ningún principio de transversalidad de género, en contra de lo que con carácter general se ha deducido de la lectura conjunta y comparativa de los artículos 15 y 42 del mismo cuerpo normativo.*

*No se entiende el porqué, la causa de que no pueda operar en el ámbito laboral privado un principio de transversalidad de género similar al reservado exclusivamente para el trabajo desempeñado en el sector público. Por esta vía, el respeto al Art. 14 CE en relación con las Directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78, se puede tachar de inconstitucional los apartados de la Ley 3/2007 al tratar de modo distinto lo que materialmente – el trabajo remunerado – es una y sola actividad.*

#### 25. La prueba de la discriminación en la Ley de Igualdad.

---

*En materia de carga probatoria en Derecho Antidiscriminatorio, Tomás MARTÍNEZ<sup>463</sup> hace referencia a la Directiva 97/80/CE de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo; siendo ésta, la prohibición de discriminación por razón de sexo – de género – uno de los primeros empeños a conseguir por la Unión, ya desde antes de llamarse y ordenarse del modo en que se conoce a esta maravillosa, pese a todo, creación de los pueblos de Europa; ahora raptada no por un imposible dios Zeus, sino por los dirigentes de la última fase del capitalismo global que mandan de facto sobre Europa: Banco Central Europeo, FMI y el Consejo de Ministros, siempre atendiendo a las razones económicas de los más fuertes, que operan en un ámbito de injusticia o de opresión y/o dominación sin posibilidad política, por ahora, de contrarrestarlos: véanse las recetas de la Sra. MERKEL sobre la economía europea que se han visto orladas por un rosario de suicidios, miseria galopante y destrucción de las ilusiones de millones*

---

<sup>463</sup> TOMÁS MARTÍNEZ, G., “La carga de la prueba en reclamaciones civiles de discriminación por razón de sexo”. [En línea] Disponible en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/capitulo93.pdf>. [Consulta 3 marzo 2015].

*de personas en bien del Mercado, ese taumaturgo que dicta reglas contra las que más de trescientos millones de personas – ciudadanos de la Unión – parecen tener secuestradas manos y mentes.*

*PÉREZ GIL se pregunta, al acercarse a la carga de la prueba en la Ley de Igualdad, si hay que discriminar en la prueba para probar la discriminación, en un ejercicio de finura intelectual. Se resalta la dificultad de establecer un procedimiento probatorio donde no se dé una situación de equilibrio entre las partes, evitando situaciones de prevalencia, y alude a la incorporación de medidas o acciones positivas al proceso para la formación, obtención y valoración de la prueba. Parte el autor reseñado de la idea, que expresa con meridiana claridad: “la hipótesis de partida será que para probar la discriminación no hay que discriminar con la prueba”<sup>464</sup>; idea que parece oponerse a las medidas procesales sobre determinación de la carga de la prueba en los litigios sobre discriminación.*

*Cabe señalar que el Derecho de la Unión, en la actualidad, regula la prueba mediante la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, en su art. 19.1 que reza:*

Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. 2. El apartado 1 se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer un régimen probatorio más favorable a la parte demandante.

*Se excluye la modificación o inversión de la carga de la prueba en todos los procesos penales, tanto en el proceso penal español como en el comunitario, a favor de aquel otro principio de la presunción de inocencia.*

*Por su parte, la Ley de Igualdad viene a establecer una alteración o inversión de la carga de la prueba en los términos de su artículo 13, que dispone que en procedimientos en que el actor fundamente su caso en actuaciones discriminatorias por razón de sexo – discriminación de género – incumbe a la persona demandada probar la ausencia de discriminación tanto en las medidas adoptadas como en su proporcionalidad. Por otra parte, la Disposición Adicional 5ª, apartado 3 de la Ley de*

---

<sup>464</sup> PEREZ GIL, J., “Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la Ley de Igualdad”, Disponible en: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp6per.pdf>, [Consulta 15 febrero 2015].

*Igualdad, modifica el sistema de prueba, en asuntos de discriminación por razón de sexo, con la reforma del art. 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo la misma alteración del sistema probatorio en el caso de discriminación por razón de sexo, haciendo que corresponda al demandado probar la ausencia de discriminación tanto en las medidas como en su proporcionalidad, ventiladas en el correspondiente proceso.*

*Igual modificación en materia probatoria, introducida por la Ley de Igualdad, se opera en el terreno de la Jurisdicción contencioso administrativa, por virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional 6 de la meritada Ley de Igualdad, que añade el apartado 7 al art. 60 de la LJCA 29/1988, de 13 de julio. Asimismo la Ley de Igualdad (DA 13.7) modifica el art. 181 LPL, en materia de tratamiento discriminatorio y acoso.*

*En los casos de discriminación múltiple la dificultad probatoria para el sujeto discriminado es aportar lo que la doctrina denomina “termino de comparación”, dificultad que puede tornarse todavía más grave si se conjugan dos o más factores o causas de discriminación clásicos.*

#### 26. La tutela judicial del principio de Igualdad en la Ley Orgánica 3/2007

*El tratamiento de la discriminación viene regulado por el ordenamiento jurídico español en distintos conjuntos normativos, donde se contemplan tanto la nulidad de los efectos de los actos viciados de discriminación como la reparación del daño derivado del acto contrario a derecho por tal motivo. Cuerpos legales donde se recogen normas destinadas a prevenir y dar reparación a los actos discriminatorios son, en materia laboral, y en primer lugar, el Estatuto de los Trabajadores: art. 4.2.c, 17.1.; 28; 53.4 etc. La Ley de Jurisdicción Social también contiene diversos preceptos con idéntica finalidad – oposición al tratamiento discriminatorio – en sus arts. 108.2, 113, 115.1 etc. Por último, la Ley de Infracciones y sanciones en el orden social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), también contiene diversos mandatos con imposición de sanciones administrativas para las actuaciones discriminatorias: art. 8.12, 9.d; 10.bis.d, etc.*

*La disposición legal expresa viene establecida en el art. 12 de la Ley de Igualdad que se presenta con el rótulo Artículo 12 .Tutela judicial efectiva:*



1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.
2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos.
3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

*AGUSTÍ MARAGALL<sup>465</sup> afirma que el art. 182 de la LRJS establece una cuádruple tutela, en el procedimiento laboral, en favor de derechos fundamentales y de tutela antidiscriminatoria, consistente en:*

*“(...) identificar el o los derechos fundamentales lesionados – tutela declarativa-, declarará la nulidad radical de la conducta, ordenará el cese de la misma – tutela inhibitoria- y la reposición del momento anterior a la vulneración – tutela repositoria-, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que corresponda – tutela reparatoria-“.*

*Por su parte, GONZÁLEZ CALVET<sup>466</sup> llega a la conclusión, sobre la tutela en el supuesto de discriminación múltiple, de que: “(...) si la discriminación múltiple constituye una específica modalidad de discriminación en la que “interseccionan” de forma simultánea más de un factor discriminatorio, no cabe duda que le será de plena aplicación el régimen jurídico general de tutela antidiscriminatoria, con “cuádruple tutela” incluida y, si acaso, implementado con ciertas particularidades que ya han sido sugeridas por la doctrina”.*

*Ambos principios, de Igualdad y de Prohibición de la Discriminación o de No Discriminación, también encuentran tutela y conexión normativa, aunque cambiando mínimamente la denominación, en la análoga ordenación jurídica comunitaria, que recoge en los artículos 20 y 21 del Título III (bajo el rótulo de Igualdad), de la Carta*

---

<sup>465</sup> AGUSTI MARAGALL, J., Estudios sobre el derecho a la vida e integridad física y moral en el ámbito laboral, Barcelona, Atelier, 2010, pág. 306.

<sup>466</sup> GONZALEZ CALVET, J. “Contexto e instrumentos generales de tutela” en Tratamiento integral del Acoso, Navarra, Aranzadi, 2015, pág. 23.

*de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>467</sup>, los principios de igualdad y de prohibición de discriminación para el ámbito político y jurídico de la Unión<sup>468</sup>.*

*Si se retorna al ámbito jurídico del Derecho Antidiscriminatorio, MORETÓN SANZ<sup>469</sup> menciona el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), anotando su falta de referencia, como objetos y sujetos que deberían encontrar o gozar de una especial tutela antidiscriminatoria, a las discriminaciones sufridas por las personas que padecen alguna discapacidad y el trato no siempre digno ni humano que se les depara desde la Administración pública, que confía en el nudo poder taumatúrgico de las palabras para cambiar la realidad, aunque los programas de ayuda a la dependencia, por carecer del suficiente fundamento presupuestario, son una torpe burla a las personas que necesitan de la ayuda de otras para vivir en unas condiciones de mínima dignidad.*

*Por último, hay que aproximarse a la noción de acoso, la más artera y dolosa forma de discriminación que a menudo encubre una multidiscriminación en contra de los sujetos más débiles, de las víctimas – mujer generalmente – que de menos medios van a disponer para afrontar una situación de perversa asechanza, laboral y humanamente considerada, producto de la maldad humana, frente a la que la alteración o inversión de la carga de la prueba poco puede las más de las veces en ayuda y protección de los derechos de la víctima, dada la manera generalmente encubierta en que se produce el acoso sexual, y la escasa o nula ayuda que el acosado o acosada va a encontrar en el ambiente laboral por parte de sus compañeros, dado el miedo a perder el trabajo, la fuente nutricia.*

*En la Ley española se integra el acoso dentro de la discriminación, aunque el acoso supone un plus dañino, de cobardía y de prevalimiento, frente a la debilidad de la*

---

<sup>467</sup> El artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, en su versión consolidada tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, establece lo siguiente: "1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

<sup>468</sup> Rezan así dichos artículos, 20 y 21 de la Carta de Estrasburgo: art. 20. Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley; mientras que el art. 21 añade el principio de no (prohibición de) discriminación con los enunciados siguientes: art. 21 No discriminación: 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

<sup>469</sup> CRESPO GARRIGO, M., y MORETÓN SANZ, M.F., Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del Estado Social, Madrid, Colex, 2010.

*víctima, bien sea por las circunstancias en que se produce, por las necesidades de la persona acosada - en una mayoría mujeres-; o bien por el número de acosadores, especialmente en ambientes laborales de especiales características, donde no resultan totalmente ajenos los códigos de omertá. Ese plus de gravedad de la conducta acosadora debería comportar, para mejor protección y defensa de los derechos de la víctima ante agresiones tan violentas y graves, la imposición de penas y sanciones mucho más duras para el acosador o acosadores, tanto económicas como de privación de libertad y derechos, para aumentar su carácter ejemplificador.*

*En el supuesto del acoso sexual como forma discriminatoria que se produce en el entorno laboral, la agresión contra los derechos del trabajador o trabajadora encuentra poca resistencia, puesto que la víctima difícilmente va a dar el paso en defensa de su dignidad frente del acosador, individuo o colectivo, por el lógico temor a quedarse sin trabajo. Puede considerarse el acoso como el hostigamiento continuo, en sus variadas formas de manifestación, pero que contiene un elemento intencional por parte del acosador o acosadores: humillar a la víctima, despojarla de su dignidad.*

*Tampoco puede preterirse al colectivo de las personas ancianas, a los mayores cuyas necesidades no encuentran siempre remedio en el ámbito público, dada la demora con que los servicios asistenciales suelen actuar, convirtiéndose su atención, privatizada, en un pingüe negocio para las empresas que se dedican al cuidado de los ancianos con mayor o menor humanidad y eficacia, dependiendo siempre de la capacidad económica de la persona mayor o los familiares, que se ven obligados a acudir y pagar su estancia y cuidados en centros privados de atención. Lo que no dejar de ser una muestra más de multidiscriminación, por edad, por género y por clase social, aunque esta última muestra de discriminación múltiple resulte ser la más silenciosa, aunque no la menos visible.*

# **CAPÍTULO 6**

## **EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN COMO UN DERECHO HUMANO LABORAL**



## 1. Los derechos humanos laborales. Origen y significado

---

*En un momento de imparable mutación del Derecho del Trabajo, con causas que se achacan a la globalización, ese fenómeno nefasto y escondido tras múltiples e inconstantes ropajes, entre ellos, como más visibles, los económicos y políticos, los derechos de los trabajadores han sido la moneda de cambio para salvar una crisis económica, política y financiera cuya responsabilidad hay que atribuir a la carencia de valores y a la incompetencia de los dirigentes de la economía<sup>470</sup>, en un sistema que ha ofrecido periódicas muestras de grandes crisis, necesarias y consustanciales para la supervivencia del modo de producción capitalista.*

*Como deseable remedio para paliar el desorden mundial producido por la globalización, cuya emergencia más visible ha sido el seísmo económico de 2008, parte de la doctrina iuslaboralista y de los derechos humanos han venido elaborando una teoría a favor de los derechos humanos laborales, cuyas ideas primordiales se han estructurado partiendo del Derecho del Trabajo y del Derecho Internacional. Hasta cierto punto puede admitirse la visión de PASTOR RIDRUEJO que habla de globalización de los derechos humanos, aseverando que “la globalización al económica avanza más deprisa que la globalización ética, que la globalización de los derechos humanos”<sup>471</sup>.*

*Pero la globalización económica es la antítesis de lo que podría ser una globalización de los derechos humanos: y se percibe como justamente su contraria, el mayor escollo para un efectivo afianzamiento y progreso de los derechos humanos, dada la ausencia de un verdadero control sobre la economía, en vertientes tales como el movimiento de capitales (la tasa TOBIN ha sonado siempre a herejía para los poderes de hecho y de derecho que rigen la economía mundial), la volatilidad de los principios que guían el comportamiento de las grandes empresas e instituciones financieras, y la incerteza acerca de las instancias últimas donde puede acudir en defensa de los derechos humanos laborales ¿por qué no derechos humanos también económicos?*

---

<sup>470</sup> Puede consultarse el Capítulo 7, apartados 3, 4 y 5 de este trabajo, donde se ofrece una argumentación explicativa de las causas de la crisis de 2008, y las interpretaciones que se han generado en su entorno desde los puntos de vista y marxista y axiológico.

<sup>471</sup> PASTOR RIDRUEJO, J.A. “La globalización de los derechos humanos: el reto del siglo XXI”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003, núm.2, pág. 33.

*Si la economía global persigue el lucro máximo en el menor tiempo, poco puede hacer efectivamente cualquier mujer u hombre en defensa de unos derechos humanos que chocan de raíz contra los fundamentos del sistema capitalista globalizado, cuyos efectos surgen a la luz pública periódicamente<sup>472</sup>. Atribuir al Estado, como hace PASTOR RIDRUEJO, el papel de responsable principal del respeto y la protección de esos derechos humanos, puede ser una conclusión lógica de su argumentación, pero la realidad echa por tierra tan sugerente y, por lo demás, necesaria propuesta<sup>473</sup>; porque no queda Estado para hacer frente a la economía global o lo poco que queda de la organización estatal no resulta eficaz, dada su endeblez, en la lucha contra los abusos de los poderes económicos, dotados de más recursos, más medios de actuación y no sometidos a control alguno.*

*Si se intenta esbozar un concepto de derechos humanos, puede traerse a colación el elaborado por EROLES<sup>474</sup>: “Los Derechos Humanos son los derechos fundamentales, reconocidos por tales por el conjunto de la humanidad, más allá de las contingencias y razones políticas de las naciones”, cuyo contenido, de acuerdo con el mencionado autor, puede venir integrado por “aquellos niveles de desarrollo social, participación, calidad de vida y ciudadanía, que definen las posibilidades abiertas por el progreso científico y tecnológico y la expansión de los mercados”<sup>475</sup>. Aparece la definición un tanto imprecisa, pero no resulta posible, como se irá viendo, establecer en un primer momento una relación de derechos humanos apoyada en el aire, porque son precisamente las contingencias y las razones políticas de las naciones, de las organizaciones supranacionales y de los grupos de opinión o de intereses los que, en un momento determinado, graban la tabla de derechos que se consideran fundamentales mediante los distintos convenios, cartas o declaraciones de derechos.*

---

<sup>472</sup> El escándalo provocado en septiembre de 2015 por la noticia de la actuación de la multinacional automovilística VOLKSWAGEN, vendiendo coches trucados en sus sistemas de emisiones nocivas para el ser humano, que parece ser habían superado todos los controles en la propia Alemania y otros Estados Europeos, sirve para confirmar lo lejos que aún queda la esperanza en una economía de mercado basada en unos pilares diferentes, más bien contrarios, a los que todavía la sustentan: el afán de lucro desmedido, la ganancia ilimitada al precio que sea, empezando por el sacrificio de la verdad entre seres humanos.

<sup>473</sup> PASTOR RIDRUEJO, “La globalización de los derechos humanos...”, op. cit. pág.32.

<sup>474</sup>. EROLES, C., (compilador), Los Derechos Humanos: compromiso ético del Trabajo Social, Buenos Aires, Ed. Espacio, 1997, pág. 93

<sup>475</sup> *Ibidem*, pág. 47.

CANESSA MONTEJO hace referencia al origen de la denominación derechos humanos laborales, manifestando que ésta es “una expresión recogida por la jurisprudencia internacional para referirse precisamente a los derechos laborales señalados en los instrumentos internacionales de derechos humanos”<sup>476</sup>; queda de este modo delimitada la naturaleza jurídica de los derechos humanos laborales por su doble procedencia, lo que fundamenta el concepto de derechos humanos laborales, en expresión del citado autor, como “el campo de intersección entre el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo”<sup>477</sup>; CANESSA MONTEJO<sup>478</sup> recurre a una escalonada exposición de las denominaciones que han precedido, cronológicamente, al término de derechos humanos laborales.

Primeramente, hace referencia al concepto derechos humanos fundamentales que caracteriza como: “son los derechos civiles que se materializan en el mundo del trabajo”<sup>479</sup>. En segundo lugar, CANESSA expone el concepto de derechos fundamentales en el trabajo<sup>480</sup>, que “Tiene su origen en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), que reemplazó dentro del organismo internacional al ya señalado “derechos humanos fundamentales”. En tercer lugar aparece el término “derechos humanos de los trabajadores”<sup>481</sup>, entendido como “todos los derechos laborales recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos en que son titulares los trabajadores”, al que sucede en un momentos posterior, la noción – en cuarto lugar - de “derechos sociales fundamentales”<sup>482</sup>, que define del modo siguiente: “Es un término que proviene de los instrumentos europeos – en especial, los de la Unión Europea – para señalar al conjunto de derechos laborales recogidos en ellos”. En quinto y último lugar, nos presenta el autor la denominación de derechos humanos

---

<sup>476</sup> CANESSA MONTEJO, M.F., “Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, núm. 72, pág. 112.

<sup>477</sup> *Ibidem*, pág. 113.

<sup>478</sup> CANESSA MONTEJO: el Capítulo I “Concepto y fundamento de los derechos humanos laborales” (págs.7 a 12)) de su tesis doctoral Los derechos humanos laborales en el derecho internacional presentada en la Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, 2006. [En línea]. Disponible en <http://hdl.handle.net/10016/3021>. [Consulta 20 mayo 2011].

<sup>479</sup> *Ibidem*, pág.7, del Capítulo I mencionado, en su apartado “2. El concepto de los derechos humanos laborales”.

<sup>480</sup> *Ibidem*, pág.8, según cita de la anterior nota 6.

<sup>481</sup> *Ibidem*, pág.9.

<sup>482</sup> *Ibidem*, pág.10.



laborales<sup>483</sup>, que parece, en el momento presente, el último estadio a que se ha llegado en la elaboración doctrinal y laboral del concepto que se origina merced a la confluencia de las teorías de los Derechos Humanos y las propias del Derecho Laboral Internacional.

Declara CANESSA MONTEJO<sup>484</sup> que hay o se dará una “vinculación entre los derechos laborales y los derechos humanos”, siempre que los “derechos laborales vengan reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos”, con los dos requisitos que señala: en primer lugar, “el respeto a la dignidad humana”<sup>485</sup> que aparece a nuestro juicio como pilar de todo derecho, y más señaladamente, del Derecho del Trabajo, pues sin el respeto a la dignidad del ser humano, las normas pueden asentar una cierta clase de orden jurídico, que no por ello será un orden justo, puesto que el derecho no es compatible con la iniquidad; siendo el segundo requisito de vinculación entre los derechos laborales y los derechos humanos que “los derechos humanos laborales satisfagan las necesidades básicas en el mundo del trabajo”<sup>486</sup>. Aunque el autor identifica tres rasgos de la necesidad, a saber: su

---

<sup>483</sup> *Ibidem*, pág.11: “La consolidación del término [derechos humanos laborales] se produjo con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, en donde se hace uso reiterado de la expresión “derechos humanos laborales” (labor human rights) para referirse a los derechos laborales que gozan los trabajadores por su condición de tal con independencia de su nacionalidad. Con el pronunciamiento de la Corte Interamericana se fusionan los derechos laborales con los derechos humanos en una categoría específica: los derechos humanos laborales”.

<sup>484</sup> Campo de intersección que sirve a CANESSA MONTEJO, “Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el *ius cogens* laboral”, para delimitar el concepto de derechos humanos laborales como “todos aquellos derechos en material laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo”. (pág.113).

<sup>485</sup> CANESSA MONTEJO, Derechos humanos laborales en el derecho internacional, de constante cita, en su apartado “3.3. La fundamentación axiológica de los derechos humanos laborales”, donde el autor argumenta los fundamentos de los derechos humanos laborales en un doble terreno: apela por una parte al principio o basamento axiológico y, por la otra, al fundamento antropológico de los derechos humanos laborales. En el primer campo, el de la teoría de los valores, arguye sobre la fundamentación axiológica de los derechos humanos laborales hallándola en la incorporación del valor dignidad al orden institucional: “Desde ese valor sustantivo [la dignidad] se asienta el ordenamiento de la comunidad. Se trata de la correspondencia entre la dignidad humana como valor fundamental – pilar de la colectividad que coloca a sus miembros como centralidad del tejido social – y los derechos básicos como reglas normativas fundamentales – que aseguran la centralidad del individuo en la colectividad”. (pág.27).

<sup>486</sup> Lo que lleva a CANESSA MONTEJO, *Los derechos humanos laborales...* op. cit. en el apartado: “3.2.La fundamentación antropológica de los derechos humanos laborales”, a establecer, asimismo, la fundamentación antropológica de tales derechos, haciéndolos descansar en la satisfacción de las necesidades básicas en el trabajo; de modo que “Esa centralidad del “Trabajo” como el medio humano para satisfacer las necesidades y estructurar el mundo social está impresa en la teoría de las necesidades (...) el mundo de las necesidades tiene como uno de sus referentes principales al trabajo”.(pág. 31). Necesidades que parece asimilar a condiciones apoyándose en GEWIRTH: “Es a

*carácter de insoslayable, su aspecto dañoso o perjudicial para la persona que lo padece, y la falta de alternativa distinta a la de su satisfacción, no se llega a descubrir con nitidez cuáles son o puedan ser esas necesidades básicas en el mundo del trabajo que pueden satisfacer los derechos humanos laborales, aunque de la ulterior referencia de CANESSA MONTEJO<sup>487</sup> a GEWIRTH, aquellas necesidades básicas en el mundo del trabajo bien podrían ser la libertad y el bienestar laborales. Se establece así una relación entre los fundamentos antropológicos y axiológicos de los derechos humanos laborales que constituye un útil modo de fundamentar los derechos humanos laborales, encauzándolos por las dos lindes o veredas por donde debe discurrir la vida humana – cuando ésta viene cualificada por su nexo con la actividad laboral -: los derechos humanos laborales deben proteger y promover unas condiciones de trabajo que respeten la dignidad del trabajador, y, por otro lado, hacer que el trabajo sea un medio de que permita la satisfacción de necesidades personales y sociales del trabajador, cara a su integración social como sujeto de derechos.*

*De cualquier manera, no cabe desconocer que hay una cierta vuelta, una petición de principio, que hace girar todo derecho humano laboral en torno al valor dignidad – que no es más que el reconocimiento del valor intrínseco del ser humano -, de modo tal que si se discurre sobre el fundamento antropológico de los derechos humanos laborales, si se observa al ser humano desde un punto de vista antropológico [desde o en función de sus aspectos biológicos y sociales], se descubre que la primera necesidad real, de imperiosa satisfacción de cualquier ser humano, es la de vivir en libertad, porque sólo en libertad el ser humano llega a serlo plenamente, llega a alcanzar dignidad. Sin libertad una mujer o un hombre, cualquier persona, no es más que un conjunto de funciones fisiológicas, cuya actividad normal podrá o no ser cubierta mediante la satisfacción de necesidades alimenticias, de abrigo, compañía o de cualquier otra especie, pero no será sujeto de derechos: el trabajo forzoso es la negación, la antítesis de lo que significa el trabajo para una persona en una sociedad basada en el intercambio esfuerzo o trabajo por salario.*

*Si se ha de radicar en algún lugar el respeto a la libertad del otro, tal sentimiento y actitud debe nacer en consideración última a su dignidad. Esto es, parece plausible, dando una vuelta más allá a las argumentaciones expuestas, argüir que también, en*

---

partir de la consideración de la libertad y el bienestar como los bienes necesarios de la acción como se sigue en la adscripción y los contenidos de los derechos humanos” (pág.23).

<sup>487</sup> CANESSA MONTEJO, Los derechos humanos laborales en el derecho internacional, op. cit. pág. 23

*última instancia, los argumentos antropológicos que sirven de base a los derechos humanos laborales descansan en una consideración valorativa y, por ende, encuentran su última razón en la dignidad del ser humano, considerada ésta como el valor que fundamenta al resto de los valores.*

*Por otro lado, esta misma dignidad atributo esencial del ser humano, que consideramos la ultima ratio de la fundamentación antropológica de los derechos humanos laborales, sirve, en doble función o papel, asimismo de fundamento axiológico a los derechos humanos laborales, con lo que deshaciendo el camino, y en un afán sintético, no resulte en demasía aventurado considerar y establecer la dignidad del ser humano como fundamento último o principal de los derechos humanos laborales.*

## *2. Concepto de Derechos humanos laborales*

---

*La aparición de los derechos humanos laborales se puede entender, a salvo las matizaciones que sean necesarias para delimitar eficazmente su contenido, como la vuelta al Derecho natural, intentando hallar las razones últimas de los principios<sup>488</sup> en los que se basa el Derecho del Trabajo, una rama jurídica de evolución acelerada, lo que a veces conlleva un desarrollo de espaldas a lo que debería ser el fin principal del Derecho del Trabajo, cual es la defensa de los derechos del trabajador. Noción esta, la del Derecho de Trabajo, que peligra si la constreñimos a una rama jurídica destinada a ser un mero regulador de la actividad económica que versa sobre las relaciones de empleo; y que por otro lado, puede difuminarse si se confunde o se intenta asimilar, mediante una ampliación conceptual incorrecta, el Derecho del Trabajo al Derecho Social.*

*Si tanto los Tratados de Derecho Internacional Público, conformadores del ius cogens en material laboral, como la actividad de la OIT, mediante los Convenios que intentan posibilitar la mayor justicia y el desarrollo de los valores humanos en el trabajo, tienen como fundamento último el respeto a la dignidad de la persona, no resulta aventurado manifestar la búsqueda del derecho natural, como fuente*

---

<sup>488</sup> Sin caer en una digresión poco útil, puede aceptarse, desde un punto de vista jurídico laboral, y parafraseando a ALEXY que “los principios [laborales] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”. Cfr. ALEXY, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, vol.22, núm.6, 2002 (pág.26). Por otra parte, en el terreno lingüístico, no se fuerza el lenguaje si se toma como principio, en el caso del Derecho del Trabajo, a las bases, orígenes o razones fundamentales sobre las que se asienta el discurso iuslaboral.

*subyacente a la norma laboral, y el consiguiente retorno del Derecho del Trabajo a la que fue su primigenia razón de ser, la defensa del hombre y sus valores, entre ellos, como el principal, su propia dignidad.*

*Las ideas fundamentales del derecho natural empapan los fundamentos del orden laboral; así para LÓPEZ DE GOICOECHEA<sup>489</sup> “el derecho natural trabaja con deducciones desde un principio y su máxima es defender al hombre de la humillación, no hacerlo feliz mediante la eliminación de la miseria”. Ciertamente el trabajo, concebido en los términos en que el capitalismo lo ha entendido no ha sido nunca un factor de eliminación de la miseria, sí un paliativo cuya verdadera faz se muestra cuando, como en estos albores del XXI, el poder financiero, desprovisto de cualquier clase de freno ideológico – mejor dicho, aplicando su ideología sin freno – intenta convertir al trabajo en un producto virtual, y al ser humano, cuya dignidad necesita ignorar, en un mero “recurso”, que se desecha cuando resulta caro o inconveniente de mantener en aras del mayor beneficio. Los derechos humanos laborales, junto a la vuelta al derecho natural, reclaman el retorno al principio de alteridad en un campo tan complejo como el Derecho del Trabajo, máxime si la idea del trabajo decente (digno), impregna las declaraciones de la OIT dirigidas a eliminar las condiciones de cualquier tipo contrarias a la dignidad del ser humano en el trabajo.*

En este punto CANESSA MONTEJO sienta la noción de derechos humanos laborales, al establecer que esta expresión “precisamente se refiere a los derechos laborales señalados en los instrumentos internacionales de derechos humanos”<sup>490</sup>. El mismo autor delimita la ubicación jurídica de los derechos humanos laborales, situándola en el “punto de intersección entre el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo”<sup>491</sup>, y sentando una definición de los derechos humanos laborales del siguiente tenor: “Así entiendo que los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente

---

<sup>489</sup> LÓPEZ DE GOICOECHEA, “Utopía y dignidad. Acercamiento a la mística-política de Ernst Bloch”, [En línea], Disponible en: <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1235684457.pdf>. (pág.8) [Consulta 19 febrero 2011].

<sup>490</sup> CANESSA MONTEJO, M.F., en su luminoso e invocado artículo: “Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, núm.72, pág.112, establece el nexo entre Derecho del Trabajo y Derechos Humanos, para llegar a la noción de derechos humanos laborales.

<sup>491</sup> Ídem.

como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo”<sup>492</sup>.

### *3. Base axiológica de los derechos humanos laborales*

---

CANESSA MONTEJO<sup>493</sup> aporta una visión internacionalista sobre el tratamiento de los valores que fundamentan la existencia de los derechos humanos laborales. Por otra parte, para ACKERMAN “todos los trabajadores son titulares de unos derechos fundamentales”<sup>494</sup>. La OIT es la Institución que de modo expreso reconoce a todo trabajador esa titularidad de derechos básicos, derechos por tanto humanos, que surgen del punto de fuga de su dignidad humana en el horizonte laboral. Y además del reconocimiento se produce, asimismo, la imbricación de los que bien se pueden denominar derechos humanos laborales - por sus características de comunes a todo trabajador, amén de fundamentales e irrenunciables -, con la libertad del trabajador y su naturaleza humana, que se ha de desenvolver plenamente asimismo en el campo laboral.

Para GARCÍA NINET y DE VICENTE PACHÉS<sup>495</sup> la dignidad de la persona humana, a tenor de lo establecido por la Constitución de 1978, “se convierte en el derecho que legitima y fundamenta a todos los demás derechos fundamentales”, aunque el concepto de dignidad de la persona quede aún por definir. Esta falta de definición, aunque sólo fuere a efectos laborales, conduce necesariamente a buscar, si no la esencia, si la caracterización de lo que la dignidad humana sea, contrastando, al menos, su posible invocación en los textos constitucionales y las cartas internacionales de reconocimiento de derechos donde se hace mención de tal esencia humana, para acertar con su concepto y contenido de aplicación útil al

---

<sup>492</sup> Ibídem pág. 113. La definición de CANESSA MONTEJO enlaza el aspecto subjetivo, respeto a la dignidad humana, con aquel otro aspecto objetivo, determinado por un estándar de requerimientos mínimos y básicos [que debe cumplirse en la prestación del trabajo, de la actividad laboral, observable y descriptible en el que puede llamarse entorno laboral, físico y moral].

<sup>493</sup> CANESSA MONTEJO, M.F., Los derechos humanos laborales en el derecho internacional, tesis doctoral presentada Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", 2006. [En línea]. Disponible en <http://hdl.handle.net/10016/3021>. [Consulta 20 mayo 2011].

<sup>494</sup> ACKERMAN, M.E, apud BONET PÉREZ, J., Principios y derechos fundamentales...op.cit. pág. 19: “Volver a las fuentes y afirmarse en los principios”. OIT: Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social – Ensayos con motivo del 75º aniversario de la OIT, Ginebra, 1994, pág. 3.

<sup>495</sup> GARCÍA NINET, J.I y DE VICENTE PACHÉS, F., “El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, núm.57, pág.144 y ss.

*Derecho del Trabajo. Hay en este punto una dificultad primera, que consiste en comenzar la casa jurídica por el tejado, pues como señalan ambos autores, se habla de reconocimientos de derechos, de estatus jurídicos de esa entidad, la dignidad de la persona, sin antes haber dado con lo que ello sea o no sea y qué efectos tiene para justificar su recepción en el ámbito de lo jurídico-laboral.*

#### *4. La dignidad como fundamento de los derechos humanos laborales*

---

Un reduccionismo simplista puede llevar a la conclusión de que formular cualquier argumento sobre la dignidad es tanto como referirse, en definitiva, a la naturaleza del ser humano, con lo que el problema sigue sin resolverse, mudando sólo el nombre de la incógnita. Pero algunos pasos pueden darse para intentar una aproximación a su fondo, en una síntesis de urgencia sobre el concepto de dignidad labrado por la cultura occidental: si en el cristianismo la dignidad del ser humano radica en considerar a éste un reflejo de la divinidad, en el pensamiento kantiano la dignidad del ser humano se justifica en razón a que el ser humano no tiene un precio, no es reemplazable, porque tiene valor por causa de su libertad y capacidad de raciocinio, de conocimiento y comprensión. Para el marxismo, la dignidad del ser humano radica en su capacidad de transformar el mundo, cambiándose a sí mismo, para llegar a la plenitud de su humanidad en libertad frente a las alienaciones producto de los condicionamientos económicos, sociales, culturales y religiosos. Por último, y para el neoliberalismo económico que se vive en estos comienzos del siglo XXI, la dignidad del ser humano se torna opaca, no se menciona como valor perseguible en el entorno laboral, y más concretamente, en el ámbito de los derechos del trabajador. La dignidad, si se admite la licencia de esta exageración expresiva, vendría dada por la capacidad de consumo de cada persona. Y quien no puede participar ni en el mundo del trabajo ni en el universo del consumo, queda excluido de esta sociedad, y se convierte en una *res nullius ciudadana*, cuya invisibilidad frente a los poderes económicos, políticos y sociales es cierta y frecuentemente constatable. Quizá convenga en este momento tener presentes algunas de las argumentaciones que se han elaborado acerca de la dignidad, considerada desde la perspectiva de los derechos humanos. Resulta necesario acudir a HABERMAS<sup>496</sup> quien descubre la razón del porqué, la causa, de que fuera el

---

<sup>496</sup> HABERMAS, J., "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", *Diánoia* [en línea], vol. LV, número 64, mayo 2010, Disponible en: [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/2010/DIA64\\_Habermas.pdf](http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/2010/DIA64_Habermas.pdf). [Consulta 13 marzo 2011].

*discurso de los derechos humanos anterior y jurídicamente más [importante] prominente (sic) que el discurso de la dignidad humana: es el Holocausto el fenómeno que puede explicar la razón de cómo “(...) ¿la idea de los derechos humanos se convirtió, de manera casi retrospectiva, en una idea moralmente cargada con el concepto de dignidad humana?”<sup>497</sup>.*

*Frente al embrutecimiento sin límites y al avasallamiento del ser humano como nunca antes se había visto, surge el verdadero sentido del término dignidad: el valor del hombre injustamente tratado y desvalido frente al poderoso desprovisto de cualquier atisbo de humanidad; frente al atropello a la razón cometido por la sinrazón fríamente absoluta; frente a la nada que toda persona afligida y perseguida injustamente acaba venciendo porque no deja de ser un ser humano, y pese a que pueda resultar aniquilado, avasallado, destruido física y moralmente, su naturaleza humana permanece intocable siempre, y por ello su valor, su dignidad. En potencia o en acto un ser humano nunca deja de ser humano. Lo mismo sucede cuando el ser humano se define por el trabajo que realiza y se le considera en función de su actividad laboral: permanece a salvo la dignidad, independientemente de la naturaleza de la ocupación, profesión o empleo que cada uno lleve a cabo para satisfacer sus necesidades.*

##### 5. Función de la dignidad en los derechos humanos laborales

---

*Se ha de recurrir de nuevo a HABERMAS que analiza las cuestiones cruciales acerca de la misión que cumple la dignidad, el valor dignidad – su alcance e importancia - que se predica de todo ser humano, en relación al paso de la moral al mundo de lo jurídico: “La dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho” y el significado de la dignidad en relación a los derechos humanos, relación, y si se permite la expresión, la función, entendida como capacidad de actuar de la dignidad, que sirve o ha de servir de base al orden político [y por tanto, social]: “La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los*

---

<sup>497</sup> *Ibidem*, pág. 6. El autor se responde a la pregunta, afirmando que la dignidad humana «constituye la “fuente” moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento».

derechos humanos”<sup>498</sup>. Puede, pues, llegarse a la conclusión de que la dignidad del ser humano es, además de un valor – una cualidad positiva del ser humano -, un fundamento para todos los demás valores de la persona, valor que se sitúa en el orden jerárquico superior, preeminente, de los valores humanos.

## *6. Contenido de los derechos humanos laborales*

---

*HABERMAS argumenta que los derechos humanos aparecen con forma de derechos subjetivos<sup>499</sup> y advierte del cambio, revolucionario, producido en los cimientos de los ordenamientos jurídicos actuales: “bajo la premisa de que está permitido todo lo que no está explícitamente prohibido por la ley, los derechos subjetivos, y no los deberes, constituyen el punto de partida de la construcción de los sistemas legales modernos<sup>500</sup>, llegando a formular los derechos humanos como síntesis entre moral y derecho positivo: “derechos humanos como síntesis entre la moral justificada racionalmente y basada en la conciencia individual, y por otro lado, en el derecho promulgado positivo y coercitivo que sirvió para hacer el estado moderno y la sociedad de mercado”<sup>501</sup>.*

*Una mirada a lo que resulta de las concepciones actuales del orden jurídico, metamorfoseado por la negación del sentido de lo justo en las relaciones económicas, con la irrupción de una nueva ley mercatoria (o Derecho Corporativo Global), ajena tantas veces a los valores humanos, indican hasta qué punto tales derechos son respetados y observados, así como su verdadera fuerza de obligar en las relaciones del trabajo actuales, donde la deslocalización, el trabajo por horas, la subcontratación, y la opacidad habitual de la empresa cara al exterior, conllevan una disolución de responsabilidades en cascada que son dignas de estudio en cualquier*

---

<sup>498</sup> *Ibidem*, pág. 10. El trabajo intelectual de HABERMAS puede considerarse como el punto de unión, la clave que explica racional y socialmente al ser humano desde su dignidad operante en sociedad. HABERMAS trabaja en el engarce de tres ideas, si se acepta la metáfora, de tres bellezas intelectuales, de todo punto necesarias para preservar al hombre de los ataques de la sinrazón: la belleza de la dignidad, la belleza del poder ejercido democráticamente y la belleza de la igualdad que resulta del orden político y social fundamentado en el respeto a la dignidad del ser humano.

<sup>499</sup> HABERMAS, J., “El concepto de dignidad humana y la utopía realista...” *op. cit.*, pág. 11, donde declara: “A pesar de su contenido exclusivamente moral, los derechos humanos tienen la forma de derechos subjetivos exigibles que conceden libertades y pretensiones específicas (...) los derechos humanos se circunscriben de manera precisa sólo en aquella parte de la moral que puede ser traducida al ámbito de la ley coercitiva y transformarse en una realidad política mediante la fórmula robusta de derechos civiles efectivos”.

<sup>500</sup> *Ibidem*, pág. 12.

<sup>501</sup> *Ídem*.



*tratado sobre el fraude, constituyendo la verdadera norma del mercado laboral, señaladamente en España. Una explicación que vale por todas, aun forzando una inducción hasta cierto punto temeraria, es la dificultad o imposibilidad en que se ve el ciudadano normal cuando intenta defender sus derechos frente a las grandes corporaciones industriales, mercantiles, financieras y de todo tipo. La indefensión suele ser la situación más generalizada. En todo caso, la existencia de unos derechos laborales fundamentales<sup>502</sup> y su reconocimiento y garantía por la OIT implican ciertas consecuencias, tanto de carácter político como jurídico<sup>503</sup>: políticamente, el reconocimiento de derechos laborales fundamentales (en cierta forma sinónimos a los derechos humanos laborales, tras la Declaración de 1998), en plena vorágine de la marea globalizadora, es tanto como una declaración avanzada de conflicto real con el poder económico y financiero que menos interesado se encuentra en dar carta de naturaleza a cualquier idea que sea o pueda significar un obstáculo a su progresiva dominación, sin trabas, tanto económica como política y, finalmente, social.*

*Por otra parte, no puede detenerse la mirada en el fenómeno económico globalizador como si éste fuere sólo un mero accidente del capitalismo que emite las primeras señales a fines de los setenta del siglo pasado, con la irrupción de las crisis petrolífero-energéticas, y permanece todavía vigente: tras este sobrevenido modo de producción (el modo de producción virtual o informático o tecnológico, o como se le quiera llamar, sobre el que se cimenta la economía globalizadora o mundializadora), se encierra un nuevo modo de reestructuración y conformación social, de distribución y reparto de la riqueza y del poder. ¿Podrá la OIT<sup>504</sup>, en*

---

<sup>502</sup> Que por su carácter de universales e irrenunciables no dejan de ser derechos humanos, y de los más humanos, porque atañen a la faceta más definitoria de la dignidad del hombre, de su naturaleza y su capacidad de modificar el mundo y a sí mismo mediante el trabajo, con lo que la posible dicotomía, en función del reconocimiento mediante listado o no en Convenios o Tratados Internacionales para poder así llamarlos derechos laborales fundamentales o derechos humanos laborales, pierde, a nuestro entender, importancia, en cuanto están señalando a una misma identidad: los derechos básicos de la persona en el ámbito laboral, los derechos básicos de la persona que trabaja. En España, los “derechos fundamentales son los protegidos por una ley orgánica”, y además de venir reconocidos por la Constitución, “son permanentes e imprescriptibles”. Quedarían, para el autor citado, caracterizados como derechos fundamentales “los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce a lo largo de sus artículos 14 a 38”, y “en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica”. [CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, Revista Española de Derecho Constitucional, 1989, núm.5, pág. 39-41]

<sup>503</sup> BONET PEREZ, J., Principios y derechos fundamentales...op.cit. pág.22

<sup>504</sup> La OIT creó la Comisión Mundial sobre la Globalización el 27 de febrero de 2002, cuyo objetivo “es utilizar el proceso de la globalización como recurso para reducir la pobreza y el desempleo, fomentar el crecimiento y el desarrollo sostenible (...) La Comisión examinará la manera en que todas las

*defensa de los derechos humanos laborales rebatir los argumentos y los datos que aparecen, prima facie, como algo totalmente objetivo, dado e inmutable por su naturaleza, casi profética, atribuida sin posibilidad alguna de contradicción frente al capitalismo globalizador, el considerado camino indiscutible al progreso sostenible, a la estación término del paraíso capitalista, finalmente global y universalmente triunfante? Queda por ver qué pasará, pero algunos síntomas apuntan todavía a la persistencia y, posiblemente, a la futura prolongación del debate entre ambas concepciones del trabajo, la del capitalismo globalizador o la de las distintas ideologías alternativas, que tratan de dignificar el sistema económico y laboral partiendo de la consideración a la dignidad de la persona, del trabajador, como sujeto de derechos fundamentales; sobreponiendo esta concepción a la que impera en el estadio actual del capitalismo conocido como globalización.*

### 7. El trabajador como titular de derechos humanos laborales

---

Aparte de las resultas políticas y sociales apuntadas anteriormente, el reconocimiento en la persona del trabajador de la titularidad de unos derechos humanos de carácter laboral conlleva, en un primer momento, un deber de determinación, de tipificación o identificación de cuáles sean esos derechos humanos laborales, para mejor protegerlos. Por otra parte, el reconocimiento de tales derechos humanos laborales conlleva la necesidad de descubrir los resultados jurídicos que tal titularidad produce en el mundo laboral y en las relaciones de esta naturaleza jurídica que puedan darse en lo sucesivo y en todas partes. Reviste un carácter principal el reconocimiento efectuado, por la práctica de la OIT, a favor del carácter fundamental del derecho a la igualdad, con la consiguiente prohibición y “eliminación de la discriminación en el ámbito laboral”<sup>505</sup>, que son, asimismo,

---

organizaciones internacionales puedan contribuir a un proceso de globalización más inclusivo que resulte aceptable y justo para todos”, declaró el Director General de la OIT. OIT-CINTERINFOR, [En línea], Disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/period/actrav202.htm#La%20OIT>, [Consulta 15 junio 2010]. A la vista de los resultados, los objetivos no pueden darse, seriamente, por cumplidos.

<sup>505</sup> BONET PEREZ, J., Principios y derechos fundamentales...op.cit. pág. 23. El autor emplea la expresión “derechos socio-laborales fundamentales”. Con ánimo de concreción máxima del objeto de estudio, se considera - en el caso referido a la discriminación por razón de edad -, más adecuadas las expresiones derechos laborales fundamentales o derechos fundamentales del trabajador, pues no hay que olvidar la verdadera función, esencialmente tuitiva, del Derecho del Trabajo, en defensa del trabajador, como parte más débil en la relación laboral. Si el Derecho del Trabajo consigue evolucionar a favor del respeto al ser humano y las condiciones decentes – dignas - en que el trabajador ha de desarrollar su actividad, objetivo de la OIT respecto a las relaciones del trabajo, bien puede utilizarse, entonces, la expresión de derechos socio-laborales fundamentales, e incluso las de

definidos junto a otros derechos, tales como el derecho a la libertad sindical y la abolición del trabajo forzoso, como derechos humanos laborales.

#### *8. Primeros pasos en pos de los derechos humanos laborales. Los fines primordiales de la OIT*

---

*La creación de la OIT en 1919, poco después de finalizada la Primera Guerra Mundial, muestra un objetivo principal en el ámbito laboral: suavizar o paliar las durísimas condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, derivadas de la aplicación del conjunto de leyes y otras normas de trabajo, mediante las que la burguesía nacida de la Revolución Industrial impone sus modos de prestación y utilización de la fuerza de trabajo, entendiendo a ésta como el conjunto de condiciones físicas y espirituales que se dan en la personalidad viviente de un hombre y que éste pone en acción al producir bienes de cualquier clase<sup>506</sup>, en pos de la obtención del mayor lucro.*

*La consecuencia de aquel capitalismo generó estampas de masas obreras frente a las fábricas o establecimientos mercantiles, en Inglaterra, en Francia, en Alemania y, dentro de España, en la Cataluña industrial, cuya principal característica era el patente sometimiento de los trabajadores, hombres y mujeres y niños, a unas condiciones laborales sencillamente inhumanas y que hablaban y todavía muestran, por sí mismas, de lo que es capaz el ser humano cuando las relaciones económicas, sin freno ni sujeción moral de tipo alguno, se transforman en normas inicuas jurídicas que asientan, de hecho y de derecho, un estado de cosas que hace de la explotación del trabajador el único basamento social realmente sostenible, permanente, aunque cambien los modos de producción capitalista, en función de las nuevas tecnologías o técnicas de gestión empresarial.*

---

derechos fundamentales del trabajador o derechos humanos laborales. Hay que recordar, en cuanto al contenido de los derechos fundamentales, lo establecido por la Sentencia Solange de 22 de octubre de 1986 (Tribunal de Karlsruhe), apud CRUZ VILLALÓN, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, 1989, núm.5, págs 39 a. 41: "Como categoría, los Derechos Fundamentales son reconocibles por la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador (...) Hoy no hay un derecho fundamental que se precie de serlo que no sea susceptible de tutela judicial y de limitar el poder legislativo".

<sup>506</sup> Podría repetirse, si se permite la paráfrasis de Marx, que la fuerza de trabajo es una mercancía cuyo valor de uso es el trabajo y cuyo valor de cambio es el salario, con todas las adaptaciones que requiera el modo productivo actual generado por la economía globalizada o mundializada.

*Puede enunciarse que el concepto de fuerza de trabajo<sup>507</sup> aún resulta vigente, ya que los epifenómenos con que se adornan las nuevas modalidades de trabajo y sus características prestacionales tienden siempre a conseguir que tan peculiar mercancía se compre o venda con la idea de obtener la máxima ganancia, utilizando la técnica económica de establecer el valor de cambio mínimo para el valor de uso que se rentabiliza: pagar lo menos posible por el trabajo que se remunera al trabajador. El intento de paliar esa ley de hierro fue la causa del nacimiento de la OIT. A la vista de las condiciones laborales del momento actual, con millones de personas sin protección social, sin vivienda, sin trabajo alguno, recuperan plena vigencia en el momento presente los mandatos de la OIT y de la ONU respecto al mundo social y laboral que nos limita.*

### *9. La Declaración de Filadelfia*

---

Con tales antecedentes sociales y políticos tiene lugar la Declaración de Filadelfia de 1944, en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, y como continuidad a lo establecido por la Constitución de la OIT en 1919, de la que forma parte, cuya finalidad primordial era y continúa siendo el aseguramiento y preservación de la dignidad del ser humano en el ámbito laboral. Dignidad que se sustenta en dos consideraciones preliminares y comunes a toda clase de trabajo: que éste no es una mercancía, porque el trabajador pone en su actividad algo más que sus conocimientos o habilidades, pone su entera persona al servicio de su tarea y, por consecuencia, que el trabajador, para defender esa dignidad ha de contar con un medio sin el que no tiene sentido hablar de trabajo prestado libre y dignamente: la libertad de expresión y de asociación, que le permiten el ejercicio de su actividad conforme a unos principios acordes con el respeto a su personalidad. Son por tanto, los derechos de asociación y libertad de expresión los que permiten el reconocimiento de la dignidad del trabajador y, por ello, la aparición de la libertad en el universo laboral, requisitos para alcanzar, algún día, la generalización de condiciones que permitan extender la condición de trabajo digno o decente en el ámbito laboral.

---

<sup>507</sup> Véase el concepto de fuerza de trabajo en MARX, Carlos, Salario, precio y ganancia. [En línea]. Disponible en: <http://www.marxists.org/espanol/m-e/1860s/65-salar.htm#vii>, especialmente en sus apartados VI a IX. [Consulta 7 mayo 2009].

## 10. El concepto de “cláusula social”. La “Social Clause” (Dumping Social o Dumping Laboral) y la Declaración de Copenhague de Desarrollo social (1995)

---

La aparición de la “Social Clause”<sup>508</sup> como la idea de introducir unos elementos correctores de los fenómenos conocidos como Dumping Social o Dumping laboral, consiste, para algunos autores, en una restricción “limitar o prohibir todas las importaciones (...) de productos procedentes de países, de ramas o de empresas que ofrecen a los trabajadores condiciones que están por debajo de determinadas normas mínimas”<sup>509</sup>. Dicha limitación o prohibición se establece a favor de la conservación o implantación de los derechos humanos del trabajador, mediante la inserción de cláusulas en respeto o salvaguarda de los derechos de los trabajadores de los países más pobres frente a los más ricos, en los correspondientes tratados internacionales de comercio.

Para ABARCA HERNÁNDEZ “(...) la cláusula social es una inserción que se desea hacer a los tratados internacionales de comercio para asegurar el cumplimiento de algunas normas sociales mínimas en el proceso de producir bienes de exportación”<sup>510</sup>, distinguiendo entre dos tipos de cláusula social: la cláusula social negativa, si ésta

---

<sup>508</sup> Con el nombre de “Social Clause” se agrupan diferentes ideas de carácter económico, jurídico y político que buscan conseguir la unión de los contrarios, como deducción a que se puede llegar en una primera aproximación, elemental, a los complejos problemas sociales, aparte de morales, que el comercio internacional origina entre los trabajadores de países en distintos grados de desarrollo, y las respectivas sociedades cuyas relaciones económicas y laborales pueden verse afectadas por la efectiva implantación o cumplimiento de algún tipo de cláusula social, con efectos en su desarrollo o involución laboral. La OIT trabaja intentando dar forma a una “Cláusula Social” cuyo objetivo último bien podría consistir en compatibilizar la economía de mercado con el respeto a los derechos sociales y laborales de los trabajadores; objetivo de consecución tan deseable como peregrina, en consideración al entorno laboral y social que resulta más próximo y generalizado en el momento actual de llameante, por lo injusta, economía globalizada. Vide la página de la OIT [En línea], [consulta 23 de febrero 2010], sobre la mencionada “Social Clause”, disponible en: <http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/guide/hoelim.htm>, cuya idea principal viene adelantada en su Introduction: “For many workers, globalization and flexible labour markets mean having to work under inhumane conditions, to forego their basic human rights, and to take whatever remuneration they are given no matter how unreasonable it might be”, que se puede traducir, sin forzar demasiado los términos: “Para muchos trabajadores, la globalización y la flexibilidad de los mercados de trabajo significa tener que trabajar en condiciones inhumanas; renunciar a sus derechos humanos básicos (fundamentales), y aceptar cualquier remuneración no importa lo irrazonable (injusta) que ésta pueda llegar a ser” (Trad. del autor).

<sup>509</sup> CAIRE, G., “Clause Social et commerce international”, Revue Tiers Monde, número 148, 1996, apud LOBEJON HERRERO, L.F., “Pasado, presente y futuro de la Cláusula Social. El papel de la Organización Mundial de Comercio”, Revista Información Comercial Española [en línea], julio-agosto 2008, número 843, (pág. 150).. Disponible en: [http://www.revistasice.com/cache/pdf/ICE\\_843\\_149-161\\_\\_5DEFD6E8B10626373C013667C6F5FAFC.pdf](http://www.revistasice.com/cache/pdf/ICE_843_149-161__5DEFD6E8B10626373C013667C6F5FAFC.pdf), [Consulta 16 agosto 2011].

<sup>510</sup> ABARCA HERNÁNDEZ, O., “La Cláusula Social y la ventaja comparativa ilegítima”, Intersedes: Revista de las Sedes Regionales, [en línea], mayo 2002, vol. III, número 5 (pág.48). Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/666/66630505.pdf>. [Consulta 17 agosto 2011].

*puede acarrear sanción para los “países exportadores que no cumplan tales normas mínimas”, y la cláusula social positiva que “puede beneficiar al país que cumpla tales normas, dándole un acceso más favorables al mercado internacional”<sup>511</sup>.*

*Esta distinción puede mostrar un interesante aspecto didáctico y expositivo; pero en la práctica de la Organización Mundial del Comercio resulta difícil tropezar con alguno de ambos tipos de cláusula social, porque se da una dificultad de raíz para establecer un intento de conexión de las normas laborales con el comercio internacional, sea éste de la naturaleza que fuere, pues raramente puede oponerse de modo eficaz la protección de un derecho humano laboral, mediante la inserción de la cláusula social correspondiente en los tratados o convenios, frente a la realidad de un comercio internacional que, hoy por hoy, opera mediante la ley del máximo beneficio, para lo que cualquier obstáculo moral, social o jurídico que suponga una merma de tal beneficio será expeditivamente erradicado en el nombre de la libertad de comercio, de la liberalización de los mercados o de cualquier otra excusa que sirva para desviar la atención y eludir el verdadero problema, cual es el de que no hay progreso ni libertad posibles basados en una economía de fraude y explotación de los países y sociedades más pobres o con menos posibilidades educativas, que ésta, la falta de un verdadero sistema educativo en valores, aparece como la mayor pobreza social y humana. Educación en democracia como mejor antídoto para la explotación, cuyo mayor exponente es la discriminación laboral.*

#### *11. Los derechos que debería proteger la cláusula social o la vuelta a los derechos humanos laborales*

---

*Para una parte significativa de la doctrina internacional, los derechos que debería proteger la cláusula social son precisamente los que se entienden como derechos laborales fundamentales reconocidos en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento<sup>512</sup> (adoptada por la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra, el 18 de junio de 1998)<sup>513</sup>, que los señala en su apartado 2: Libertad de asociación y la*

---

<sup>511</sup> Ídem.

<sup>512</sup> OIT, Revista Internacional del Trabajo, [en línea] 1998, vol.117 “Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, disponible en: [http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour\\_review/1998\\_2/spanish/kellerson\\_es.html](http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/kellerson_es.html), [consulta 19 julio 2009].

<sup>513</sup> OIT, Revista Internacional de Trabajo, [en línea], 1998, vol. 117, núm.2, “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”, Hay una edición en línea,:

*libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.*

*Por tanto, la cláusula social debería tutelar o proteger los derechos humanos laborales, entendidos por CANESSA MONTEJO como “todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo”<sup>514</sup>. Y ello porque desde el Tratado de la Unión Europea [MAASTRICHT, 7 febrero 1992, entrada en vigor 1 noviembre 1993], los acuerdos de la Unión con terceros países deben incluir una cláusula sobre todos los derechos humanos, no únicamente los de carácter laboral, mas también todos los restantes derechos humanos. Los derechos laborales fundamentales son considerados por la Unión como derechos básicos y universales, lo que vale tanto como derechos humanos laborales que pueden ser protegidos mediante la cláusula social; y entre ellos el derecho a no padecer discriminación en materia de empleo u ocupación.*

En este punto se suscitan, como mínimo, dos cuestiones, la primera, de fondo, que es llamar a la realidad por su verdadero nombre, esto es, intentar descubrir o seguir el rastro a lo que amagan intencionalmente las palabras; en este caso, la cláusula social no puede quedarse en un debate a tres o más bandas entre la OMC, la OIT, la ONU y/o algún otro organismo internacional, puesto lo que pretende conseguir es algo de importancia capital: que el valor diferente del trabajo en cada región o país no sea o sirva de base para la discriminación laboral, empleada esta expresión con toda cautela. La segunda cuestión, sobre la que ABARCA HERNÁNDEZ sitúa justamente el punto de debate, viene dada por la verosímil confrontación entre la cláusula social y la ventaja comparativa ilegítima, que soluciona en los términos siguientes: “La cláusula social sólo tendría sentido, entonces, frente a la constatación de ventajas comparativas ilegítimas, que son aquellas logradas por medio de una retribución artificialmente baja de cualquier factor de producción”<sup>515</sup>.

---

Disponible en: [http://training.italo.it/ils/foa/library/labour\\_review/1998\\_2/spanish/anexo4\\_es.html](http://training.italo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/anexo4_es.html), [consulta 23 febrero 2008].

<sup>514</sup> Véase CANESSA MONTEJO, “Los derechos humanos laborales...”, apartado 6 de este Capítulo.

<sup>515</sup> ABARCA HERNÁNDEZ, “La Cláusula Social y la ventaja comparativa ilegítima”, op.cit, pág. 56, remata la cuestión observando: “En el caso de que se trate del factor trabajo existe dumping social y la cláusula social no tendría como objetivo real (no el declarado) defender un derecho fundamental

## *12. La Declaración de Copenhague de Desarrollo Social (ONU, 12 marzo 1995)*

---

*No resultaría prudente vaticinar que el modelo de economía globalizada vaya a promover o propiciar la inclusión de los derechos humanos laborales en el mercado del trabajo, siquiera a título de desiderátum para un futuro más o menos remoto. No parece probable, al menos en el estado actual de la economía mundial ni de la regulación – inexistente – de la estructura de mercado e institucional que la alberga, la incorporación de los derechos humanos laborales como un dato objetivo a tener en cuenta en el mundo del trabajo propio, creado o modificado por ese modelo de economía global.*

*La verificación o falsación de lo que hay realmente tras la teoría del mercado global puede obtenerse dando un paseo por cualquier ciudad europea o americana, japonesa o china, a las que pueden tomarse como representantes vicariales de los supuestos beneficios que reporta la economía mundializada, en contraste con las ciudades del llamado tercer mundo: un incrementado y exorbitante acopio de riquezas concentrado progresivamente en menor número de manos, que se sirven de la explotación de las sociedades menos desarrolladas para mantener un orden de cosas que permite la propia continuidad del sistema; esto es, lo contrario de lo que cualquier medida social con un cierto componente racional y humano, de respeto al ser humano, está llamada a buscar: la posibilidad de acceso y disfrute pacífico de la mayor cantidad de bienes para la mayor parte de las personas y poblaciones, mediante el trabajo, la actividad humana decente que ha de ser transformadora del hombre y la sociedad<sup>516</sup>. Lo contrario es justamente lo que hoy ocurre propiciado por*

---

laboral sino defender derechos y libertades económicas. De esta forma, la cláusula social estaría desnaturalizada desde su mismo nacimiento y cabría cuestionarse su necesidad, dado que la defensa de los derechos económicos que protege la OMC no depende de la inserción de una cláusula social en el tratado de libre comercio y en los acuerdos que se logren ante la misma OMC". Estas precisiones son el marco necesario, jurídico y laboral, que permiten ver un poco más claramente lo que significan fenómenos tales como la deslocalización, la flexibilidad, etc. que ocultan tras sí, sencillamente, un proteico muestrario de abusos contra los derechos humanos laborales. Lo que convierte en una acuciante necesidad la implantación, establecimiento o creación de un orden jurisdiccional internacional en materia laboral que tuviese, como mínimo, competencia para entrar en el conocimiento y fallo de las contravenciones a los derechos humanos laborales.

<sup>516</sup> Algunos autores, como ABARCA HERNÁNDEZ en "La Cláusula Social y la ventaja comparativa ilegítima", op.cit, pág. 57, dicen no ser necesaria la cláusula social en su Conclusión: "Visto así el panorama, la cláusula social, en su dimensión negativa, resulta innecesaria, pues si un país está haciendo uso de una ventaja comparativa ilegítima y ello afecta significativamente al comercio internacional, es posible acudir ante la OMC (Organización Mundial del Comercio) y utilizar las normas sustantivas y las adjetivas ya existentes y que no dependen de la inserción de una cláusula social en los acuerdos de libre comercio ni en la normativa de la OMC. Si la ventaja comparativa es legítima no hay violación a las normas del comercio internacional (incluida la eventual cláusula social). Finalmente, si no hay lesión alguna al comercio internacional pero se pretende tutelar



*un liberalismo económico esencialmente regresivo, causante de una pobreza y unas condiciones de vida insostenibles, cada día más generalizadas entre la mayor parte de las poblaciones.*

*LÓPEZ<sup>517</sup> en pleno hervor de la crisis financiera de 2007/2008, publica un luminoso artículo, cargado de cifras comparativas que son, por sí mismas y en su desnudez, de una elocuencia avasalladora e irrefutable acerca de la verdadera faz de la globalización económica y sus efectos en los seres humanos más desprotegidos, que son y constituyen, hoy por hoy, la mayor parte de las sociedades global-desestructuradas en favor de un capitalismo salvaje. Afirma LÓPEZ*

— “Todos sabemos que mientras que en 1960 el 20% más rico del planeta ganaba 30 veces más que el 20% más pobre, en 1990 la proporción se ha desequilibrado hasta el 60 a 1, y en 1997 hasta el 74 a 1. Pero esto no es todo, visto a escala más amplia en el tiempo, si en 1820 la proporción era de 3 a 1, en 1870 era de 7 a 1, en 1913 de 11 a 1, en 1997 de 74 a 1, y actualmente es 82 a 1, cuando 1.200 millones de personas, el 24% de la población mundial, sobreviven con un dólar diario y casi la mitad de la población mundial lo hace con 389 pts., menos de dos dólares al día, según el Banco Mundial. La riqueza combinada de las 200 personas más ricas del mundo ascendió a un billón de dólares en 1999; los ingresos

---

derechos de otra naturaleza por la vía de medidas comerciales, entonces tampoco existe el nexo que justificaría la existencia de una cláusula social”. Para otros autores, como LOBEJÓN HERRERO, L. F. “Pasado, presente y futuro de la Cláusula Social. El papel de la Organización Mundial de Comercio”, op. cit., la Cláusula Social, que se intenta aplicar al comercio internacional desde el siglo XIX, persigue una función de equiparación entre los derechos de los trabajadores de los países más desarrollados y aquellos otros trabajadores de los países de economías más pobres. La Cláusula Social “consiste en endurecer la política comercial que afecta a las importaciones procedentes de esas economías [las que no garantizan unos estándares laborales mínimos], intentando, por una parte “nivelar el campo de juego”, y, por otro lado, incentivar el respeto de unos derechos laborales básicos en todo el mundo” (pág. 160). Tal como el propio autor concluye, hay una situación de conflicto de intereses entre los países más y menos desarrollados, por lo que “Sólo una variación sustancial del contexto actual permitiría salir de esta situación” (pág. 160, in fine).

<sup>517</sup> LÓPEZ, José “De marxismo, democracia y relativismo”, *Rebelión* [en línea], número de 7 julio 2008. Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=120647>, [Consulta 26 agosto 2011]. Aunque la cita sea larga, se intenta compensar la extensión del discurso con la fuerza de la información, de conocimiento, que contiene. Incita a la exposición el maestro ECO y su valiosa síntesis acerca de la humildad científica: “cualquiera puede enseñarnos algo”. En este caso, que los argumentos y datos que ahora se aportan provengan de un pensamiento marxista en nada empece a la verdad contrastable que le sirve de base, de fácil reconocimiento e identificación en la sociedad global, agitada e injusta – recientes y humeantes todavía los sucesos de Manchester, Londres o Birmingham, en el agitado verano de 2011 –, que aflora como un magma incontenible por la propia presión a que se somete a las clases más desprotegidas de la sociedad europea e internacional. La estigmatización de marginal a quien se enfrenta al estado de cosas, de la única manera en que puede o sabe hacerlo, y el mayor aporte de fuerza represiva, que en ningún caso ataca a la raíz de la enfermedad, sino que intenta meramente sofocar los síntomas de la gravísima crisis de este modelo capitalista, a largo plazo no tienen ningún viso de aportar soluciones a favor de la dignidad y la libertad del hombre.

combinados de los 582 millones de habitantes de los 43 países menos adelantados ascienden a 146.000 millones de dólares. Las 225 personas más ricas del mundo tienen unas rentas equivalentes a las de los 47 países más pobres del mundo. Sólo el 4% de su fortuna financiaría la alimentación, agua potable, infraestructuras sanitarias y educativas, etc., de los países empobrecidos. (...) Mientras que sólo las 3 personas más ricas del mundo poseen activos que valen más que el PIB de los 48 países más pobres del mundo, poblados por unos 600 millones de personas, la infraalimentación severa se ha incrementado de 103 millones en 1970 a 215 en 1990 llegando a casi 300 millones en 1998. (...) En menos de medio siglo se ha duplicado la diferencia entre los 20 países más pobres y los 20 más ricos. En 1998 los 48 países menos adelantados atrajeron un nivel de inversión extranjera directa inferior a los 3.000 millones de dólares, es decir, sólo el 0,4% del total. Hay que insistir una y otra vez que son las mujeres – el 70% de los 1300 millones de personas pobres son mujeres, y en EEUU una mujer es golpeada cada 15 segundos y 700.000 son violadas cada año, el mismo país en el que una píldora genérica anticonceptiva cuesta medio dólar y se vende a 2 dólares y medio; la infancia – son esclavizados sexo-económicamente cientos de millones de niños – y los ancianos los sectores sociales más dañados y golpeados por esta terrible y trágica confirmación de las "profecías" de MARX, que también quedan confirmadas por el hecho cierto de que la opresión y el empobrecimiento también se han multiplicado dentro mismo del centro imperialista, de los EEUU, de la Unión Europa y de Japón”.

*En esta tesitura, la Declaración de Copenhague de Desarrollo Social (ONU, 12 marzo 1995)<sup>518</sup> tiene todo el valor de la meta que parte de un análisis ajustado a la realidad y se fija un horizonte de proyectos en salvaguarda de los derechos*

---

<sup>518</sup> La Declaración de Copenhague de Desarrollo Social se produce por la ONU, en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, tenida durante los días 6 a 12 de marzo de 1995 en Copenhague, Dinamarca. Interesante traer a colación, pues hace referencia a los principios y el objeto de la reseñada Cumbre, entre otros, los establecidos en el epígrafe j) del tenor literal siguiente: Promover el respeto universal, la observancia y la protección de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, incluido el derecho al desarrollo; promover el ejercicio efectivo de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones en todos los niveles de la sociedad; promover la igualdad y la equidad entre el hombre y la mujer; proteger los derechos de los niños y los jóvenes; y promover el fortalecimiento de la cohesión social y de la sociedad civil. ONU [En línea]. Disponible en: <http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9sp.htm>, [Consulta 17 mayo 2009]. No se puede soslayar el triple llamamiento o grito con que la Declaración cierra a modo de conclusión: “Porque el proyecto de desarrollo social es el modo que tiene la comunidad internacional entera de decir ¡No a la fatalidad de la crisis! ¡No a la persistencia de las desigualdades! ¡No al despedazamiento del mundo!” (Nota: el orden de apertura y cierre de los signos de exclamación del original se modifica por respeto a la ONU).

*humanos, incluidos los laborales, y las medidas que se consideraron más adecuadas a tal fin. Tanto la meta, como el análisis y los proyectos se muestran plenamente vigentes. Pero la anterior no era, ni es todavía hoy, una tarea fácil de alcanzar, pues las dificultades para reconocer y cumplir con los mandatos de la ONU – sin preterir los Convenios de la OIT -, en materia de derechos humanos, aparecen como una constante de carácter social, económico, cultural y, finalmente, político que se oponen, como una rémora, a la plena incorporación de tales mandatos y convenios al orden social y laboral internacional.*

*Hay que volver la mirada, con especial intensidad, sobre aquellos principios y derechos de contenido social cuya infracción e inexistencia en la vida real del hombre y la mujer de nuestro presente se yerguen denunciando las carencias e injusticias de la sociedad actual. Principios y derechos sobre los que de nuevo hay que hacer hincapié, subrayando su radical inhumanidad: la formación de nuevas y mayores bolsas de pobreza, incluso en los países más adelantados; el desarrollo de segmentos de exclusión social que viven un constante incremento y afectan a distintas capas de la población; el masivo aluvión de miles de trabajadores que engrosan, en el caso español, las estadísticas del paro – y de paso ahondan el infierno vital en que se traduce la carencia de trabajo para quienes lo padecen y sus familias -, así como la reaparición de enfermedades que se tenían, años atrás, por definitivamente erradicadas. Los estallidos de violencia que se convierten en noticia repetida, son indicios de que algo marcha mal en la sociedad actual, y todavía irá a peor si el mercado libre y sin trabas de tipo alguno – la soberanía absoluta y sin brida moral o jurídica de la economía del capital y las finanzas - se convierte en el único regulador social, o lo que es lo mismo, en una progreso cangrejal hacia la barbarie, como puede contrastarse con una simple ojeada a lo que se manifiesta claramente en nuestras calles: paro, injusticia, desesperanza y violencia en una espiral cuya erradicación incumbe lograr a toda la sociedad.*

### *13. La Declaración OIT de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998*

---

*La OIT desenvuelve su actividad tratando de conseguir la mayor dignificación de las normas y condiciones de trabajo como requisito para llegar a lo que entiende como trabajo decente. La impregnación del espíritu de los derechos humanos resulta visible en las normas internacionales de trabajo, dada la vocación universal y la*

*interrelación de las normas que provienen tanto de los pactos y convenios internacionales de trabajo, como los que encuentran su raíz en la misma OIT.*

*Ambos sistemas normativos, si se permite la denominación, se caracterizan, asimismo, por su respeto a los Derechos Humanos; prueba de esta aseveración puede ser el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), o la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).*

*No se puede soslayar ni mucho menos desconocer el efecto que la irrupción del fenómeno conocido como globalización o mundialización económica, aparecida a finales de los setenta del pasado siglo XX ha tenido y tiene en el mundo laboral, con su séquito de injusticias centradas en el trabajador, y en las clases sociales más desafortunadas de todo el planeta. La injusticia laboral también se ha generalizado, globalizado o mundializado, en una secuela lógica y subsiguiente al estallido del capitalismo neoliberal, financiero, virtual, globalizado o como se le quiera designar.*

*No había transcurrido más de tres años desde la Declaración de Desarrollo Social de Copenhague (ONU, marzo 1995), cuando la OIT, a la vista de la grave erosión determinada por el capitalismo globalizador en contra de los derechos sociales de los trabajadores, publica la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento<sup>519</sup> (adoptada por la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra, el 18 de junio de 1998)<sup>520</sup>, procediendo a la clasificación y enumeración de los cuatro principios y derechos sociales [derechos fundamentales del trabajador] reconocidos como fundamentales:*

- Libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- la abolición efectiva del trabajo infantil

---

<sup>519</sup> OIT, *Revista Internacional del Trabajo*, [en línea] 1998, vol.117 “Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/143/pdf/bol2.pdf>. [Consulta 19 julio 2009].

<sup>520</sup> OIT, “Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento”, *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 117, núm.2, 1998. Hay una edición en línea: Boletín Cinterinfor, Disponible en <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/143/pdf/bol2.pdf> [consulta 23 febrero 2008].

- la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

*La principal misión de la OIT es la defensa de la justicia social, que cuando se trata de incorporar al conjunto de relaciones que se dan en el trabajo, se descubre en el sentido de que: "(...) la justicia social exige el respeto de la dignidad de la persona humana en el ámbito laboral; idea que se traduce en la conciencia de la existencia de unos derechos socio-laborales fundamentales, inherentes al desarrollo mismo de las relaciones laborales"*<sup>521</sup>.

Son, por tanto, los derechos relacionados en la Declaración de 1998 aquellos que la OIT reconoce como derechos fundamentales en el trabajo. Cabe señalar que hay una prioridad en el tiempo de las normas internacionales de trabajo respecto a la aparición del sistema de protección de los derechos humanos, puesto que el denominado sistema de normas internacionales de trabajo (NIT en adelante), comienza al finalizar la Primera Guerra Mundial con la creación de la OIT el 11 de abril de 1919, cuyo antecedente más inmediato hay que buscar en la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901. Mientras que el final de la Segunda Guerra Mundial es el punto de arranque de la protección internacional de los derechos humanos, señaladamente en el aspecto laboral, con la publicación del Convenio de la OIT N° 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. La Asamblea General de las Naciones Unidas, por su parte, aprobó y proclamó el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que tuvo continuidad en los llamados pactos internacionales de derechos humanos (ONU 1966)<sup>522</sup>.

---

<sup>521</sup> BONET PEREZ, J., *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: la declaración de la OIT de 1998*, (Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm.5) Bilbao, Universidad Deusto, 1999, pág. 10.

<sup>522</sup> Lo que cierta doctrina entiende como Carta Internacional de Derechos Humanos viene a estar compuesta por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 más los Pactos de Nueva York o Pactos Internacionales de Derechos Humanos [integrados estos últimos por el Tratado o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 16 de febrero de 1966, aunque entraron en vigor en 1976, una decena de años después de su adopción]. Las razones para la subdivisión de los derechos humanos en derechos civiles y políticos y en derechos económicos, sociales y culturales pueden examinarse en VALTICOS, N., "Normas Internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?", *Revista Internacional del Trabajo*, [en línea] vol.117, núm.2, 1998. Disponible en: [http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour\\_review/1998\\_2/spanish/valticos\\_es.html](http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/valticos_es.html). [Consulta 2 junio 2005]

#### 14. Un intento de reconocimiento europeo de los derechos humanos laborales

---

Quizá convenga recordar, con carácter previo a la exposición de este apartado, que en 1999, la Comisión Europea publica un Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales con el título, un tanto voluntarista y anticipador, de *Afirmación de los Derechos fundamentales en la Unión Europea: ha llegado el momento de actuar*<sup>523</sup>. El Prólogo a dicho Informe hace referencia a que el debate sobre la cuestión de los derechos fundamentales en la Unión Europea comienza con el primer Foro de Política Social (marzo de 1996), seguido con la voluntad de convertir a los derechos fundamentales en un “elemento constitutivo de la Unión Europea”<sup>524</sup>. Se adelantan en dicho informe, entre otras, dos intenciones para el futuro encaje normativo de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario:

— Primera: “El reconocimiento de los derechos fundamentales debería basarse, en particular, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, el cual, a través de la jurisprudencia de sus órganos, se ha convertido en una “Bill of Rights” europea común”, y

— Segunda: “Los derechos recogidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, incluidos los que figuran en sus protocolos, deberían incorporarse íntegramente al Derecho de la Unión/Derecho comunitario, y además deberían añadirse cláusulas que precisen y completen dicho Convenio”.

*Ambas intenciones se han visto reflejadas en los Tratados de la Unión y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales [de igual valor que los Tratados, aunque con matizaciones que se expondrán en su momento].*

---

<sup>523</sup> COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales, Col. Empleo & Asuntos sociales, “Derechos fundamentales y lucha contra la discriminación”, [En línea], febrero de 1999 Disponible en: <http://sid.usal.es/docs/F8/8.4.1-520/8.4.1-520.pdf> [Consulta 3 abril 2006].

<sup>524</sup> *Ibidem*, pág. 3. Se manifiesta en el prefacio reseñado que: “El grupo [de expertos en derechos fundamentales] recibió el encargo de estudiar la situación de los derechos fundamentales en los Tratados, en particular en el nuevo Tratado de Ámsterdam, las posibles lagunas y otros aspectos jurídicos y constitucionales relacionados”.

*15. El Tratado de Lisboa y el reconocimiento e incorporación de los derechos fundamentales previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos al acervo de la Unión*

---

*Esa voluntad manifestada por la Comisión Europea en una doble dirección, de reconocimiento por una parte, y de integración por otra, de los derechos fundamentales proclamados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en el acervo comunitario, y a favor de asentar la Unión sobre una base jurídica y moral cuyo eje gira en torno a unos determinados valores y principios, ha sido cumplida, en un primer momento, por el Tratado de Lisboa que anuncia en su art. 2:*

— “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres”.

Por lo que respecta al reconocimiento e incorporación de los principios y derechos fundamentales proclamados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) al derecho comunitario, dicha voluntad se ha visto cumplida con la aprobación del Tratado de la Unión Europea<sup>525</sup> (Lisboa, 13 diciembre 2007), cuya entrada en vigor se produce el 1 de diciembre de 2009, que en su artículo 6, apartado 2, declara:

— Art.6.2 TU: “La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”,

---

<sup>525</sup> Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, modificado según lo dispuesto por el Protocolo nº 14 (STCE nº 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010. [En línea], disponible en: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf) [Consulta 13 agosto 2010], que forma parte del acervo comunitario, en virtud del Art. 6, apartado 3 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada, DOCE de 9.5.2008): “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

Mientras que el apartado 3 del reseñado art. 6, señala una integración de los derechos fundamentales del CEDH en el ordenamiento jurídico de la Unión, aunque, eso sí, rebajados a la condición de principios generales:

— Art.6.3 TU: Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

#### *16. El Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

---

*Por lo que respecta a los derechos que la Unión ha valorado como fundamentales, relacionándolos, hay que hacer mención expresa a la Carta de Niza, de 7 de diciembre de 2000, que ha sido sustituida desde el 1 de diciembre de 2009, cuando entra en vigor el Tratado de Lisboa, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (proclamada en Estrasburgo, el 12 diciembre 2007). Hay que indicar, con carácter previo y preeminente, que La Carta Europea de Derechos Fundamentales, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados según establece el mismo art. 6, apartado 1, párrafo primero del Tratado de la Unión Europea<sup>526</sup>.*

*La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión explicita, con una redacción más precisa, lo que el Tratado había adelantado en su artículo 2 como valores en los que descansa la Unión Europea, del modo que anteriormente se ha visto, y que resulta necesario retomar: “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres”. Pues bien, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión va un paso más allá de lo que el propio Tratado proclama, y da un salto, un gran salto en la construcción de la Unión, situando el centro de gravedad en los pueblos de Europa y en sus valores, en una*

---

<sup>526</sup> Art. 6, apartado 1, párrafo primero del Tratado de la Unión: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.



*muestra de indisimulado orgullo por lo que Europa ha representado y representa para la Humanidad.*

*El Preámbulo de la Carta, en su proposición segunda, define, con un laconismo y precisión que, en el fondo, son una confesión autocomplaciente de orgullo, aquello que Europa más valora de sí misma, y sobre lo que quiere alzar el nuevo edificio político, jurídico, económico y, sobre todo, espiritual y moral. Las ideas que presiden la construcción de la Unión Europea se definen en tres ámbitos: el primero, el propio de lo inmaterial, con que la Carta comienza hablando en los términos: “Consciente de su patrimonio espiritual y moral”, o lo que es lo mismo, reconociéndose Europa en su historia la riqueza de su carácter íntimo, su ingenio, su vivacidad y la búsqueda y acción orientada al bien de los pueblos, continúa la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión adentrándose en un segundo terreno, el de lo axiológico con una breve incursión en lo jurídico, presentando la declaración siguiente: “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho”.*

*Se echa de menos en la anterior manifestación una llamada a la Justicia, que aquí parece ser sustituida por el principio de conformación y organización democrática del poder, cuyo colofón es la invocación final al Estado de Derecho, invocación que asimismo queda corta, en la expresión literal. que tanto podría contribuir a hacer de Europa, de la Unión Europea, una verdadera Unión cohesionadora de los pueblos que la integran, Hay diferentes modelos de Estado de Derecho, e incluso distintas y contrarias maneras de entender al Estado y al Derecho. No se sabe, en este Preámbulo, cuál sea el Estado de Derecho hacia el que, como principio, quiere caminar Europa. Y es patente que no se sabe desde cuando la Unión se viene construyendo por los Gobiernos y de espaldas al Derecho de los más débiles, todavía más claro: desde una carencia de legitimidad democrática que ha de ser subsanada si la Unión desea adquirir carácter permanente.*

*Salvado aquel primer escaqueo con lo jurídico que significa la mención al Estado de Derecho como principio – junto al principio democrático, también interpretable en distintos y aun contrarios sentidos -, permanece un ejemplo axiológico, de construcción en valores de Europa, en el inciso final de esta proposición segunda, en la que Europa se produce de la manera siguiente: “al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”. Quizá con esta declaración pueda acercarse la construcción*

*europea a un ideal de Justicia, no más necesario que el ideal de Libertad, pero tampoco menos, con lo que la persona, el ciudadano europeo centro de su actuación – destinatario y sujeto de los valores y principios – pueda desarrollarse en plenitud moral y espiritual. ¿Es esta invocación a la persona – a sus derechos, todos – un primer paso para la construcción de una futura Europa Social...?<sup>527</sup> Probablemente pueda serlo en un futuro, donde el peso de la economía, de lo que se entiende como mercado y sus necesidades, sea justamente ponderado frente a otros principios y valores que parecen haberse olvidado: la Libertad, la Dignidad y la Justicia, sin los que ningún sistema económico, político o jurídico resulta, empleando una expresión de común uso en estos días, sostenible; esto es, permanente, firme, propio y duradero a favor del desarrollo de la persona en sociedad.*

*Finalmente, en un tercer terreno que se refiere a los fundamentos políticos y jurídicos de la Unión Europea, aparece el que podría haber sido el [frustrado] Tratado de los Valores y Principios Jurídicos Constitutivos de la Unión, y manifestado en su vera efigie de Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>528</sup> [a la que se le otorga el mismo valor jurídico que a los Tratados UE y de Funcionamiento UE, pero dejando a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, con una discutible técnica jurídica, en tercero y último lugar, lo que cabe interpretarse como señal de que la Unión se ha construido desde la Economía,*

---

<sup>527</sup> Constituye consulta necesaria el artículo de BALLESTER PASTOR, M.A, “Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa”, *Actualidad Laboral*, número 15, 2009, para comprobar el antes y el después de los derechos fundamentales en la Unión, en función del Tratado de Lisboa. Resultan interesantes, entre otros apartados, que tantas cosas clarifican, la “subordinación del Tribunal de Justicia de la Unión al control político y al acuerdo unánime de los Estados miembros” (pág.4), o lo que es lo mismo, parecida politización a la que se constata con indeseable y reprochable frecuencia en nuestro Tribunal Constitucional. tan necesario de un renacimiento en libertad. Por otra parte, sostiene agudamente la autora que: “Los derechos Humanos adquieren un rango mayor y admiten menores cortapisas políticas, pero los derechos más incómodos, por chocar más frontalmente con las libertades comunitarias o por no haber concluido su proceso de consolidación (derechos sociales) corren el riesgo de sufrir una detención permanente” (pág.4).

<sup>528</sup> Todos los caminos conducen a Roma: si en unos primeros momentos, los modelos de constitucionalismo francés y americano parecen divergentes, en los Tratados de la Unión Europea hay un tratamiento similar, pero inverso, al que se produce en el constitucionalismo americano. En América, las constituciones se integran por una declaración de derechos seguida por la definición de la estructura política del Estado (*Declaration of Rights y The Frame of Government*). La declaración de derechos, en América, forma parte de la Constitución. En comparación, en la construcción de la Unión Europea, donde se ha tratado, tal vez, de seguir un mismo o parecido procedimiento, a la postre se han trastocado los órdenes de institucionalización: los Tratados de la Unión (Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que delimitan ciertamente una singular estructura jurídica, culminan o finalizan con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con igual valor que los Tratados referidos, que debería encabezar, al modo americano de Declaration of Rights, todo el edificio jurídico y político de la Unión. Cada sociedad crea su derecho y lo entiende a su manera.

*echándose mano, finalmente, a la Carta de Niza remozada y con adquirida fuerza vinculante, como tertium genus, metamorfoseada en Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se intenta presentar como la parte básica en la Construcción de la Unión, cuando su misma posición, en tercer lugar tras los dos Tratados: el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la UE, desmiente, quizá no el valor jurídico, pero sí la jerarquía con que deben jugar los valores y principios de la Carta frente a las normas positivas contenidas en ambos Tratados de la Unión], contiene una serie de apelaciones al régimen propio de los derechos internos nacionales en su juego con el derecho comunitario (entre otros, el principio de subsidiariedad), así como unas ideas fuerza, acerca de las bases normativas y jurisdiccionales con las que, en principio, se elevan, reconociéndolos, los derechos y tradiciones que van a ser aplicados tenidos en cuenta en la conformación jurídica de la Unión (reza así el párrafo 5, que se entiende como de reconocimiento de derechos, del corpus jurídico fundamental o básico de la Unión : “La presente Carta reafirma [...] los derechos que emanan, en particular de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como e la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, al tiempo que otorga valor interpretativo vinculante, en sentido lato, a las explicaciones del Presídium de la Convención que redactó aquella, tanto para los órganos jurisdiccionales de la Unión como para los Estados miembros que han de aplicar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.*

*Una aproximación al tratamiento que la Carta Europea de Derechos Fundamentales otorga a los derechos de “contenido social”<sup>529</sup>, señaladamente el derecho a la igualdad/derecho a la no discriminación, una eficacia privilegiada: actúa en todos los ámbitos, y además, en el campo laboral, precisamente para conseguir la igualdad material o sustancial permite la utilización de las técnicas de acción positiva o afirmativa a favor de los colectivos infrarrepresentados en una determinada institución o rama laboral, con los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal de la Unión ha venido estableciendo, en aplicación, entre otras, de las Directivas*

---

<sup>529</sup> BALLESTER PASTOR, M.A, “Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa”, *Actualidad Laboral*, número 15, 2009, que por su concisión y claridad nos sirve de guía y paráfrasis, especialmente referida al “Derecho general a la no discriminación”, “que no se limita exclusivamente al ámbito laboral” (pág. 7).

*antidiscriminatorias 2000/43, 2000/78 y 2006/54. Queda, por tanto, pendiente de validar la eficacia que en el futuro pueda tener, realmente, la Carta de Derechos Fundamentales Europea, y mucho más todavía, en el aspecto laboral, donde la propia capacidad de influencia de los Gobiernos y los grupos de presión pueden, como de hecho vienen haciendo, convertir en papel mojado las más serias y solemnes declaraciones de derechos y principios que pugnen con ese modelo, desconcertante, de economía social de mercado sobre el que se pretende elevar la Unión: Economía social de mercado en la que Alemania y Francia tienen un relevante papel de equilibrio o de desestructuración, y sobre la que los rasgos sociales resultan harto difícil descubrir, máxime cuando la Unión se enfrenta en estos últimos tiempos a una presagiada desintegración económica de algunos de sus Estados miembros, cuyos efectos económicos, sociales y políticos resultan difícil de prever en estos momentos.*

#### *17. La irrupción de la globalización económica y sus efectos en los derechos humanos laborales*

---

El resultado discriminatorio en que se desenvuelven las relaciones laborales del momento presente, perjudicial e injustificado para la clase trabajadora en conjunto, visiblemente orientado y dirigido desde el poder económico y las instancias políticas de distinta clase ha llevado a iuslaboralistas como RIVAS VALLEJO<sup>530</sup> a referirse y denunciar el reciente fenómeno discriminatorio en el mundo del trabajo con la denominación, acertada, de “*ingeniería de la discriminación*”, que aparece con carácter omnipresente en las relaciones de tipo laboral – basta con dirigir una ojeada a las diferencias entre ingresos de trabajadores de uno u otro sexo, todavía persistentes en cualquier sistema laboral -, pese a todos los esfuerzos que la OIT, el Consejo de Europa e incluso el Tribunal de Justicia de la Unión, en esta última etapa, hacen por corregir el rumbo de la discriminación laboral como crimen social injustificable.

---

<sup>530</sup> RIVAS VALLEJO, Pilar; autora citada este trabajo en razón al valor de su feliz hallazgo, ideológico, iuslaboral y asimismo semántico. Véase el apartado 2.1. *La ingeniería de la discriminación* y sus respuestas legales y jurisprudenciales, en “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación”, Comunicación presentada a las Jornades sobre el Dret del Treball en el Segle XXI, Palma de Mallorca 22 y 23 de enero de 2009, [en línea], disponible en: <http://www.jornadasiuslaboralistas.org/comunicacion.php?id=9>, [Consulta: 12 febrero 2009].

La dignidad como principal atributo del ser humano es la base de partida para entender qué significa y qué importancia tiene el derecho a no sufrir discriminación: a no soportar ni pasar por mengua alguna, injustificada, en los derechos propios frente a ningún otro, sea éste persona física o jurídica de cualquier naturaleza. La discriminación sin razón de ser, como categoría de relación encuentra, a nuestro entender, y aplicándose al mundo laboral, su contrapunto en el valor dignidad. El principio y derecho a la dignidad, que se traduce en múltiples ocasiones en el principio-valor igualdad, pugna con la presencia cada días más implantada de diversos argumentos, subterfugios y condiciones - todos ellos de matriz económica – discriminatorios, lo que se muestra como una construcción ideológica visiblemente intencional y dirigida por la búsqueda del beneficio económico de unos segmentos o clases sociales en detrimento de los derechos de otras clases sociales, indefectiblemente situadas en el escalafón sociolaboral con mayores carencias sociales y de menores medios de defensa.

*Ha de reiterarse aquí que las primeras referencias a la categorización de los Derechos Humanos como objeto de promoción y protección en el Derecho Internacional deben buscarse en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH) de la ONU en 1948. Por otra parte, la presencia de la OIT es necesaria para explicar, por venir íntimamente relacionados, la actividad de promoción y protección de los Derechos Humanos mediante la publicación de los distintos Convenios que han sido ya refrendados por buen número de los Estados miembros de esta organización. Hay que señalar que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, supone una línea divisoria, ante cualquier momento histórico anterior, y una nueva marca que permite alumbrar una concepción jurídica distinta del hombre, de la persona humana, en función del valor que se le reconoce a su propia naturaleza, o lo que es lo mismo, en consideración a su dignidad.*

*Hay que remarcar la postura de la OIT, caracterizada como órgano internacional representativo de los intereses que coexisten en el mundo del trabajo, amén de “ser la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales de Trabajo (en adelante NIT) y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios*

constitucionales<sup>531</sup>, que ha perseguido acercarse a los cambios de los modelos económicos sucesivos para conseguir una mejor defensa de los derechos del trabajador; y ello con mayor o menor acierto, pero sin olvidar nunca los ideales de su Carta fundacional. Todo ello desemboca en el redescubrimiento de que el trabajo no puede despojarse de la parte, por así llamarla, personal o subjetiva, de la persona que trabaja. De la conjunción de la consideración del trabajo como actividad humana, que ha de ejercerse en el respeto a unos derechos laborales básicos o fundamentales – derechos humanos laborales -, surge la noción del trabajo digno o decente, meta última cuya consecución mueve a la OIT.

El trabajo es una actividad que desarrolla un ser humano, un ser con dignidad – lo que vale tanto como decir que con valor per se -, y de ella se deriva, precisamente, el conjunto de valores que en su doble consideración, de trabajador y de ser humano, deben ser respetados, protegidos y promocionados. Aunque la empresa no resulte, dependiendo de la sazón y el tempus político o social, el lugar más propicio para la defensa de los derechos de los trabajadores, porque los derechos de los trabajadores son lo primero que se sacrifica en nombre del progreso económico y del mercado, hecho constatable durante la reciente etapa de economía globalizadora, hay que luchar siempre en defensa de lo justo. Algunos autores, como PERRULLI<sup>532</sup> consideran que “la universalidad de la ley laboral demanda la necesidad de un gobierno global de los derechos sociales también desde un punto de vista económico, que favorezca el paso a una sociedad civil y una política global”. La idea de PERRULLI tan sugestiva en principio choca en el presente con los inconvenientes económicos, políticos, jurídicos e incluso sociales que, uno a uno, y todos en conjunto, demandan más tiempo, más prudencia y coordinación entre los implicados en ese posible gobierno global de los derechos sociales para poder llevarla a la práctica. Mas no deja de ser un camino con antecedentes firmes y seguros en el ámbito laboral que permiten augurar, a medio o largo plazo, una cierta confluencia de los ordenamientos laborales, aunque sea mediante la progresiva implantación de cláusulas sociales, sobre las que se volverá más adelante.

---

<sup>531</sup> Declaración OIT de Ginebra, 18 junio 1998 [en línea], en concreto el Considerando Sexto DUDH. Disponible en: <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--es/index.htm>. [Consulta 11 mayo 2008].

<sup>532</sup> PERRULLI, A, “Trade Liberalisation and Labour Law: the ambivalences”, *apud* BENEDEK, W, DE FEYTER, K y MARRELLA, F, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; pág. 96: “The universality of labour law recalls the need for a global governance of social rights also from an economic point of view, which favours the path towards a civil society and a global policy”. (Traducción del autor).

*PERRULLI destaca las dos ideas que se consideran de mayor relieve en función de los efectos que la economía globalizada tiene en el mundo del trabajo, y por tanto, en el derecho laboral. La primera idea a destacar es que “el proceso de globalización impone una retirada (un repliegue) general de las instituciones del Estado, acompañada por la creación de nuevas instituciones”; la segunda idea destacable del mencionado autor es que “encontramos el primer efecto de la globalización en el sistema nacional de normas laborales: la deconstrucción [anulación o destrucción] del sistema”<sup>533</sup>. En esta ocasión se ha de acudir a la consulta del diccionario, pues el significado del término deconstruir: “deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual”<sup>534</sup>, se está aplicando de forma inadecuada y contraria al sentido de las palabras, dado que los entes financieros que dirigen y controlan el modelo de economía globalizada en momento alguno han realizado un análisis creíble del sistema económico actual, pues vienen ocultando y tornando invisibles todos los derechos sociales que fundamentan el sistema económico, ocultando el valor creado por la plusvalía que crea el trabajador y obran en sentido opuesto, pues la economía de mercado mundializada vive y progresa con el sacrificio de los derechos de los trabajadores y haciendo tabla rasa, en nombre de la libertad del mercado y de la flexibilización laboral, de los escasos controles que el Estado-Nación todavía retiene en el ámbito económico, para convertir la economía mundial en una “barra libre” donde pasea, sin estorbo o freno alguno hasta ahora, el interés exclusivo del mercado, del capital. La economía de la oportunidad y lo instantáneo que galopa sobre crisis de ajuste de un sistema capitalista sin futuro, repetidas y necesariamente sufridas por las clases trabajadoras.*

#### 18. La función de los derechos humanos laborales en el futuro

---

*El papel del Estado en nuestros días, en la defensa del principio de igualdad y de no discriminación, resulta contradictorio y de escasa relevancia. El Estado actual tiene poca cosa que hacer frente a las circunstancias y condicionamientos económicos de*

---

<sup>533</sup> *Ibídem*, pág. 100: “The processes of globalisation impose a general retreat of state institutions, accompanied by the creation of new institutions (...). Más adelante, el mismo autor, declara que “la estrategia de hacer más flexible la desconstrucción de los estándares sociales, la liberalización del mercado y las inversiones directas del exterior parecen ser decisivas, pues ellas facilitan las bases normativas y materiales de una racionalidad económica global” (pág. 101); ahorramos al lector, en esta ocasión, el cotejo con el texto original en lengua inglesa, por resultar de fácil traslado a la lengua española).

<sup>534</sup> Diccionario de la RAE, 22ª edición. [En línea]. Disponible en: [http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=cultura](http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura). [Consulta 23 febrero 2010].

*ámbito mundial, a las que difícilmente puede oponerse de una forma eficaz. La seguridad en el futuro que proporcionaba hasta ayer mismo la presencia de un Estado que podía jugar un papel corrector de la injusticia social provocada o causada por el mercado; el enraizamiento social y la inclusión en el ámbito cultural y político que deparaba al ciudadano la facilidad de encontrar un medio digno - el trabajo – en su propia sociedad, cuya regulación descansaba en ciertos principios tutelados por la figura estatal, en los albores de este siglo XXI de hierro se reducen ya el sueño de un pasado irremisiblemente perdido para amplísimas capas de población. Desaparecido el papel del Estado y su función a favor de lo común, de lo público que, quiérase o no, y en mayor o menor medida, ha venido modulando en los últimos siglos el reparto de poderes, la forma de ordenar y de contener las fuerzas centrípetas y centrífugas que podrían derribar el inmenso edificio social, organizativo, cultural y de proyección temporal que es la construcción estatal moderna, surgida en el siglo XV, ni tan siquiera es ahora testimonial, quedando reducida a la gestión de lo que la economía globalizada considera inútil o poco productivo. El Estado ha muerto a manos de la última versión de la barbarie, encarnada en el capitalismo virtual, financiero, o globalizado.*

*Y con el Estado se han abatido todos los límites frente a la iniquidad que otorgaban sentido al Derecho como medio de autorregulación y equilibrio social. Con esos límites se han difuminado, asimismo, las expectativas vitales del ser humano, porque el hombre es un ser que se proyecta vitalmente en el futuro, imagina, valora, y actúa en función de un futuro que quiere mejor y más justo. Con la carencia de límites frente al poder, omnímodo todavía, de lo que se llama el mercado y sus leyes, desaparece simultáneamente todo principio de esperanza. Y se anuncia, como ley compensatoria necesaria, la aparición de las revueltas sociales.*

*Frente a las primeras avanzadillas y efectos de lo que algunos años más tarde se ha llamado economía mundializada o globalizada, economía dirigida por la oligarquía mundial financiero/bancaria, que no encuentra en los Estados actuales ni en sus élites - en muchas ocasiones integrantes de esa misma oligarquía-, la capacidad de enfrentarse al nuevo modelo económico y social que parece invadirlo y comprarlo todo, DE CASTRO CID<sup>535</sup> sentenció no hace ni una treintena de años:*

---

<sup>535</sup> DE CASTRO CID, B., "Derechos humanos y Constitución (Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española de 1978)", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 1980, (noviembre-diciembre), núm.18, pág.128. Concluye el autor aseverando que: "Pero en todo caso, lo que sí es evidente es que en la actual sociedad de masas, fuertemente industrializada y mecanizada, férreamente organizada, la libertad y la seguridad de los ciudadanos ya no podrá alcanzarse a través



“Una diferencia notable es la que se refiere al número y a la identidad de los enemigos reconocidos del hombre como ciudadano. Hoy se ha llegado a la convicción de que la dignidad y la libertad de los hombres no se ven amenazadas ya tanto por el poder absoluto del Estado, por los privilegios estamentales o por la discriminación de las organizaciones gremiales...cuanto por los poderes privados surgidos en el libre ejercicio de la libertad económica y la política, e incluso por los órganos a través de los que se ha canalizado el ejercicio de la soberanía popular”.

*De este modo se han de situar los principios y derechos laborales, entre ellos, el derecho a la igualdad, que se desenvuelve gracias al principio de prohibición de discriminación, entre dos frentes que atentan de modo claro en contra de la posición del trabajador en España y en la Europa de los comienzos de este siglo XXI. Los derechos humanos laborales se debaten, en el momento presente, entre las presiones nacidas en cada frente interno, originado por la estructura del poder y su representación política, en este caso en la sociedad española, ordenada todavía, al menos formalmente, por los residuos visibles del poder estatal que ha demostrado su tremenda fuerza antisocial al actuar en contra de los derechos laborales, económicos y también sociales de las personas y grupos más desprotegidos de la población: en síntesis, yendo en contra de la clase trabajadora de la sociedad española, uno de cuyos ejemplos más recientes de agresión laboral y social puede encontrarse, en la aprobación del Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011, llevado y alzado en volandas contra el clamor popular generalizado, gracias a la participación de diversas organizaciones que giran en el ámbito empresarial y sindical; en este último supuesto queda sobradamente en entredicho su legitimidad y representación con que, empero, actúan en contra de quienes dicen representar y defender. Un nuevo modelo de sindicalismo necesita abrirse paso para evitar unas contradicciones ontológicas que ruborizan y causan estupor incluso entre los*

---

de garantías jurídico-formales que les protejan de las intromisiones del poder estatal”. Nuestra opinión es que la principal y más dañina intrusión, ciertamente, puede ser la de un Estado que no se guíe por normas de Derecho, convirtiéndose de tal modo en una máquina realmente infernal, dada su capacidad de imponerse sobre cualquier derecho o voluntad. Pero treinta años después de que el maestro DE CASTRO se manifestara de aquel tenor, la principal preocupación para la persona en particular y para el trabajador, para la clase trabajadora, en general, que ve ignorados sus derechos por decisiones cuya fuente o motivación ni tan siquiera puede conjeturar, la única manera de defenderse frente a tal allanamiento de su dignidad y su libertad radica en volver al Estado su misión, la de servir al bien común y proteger contra la iniquidad, que no otra ha sido o debería haber sido su función a lo largo del tiempo. Producto de siglos, de necesidades que satisfacer y de razones para su existencia, el Estado no puede convertirse en el peor enemigo del ser humano que lo habita, de sus ciudadanos. El enemigo está afuera, extra y ante portam del Estado, si se permite la metáfora, mientras que no se encuentre una estructura que permita sustituirlo eficaz y útilmente en beneficio social.

*mismos integrantes de dichas organizaciones sindicales, que padecen, entre otras carencia, un acusado déficit de democracia interna en su funcionamiento.*

*El Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 ha tenido continuación con la aprobación, en sede parlamentaria, del no menos bochornoso Acuerdo sobre las Pensiones de 21 julio de 2011<sup>536</sup>, que vuelve a atacar precisamente a las capas más desfavorecidas de la población española, dejándolas en la peor tesitura económica y social, y cuyo único aspecto positivo es la visualización diáfana del modus operandi de los poderes y órganos que dicen encarnar la soberanía popular, incurriendo en graves incumplimientos de sus obligaciones, al legislar en contra de derechos humanos y laborales fundamentales, en este caso, los comprendidos en el Título I de la Constitución de 1978. Este Acuerdo sobre las Pensiones ha sido aprobado por los representantes políticos democráticamente elegidos, que han obrado en contra de los derechos básicos de sus representados más necesitados de protección: pensionistas, parados y jóvenes que todavía no han encontrado su primer trabajo. Y todo ello ha ocurrido con el beneplácito, pasmosamente incomprensible, de ciertas organizaciones de carácter sindical, las mayoritarias; hecho cuya única explicación razonable puede venir fundamentada en la peculiar naturaleza de estos sindicatos, sostenidos con fondos procedentes de la propia organización estatal, contra la que, por pura razón de supervivencia económica, no pueden ir y que han resultado merecedores de severas críticas<sup>537</sup>.*

---

<sup>536</sup> El Congreso de los Diputados dio luz verde el 21 de julio de 2011 a la Ley de Reforma de las Pensiones tras su aprobación con los votos a favor del PSOE y de CiU. En el trámite, la norma incorporó varias enmiendas de los grupos parlamentarios manteniendo, en lo esencial, lo acordado por Gobierno, sindicatos y empresarios en el Acuerdo Social y Económico firmado el pasado mes de febrero. Revista España Exterior, [En línea], 22-julio-2011. Disponible en: [http://www.espanaexterior.com/seccion/63-Actualidad\\_de\\_Espana/noticia/239463-Aprobada\\_la\\_reforma\\_de\\_las\\_pensiones\\_que\\_retrasa\\_la\\_jubilacion\\_hasta\\_los\\_67\\_anos](http://www.espanaexterior.com/seccion/63-Actualidad_de_Espana/noticia/239463-Aprobada_la_reforma_de_las_pensiones_que_retrasa_la_jubilacion_hasta_los_67_anos), [Consulta 23 julio 2011].

<sup>537</sup> Rigurosas y justificadas críticas que son compartidas por el común, un tanto perdido y perplejo, frente a actuaciones encadenadas que evocan las palabras del Capítulo I del Quijote, denunciantes, en este caso, del desafuero sindical cometido por las organizaciones de tal índole, con tristísimas resultas iuslaborales a cuenta y cargo de los trabajadores, que hacen recordar aquéllas, no menos quejumbrosas, repetidas por toda la clase obrera, en cuyo seno los más agraviados han sido jubilados y pensionistas, al comprobar lo que se ha llegado a perpetrar contra sus derechos; pues bien podría parodiarse – soslayando la hermosura – , la inmortal sentencia de Feliciano de Silva, reavivada por la obra cervantina: *la razón de la sinrazón que a mi razón se hace, de tal manera mi razón enflaquece, que con razón me quejo de la vuestra fermosura*. Razones, las sindicales pretextadas para abonar tal injusticia social y laboral, que hicieron pronunciarse contra tal tropelía, entro otros, a Julio ANGUIA, antiguo secretario general del PCE, persona nada sospechosa de sectarismo, calificando a algunos sindicatos de “apéndices del estado” y de “puras correas de transmisión del poder de unas élites políticas privilegiadas”, en los estrictos términos, difícilmente refutables, que son de ver, entre otras publicaciones, en la *Revista La República* [en línea], febrero 2011, [Consulta 30 junio 2011]. Disponible en: <http://www.larepublica.es/spip.php?article23086>, y en la *Revista Kaosenlared* [en línea], febrero 2011. Disponible en:

*Y en el otro frente, el externo a la propia organización estatal, se producen, con mayor frecuencia, los ataques a los derechos humanos laborales, cuyo origen, incierto y nebuloso, se pierde entre un entramado de grupos de presión, movidos por intereses financieros, industriales, bancarios, de información y de formación de estados de opinión, cuyas riendas son tenidas por instituciones o sociedades privadas, públicas o entreveradas de ambos matices, cuya opacidad es la principal característica común; circunstancia ventajosa que les permiten actuar con total y absoluta irresponsabilidad; aunque de hecho, tales grupos opacos conformen las decisiones económicas, políticas, culturales y de todo tipo que pautan a nuestra sociedad.*

*Frente a todo ello los derechos humanos laborales intentan ampliar su número y estructurar con justicia su clasificación, para servir, cada día más, desde la OIT y desde los Convenios Internacionales de Trabajo, como medios de defensa del trabajador en una confrontación cuyo final, dado el desequilibrio de las fuerzas en juego, se mostrará sólo en horizontes muy distintos del circundante tanto en el aspecto económico y de estructura social; modelos económicos y sociales que determinan y auguran un cambio insoslayable en las ideas base de la sociedad de corte liberal-capitalista actual; resultando dicho previsible final - porque no pueden pensarse otra cosa sin negar la propia naturaleza humana -, de triunfo de los valores humanos, de los derechos del hombre, que hacen progresar a sociedades y culturas; pero que se antojan de realización todavía más remota en el tiempo. Queda como testimonio permanente del olvido real, por contraposición a tanta declaración de principios, el espectáculo de los trabajadores de edad madura, que a partir de los 45 años, y por el simple y fundamental dato de resultar más caros para el empresario, viven en una permanente zozobra y riesgo, siempre actualizable, frente a cualquier idea empresarial de flexibilización, modernización o reestructuración de plantilla: sinónimos todos ellos de medidas adoptadas en beneficio del abaratamiento de costes salariales para el empresario.*

# **CAPÍTULO 7**

## **LA CRISIS ECONÓMICA DE 2008. ORIGEN, CAUSAS Y EFECTOS SOBRE EL TEMA ANALIZADO**



## *1 Origen de la crisis financiera: Estados Unidos*

---

*La crisis económica de 2008 tiene su epicentro en Norteamérica y se propaga por todo el mundo apoyada en dos circunstancias: la incompetencia de los dirigentes económicos y su simultánea falta de valores de tipo alguno. Incompetencia e inmoralidad del capitalismo global que ha arrasado con las capas más débiles de la sociedad y ha difuminado, hasta volverlo irreconocible, el Derecho del Trabajo, al que se intenta sustituir con sucedáneos de caracterización débil, que hallan su norte en la pretendida defensa de un denominado empleo en condiciones cada vez más alejadas de lo que sería un derecho humano laboral.*

*El Derecho del Trabajo puede quedar sólo como el vestigio, la huella de un hermoso monumento a la capacidad del ser humano, mujeres y hombres, para defender su libertad y su dignidad. Obligación de todos aquellos que miramos y sentimos a nuestros semejantes, mujeres y hombres, desde la fraternidad, y por ello nos preocupan sus ilusiones y el modo en que viven, es impedir, a todo trance, que ello pueda ocurrir. Con tal finalidad se intentan averiguar las causas que han llevado a la sociedad mundial de 2015 a un estado de inconsistencia moral y económica como no se había conocido desde principios del pasado siglo XX, que también registró la gran convulsión de 1929. Se puede hablar de crisis cíclicas del capitalismo, aunque se las rotule de diferentes modos en cada momento histórico.*

*Puede declararse, sin ambages, que la desregulación normativa de las finanzas en Estados Unidos ha constituido la condición necesaria para el fraude generalizado y, como colofón, el hundimiento financiero de las principales economías en 2008. El antecedente necesario resulta el neoliberalismo en lo económico, que rechazaba cualquier injerencia sobre los procedimientos de control y supervisión del mercado económico, porque suponía su perfecta e idílica adecuación a los intereses de la sociedad. Las Leyes de mercado parecían ser las encarnadoras de la soberanía última de la sociedad, al menos en el aspecto económico. De tal sueño se despertó la sociedad americana en 2008, habiendo hundido, previamente, a la economía mundial, con unas prácticas mercantiles propias de la usura y la estafa encadenadas en el terreno bancario y financiero. Éste podría ser el resumen sucinto de lo que ha pasado en la economía norteamericana y, por contaminación, en gran parte de economías interrelacionadas con ella, gracias a la conexión que se da como*

*fenómeno general, entre los distintos países y sistemas económicos; lo que se ha dado en llamar globalización o mundialización.*

*En Estados Unidos, respecto a la normativa reguladora del mercado norteamericano, hay que señalar que la ley GLASS-STEAGALL O BANKING ACT, de 16 de junio de 1933, promulgada por la Administración de Franklin D. ROOSEVELT, que separaba banca comercial de las entidades bancarias de inversión especulativa, fue promulgada como reacción frente a la crisis de 1929, y tuvo vigencia hasta el año 1999, cuando resultó abolida por la ley GRAMM-LEACH-BLILEY (Ley de Modernización de los Servicios Financieros de 12 de noviembre de 1999), con lo que se “liberaba” la actividad de los bancos: los bancos de inversiones – economía especulativa o financiera - podían realizar operaciones comerciales o de seguros que actuaban en la economía, por así llamarla, real. Ello permite la libérrima actuación de los agentes intermediarios o corredores financieros (brokers), individuos o empresas, que calientan, en busca del lucro obtenido por las comisiones en la contratación, el mercado de los créditos hipotecarios, aumentando su otorgamiento, mediante el engaño a los clientes, a quienes niegan u ocultan los riesgos de los créditos basura o sub-prime.*

*La actividad fraudulenta de los bancos de inversiones e intermediarios financieros tiene su continuación con la actuación, asimismo inmoral y tramposa, de los bancos hipotecarios, en busca de un lucro mayor en sus operaciones, adquiriendo los créditos de alto riesgo tramitados por los corredores hipotecarios, para venderlos en formas de instrumentos financieros derivados, y contagian en un tercer paso, el modo de operar de los bancos de inversiones, que continúan con las malas prácticas mercantiles y la falta de toda lealtad a su clientela, mediante la titulización de paquetes de contratos crediticios, que convertían la inversión del cliente en algo de rentabilidad aleatoria. La cortina de humo de este juego de ladrones se cierra con una cuarta estafa generalizada pero socialmente tolerada, cuando se crean las compañías especiales de inversiones, como compañías filiales, en cuyo balance se descarga la basura financiera, soslayando de este modo cualquier tipo de responsabilidad.*

*A las anteriores causas financiero-especulativas, desencadenantes de la crisis de 2008, hay que sumar el incremento en el precio de las materias primas y los alimentos, que han jugado como factor coadyuvante y de primer orden en la aparición de la crisis financiera mundial o global, con tan hondas repercusiones económicas y sociales visibles en todo el mundo. Si hay que fijar una fecha de*

*comienzo cronológico de esta llamada crisis financiera, tal vez la más prudente, en atención al protagonismo de las entidades financieras que protagonizaron y acapararon la atención de los medios de comunicación, podría fijarse en enero de 2008, cuando CITIGROUP, el banco más importante de Estados Unidos, y MERRILL LYNCH, el segundo banco norteamericano, comunicaron cuantiosas pérdidas que tuvieron reflejo en toda la banca mundial.*

*El hundimiento de FANNIE MAE y FREDDIE MAC, seguido por la bancarrota de LEHMAN BROTHERS, AIG, MORGAN STANLEY y otras entidades financieras americanas, europeas y japonesas convierten el mes de septiembre de 2008<sup>538</sup> en el hito que delimita el fin de una época, caracterizada por la generalización de usos bancarios puramente especulativos y sin trabas morales de tipo alguno; usos que suponen el ejemplo negativo de lo que sucede a cualquier sociedad cuando se aúnan la ambición usuraria y la carencia de un control o una supervisión adecuadas, indicio ambas maneras de actuar de un vacío ético absoluto.*

## *2. Los antecedentes de la crisis de 2008*

---

*La publicación del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>539</sup>, supone el reconocimiento, en el ámbito económico español, de una realidad a la que diversos autores designan como crisis*

---

<sup>538</sup> La literatura sobre la llamada crisis financiera es vasta y atractiva, dado el esoterismo que para el común suele envolver la actividad de los que tienen el dinero, y por tanto, el verdadero poder. Sobre la crisis se han pronunciado autores provenientes de distintos ámbitos del conocimiento, predominantemente economistas, juristas o sociólogos; pero también filósofos y psicólogos, que se han asomado con diferente ánimo al fenómeno de la crisis económica global, tratando de explicarlo y hacerlo inteligible. Sin ánimo exhaustivo, puede consultarse: DE LA DEHESA, G., *La primera gran crisis financiera del siglo XXI: orígenes, detonantes, efectos, respuestas y remedios*, Madrid, Alianza, 2009; MONEREO PÉREZ, J.L y SANCHEZ MONTOYA, J.E (Dir.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, Comares, 2010. Entre los autores extranjeros, TARASSIOUK, A: "La crisis actual: un análisis marxista". *Revista Ola Financiera* [en línea], enero-abril 2010, núm.5. Disponible en: [http://www.olafinanciera.unam.mx/new\\_web/05/pdfs/Tarassiouk-OlaFin-5.pdf](http://www.olafinanciera.unam.mx/new_web/05/pdfs/Tarassiouk-OlaFin-5.pdf). [Consulta 7 julio 2010]. FERRARI, C: "Tiempos de incertidumbre. Causas y consecuencias de la crisis mundial", *Revista de Economía Institucional* [en línea], segundo semestre 2008. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/419/41901903.pdf>. [Consulta 3 febrero 2012] También resulta interesante: GUAMÁN, A. e ILLUECA, H., *El huracán neoliberal: una reforma laboral contra el Trabajo*. [en línea], 2012. Disponible en: <http://www.ceps.es/images/pdf/huracanneoliberal.pdf>. [Consulta 12 abril 2012]. Por último, y sin afán exhaustivo, puede consultarse: TORRES; J., y GARZÓN, A., *La crisis de las hipotecas basura ¿Por qué se cayó todo y no se ha hundido nada?* Madrid, Ediciones Sequitur, 2010.

<sup>539</sup> BOE núm. 36, de 11 febrero 2012.



*financiera, virtual, o global<sup>540</sup>, entre otras denominaciones que intentan definir el fenómeno cuya eclosión parece haber tenido efecto, con carácter general, en 2008, y que ha supuesto el quebranto de varias economías europeas, entre otras, las de Grecia, Italia, Portugal o la misma España.*

*Las causas de la crisis, según una opinión generalizada, tienen origen norteamericano, que ha de descubrirse en la insolvencia de los préstamos hipotecarios denominados “sub-prime”, cuyo impago se tornó corriente por los prestatarios de menor poder económico, lo que provocó primeramente un efecto de caída de las entidades y bancos hipotecarios y financieros más importantes de Estados Unidos seguido del derrumbe de otras entidades bancarias y crediticias de la llamada economía real, por contaminación de los títulos y activos financieros que se pusieron en circulación de manera fraudulenta por las entidades financieras norteamericanas, pero con un ámbito mucho más amplio, mundial.*

*Para algunos autores, como BARCELATA CHÁVEZ<sup>541</sup>: “tan sólo en julio de 2007, los procedimientos de embargo contra personas que no podían pagar sus hipotecas alcanzó la cantidad de 180.000, dos veces más que en el año anterior”. Hay que añadir que este impago se vio o fue forzado por la Reserva Federal de Estados Unidos, que había venido manteniendo unas tasas de interés muy bajas para estos tipos de préstamos, que en un momento determinado experimentaron una subida que los prestatarios de las hipotecas no pudieron honrar, dado que la cantidad que suponía el incremento del precio añadido por intereses de la hipoteca desbordó las previsiones y posibilidad de afrontar la deuda por quienes habían comprado el inmueble o casa familiar. Ésta podría constituir una primera hipótesis de la explicación, de carácter tan común y extendido, que resulta de difícil sostenimiento a poco que se analice lo que parece ser que sucedió de verdad, puesto que cargar la responsabilidad del derrumbe de la economía de Estados Unidos en 2008 - con afectaciones en otras zonas de economía similares -, sobre las espaldas de los*

---

<sup>540</sup> Así denominada, entre otros, por ERMIDA URIARTE, O., “La crisis financiera global y el Derecho del Trabajo”, *Blog de Derecho y Actualidad de la Facultad de Derecho*, [en línea], noviembre de 2010. Disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rlll/contenido/licenciatura/documentos/002.pdf>. [Consulta 16 octubre 2011]

<sup>541</sup> BARCELATA CHÁVEZ, H: “La crisis financiera en Estados Unidos”, *Contribuciones a la Economía* [en línea], abril 2010. Disponible en: <http://www.eumed.net/ce/2010a/hbc.htm>. . [Consulta 20 noviembre 2011]. Manifiesta el autor: “Entre diciembre de 2006 y diciembre de 2007, el precio de las casas cayó en un 25% y dio inicio a la “crisis inmobiliaria” preparando el escenario para la crisis financiera de 2008”.

*hipotecados americanos con menor poder económico, resulta un expediente tan socorrido como injusto y mendaz.*

*Hay otros autores, cómplices y encubridores en lo que, sin exagerar, puede denominarse como un juego de enormes estafadores financieros. Ello impone la obligación, ante la crisis de 2008, de recurrir a otros argumentos y datos que ayuden a explicar lo que ha sucedido y está ocurriendo ahora mismo a la economía financiera de matriz neoliberal. DE LA DEHESA<sup>542</sup> hace referencia a las siete "fricciones" o conflictos de interés, que según ASHCRAFT y SHUERMANN<sup>543</sup> existen en el proceso de titulación de las hipotecas basura o subprime, causantes, aunque no en solitario, de la crisis financiera actual. Puede entenderse el término titulación como el cambio de papel por liquidez. TORRES LÓPEZ y GARZÓN ESPINOSA<sup>544</sup> lo definen en los siguientes términos: "De ahí nació el mercado de derivados dedicado a institucionalizar nuevas formas de crear dinero, de entre las cuales destaca el fenómeno de la "titulación" ("securitization" en inglés). Este es un proceso que permite convertir en activos líquidos los títulos que no lo son. En realidad consiste en crear productos originados unos de otros y que se van difundiendo como inversiones que son rentables simplemente por la demanda especulativa que hay detrás de ellas. Son los llamados "productos derivados", cuyo valor deriva de otros anteriores, llamados "subyacentes"; como llanamente exponen los autores citados. A modo de*

---

<sup>542</sup> DE LA DEHESA, G., *La primera gran crisis financiera del siglo XXI: orígenes, detonantes, efectos, respuestas y remedios*, Madrid, Alianza Editorial, 2009 (1ª reimp.), págs. 169-173. DE LA DEHESA refleja, resumiendo a ASHCRAFT y SCHUERMANN, los siguientes conflictos de intereses en el proceso de titulación de las hipotecas basura. Primer conflicto de intereses, el que se da entre el prestamista y el prestatario de la hipoteca. Segundo conflicto, entre el prestamista de la hipoteca y el emisor (el prestamista sabe acerca de la solvencia del prestatario; no ocurre lo mismo en el emisor, que no sabe lo que está asumiendo. Tercer conflicto, entre el emisor que titula (transforma y disfraza) la hipoteca, y los terceros que las compran, engañados a medias o completamente: eufemismo que se utiliza tras la alocución de problema de información asimétrica o de selección adversa. Cuarto conflicto de intereses, entre el gestor del fondo (pool) de hipotecas y el tomador de la hipoteca que representa un riesgo moral, es decir, que le da lo mismo honrar o no la hipoteca, puesto que en el peor caso, sólo responderá con la vivienda, mientras que el gestor responde subsidiariamente del impago. Quinta "fricción" o conflicto de intereses: entre el gestor y las terceras partes. Sexto conflicto entre el gestor de los activos y el inversor final, que carece de toda la información que le resultaría precisa, habiendo de acudir a las agencias de rating – que no siempre aciertan en sus valoraciones -. Finalmente, se da un conflicto de intereses entre los inversores y las agencias de rating;

<sup>543</sup> ASHCRAFT, A.B. y SHUERMAN, T., "Understanding securitization of subprime mortgage credit, Federal Reserve Bank of New York", Staff Report, núm. 318, marzo, 2008.

<sup>544</sup> TORRES LÓPEZ J., y GARZÓN ESPINOSA, A., *La crisis de las hipotecas basura ¿Por qué se cayó todo y no se ha hundido nada?* [En línea]. Disponible en: [http://www.lan-harremanak.ehu.es/p231-content/es/contenidos/informacion/rll\\_redes/es\\_redes/adjuntos/Crisis\\_Hipotecas\\_Basura.pdf](http://www.lan-harremanak.ehu.es/p231-content/es/contenidos/informacion/rll_redes/es_redes/adjuntos/Crisis_Hipotecas_Basura.pdf). [Consulta 15 mayo 2012]. (pág. 56).

*ejemplo, la titulación se da cuando alguna entidad bancaria o financiera vende un contrato de hipoteca a otra entidad, y recibe dinero a cambio.*

### *3. Causas de la crisis económica: codicia, irresponsabilidad e incompetencia*

---

*No existe hoy unanimidad en la doctrina estudiada a la hora de encontrar o atribuir a una sola causa el origen de la crisis financiera – cuya fecha de inicio, para algunos autores, se cifra en 2007, y para otros, coincidiendo con el hundimiento de la empresa LEHMAN BROTHERS, en 2008 -. Resulta interesante, para fijar la cronología próxima de la crisis financiera en el territorio donde ha tenido su origen o epicentro – los Estados Unidos –, cotejar los datos cronológicos ofrecidos por BARCELATA<sup>545</sup>, aunque este autor fundamente la causa de la crisis en un único acontecimiento, cual fue la falta de pago de los préstamos hipotecarios de miles de personas, que tenían otorgados créditos de riesgo o subprime, lo que conduce a pensar que precisamente las capas más desfavorecidas de la población fueron los culpables primeros, cuando el papel desempeñado por los vendedores de estampitas con sello de legitimidad, agencias de calificación, agentes intermediarios (brokers), bancos financieros e incluso la FED (Reserva Federal de América), no hicieron absolutamente nada, salvo eliminar los obstáculos que se interponían en aquel juego de personas tan codiciosas como incompetentes, fruto o resultados, en palabras del autor reseñado, “(...) de las políticas públicas aplicadas por el gobierno de Estados Unidos en los últimos años, estableciendo un marco institucional que pone en riesgo el funcionamiento ordenado de su economía y de la economía mundial en el largo plazo”.*

*Hay una idea en BARCELATA que merece debatirse, puesto que su autor hace recaer las causas de la crisis, exclusivamente, en la falta de pago de los préstamos hipotecarios de miles de ciudadanos que contrataron hipotecas de alto riesgo. Cabe añadir que aquellas personas se encontraron encerradas en una verdadera trampa mercantil, promovida o consentida por el afán de lucro y la falta de controles sobre las instituciones financieras y todos los intervinientes en el círculo infernal de la concesión de hipotecas de alto riesgo, que obtuvieron pingües beneficios, sin que sonara ninguna señal de alarma ante prácticas tan indeseables como usurarias en el fondo y la forma. El desencadenante de la crisis hipotecaria no fue sólo el impago de*

---

<sup>545</sup> BARCELATA, H., “La crisis financiera en Estados Unidos”, *Revista Contribuciones a la economía* [en línea], abril de 2010 (pág. 1). Disponible en: <http://www.eumed.net/ce/2010a/hbc.htm>. [consulta 10 junio 2010].

los créditos por los titulares de los préstamos, también el alza de los precios del petróleo y las variaciones de las tasas de interés que el mismo Gobierno de Estados Unidos estableció intentando corregir lo que era ya una inflación descontrolada, a finales de 2005.

KEATING<sup>546</sup> define certeramente la práctica conocida como crédito subprime, al distinguir en 2008 los primeros avisos de la colosal crisis financiera que se avecinaba y se desarrollaría en los años posteriores en todo el mundo:

“La crisis ha alcanzado proporciones peligrosas. Comenzó con la explosión de la burbuja inmobiliaria estadounidense en 2005 tras un largo período de incesante incremento de los precios de las viviendas. Por aquel entonces, el número de familias que podía pagar una hipoteca había aumentado. Los prestamistas habían empezado a llevar a cabo una práctica llamada crédito ‘subprime’, que consistía en hacer préstamos a gente que normalmente no podría acceder a una hipoteca para una casa por existir mayor riesgo de impago. Las hipotecas ‘subprime’ comenzaban con un bajo interés los primeros años para luego elevarse drásticamente. En muchas ocasiones, a los prestatarios no se les explicaban todos los riesgos y se les decía que podrían refinanciar la hipoteca en unos años para mantener las tasas de interés bajas”.

*Integrantes de la crisis financiera, a partes proporcionales, fueron la codicia, la irresponsabilidad y la incompetencia de todos los actores intervinientes en tan inmensa estafa, unos por pasiva y otros por activa, que despertó ecos desastrosos en las sociedades y países integrantes de lo que se da en llamar economía global. La codicia, la irresponsabilidad e incompetencia fueron los ingredientes que convirtieron en productos “tóxicos” a las hipotecas de alto riesgo, toxicidad que se contagió al sistema financiero mundial. La hipoteca de alto riesgo o subprime es enjuiciada por el mismo KEATING con severos términos, al asimilar a las hipotecas subprime como “trampa desde un principio, que suponía un enriquecimiento injusto a costa de las clases menos favorecidas. Quienes ganaron realmente fueron los agentes inmobiliarios y las entidades financieras”<sup>547</sup>. Se sorprendió la buena fe de una parte de la población, la de menores recursos económicos e intelectuales, que no sabía qué cosa estaba contratando, movida por la ilusión de disponer de una casa donde vivir, en multitud de casos, por primera vez en sus vidas. KEATING amplía, por contraste con BARCELATA, las causas de la crisis de 2008, ponderando el*

---

<sup>546</sup> KEATING, Dave, “La crisis económica de 2008 explicada”. *Café Babel, Revista Europea* [en línea], 7 octubre 2008. Disponible en: <http://www.cafebabel.es/articulo/26634/explicacion-tesis-economica-hipoteca-petroleo.html>. [Consulta: 8 julio 2010].

<sup>547</sup> KEATING, “La crisis económica de 2008...”, op. cit., pág. 43.

*papel que tuvo el incremento de los precios del petróleo y por su efecto, de las materias primas<sup>548</sup>, en la gran crisis financiera última.*

*Para otros autores, como FERRARI<sup>549</sup>, las causas desencadenantes de la crisis vienen establecidas por un incremento simultáneo de cuatro grandes factores que se pueden tomar como básicos a la hora de examinar un momento económico decisivo o punto de inflexión, en el sentido de que puede cambiar en adelante una trayectoria o tendencia económica, política o social. Este autor reitera, al analizar la naturaleza y causas de la crisis, el componente monetario como decisivo en la política financiera que conduce a la crisis que la “crisis no es sólo financiera. Está ligada a decisiones monetarias que afectaron primero al sector real. Los efectos pasaron al sector financiero descontrolado, desreglado, y perjudicaron al sector real, y así sucesivamente”<sup>550</sup>. Sintetiza el autor cuatro grandes causas desencadenantes de la crisis: el aumento de los precios de los alimentos; el aumento de los precios de los combustibles; el aumento de los precios de los metales y, por último, el aumento de las tasas de interés.*

*Así, FERRARI<sup>551</sup> explica cómo se produce la crisis financiera mediante argumentos sencillos y claros que, en última instancia, se pueden reducir a la presencia de una actividad de estafa continuada, aliada con la incompetencia y la lenidad o corrupción de las instituciones y personas intervinientes en la crisis, que creyeron todos, uno a uno o en conjunto, que el afán de lucro podría sustituir eficazmente a la veracidad en las transacciones mercantiles. Se vendió humo.*

---

<sup>548</sup> Ídem, en el apartado “El Bum de las materias primas provoca la caída”: “La crisis de las hipotecas ‘subprime’ y de crédito no son los únicos factores en la mala situación económica de 2008. Los precios del petróleo están en su récord máximo, provocado por las cada vez mayores necesidades energéticas de las economías emergentes de China e India. Esto ha afectado de forma dramática a los consumidores de Norteamérica y Europa de dos formas. Obligados a pagar precios mucho más elevados por la gasolina y la calefacción, los costes incrementados han hecho que los precios de la comida aumentaran también dramáticamente, puesto que es necesario el petróleo para producirla y transportarla. La comida es ahora mucho más cara en el mundo desarrollado de lo que lo ha sido durante los disturbios por su causa en algunos casos.”.

<sup>549</sup> FERRARI, César, “Tiempos de incertidumbre. Causas y consecuencias de la crisis mundial”, *Revista de Economía Institucional*, [en línea], vol. 10, núm. 19, segundo trimestre 2008. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/419/41901903.pdf>. . [Consulta 7 de enero de 2010]

<sup>550</sup> *Ibidem*, pág. 47.

<sup>551</sup> *Ibidem*, pág. 57: “Entre tanto, las hipotecas se vendían a bancos más grandes, que creaban derivados financieros que vendían a otros bancos, que a su vez los empaquetaban en otros derivados y los volvían a vender. Así, se difundieron por todo el mundo. Las calificadoras de riesgo, contratadas por esos mismos bancos, certificaban su seguridad. No existía regulación sobre los derivados, los bancos de inversión que los generaban, ni las calificadoras que los certificaban”.

*FERRARI cita, entre otros desencadenantes, “la información asimétrica, la manipulación de la información; la no regulación – carencia de regulación – de los bancos de inversiones ni de sus productos; y por último, la falta, nuevamente, de regulación y control de las empresas calificadoras del riesgo”<sup>552</sup>. Esa falta de ordenamiento, de sometimiento de las conductas sociales a unos principios jurídicos o, como mínimo, morales – la idea de valores que debe estar presente en la actividad humana volcada hacia el otro por contraposición a la carencia de ética en los comportamientos sociales – es la causa matriz de la gran crisis. Más adelante se podrá examinar cómo los llamamientos a la carencia de valores también tienen su lugar para razonar y comprender el concatenamiento causal que ha desembocado en la gran crisis financiera, social y laboral de nuestro mundo más cercano, el occidental.*

*Una conclusión sensata, a tenor de los fundamentos examinados, puede llevar a la declaración de que el origen de la crisis financiera ha sido una colosal estafa mercantil, consentida por toda la sociedad movida por un desmesurado afán de ganancia. Grandiosa estafa, territorialmente circunscrita, ab initio, a Estados Unidos; pero que, por causa de la interconexión de todos los sistemas económicos, se ha convertido en una crisis mundial o global. Crisis de valores y económica que ha tenido efectos generales, asimismo, en las modificaciones de los sistemas jurídicos laborales no susceptibles de singularizarse en tal o cual estado o nación. La inseguridad, el retroceso en las condiciones y garantías de la actividad laboral que hasta ahora tenía, más o menos, la clase trabajadora, se han expandido negativamente y con carácter general a todo el ámbito laboral sometido a la economía global, pese al meritorio papel desempeñado por la OIT.*

*4. Causas de la extensión (contagio) de la crisis financiera al ámbito económico mundial o globalización de la crisis. La titulización de los hipotecas sub prime como fraude financiero*

---

*Como segunda cuestión, queda saber cómo esa falta de pago generalizada de las hipotecas sub prime norteamericanas, ayudada también por el incremento de los precios del petróleo y de las materias primas, se extiende a la corriente crediticia mundial, al mercado financiero global. De manera sucinta se puede adelantar que consistió en vender contratos fraudulentos disimulados o envueltos en apariencias*

---

<sup>552</sup> *Ibidem* pág. 62

*engañosas, mediante la maniobra financiera de la titulización – esto es, falseando y mintiendo sobre la mercancía que se vendía -, auxiliándose de la complicidad de los agentes privados y amparándose tales estafas en la eliminación de los filtros gubernativos que se habían puesto, a raíz de la bancarrota del 1929, a la actuación de la banca especulativa en Norteamérica.*

*CALATAYUD<sup>553</sup>, da cuenta, clara y concisamente, del montaje fraudulento que se amaga tras la denominada titulización de las hipotecas subprime:*

"Antes de la titulización de hipotecas subprime: Cuando una entidad de hipotecas subprime concede una hipoteca, se la apunta en su balance, lo que significa que se lleva los beneficios... pero también asume el riesgo del impago, y debe dejar una cantidad de dinero en concepto de reservas, y ambas cosas (riesgo y reservas) limitan el número de hipotecas subprime que estas entidades pueden conceder (...) Para reducir riesgo asumido y reservas necesarias, y así poder seguir dando más hipotecas, lo que han hecho las entidades de hipotecas subprime es traspasar a otros las hipotecas, de forma que quien la compra es quien pasa a llevarse los beneficios y a asumir los riesgos... mientras que la entidad de hipotecas subprime se queda con las comisiones y cierra la operación con beneficios y ya sin riesgos, y está en disposición de dar otra nueva hipoteca subprime. Estos paquetes de titulizaciones de hipotecas subprime fueron comprados en un primer nivel por hedge Funds (fondo de inversión libre o de alto riesgo), y a su vez hubieron fondos de renta fija y planes de pensiones que compraron participaciones de estos hedge funds, formando un segundo nivel; y hubieron fondos que entraron a un tercer nivel, pues compraron los fondos que habían entrado en los hedge funds... y así, poco a poco, el producto se dispersó y en vez de haber una entidad que asumía el riesgo, cada hipoteca subprime tenía virtualmente millones de pequeños partícipes que ni sabían que su plan de pensiones o su fondo de ahorro conservador incluía también una pequeñísima parte de "una hipoteca de 240.000 euros concedida a una pareja de mileuristas con contrato temporal para que se compren una casa de 250.000 euros". Cuando se producen los primeros impagos, se da junto a una crisis de liquidez una crisis de confianza, (...) que lleva a (...) que el impacto total a nivel mundial ha sido 10 veces, o 20 veces, o 50 veces mayor que el total de deuda impagada en hipotecas subprime. Porque lo que hemos tenido no ha sido el resultado de una serie de impagos de hipotecas subprime, que sería algo muy irrelevante teniendo en cuenta la importantísima dispersión de los mismos, sino una vuelta a la cordura".

*Es decir, las entidades financieras norteamericanas se convirtieron durante un tiempo en empresas vendedoras de humo, con plena conciencia, voluntad y conocimiento de lo que hacían, movidas por un enfermizo afán de lucro que*

---

<sup>553</sup> CALATAYUD, F., en su artículo, publicado el 10 septiembre 2007, "Titulización de hipotecas subprime y crisis subprime". (En línea), Disponible en <http://www.rankia.com/blog/fernand2/364235-titulizacion-hipotecas-subprime-crisis> [Consulta 10 febrero 2008], expone y desentraña concisa y claramente el fraude escondido bajo tal denominación.

*solamente encuentra explicación en un mundo financiero caracterizado por su anomia, por la desviación en su comportamiento causada por la total falta de valores*

*KEATING<sup>554</sup> define gráficamente cómo se produce el trasvase de productos “tóxicos” a la corriente comercial mundial:*

“Pero en 2005-2006 llegó la hora de pagar el pato. Las tasas de interés de las hipotecas ‘subprime’ se dispararon y muchos de los nuevos propietarios no podían pagarlas o refinanciarlas. La crisis tendría que haberse quedado en los propietarios de viviendas estadounidenses pero, desafortunadamente, tanto los bancos como los prestamistas de estos asuntos habían traspasado la deuda a los inversores. Los activos de la deuda se repartieron y se vendieron a otros inversores y a bancos de todo el mundo en complicados paquetes financieros que poca gente parecía entender del todo. Durante 2007, casi un 1,3 millones de viviendas estadounidenses fueron sujeto de actividades financieras, un 79% más que en 2006. Cundió el pánico: nadie parecía tener ninguna idea de quién era el dueño de estas deudas ‘inútiles’, extendidas por todo el sistema financiero mundial. De repente, los bancos ya no estaban dispuestos a hacer más préstamos, lo que resultó en una crisis de crédito o credit crunch; es decir, un período en el que hay poca liquidez (dinero en efectivo) en el sistema porque nadie está prestando. Las pérdidas empezaron a acumularse. En julio de 2008, los bancos y las principales instituciones financieras de todo el mundo anunciaron pérdidas de alrededor de 435.000 millones de dólares”.

*Y ello ocurre de modo que el sistema financiero mundial, a causa de tales prácticas reprobables, colindantes con la falsedad y la estafa continuadas, se convierte, a juicio de BARCELATA, en un “sistema de riesgo mundial”<sup>555</sup>.*

*Hay dos ideas en BARCELATA que cabe debatir: la primera que hace recaer las causas de la crisis, exclusivamente, en la falta de pago de los préstamos hipotecarios de miles de ciudadanos que contrataron hipotecas de alto riesgo, unas veces porque fraudulentamente no estaban dispuestos a pagarlas, y otras porque se encontraron con una verdadera trampa en el silencio y complicidad de las instituciones financieras y todos los intervinientes en el círculo infernal de la*

---

<sup>554</sup> KEATING, Dave, “La crisis económica de 2008 explicada”. *Café Babel, Revista Europea* [en línea], 7 octubre 2008. Disponible en: <http://www.cafebabel.es/article/26634/explicacion-tesis-economica-hipoteca-petroleo.html>. [Consulta: 8 julio 2010]. Parte titulada: “Con el dinero de los demás...se acabó la fiesta”.

<sup>555</sup> BARCELATA, H., “La crisis financiera en Estados Unidos”, op. cit. en el apartado “CONCLUSIONES”: “El sistema financiero mundial se ha convertido en un enorme riesgo para el mundo; porque es un sistema globalizado que opera sin restricciones internacionales: los mercados son mundiales, pero las autoridades monetarias son nacionales y ninguna de ellas tiene el poder para regular las operaciones financieras mundiales y las internacionales existentes, como el Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial, no tienen capacidad para actuar como tales”.



*concesión de hipotecas de alto riesgo, que obtuvieron pingües beneficios, sin que sonara ninguna señal de alarma ante prácticas tan indeseables como usurarias en el fondo y la forma. Se sorprendió la buena fe de una parte de la población – la de menos recursos económicos e intelectuales - que no sabía qué estaba contratando, movida por la ilusión de poder contar con una casa donde vivir, en muchos casos, por primera vez en su vida. Como segunda cuestión, queda saber cómo esa falta de pago se extiende a la corriente crediticia: de una forma sencilla, vendiendo basura envuelta en apariencia engañosa, auxiliándose de los agentes privados, y amparándose tales práctica en la eliminación de los filtros que se habían puesto, a raíz de la bancarrota del 1929, a la actuación de la banca especulativa.*

*ANCHUELO Y GARCÍA<sup>556</sup> proporcionan una explicación sintética sobre el fenómeno de la crisis financiera, que fijan mediante un escalado argumentativo tan simple como inteligible. Vienen a decir ambos autores que las causas de la crisis financiera (2008) tienen su aparición “al haberse emitido una gran cantidad de activos financieros o papeles con promesas de pago futuros, cuyo valor dependía del pago de las hipotecas. Al no afrontarse el pago de las hipotecas, el valor de esos activos financieros se derrumbó, arrastrando en su caída la de los bancos que tenían o eran dueños de esos activos...”. En cuarto y último lugar, señalan los mencionados autores que el derrumbe de la economía financiera conllevó el hundimiento de la economía real – primero se hundieron las empresas de nuevas tecnología, y después sobrevino la “burbuja” inmobiliaria.*

*En su análisis ANCHUELO y GARCÍA<sup>557</sup> establecen la hipótesis de que las hipotecas subprime se cargaban con un tipo de interés más alto; los bancos esperaban que los precios de la vivienda seguirían aumentando, pero no sólo no sucedió aquella previsión, sino que, al darse una subida tan alta de los tipos de interés –en el verano del 2007 la Reserva Federal Americana (en adelante FED), subió el tipo de interés lo que comenzó a encarecer el precio de las hipotecas de la vivienda y por su efecto, la caída de los precios, al no haber compradores, puesto que los mal llamados clientes ninjas<sup>558</sup> fueron a de devolver las llaves de las viviendas cuyo pago no podían*

---

<sup>556</sup> ANCHUELO, A., y GARCÍA, M.A., *La economía edificada sobre arena: causas y soluciones de la crisis económica*, Madrid, ESIC Editorial, 2009, pág. 16 y ss.

<sup>557</sup> Ídem.

<sup>558</sup> ABADÍA, L., “La Crisis Ninja, No income, no Job, no Assets”, *Revista Microeconomía* [en línea], octubre de 2008. Disponible en: <http://microeconomia.org/guillermopereyra/2008/10/08/la-crisis-ninja-no-income-no-job-no-assets/>. [Consulta 7 marzo 2011]. Así define el Prof. Abadía a los clientes de las hipotecas basura, clientes ninja: como personas sin ingresos, sin trabajo y sin propiedades, que fueron la víctima propiciatoria de la estafa bancaria y financiera más grande vista hasta el presente.

*afrontar, dejando sin liquidez a los bancos de inversión, con lo que las bolsas se hundieron como un Titanic símbolo de la codicia, la corrupción y la estafa consentida y generalizada por el sistema económico neoliberal, lo que hizo aparecer la noticia de que “Greenspan, el Presidente de la Reserva Federal admitió el 23 octubre de 2008, ante la Cámara de Representantes que la ideología del mercado libre y en contra de las regulaciones estatales tenía fallos”<sup>559</sup>. Se recurre al cómodo expediente de atribuirle la responsabilidad a una ideología que de por sí resulta indefendible, pero que no habría llevado a la ruina de la economía mundial sin la falta de principios morales de los responsables gestores, políticos, banqueros y financieros que alentaron y permitieron tales prácticas de estafa en su propio beneficio, movidos por un afán de lucro y codicia ilimitados.*

##### *5. Interpretación marxista de la crisis económica de 2008*

---

*TARASSIOUK<sup>560</sup> define, desde un punto de vista marxista, como iguales y extraordinarias tanto la crisis financiera actual como a la producida en 1929, al venir ambas determinadas por un cambio en el desarrollo del capitalismo: “se trata de una crisis de instituciones, mecanismos y formas en que están organizadas las relaciones dominantes de producción. La recuperación después de estas crisis son más largas ya que requieren no solo creación de las condiciones para un nuevo ciclo de acumulación, sino, también, un cambio de paradigma en la organización de la reproducción del capital”.*

*Destaca TARASSIOUK<sup>561</sup> cuatro aspectos en el análisis de la crisis financiera global, cuales son: en primer lugar el nuevo papel del sector financiero y del capital ficticio. En segundo lugar la aparición de instrumentos que permitan la expansión del mercado mediante nuevos instrumentos financieros, los llamados derivados. En tercer lugar las relaciones comerciales entre Estados Unidos y China, que determina la “arquitectura” del comercio internacional, produciendo tanto en Estados Unidos como en China una situación de sobreproducción y sobreacumulación, con un bombeo de papel moneda norteamericano hacia la economía mundial, parejo al*

---

<sup>559</sup> *Revista Burbuja, Foro de Economía.* [En línea], 23 octubre 2008. Disponible en: <http://www.burbuja.info/inmobiliaria/burbuja-inmobiliaria/84330-tesis-revelo-a-greenspan-falla-ideologia-capitalista.html> [Consulta 27 mayo 2009].

<sup>560</sup> TARASSIOUK, A: “La crisis actual: un análisis marxista”. *Revista Ola Financiera* [en línea], enero-abril 2010, núm.5. Disponible en: [http://www.olafinanciera.unam.mx/new\\_web/05/pdfs/Tarassiouk-OlaFin-5.pdf](http://www.olafinanciera.unam.mx/new_web/05/pdfs/Tarassiouk-OlaFin-5.pdf),(págs. 57-58) [Consulta 7 julio 2010 ]

<sup>561</sup> *Ibíd.*, págs. 53-54:

*crecimiento de su deuda interna y del déficit de su balanza comercial. En último y cuarto lugar señala TARASSIOUK los efectos del capital financiero sobre la economía real, produciendo una ampliación de la producción; todos ellos factores que a su juicio, pueden explicar la naturaleza y causa de la crisis, destacando el relevante papel que en el desencadenamiento de la crisis tuvo “la formación e la enorme burbuja inmobiliaria, cuyo desplome se ha convertido en el detonador de la actual crisis global”<sup>562</sup>.*

*Tras analizar los sistemas de regulación del mercado en el sistema de producción actual, TARASSIOUK asegura que a partir de Bretton Woods (1971), el desarrollo económico se fundamenta en el capital financiero-especulativo, proclamando que “la crisis de 2008 se convirtió, entre otros aspectos, en un crack que reveló la falta de los cambios en la institucionalidad que se formó a partir de 1971, y esto es lo que explica su excepcional profundidad y amplitud”<sup>563</sup>. Falta de cambios en la institucionalidad por encima de los nombres con que quiera designarse al sustrato cultural.*

*Por su parte, TICKTIN<sup>564</sup> considera el momento actual como una “declinación del capitalismo”, al tiempo que expone la idea principal de su argumentación, manifestando que las leyes del mercado han caído y que la selección natural socioeconómica está siendo ridiculizada; de ahí que el autor considere que la clase capitalista ve el peligro de una revolución. Argumenta TICKTIN que la crisis vigente tiene naturaleza sistémica, es una crisis del sistema en la que han desaparecido las formas anteriores de estabilidad económica y política, cuyo epílogo es la figura del Estado benefactor. Estado que ha implosionado a causa de la aparición del capital financiero, capital no productivo ni ubicable, y que opera sin sujeción a límites alguno. El sistema se sirve a modo de pantalla de la ley de mercado, que es puesta fuera de lugar por el mismo mercado (que actúa únicamente en beneficio de la clase dominante), y acudiendo – en contradicción flagrante con uno de los muchos postulados del neoliberalismo de consumo doméstico – al Estado como garante último de las ganancias de las oligarquía financieras y bancarias.*

---

<sup>562</sup> *Ibidem*, pág. 53

<sup>563</sup> TARASSIOUK, A: “La crisis actual: un análisis marxista”, op. cit. págs. 58 y ss.

<sup>564</sup> TICKTIN, Hillel: “La Gran Depresión del Siglo XXI”. *Revista Estrategia Internacional* [en línea], núm. 25 diciembre 2008 – enero 2009. Disponible en: [http://www.ft-ci.org/IMG/pdf/05\\_la\\_gran\\_depresion.pdf](http://www.ft-ci.org/IMG/pdf/05_la_gran_depresion.pdf). (pág. 120 y ss). [Consulta 6 mayo 2009].

*Empero, cabe remarcar el acierto en el hallazgo de las contradicciones del sistema capitalista de producción, visibles en lo que se produce y lo que necesita la sociedad<sup>565</sup>. Una de las conclusiones interesantes de TICKTIN viene dada por la caracterización de la crisis como una ruptura del equilibrio entre clases; atribuyendo la rotura de tal equilibrio al crecimiento del capital excedente registrado en los países capitalistas desde los años 70 del pasado siglo hasta el momento presente.*

*Una argumentación útil para aclarar el momento económico y la naturaleza de la crisis que se viene padeciendo se pueden encontrar en la definición que el autor elabora sobre el capital financiero, que asimila a capital abstracto o especulador. El Capital es abstraído de sus condiciones y localidad y por lo tanto, es automáticamente global, a diferencia del capital industrial, que está confinado a una localidad o a una cierta cantidad de localidades. Alega TICKTIN que “la especulación y la caída del precio de las “commodities”<sup>566</sup>, incluyendo el petróleo en particular, fue el preludio de la debacle. El capital financiero se volcó en derivados y en los diferentes tipos de paquetes de préstamos<sup>567</sup>. Así, el antecedente más cercano a la gran crisis financiera actual puede, sin demasiado error, encontrarse en la caída del precio de los carburantes y de las materias primas de los años setenta. El capital busca nuevos territorios donde agilizar, volver todavía más cortos, los tiempos de ganancia, de retorno<sup>568</sup>.*

---

<sup>565</sup> *Ibidem*, pág. 123: “El capitalismo no ha alcanzado todavía un límite. Porque hay una brecha cada vez más grande entre lo que la humanidad necesita y lo que realmente se produce tanto en calidad como en cantidad (...) El período de transición actual, entre el capitalismo y el socialismo, se ha caracterizado por una violenta supresión de la clase ascendente, la clase trabajadora, aunque hubo concesiones, en el Estado benefactor, apoyada por la socialdemocracia (...)”.

<sup>566</sup> *COMMODITIES* (mercancías): el concepto lo facilita el mismo autor, como procedente de la doctrina económica: productos existentes en todas partes, en gran cantidad, sin diferenciación del lugar donde se encuentren, en sus cualidades o características: trigo, soja, oro, plata, petróleo.

<sup>567</sup> *TICKTIN*, Hillel., “La Gran Depresión del Siglo XXI”, *op.cit.* pág. 126

<sup>568</sup> *Ibidem*, pág. 129: “En la década de 1970, como ya se mencionó, el capital financiero volvió a su rol anterior, reemplazando al capital industrial como el sector dominante del capital. La teoría del monetarismo fue su política económica mientras el llamado “neoliberalismo” fue su estrategia político-económica. Este fue un vuelco deliberado con el objetivo de contener a la clase obrera, que estaba exigiendo más control sobre la producción, salarios más altos y mejores condiciones. El crecimiento industrial empezó a decaer, el desempleo aumentó, el gobierno se encontró con déficit fiscal, y por lo tanto redujo el Estado benefactor y otros gastos públicos. Los niveles de desempleo se escondían poniendo a los desocupados crónicos en otras categorías. Por ejemplo, en el Reino Unido, reciben beneficios por invalidez, los mayores de 50 años reciben pensiones y los jóvenes continúan en planes de capacitación. La realidad es que la cantidad de personas económicamente inactivas aumentó de casi un 1% en 1970 a cifras que oscilaban entre 10 y 20%, dependiendo de los años a los que nos refiramos.

## 6. Interpretación axiológica de la crisis económica: la falta de ética, causa primera de la crisis

---

No resulta posible atribuir, en líneas generales, la aparición de una crisis tan fiera como la que se está padeciendo a la actuación irresponsable de unos ciudadanos pobres norteamericanos que al contratar hipotecas que no pudieron pagar, han hundido la economía mundial; tal argumento incurre en la inexactitud, por simple y falso. Algunos autores aportan sugerentes argumentos para explicar las causas de la crisis financiera, que se pueden resumir en que “nos encontramos ante una crisis ética que se manifiesta en una crisis de dirección (management). Todo falló porque los fundamentos antropológicos y éticos de esa conducta eran incorrectos” (ARGANDOÑA<sup>569</sup>).

La crisis económica de 2008 – se ha visto que los antecedentes próximos podrían buscarse ya en 2006, mientras que los más remotos han de encontrarse en las grandes crisis de las materias primas, señaladamente el petróleo, en los setenta del pasado siglo–, ha sido provocada tanto por factores objetivos como por otros elementos subjetivos, derivados de la conducta de las personas responsables, en uno u otro grado, del mercado financiero. Los elementos objetivos determinantes de la crisis financiera han resultado ser la carencia de regulación y control de las entidades hipotecarias, financieras y bancarias americanas, llegándose a la abolición de la normativa que podría vetar o imposibilitar el comportamiento codicioso desenfrenado, o desde el lado pasivo, la falta de iniciativa gubernativa para legislar o regular la conducta de riesgo moral<sup>570</sup>, que fue un componente en la forma de producirse de las instituciones financieras, aunada a una legislación antirregulatoria que en Estados Unidos permitió que “los bancos de inversión – que habían sido compañías de responsabilidad ilimitada (private partnerships), pasaran a ser de responsabilidad limitada (public corporation)”<sup>571</sup>.

Los factores subjetivos han de buscarse en la creencia generalizada en aquellos días – finales de siglo pasado y principios de éste – de que todo podía hacerse, todo era permisible, mientras que el resultado final fuere un incremento de riqueza o

---

<sup>569</sup> ARGANDOÑA, A., “La dimensión ética de la crisis financiera”, en COSTAS, A., (Coord.), *La crisis de 2008: de la economía a la política y más allá*, Almería, Cajamar, 2010. Col. Mediterráneo Económico, págs. 183-198.

<sup>570</sup> El riesgo moral puede definirse como la conducta o las decisiones de una persona que se toman sabiendo que ella misma no va a sufrir las consecuencias de sus actos.

<sup>571</sup> ARGANDOÑA, A., “La dimensión ética de la crisis financiera”...op. cit. pág. 186.

*poder, con la condena social extendida contra el fracaso o el fracasado. Un resumen escueto de la situación: la honradez desapareció del tráfico mercantil y financiero a favor de la obtención de lucro. Ley de la jungla en estado original, que explica un pavoroso hecho, cual es el retroceso de civilización y cultura en sociedades que se tienen por modernas. El saldo de esa corrupción generalizada se tiene a la vista en el derrumbe de la economía, que ha arrasado con las capas más desprotegidas de la población, retrotrayendo los beneficios sociales de los necesitados a cuarenta o más años atrás, como ha sucedido y sucede en una economía de capitalismo global, sin sujeción a responsabilidad ni norma de tipo alguno, jurídica o ética.*

*Defiende ARGANDOÑA que la crisis financiera ha sido provocada por la codicia y que ha habido una creación de condiciones para permitir que los beneficios obtenidos fueran mayores, gracias a la especulación y el apalancamiento<sup>572</sup>. Pero este comportamiento codicioso, como elemento subjetivo, sólo puede producirse en un entorno social profundamente corrompido por la especulación, el afán de enriquecimiento rápido sin cortapisa moral o ética de tipo alguno<sup>573</sup>. En esta carencia de límite moral o ético para la especulación capitalista, puede cifrarse una de las características objetivas del neoliberalismo globalizador o mundializado.*

*Neoliberalismo que se presenta disfrazado, en relación al Derecho del Trabajo, con la necesaria niebla ideológica, cuya función se manifiesta, según MARTIN VALVERDE<sup>574</sup> “difuminando o dificultando la apreciación de la situación de desigualdad consagrada mediante la opción política tomada por las clases dominantes (...). Niebla ideológica que forma dúo con la otra función, de control social, del Derecho del Trabajo; funciones ambas, de control social y de enmascaramiento de la realidad, suficientes y necesarias para asentar las bases ideológicas contra los derechos laborales de todo ser humano, contra los derechos humanos laborales<sup>575</sup>; aunque no sólo contra estos derechos, mas también los*

---

<sup>572</sup> *Ibíd*em, pág.187, donde el autor establece la naturaleza de la corrupción financiera como una mezcla de avaricia e incompetencia

<sup>573</sup> *Ibíd*em.: “una crisis financiera se evita no sólo por las conductas adecuadas de todos los agentes, sino también por la calidad y eficiencia de sus mecanismos de regulación, supervisión, información y control”, pág. 192.

<sup>574</sup> Vid. el concepto de niebla ideológica en MARTIN VALVERDE, A., *apud* GUAMÁN, A. e ILLUECA, H: *El huracán neoliberal: una reforma laboral contra el Trabajo.*, Madrid, Ed. Sequitur, 2012, pág 14. Hay versión en línea: disponible en: <http://www.ceps.es/images/pdf/huracanneoliberal.pdf>. [Consulta 12 abril 2012:

<sup>575</sup> Capítulo 6, apartado 1 de esta investigación: “Los derechos humanos laborales. Origen y significado”, donde CANESSA MONTEJO afirma “La consolidación del término [derechos humanos laborales] se produjo con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su

*derechos sociales, culturales, políticos y todos aquellos derechos que han contribuido, respaldados por el Estado, a la consecución de un mínimo de seguridad, de certeza frente a los riesgos de la vida, y al mantenimiento de unas condiciones laborales dignas para los trabajadores.*

### *7. Capitalismo globalizador y derechos humanos: contradicción radical*

---

*Resulta de difícil admisión la hipótesis que permite ensalzar o cohonestar la presencia de un capitalismo globalizador en coexistencia con sociedades donde se lleve a la práctica un verdadero respeto a los derechos humanos. Ambos fenómenos son incompatibles de raíz, puesto que el neoliberalismo ha hecho y está haciendo tabla rasa de todos los derechos del hombre conquistados en las dos últimas centurias: el capitalismo es la negación de los derechos humanos, y cuando el capitalismo neoliberal incide, sin valladar normativo alguno, sobre el mundo laboral, supone, como se puede apreciar en la legislación española más reciente, la aniquilación de principios laborales básicos: seguridad, reciprocidad, protección, perfeccionamiento y servicio a la sociedad en general.*

*Las paredes maestras que sustentaban, aun con esfuerzo, el entendimiento del Derecho del Trabajo y su función tradicionalmente admitida como derecho tuitivo de las relaciones que se dan entre empresa y trabajador, generalmente establecido en favor o garantía de los derechos del trabajador, tenido como la parte más débil del contrato de trabajo, se han venido abajo a raíz de la invasión bárbara de los efectos de la corrupción política, bancaria y financiera en el mundo económico y, por derivación y ampliación, en su reflejo, negativo a todas luces, en el ámbito laboral.*

*Todo lo que se ha expuesto en los capítulos antecedentes acerca de la configuración del derecho laboral a la no discriminación como un derecho amparado en el principio de igualdad, sustentado a su vez por la concepción occidental de la organización del Estado como sujeto de Derecho que vela por la consecución de aquel principio igualitario, así como por la efectiva implantación de sus ideas fundamentales en el aspecto laboral, ha quedado sólo como memoria de una ilusión*

---

Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", en donde se hace uso reiterado de la expresión "derechos humanos laborales" (labor human rights) para referirse a los derechos laborales que gozan los trabajadores por su condición de tal con independencia de su nacionalidad. Con el pronunciamiento de la Corte Interamericana se fusionan los derechos laborales con los derechos humanos en una categoría específica: los derechos humanos laborales".

*incumplida. La crisis económica de 2008 ha barrido con todos los disfraces que podía aún mantener el sistema de mercado capitalista, y ha discriminado fundamentalmente a las clases más necesitadas, con lo que la discriminación del trabajador mayor resulta sólo, en estos momentos, otra muestra más, junto al paro, de que la noción de Estado, de Derecho, de Justicia y del Derecho al y del Trabajo sólo parecen, ahora mismo, palabras que esconden una realidad más profunda y descarnada: quien manda es el dinero, dicho así, a lo llano; y cuando la Banca manda sin freno alguno, desaparece todo rudimento de derecho. Ha fallado el Estado como contrapoder al poder del mercado, y de ello sólo se deriva el entorno que puede observarse: un retroceso político, cultural y, por tanto, social que ha llevado a Europa a situaciones previas al estallido de la Segunda Guerra Mundial, con una Alemania que intenta conseguir vía capital lo que no pudo con las armas.*

*El abuso de la codicia y la falta de control sobre los operadores económicos que los gobiernos de EEUU mantuvieron como idea principal para conseguir un efectivo desarrollo económico, de base capitalista – basado en el movimiento del capital, más que en la creación de riqueza real –, conduce ya en 2007 a vislumbrar los primeros signos de un corrimiento moral, económico y político, hacia el destructivo territorio del no derecho en las relaciones sociales y laborales, que en pocos años, fruto de la similitud e interconexión entre los sistemas económicos occidentales, se ha trasladado a Europa, hundiendo de facto a varios Estados – Portugal, Grecia, España, Italia e Irlanda – con la ayuda no desinteresada de la Alemania que señorea a la Unión Europea, entre otros ámbitos, en el bancario y financiero.*

*El derrumbe de los derechos y principios del Trabajo, que han sido proclamados tanto por la OIT<sup>576</sup> como por la Sociedad de Naciones y que todavía figuraban como frontispicio de los llamados Estados de Derecho modelo occidental, produce en el año 2008, el desplome como un castillo de naipes del mercado financiero americano, donde previamente se habían suprimido las instituciones de control y supervisión de las inmobiliarias, las agencias crediticias, los bancos hipotecarios, y la aseguradoras: todos estos agentes habían hecho de su capa un sayo en pos de un lucro sin límites de tipo alguno: la falta de normativa, de regulación que en sociedad siempre pretende o debe pretender la protección del más débil frente al poderoso, convierte a la economía de Estados Unidos en la selva, la jungla*

---

<sup>576</sup> EGGER Philippe y SENGENBERGER Werner, “Problemas y políticas del trabajo decente”, OIT, *Boletín Cinterfor*, núm. 151.2001. Disponible en: [http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion\\_tem/trab\\_decente/problema\\_politica\\_TrabDct.pdf](http://intranet.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_tem/trab_decente/problema_politica_TrabDct.pdf). [Consulta 8 julio 2011]



*económica, por efecto, precisamente, de los principios neoliberales en el ámbito económico.*

*Por efecto del tsunami neoliberal en lo político y globalizador en lo económico, se ha regresado a la búsqueda del amparo protector de lo público, del Estado como factor de introducción de razonabilidad en lo que se ha convertido en un patio de Monipodio global. Los Estados, esto es, el poder público – los ciudadanos – han tenido que responsabilizarse y hacer frente al expolio y fraude cometido por unos beneficiarios cuya responsabilidad personal se ha diluido tras el nombre de sus corporaciones, hundidas o arruinadas, con las que no han compartido igual suerte. Un juego de personajes tan incompetentes como taimados y carentes de principios es lo que ha posibilitado el desmoronamiento de esta última, por ahora, forma de economía capitalista. La globalización ha terminado desmentida por la propia necesidad de recurrir a lo público para mantener en funcionamiento un mercado económico, una de cuyas premisas principales era la desaparición de lo público en el mercado, al que se le otorgaba unas facultades de autorregulación tan proclamadas con fervor por la fe neoliberal como desmentidas por los tozudos hechos de la necesidad de un mínimo componente de justicia, de responsabilidad, de verdad en las relaciones entre seres humanos, para evitar el fraude neoliberal en lo político y globalizador en lo económico que se ha mostrado sólo como un fraude de dimensiones mundiales.*

*Sobre la crisis económica global o mundial que se padece en la mayor parte de las poblaciones de los países de economía de mercado, se pueden adoptar los puntos de vista que cada uno considere más adecuados, en función de los intereses que pretenda defender o de las argumentaciones que emplee para contrastar el fenómeno y sus consecuencias en la vida de millones de personas que están siendo perjudicadas. Hay, sin embargo, un rasgo fundamental en la llamada crisis financiera o de la economía globalizada: que ha servido para provocar un retroceso en el nivel de vida medio de los ciudadanos de clases medias y humildes, y que en Europa, en concreto, se ha llevado por delante, como una riada, los rudimentos del Estado de Bienestar que algunas naciones del sur de Europa, fundamentalmente las de economía menos industrializada, habían venido levantando en las tres últimas décadas. Casos paradigmáticos pueden ser los de Grecia, Portugal, España e Italia. Las medidas que se han tomado desde la Unión Europea para salvar los principios e intereses del capitalismo alemán y francés han llegado a la suplantación, en el caso*

*italiano, del principio democrático, con la imposición de un Gobierno surgido de los intereses del capital y no de la voluntad del pueblo.*

### *8. La globalización arrasa España*

---

*En el caso de España, el más cercano y conocido, va de suyo el certificar por pura constatación económica que la clase media camina hacia su desaparición, con un incremento de los ciudadanos excluidos, al quedarse sin trabajo, de cualquier atisbo de promoción o beneficio social, mientras que una minoría se está apropiando cada vez con mayor crudeza y descaro de la riqueza que no le pertenece. Caso paradigmático es la continua inyección de capitales a una banca y cajas de ahorro puestas en manos y dirigidas por personas que han unido a la codicia sin límites una incompetencia igualmente infinita y una capacidad para el saqueo de cuello blanco difícilmente parangonable con ninguna otra nación de nuestro entorno.*

*Las noticias que se han hecho públicas, día sí y día también, acerca de las indemnizaciones que a sí mismos se regalan los directivos de empresas públicas, bancos en la UVI<sup>577</sup> y cajas de ahorro convertidas en vergonzosos nidos de piratas, contrastan, terriblemente, con el goteo de suicidios que protagonizan personas, seres humanos, de las capas más humildes de la población, desesperadas y sin amparo alguno, y con todo el poder de los medios de comunicación intentando que tal hecho trascienda a la opinión pública en su menor grado, para defender el sistema. Mientras tanto, los poderes del Estado no sirven para nada, no hacen nada, no buscan responsabilidades ni las hacen efectivas. Este primer dato, la anomía como conducta generalmente admitida, y la irresponsabilidad extendida en todos los ámbitos de la sociedad, son dos de las grandes realidades que está dejando al descubierto el fenómeno de la crisis financiera, con los aditamentos que sean menester para caracterizar debidamente a lo que está sucediendo en España en estos primeros tres lustros del siglo XXI. Seguir el reguero de dinero público*

---

<sup>577</sup> En algunos medios de comunicación se ha definido así a la comisión rectora del Fondo para la Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), dependiente del Banco de España. Véase la noticia disponible [en línea]: <http://epoca1.valenciaplaza.com/ver/1413>, de 26.3.2010, con el titular: La 'UVI' bancaria se pone en marcha: el Banco de España aprueba las primeras fusiones de cajas de ahorros :La comisión rectora del Fondo para la Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) aprobó ayer las dos primeras fusiones de las cajas catalanas, la de Caixa Manlleu, Sabadell y Terrasa, y la de Caixa Catalunya, Manresa y Tarragona, así como la integración de Caja Duero y Caja España [Consulta 3 de abril de 2014].

*regalado por el FROB<sup>578</sup> a la economía privada, ha constituido una escandalosa muestra de los males que aquejan a la sociedad y la economía española.*

*Admitido este primer esbozo, en el que se ha intentado evidenciar el hecho de la falta de valores que parece generalizada en nuestra sociedad, y la nula capacidad del Estado para afrontar las conductas que, por venir derivadas del libre juego de eso que se entiende como ley del mercado, han comportado hasta ahora la impunidad para los autores de conductas que fácilmente podrían ser incursas dentro de los tipos de la estafa, falsedad, prevaricación, abuso de poder, etc. Pero el Estado, lo que queda de organización estatal, carece de medios e instrumentos para afrontar ese tipo de comportamientos, y su actuación no va más allá de poner dinero o fondos públicos para remendar el robo cometido por particulares a esos mismos fondos públicos y a las personas que han confiado en las instituciones que, en principio, habrían tenido que regular la actuación de Bancos, Cajas de Ahorro, etc.*

*El Banco de España, en sus arcangélicas beatitud e incompetencia, ha mostrado cumplidamente lo que en lenguaje marxista se viene definiendo como ejemplo de lucha de clases: se tolera que las entidades hipotecarias desalojen de sus casas a las familias más pobres y las priven de un mínimo reducto vital donde las personas puedan preservar su intimidad y su dignidad. Los desahucios en 2012 han superado las cuatrocientas mil viviendas, esto es, más de cuatrocientas mil personas puestas en la calle por la usura bancaria unida al abuso de poder. Mientras se regalan miles de millones de euros a los componentes de algunos clubs de mal llamados “ingenieros financieros” curiosamente pertenecientes todos a la clase capitalista en la que pese a todo el descrédito con que se quiere denostar o invalidar la argumentación y el discurso marxista, personas de tan notoria y señalada*

---

<sup>578</sup> Acrónimo/siglas que corresponden al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. De consulta ilustrativa sobre la disposición de más de 50.000 millones de euros en favor, fundamentalmente, de Cajas de Ahorro. Puede descubrirse con algo de vergüenza ajena, un desglose de las cantidades percibidas y en su inmensa mayoría no devueltas por los responsables, todavía “indemnes”, de las tropelías que cometieron, en la página: [https://es.wikipedia.org/wiki/Fondo\\_de\\_reestructuraci%C3%B3n\\_ordenada\\_bancaria](https://es.wikipedia.org/wiki/Fondo_de_reestructuraci%C3%B3n_ordenada_bancaria) [Consulta 6 junio 2015] Por otra parte, puede consultarse a José Antonio bellod redondo: ¿Cuánto cuesta el rescate bancario?: una estimación provisional, disponible en la página web: <https://ideas.repec.org/a/erv/contri/y2013i2013-013.html>, donde el autor afirma: “Según nuestras estimaciones los recursos inyectados ascienden a día de hoy a más de 126.000 millones de euros (11’9% del PIB), de los cuales más de 41.000 millones son irrecuperables. La venta de bancos a precios simbólicos ha sido una operación muy gravosa por la cual se han perdido 13.548 millones de euros. Aparte habría que computar los recursos procedentes del Banco Central Europeo (BCE), más de 340.000 millones de euros”. Mientras tanto, los responsables de semejantes latrocinios continúan compaginando las apariciones en los telediarios, con muestras de una desfachatez impensable en cualquier otro país europeo.

*importancia, como WARREN BUFFET<sup>579</sup>, sí que reconocen y creen en la lucha de clases (a su favor, por supuesto), aunque se encuentren social e ideológicamente situados en las antípodas del pensamiento de MARX, que torna a demostrar su utilidad y plena actualidad en temas de análisis económico y, por tanto, laboral.*

*El campo económico actual es donde se puede dirimir la pervivencia o no del Derecho del Trabajo, como medio de defensa de la parte más débil dentro de un sistema de producción que sigue siendo capitalista. Derecho del Trabajo cuya extinción se pretende por la clase social dominante, unas veces de modo sibilino, y otras con técnicas menos encubiertas, en función del territorio, la cultura y el sistema económico y político donde se intenta esa erradicación o difuminación. En esta tesitura económica y laboral, los nacionalismos emergentes aparecen como el más rancio y mejor método de desviación de conflictos en contra de los intereses de la clase trabajadora.*

#### *9. Efectos de la crisis financiera para el Derecho del Trabajo*

---

*Se ha examinado anteriormente el origen y las motivaciones de la crisis global. Ahora se tratará de examinar los efectos que la crisis económica haya producido en el Derecho del Trabajo o pueda producir en un futuro. No se puede soslayar la relación que siempre se ha dado entre la Economía y el Derecho del Trabajo, con los cambios que en éste se han producido sincrónicamente con las transformaciones de los distintos modos de producción, aunque bien es cierto que la noción de Derecho del Trabajo se ha de predicar sólo a la regulación de la atribución de plusvalías en el modo de producción capitalista. Así, alguna doctrina conceptúa al Derecho del Trabajo como un derecho de la distribución, al tiempo que defiende la conexión íntima entre aquel Derecho y la Economía: SINZHEIMER<sup>580</sup> mantiene que hay*

---

<sup>579</sup> Javier del Arco, *Revista de Filosofía de la Ciencia y la tecnología*. Blog de Epistemología de Tendencias 21. Artículo de 13 de octubre de 2013: "Reflexiones sobre una frase terrible: "Hay una guerra de clases y la estamos ganando los ricos"(Warren Buffet). [En línea]. Disponible en:

[http://www.tendencias21.net/biofilosofia/Reflexiones-sobre-una-frase-terrible-Hay-una-guerra-de-clases-y-la-estamos-ganando-los-ricos-Warren-Buffett\\_a66.html](http://www.tendencias21.net/biofilosofia/Reflexiones-sobre-una-frase-terrible-Hay-una-guerra-de-clases-y-la-estamos-ganando-los-ricos-Warren-Buffett_a66.html). [Consulta 10 de marzo 2014].

<sup>580</sup> SINZHEIMER, Hugo, *El perfeccionamiento del Derecho del trabajo* (1922), en "Crisis económica y Derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del trabajo", trad. esp., Madrid 1984, pág. 64, *apud* ERMIDA, Oscar: "La crisis financiera global y el derecho del Trabajo". Blog de Derecho y Actualidad de la Facultad de Derecho [en línea], octubre 2011. Disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rll/contenido/licenciatura/documentos/002.pdf> . [Consulta 2 abril 2012].

*una relación estructural entre Economía y Derecho Laboral, de carácter inevitable, dado que:*

“corresponde al Derecho del Trabajo determinar la forma en que se dispone de los instrumentos y del producto del trabajo Y siendo el laboral “un Derecho de la distribución el cumplimiento de esa función se vuelve más difícil y ríspida en períodos de dificultades económicas, porque si bien no es verdad que inevitablemente la torta deba crecer primero para recién después ser repartida, sí es cierto que la escasez complica y “conflictiviza” la distribución. Por tanto, la emergencia o el simple anuncio de la posibilidad de una crisis económica, produce efectos negativos sobre las relaciones de trabajo. Y ello porque, por un lado, se verifican efectos real o potencialmente negativos y por otro lado, algunos sectores empresariales caen en la tentación de aprovechar la circunstancia para deshacerse de personal o disminuir beneficios de los trabajadores”.

*Si el Derecho del Trabajo es un derecho de distribución, nunca el sistema jurídico laboral ha conseguido su objetivo de lograr un cierto equilibrio en la distribución de los beneficios que produce la empresa. Nunca la fuerza equiparadora o coonestadora de intereses, entre partes contrapuestas de esa ideal balanza de brazos económicos y jurídicos, ha quedado tan en entredicho como a raíz de esta grave crisis económica, que ha probado mediante su análisis, dos acontecimientos palmarios:*

*El primer acontecimiento resulta ser el predominio absoluto, y sin barrera jurídica, política, moral ni ética, de las “leyes” económicas sobre los comportamientos políticos actuales en las sociedades de corte neoliberal o de economía de mercado: sin obstáculos frente a la barbarie capitalista se ha producido el sometimiento pleno del Estado, es decir, el sacrificio de la organización pública, a los intereses privados, gracias a la economía neoliberal globalizada.*

*Los valores y principios<sup>581</sup> jurídicos, políticos, morales y éticos<sup>582</sup> que se consideraban el fundamento de la llamada cultura occidental, con su gran creación,*

---

<sup>581</sup> La Constitución de 1978 en su Artículo Primero, organiza la configuración de España como Estado Social y Democrático de Derecho, asentado sobre unos valores superiores de su ordenamiento jurídico, cuales son: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Sobre la diferencia, en su aplicación jurídica, entre Principios y Valores de un ordenamiento jurídico, con independencia a primera vista, del rango de la norma que contenga tales principios o valores, aunque la sede propia de la distinción viene a ser generalmente la Norma Fundamental, la Constitución respectiva, puede consultarse, entre otros: PECES BARBA, G., Los valores superiores, Madrid, Ed. Tecnos, 1986, quien establece una distinción de otros conceptos afines – en su apartado 3, pág 34,refiriéndose a los principios, donde argumenta la mayor amplitud conceptual del término valor, del modo siguiente: “Conviene matizar ya, desde ahora, que los “valores superiores” tienen un contenido conceptual que no se agota en su perspectiva normativa, sino que excede de la misma y hunde sus raíces en el campo de la moralidad”. Entiende PECES BARBA a los valores como el todo, y a los principios como una parte del todo, en el que quedan englobados (pág. 38, in fine).

*el Estado de Bienestar que nace de facto al final de la II Guerra Mundial (1945), se han puesto en tela de juicio y de hecho han sido aniquilados con la mera invocación a unas supuestas leyes de mercado, el Gran Poder Ignoto e Irresponsable, a cuyo servicio se han sacrificado vidas y haciendas de millones de personas, casualmente todas ellas pertenecientes a las clases más humildes. Al mismo tiempo un segmento ínfimo de la población se ha repartido y posee unas ganancias y riqueza astronómicas.*

*La segunda cuestión es la anulación y suplantación de los valores y principios sociales y democráticos que hasta el presente guiaban la acción política, al menos teóricamente destinada al bien social y al progreso de la sociedad en general, que en aras a salvar el mercado económico, los intereses de los poderosos, ha despojado de sus derechos a la mayoría de los ciudadanos, de un modo tan fiero y grosero, que sus efectos pueden distinguirse y contarse por los millones de trabajadores en paro, nuevo ejército de reserva, necesario para una nueva fase de ajuste del capital, en su avatar de capitalismo financiero o global, y de los miles de personas que han muerto de hambre, como resultado de unas economías depredadoras del ser humano.*

*Hay que destacar la distinción que establece ERMIDA<sup>583</sup> entre los efectos reales de la crisis económica sobre el Derecho del Trabajo, y lo que han sido únicamente excusas aprovechadas por empresario y financieros para aumentar sus ganancias, mediante los despidos masivos de trabajadores. BAYLOS GRAU<sup>584</sup> denuncia esa manera de proceder empresarial, situándola, certeramente, “entre el fraude y la desvergüenza”, como anticipa el título de su reseña, al tratarse de despidos carentes*

---

<sup>582</sup> Se puede aventurar un esbozo de diferenciación entre moral y ética – este segundo término tan degradado por el mal uso que se la ha proporcionado en los últimos lustros por una clase política, al menos en territorio hispano, que parece escandalosamente instalada en el Patio de Monipodio, sin excepción ideológica alguna.- Podría tal vez argumentarse que lo moral es lo acostumbrado por la sociedad, mientras que lo ético depende, en cada momento, del modo de producción económico. Tal vez fuera más sencillo y llano hablar de honradez y decoro en el comportamiento de las personas, que de eso, precisamente, es de lo que ha carecido el modo de obrar de la clase dominante en España.

<sup>583</sup> ERMIDA, Oscar: “La crisis financiera global y el derecho del Trabajo”. *Blog de Derecho y Actualidad de la Facultad de Derecho* [en línea], octubre 2011. Disponible en: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rll/contenido/licenciatura/documentos/002.pdf>. (pág.3). [Consulta 2 abril 2012].

<sup>584</sup> BAYLOS GRAU, A: “Crisis y despidos: entre el fraude y la desvergüenza”, *Nueva Tribuna* [En línea], 28 enero 2009. Disponible en: <http://www.nuevatribuna.es/opinion/antonio-baylos/crisis-y-despidos-entre-el-fraude-y-la-desvergenza/20090128055653040333.html>. [Consulta 28 abril 2010]

*de causa o justificación económica que, en el fondo, resultan contrarios tanto a normas elementales de gestión empresarial como a los derechos del trabajador:*

”Se están repitiendo varios patrones de conducta que implican la elusión consciente de la regulación jurídica de las crisis laborales en las que se respeten de manera coherente tanto la estabilidad económica de las empresas como los derechos de los trabajadores”.

*Actitud que, sin embargo, se ve apoyada de facto y disculpada en los supuestos ideológicos de un neoliberalismo salvaje, también en lo laboral<sup>585</sup>. Si se vuelve a los argumentos de ERMIDA<sup>586</sup>, y ante la función dual que éste atribuye al Derecho del Trabajo en situación de crisis, resulta evidente que, al menos hasta hoy, el Derecho laboral se ha decantado por la protección de los intereses del mercado – del empresario – disminuyendo de forma visiblemente injusta y arbitraria los derechos de los trabajadores, desplazando la carga o el coste de la crisis a la parte más débil de la sociedad: los trabajadores.*

#### *10. Efectos de la crisis económica en España*

---

BAYLOS GRAU<sup>587</sup> destaca uno de los efectos más visibles de la crisis financiera en el mundo laboral: “El proceso de destrucción de puestos de trabajo que se ha puesto en marcha en España a partir del desplome del andamiaje financiero que sostenía la economía mundial ha sido extremadamente rápido y extenso. A toda velocidad caminamos hacia los tres millones de parados”. El reproche a tales conductas antijurídicas resulta apropiado y exacto: “Despreciando las técnicas que el ordenamiento jurídico español prevé para amortiguar los efectos de la crisis sobre

---

<sup>585</sup> Merece la pena destacarse el argumento de BAYLOS GRAU, por su concisión y claridad: “Se trata de prácticas fraudulentas posibles porque la implantación sindical en estos sectores es débil y porque no existe ningún control público de las decisiones empresariales extintivas de carácter individual al formar parte del ámbito protegido de la “flexibilidad” del despido que está permitiendo, de hecho, la descausalización del mismo y su plena libertad de ejercicio para los empresarios, dotados, como un agente 007 en el mercado laboral, de licencia para despedir. En estos casos, el poder público debería saber que mediante tales prácticas los empresarios se desprenden de trabajadores con una cierta calificación, descapitalizando sus propios proyectos empresariales sobre la base de mantener intangible la lógica de sus beneficios, a costa de desplazar al gasto público la obligación de proteger socialmente a estos cada vez mayores contingentes”.

<sup>586</sup> ERMIDA, Oscar., “La crisis financiera global y el derecho del Trabajo”, op. cit. págs. 3-4

<sup>587</sup> BAYLOS GRAU, A: “Crisis y despidos: entre el fraude y la desvergüenza”. *Nueva Tribuna* [En línea], 28 enero 2009. Disponible en: <http://www.nuevatribuna.es/opinion/antonio-baylos/crisis-y-despidos-entre-el-fraude-y-la-desvergenza/20090128055653040333.html>., (pág. 1). [Consulta 28 abril 2010].

las empresas y desplegar en el tiempo sus efectos más nocivos, como el procedimiento de suspensión colectiva de contratos de trabajo en los casos de crisis económica, estas empresas reaccionan frente a la previsible disminución de sus por otra parte exorbitantes beneficios con la destrucción masiva de empleo. No existe ciertamente *una causa económica suficiente que habilite esta carnicería laboral, pero la emplean prepotentemente como muestra de la forma violenta e injusta que tienen de resolver cualquier conflicto que limite o restrinja sus beneficios anuales de al menos dos cifras*<sup>588</sup>.

*La anterior recriminación de BAYLOS GRAU deja al descubierto, en toda su injusta crudeza, las políticas empresariales nacidas al socaire de la aparición de la mencionada crisis capitalista, en forma esta vez de recesión, que han trastocado el ámbito de las relaciones laborales, colocando al trabajador y sus derechos en el reino de la aleatoriedad definitiva, sancionada con la norma que se muestra, por su origen y finalidad, como la antítesis del Derecho del Trabajo, haciendo de los patrones de actuación empresarial refrendados por la ley – injusta ley-, tanto en la pequeña como mediana empresa, un espejo del fraude y del abuso del Derecho por parte de los dueños del poder, utilizando esas dos grandes palancas – fraude de ley y abuso del Derecho - que han despojado de sentido al trabajo como factor de dignificación de la persona, convirtiendo al trabajador – ya se veía venir desde los años ochenta del pasado siglo – en mero recurso<sup>589</sup>, y a su actividad en mercancía carente de cualquier otro significado que no sea la creación de plusvalías y el mantenimiento de una reserva de trabajo. Excluyendo inhumanamente a la mayor parte de la población trabajadora de los beneficios de vivir en una construcción social que se llama Estado Social y Democrático de Derecho, y que se ve negada por la realidad de la exclusión de millones de personas de esa excluyente, no integradora y, por tanto, profundamente injusta realidad social.*

*Tal proceso, que presenta el contrapunto de permanente abuso e infringimiento de derechos laborales, mediante el cual se carga en los más débiles tanto la responsabilidad como las consecuencias negativas de las actuaciones, en régimen de irritante impunidad, de los verdaderos causantes y, sin embargo, beneficiarios*

---

<sup>588</sup> *Ibidem*, pág. 2.

<sup>589</sup> HONNET, Axel., *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*, Buenos Aires, Katz ed., 2007, pág. 131, refiriéndose al proceso de cosificación o reificación: “se entiende al hecho de que las cualidades inconfundibles del otro pierden su significado comunicativo en cuanto éste aparece frente a un actor como contraparte de un acto de intercambio mediado por el dinero (...) se le llama proceso de “cosificación” que se puede entender equiparado por Lukács con un proceso de reificación social”.



*exclusivos de la crisis, ha merecido, entre otros autores, la crítica de TORRES LÓPEZ<sup>590</sup> que explicita crudamente cómo se ha podido cabalgar a galope tendido de fraude en fraude financiero, hasta llegar al punto en que los Estados, pese a la debilitación a que se ha visto sometida toda estructura pública de organización social por parte del neoliberalismo, han tenido que intervenir una vez más para corregir el entuerto de este salvaje capitalismo financiero; enderezamiento aparente, puesto que en el caso de los mal llamados rescates, el dinero público inyectado para promover la liquidez de las instituciones financieras y proporcionar aliento a la economía real, se ha quedado en el balance de los bancos rescatados, para que éstos hayan podido comprar o adquirir a otros en peor situación o al reparto de dividendos entre los accionistas y directivos, desviándose así de su obligación. En este terreno ha ocurrido igual en Estados Unidos que en Europa y en España, puesto que los dineros transferidos por el Banco Central Europeo para destinarlos a la economía real, han vuelto a ser depositados en el propio Banco Central Europeo.*

#### *11 El Derecho del Trabajo: el antes y el después de la Crisis Financiera Mundial de 2008*

---

*A modo de argumento antecedente y explicativo de la situación actual del Derecho del Trabajo, GUAMAN e ILLUECA<sup>591</sup> hacen referencia a que ya en el Preámbulo - que nunca llegó a ser aprobado- del Estatuto de los Trabajadores de 1980: “(...) el modelo laboral constitucional se apoyaba en tres pilares: la contraposición de intereses en el mundo del trabajo, la autonomía colectiva y el otorgamiento al Estado de la correspondiente potestad normativa en materias laborales”. Según ambos autores, en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, “(...) los pilares básicos de la regulación de la relación de trabajo eran tres: el reconocimiento del conflicto de intereses; la asunción del papel de los trabajadores como colectivo y la importancia*

---

<sup>590</sup> TORRES LÓPEZ J., y GARZÓN ESPINOSA, A., *La crisis de las hipotecas basura ¿Por qué se cayó todo y no se ha hundido nada?*, op. cit., que proclaman: “Esa sequía de créditos a la economía no se debe a la falta de liquidez. En el primer semestre de 2009 los bancos españoles recibieron préstamos del Banco Central Europeo (BCE) por un importe de 410.092 millones de euros (del total de 3,62 billones prestados por el BCE), una cantidad casi igual al dinero captado en 2008. Pero la inmensa mayoría de esos créditos, que habían recibido con un tipo de interés entre el 1% y el 1,25%según la fecha, lo dedicaron a invertir en bonos de los Estados que tienen una rentabilidad del 3, 4 o 5%. O también a depositarlos en el propio Banco Central Europeo con retribuciones que han ido según las fechas y condiciones del 1 al 3,25%” (pág. 128).

<sup>591</sup> GUAMÁN, A. e ILLUECA, H., *El huracán neoliberal: una reforma laboral contra el Trabajo*, Madrid, Ediciones Sequitur, 2012. Versión [en línea] disponible en: <http://www.ceps.es/images/pdf/huracanneoliberal.pdf>. (pág. 71). [Consulta: 18 abril 2012],

*de la intervención estatal*<sup>592</sup>. La contemplación teórica y práctica de lo que han venido a ser aquellos tres pilares básicos del Derecho del Trabajo (el reconocimiento del conflicto de intereses; la asunción del papel de los trabajadores como colectivo y la importancia de la intervención estatal), viendo su lamentable estado, pueden hacer brotar en cualquier iuslaboralista contemporáneo la misma dolorosa elegía, ante el decaimiento presente de un Derecho del Trabajo afrentado, que hoy cumple en fidelísimo trasunto el dolor de antaño frente a las ruinas de la Itálica romana, hoy sevillana, que en el excelente vate utrerano RODRIGO CARO<sup>593</sup> despertara el contemplar aquella infinita desolación, no menos incalculable la devastación y estrago sufrido por el Derecho Laboral del tiempo presente, por causa del abuso del poder generalizado y la mentira y el fraude de ley todavía más poderosamente extendidos:

*Todo desapareció, cambió la suerte,  
voces alegres en silencio mudo;  
mas aun el tiempo da en estos despojos  
espectáculos fieros a los ojos,  
y miran tan confusos lo presente,  
que voces de dolor el alma siente.*

*En el momento actual, pretextando la crisis financiera, de economía virtual o como se la quiera calificar, se hace tabla rasa del acervo laboral, conseguido por la clase obrera con duro sacrificio a lo largo de los últimos 160 años, mientras que recupera protagonismo, su originario papel la doble función – política e ideológica - que siempre ha retenido el Derecho del Trabajo: en unas ocasiones más visiblemente y en otras de modo intencionalmente disimulado por la niebla ideológica*<sup>594</sup>.

---

<sup>592</sup> Ídem

<sup>593</sup> RODRIGO CARO, Canción a las ruinas de Itálica, excelente poesía del Siglo de Oro español, uno de cuyos versos – elegidos azarosamente frente a tanta destrucción y desamparo de los más débiles - pueden servir de aplicación estricta a la dolorosa visión de un Derecho del Trabajo, injuriado y afrentado, que hoy cumple el fidelísimo trasunto del dolor de antaño, frente a la visión de la injusticia avasallante y dominadora del mundo del trabajo.

<sup>594</sup> MARTÍN VALVERDE, A., "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en AAVV., Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo, Universidad de Sevilla, 1978, *apud* GUAMÁN, A. e ILLUECA, H., El huracán neoliberal: una reforma laboral...op.cit, págs. 13 y 14,:" El Derecho del Trabajo cumple a la perfección con la doble función que el derecho tiene en las sociedades modernas (...): la función política, como instrumento de control social en manos del Estado que responde a la orientación clasista del mismo, "procurando la perpetuación de las situaciones hegemónicas en el seno de la sociedad, y operando, llegado el caso, los necesarios reajustes que traduzcan los avances (o retrocesos) de los grupos sociales en una posición subordinada", y la función ideológica que acompaña a la anterior, difuminando o dificultando la apreciación de la situación de desigualdad consagrada mediante la opción política tomada por las clases dominantes (la "niebla ideológica").

*Uno de los principales escollos y dificultades con que se topan y han de superar los trabajadores en el momento actual, viene dado por la utilización de la crisis económica por parte del capitalismo neoliberal para eliminar todo rastro o huella que recuerde el aspecto normativo, con su irrenunciable componente de origen y vocación pública, del Derecho del Trabajo, frente a la pretensión desreguladora del poder político-económico de orden neoliberal. Se trata, en síntesis, y bajo expresiones tales como libre competencia, desregulación, flexibilización, etc., etc., de volver a la ley de la jungla, ley del más fuerte que no tolera ni consiente tipo alguno de barrera o control: barra libre contra el Derecho del Trabajo, subjetivamente entendido como derecho garantía de los intereses de la parte más débil de la relación laboral: los trabajadores.*

*Si hemos de volver la vista a GUAMAN e ILLUECA<sup>595</sup>, con su áspera mas veraz referencia al envilecimiento del Derecho del Trabajo, causado, paulatina y progresivamente, por la penetración de la ideología neoliberal en lo político y mundializadora o globalizadora en lo económico, cabe repetir como ejemplo claro y riguroso, que viene dado a finales de 2015, en España, por los casi cinco millones de personas sin trabajo; los desahucios constantes, la miseria que cada vez se extiende más rápida y generalizadamente entre las capas pobres de la población, mientras se produce simultáneamente un enriquecimiento e impunidad vergonzosos de los grandes capitalistas que campan por sus fueros, ejerciendo una inaudita capacidad de robo y soberbia, arrojados a veces en la impunidad añadida de detentar un cargo político, como es el caso de la Cataluña actual, donde día sí y otro también asistimos a la visible confirmación de que las patrias son el último refugio de los canallas. El golpe asestado a los derechos de los trabajadores, de la clase obrera española, mediante la reforma laboral de 2012, puede muy bien ser sintetizada al modo que GUAMAN e ILLUECA lo hacen:*

*“En aquel momento [los autores se refieren a la época de mediados de los ochenta del pasado siglo], todavía bajo los efectos de la crisis iniciada en la década anterior, ya se intuía que el pertinaz retroceso del carácter protector del ordenamiento laboral podía suponer el fin de la configuración tradicional del Derecho del Trabajo, convirtiendo una legislación originariamente protectora del trabajador en un instrumento legitimador de la consideración del trabajo como una mercancía cualquiera. La reforma laboral de 2012 ha confirmado los peores augurios, alumbrando un sistema normativo plenamente sometido a las exigencias del mercado y prácticamente despojado de su carácter antropocéntrico”.*

---

<sup>595</sup> GUAMAN, A, e ILLUECA, H., *El huracán neoliberal: una reforma laboral...*op.cit, pág.16

Si se amplía el campo de aplicación de la globalización neoliberal al ámbito de la Unión Europea, la autopista por donde se han abalanzado los modos de entender el capitalismo actual en territorio de la Unión Europea, ha sido el TRATADO DE MAASTRICHT<sup>596</sup> (1992). No es de recibo la manifestación de que sectores de la izquierda europea – inexistente desde que se produce la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y los instrumentos delimitadores de zonas de influencias de los dos grandes bloques, las Conferencias de Yalta, Potsdam y París – fueran los grandes introductores y valedores del capitalismo globalizador en la arquitectura jurídica y sobre todo, laboral, de la Unión. Sin desconocer el valor que haya podido tener la socialdemocracia en la *construcción de la Unión, parece algo temerario adjudicar a los partidos socialdemócratas el marchamo de izquierda, pues han sido en momentos y ocasiones definitivas y definitorias, justamente lo contrario a una orientación real de pensamiento y praxis de izquierda política y social.*

*El argumento que se puede considerar concluyente para rebatir la pretendida orientación de izquierda, es la constitución de una “economía social de mercado” en la Unión Europea; definición difícil de entender en un primer momento, aunque el art. 3, apartado 3 de su Tratado constitutivo, se manifiesta en los siguientes términos:*

Art. 3, apartado 3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

No se conoce ejemplo actual de economía social de mercado<sup>597</sup>. Si lo que haya o pueda haber tras este pensamiento se ha de coherer con la realidad cotidiana de

---

<sup>596</sup> GUAMAN, A., e ILLUECA, H., *El huracán neoliberal: una reforma laboral...* op.cit, pág.26: “El consenso de Bruselas penetró profundamente en los círculos políticos y financieros europeos, alcanzando a amplios sectores de la izquierda que se alinearon con el neoliberalismo y abandonaron sus orientaciones económicas tradicionales. Líderes políticos como Tony Blair en Gran Bretaña, Romano Prodi en Italia, y Gerhard Schröder en Alemania se desprendieron de su pasado izquierdista y abrazaron una ideología que se había convertido en dogma del pensamiento económico convencional. En este sentido, no deja de ser irónico que los reformadores que llevaron a cabo la globalización provenían en su mayoría de la izquierda, contribuyendo a legitimar socialmente el progresivo deterioro de los derechos laborales y sociales en la mayor parte de la Unión Europea”.

<sup>597</sup> Cuyos antecedentes nominales pueden fijarse en la necesidad de Alemania de recomponer los destrozos causados por la pérdida de la Segunda Guerra Mundial. Autores como Alfred MULLER ARMACK acuñaron la expresión, allá por la segunda mitad del siglo pasado, mientras que otros autores coetáneos al citado, como Ludwig ERHARD pusieron en tela de juicio la denominación por redundante. Hay que añadir que el orden económico de la RFA tiene idéntica denominación:

la Unión, cuya economía ha de funcionar de común y obligado acuerdo bajo las directrices de los grandes poderes rectores del Mercado, como pueden ser el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, y a cuya influencia no puede sustraerse la Unión, ni por sí ni por sus miembros integrantes uno a uno considerados, la existencia de una economía social de mercado - sea ésta lo que pueda ser en un futuro previsible, y de un sistema laboral de la Unión - parecen, dicho con toda reserva, no destinados a superar el escalón del anhelo con tintes de desiderátum.

En síntesis, la economía social de mercado preconizada por la Unión Europea como afán de relación armónica o equilibrada entre el capital y el trabajo, habría de ser un orden económico que permitiese la “intervención social” del Estado mientras que estuviera “sometida al principio de conformidad con el mercado”. Un orden económico a primera vista deseable pero que resulta contradicho por la realidad de una *Europa donde la marginación, la pobreza, las enfermedades y la exclusión social avanzan firmemente, compaginándose con la bancarrota o pobreza de varios de los países que la integran.*

*Un futuro digno y justo, si ha de descansar en un sistema jurídico laboral común a todos los países de la Unión, afronta ante sí un torvo camino para desandar y un paradigma que cambiar o atajar, antes que el edificio entero de la Unión Europea se venga abajo por falta de cimientos en las relaciones entre el Derecho del Trabajo y la Economía en los Estados que conforman Europa, dado que la posible intervención del Estado, en el actual paradigma neoliberal, contradice los principios básicos del orden económico preconizado por la globalización capitalista: no queda figura ni rastro del Estado Social, y por tanto una de las grandes preguntas que le quedan por hacer y hacerse a los trabajadores europeos es si, como bien sentencian Adoración GUAMAN y Héctor ILLUECA<sup>598</sup>, el contrato de trabajo, su contenido obligacional, puede quedar al arbitrio de una sola de las partes intervinientes:*

“(…), el debate que desde hace algunas décadas atraviesa el Derecho del Trabajo consiste en determinar si el legislador ha de intervenir en la fijación de las condiciones de trabajo o si éstas deben ser unilateralmente impuestas por el empresario, pues ésta y no otra es la consecuencia de la retirada del legislador en un marco desigual y desequilibrado como es la relación de trabajo.

---

Economía Social de Mercado, que ha sido trasladada – donde hay patrón no manda marinero – al orden económico europeo.

<sup>598</sup> GUAMAN, A., e ILLUECA., H., *El huracán neoliberal: una reforma laboral...* op.cit, pág.11.

*Porque si al contrato de trabajo se le puede desfigurar y torcer, violentando su naturaleza y objetivos del modo que requieren las hipotéticas soluciones a la crisis financiera, siempre, a favor del Capital y en perjuicio del trabajador,, esto es, desregulación, flexibilización, desaparición del poder público – Estado – como garantía de control, aunque sea mínimo, del cumplimiento contractual, puede certificarse que la niebla ideológica utilizada por el capitalismo globalizado ha conseguido la desnaturalización y aniquilación del Derecho del Trabajo, al desaparecer una de las principales características que lo han venido configurando, pues en este momento sólo se da la prestación real del consentimiento por una de las partes, sin posibilidad de equilibrio o acercamiento de los intereses contrapuestos que se intentan cohesionar en el contrato laboral.*

*Se está, por tanto, en presencia de una figura jurídica – el contrato de trabajo que llamaremos sub crisis financiera – que mezcla las características más significativas del llamado contrato de adhesión, con la libérrima, de facto, facultad del empresario de dar por finalizada la relación laboral cuando le apetece, incluso sin argumentar causa válida para el incumplimiento contractual. Fenómeno laboral que, analizado en sus detalles esenciales, encuentra en la teoría general del Derecho una exacta réplica jurídica conocida como abuso de derecho, que en nuestro sistema jurídico viene contemplado y sancionado en el Art. 7 del Código Civil<sup>599</sup>, abuso de derecho construido por la mejor jurisprudencia y doctrina civilista española<sup>600</sup> como generalmente extendido y consentido por los poderes públicos, que deberían ser los primeros en salvaguardar los derechos de todos los ciudadanos, incluidos los trabajadores, tornando su vista hacia los mandatos de la Constitución Social<sup>601</sup> que*

---

<sup>599</sup> Proclama el art. 7 de nuestro Código Civil [de 25 julio 1889, revisión de 23 julio de 2011]:

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

<sup>600</sup> O´ CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Buena fe y abuso de Derecho”, en *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, 1993. Madrid, Edersa, 1993. Versión en línea: <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/buena-abuso-derecho-214778>. [Consulta 13 mayo 2011].

<sup>601</sup> Sin pecar de excesivos, bien se puede hacer descansar la Constitución Social en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución Española de 1978, comprensivo de los artículos 39 a 52, enmarcados por el Lema De los principios rectores de la política social y económica, que empieza en el apartado 1 del art. 39, afirmando el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y que continúa en la misma línea idealista-utópica, reiterando en el art. 40, apartado 1 y 2, tanto la obligación de los poderes públicos de promoción de progreso social y económico, distribución de rentas más equitativas – regionales y personales – y, esto es lo más

*subyace en capítulos enteros de la Carta Magna Española de 1978, y que a la vista de los más de cuatro millones de parados en este aciago 2015, más los cientos de miles de desahuciados, los frecuentes y silenciados suicidios de personas en proceso de exclusión, el espectáculo de miles de personas y familias pasando carencias y necesidades de bienes elementales, cuales pueden ser cobijo, calor y comida, compaginado este crimen social con el incremento de las ganancias disparatadas e injustas – puro robo a golpe de mercado - y la nula capacidad de esto que llamamos Estado para proteger y ayudar a los ciudadanos más necesitados, convierten en agua de borrajas todos los principios y obligaciones contenidos en los preceptos que alguna doctrina llama Constitución Social<sup>602</sup> pues ciertamente la denominación de Estado Social debería ser, a tenor de lo establecido tanto en el Preámbulo, como en el artículo 1, y los desarrollos constitucionales que pueden hallarse en el Capítulo III del Título I [De los Principios rectores de la política social y económica, arts. 39 a 52], y con similar propósito, lo establecido en el Título VII, que reza “Economía y Hacienda”, [arts. 128 a 136], un freno a la rapacidad capitalista globalizada, que ha encontrado en la Alemania presidida por la Sra. MERKEL su más significado adalid.*

*España no ha podido permanecer ajena al latrocinio neoliberal y así, con fecha 7 de julio de 2012 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que sustituye al Real Decreto-ley 3/2012, de fecha 10 de febrero. La Ley entró en vigor el 8 de julio de 2012. Esta Ley es todavía un paso más hacia la difuminación del Derecho del Trabajo, personificado en los derechos laborales de los ciudadanos españoles, que ha encontrado continuidad en el reciente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de*

---

escandaloso por su incumplimiento, la llamada a llevar a cabo una política orientada al pleno empleo. Quedan también en aguas de borrajas los contenidos de los arts. 41 – con una Seguridad Social privatizada a dentelladas, el art. 42 – vuelve España a ser productora de emigrantes que no retornarán, salvo un cataclismo económico universal de orientación inversa; el art. 43, con una protección a la salud cada vez más puesta en manos privadas; el 44, y tal vez, el infringimiento constitucional más grave que llevan a término los poderes públicos, cuando cerca de medio millón de desahuciados deben leer en el art. 47 de la Carta Magna, que: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivos este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”. No es necesario hacer mención del resto de artículos del Texto Constitucional que parecen una burla sangrante contra el pueblo, los ciudadanos y sus derechos a que esa Constitución intenta salvaguardar. Tal vez la Constitución Española de 1978, una hermosa constitución, pueda llevarse la palma, a estas alturas de 2013, en cuanto ejemplo de expresión de ideales utópicos en la sociedad que pretende regular. Pero por su naturaleza de utópicos, inalcanzables.

<sup>602</sup> La Norma Fundamental, en lo que se conoce como Constitución Social – término proveniente de la técnica jurídico-constitucional alemana.

octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

*Una involución social a través de la reforma laboral permanente<sup>603</sup> – reforma in pejus contra los intereses del trabajador – que encuentra en la temporalidad, la flexibilidad y la precarización del trabajo los tres puntos de apoyo para salvar una economía de capitalismo salvaje, eludiendo las responsabilidades de los verdaderos causantes de la crisis y descargando sobre la espalda de la clase trabajadora española en su conjunto el pago de la corrupción, la desestructuración y la falta de justicia del sistema económico español. Mientras tanto, la miseria moral de algunos políticos es el necesario y vergonzoso resumen que define la composición social y laboral del momento presente.*

## 12. El impacto de la crisis en España: La Constitución (social) infringida y olvidada

*Si los poderes públicos no cumplen con su deber, si la mirada distraída por temas de la ajena política internacional deja sin amparo alguno a una población cada vez más inerme ante el capitalismo prevaricador, deslocalizador y flexibilizador, siempre pro empresa y contra operario, un somero repaso nos conduce a una conclusión digna e insoslayable, para no mentir más: la necesidad de eliminar apartados enteros de la Constitución de 1978, por haber quedado éstos reducidos a la nada, sin validez de tipo alguno, al haberseles despojado de cualquier virtualidad por las nuevas normas del Mercado; norma del Mercado que actúan de facto como un ilegítimo poder constituyente.*

*Una sucinta ojeada al ambiente económico, jurídico, cultural, político y social de esta España de 2015 nos da cuenta de la gravedad de la situación provocada por el incumplimiento generalizado de las obligaciones y deberes – que se plasman, en virtud de un principio de jerarquía normativa – contenidos en distintos mandatos constitucionales, a cuyo cumplimiento y respeto vendrían constreñidos, en primer lugar, los responsables en función de autoridades políticas, económicas y sociales con poder legislativo, de gobierno u organizativo.*

*Se ha de volver la mirada al entorno que resulta más cercano, para preguntar con cierta fundamentación en qué han quedado, qué eficacia o realidad tienen en la*

---

<sup>603</sup> GUAMAN, A., e ILLUECA., H., El huracán neoliberal: una reforma laboral...op.cit, pág.87 y ss..



*sociedad española actual los mandatos constitucionales que se enuncian a continuación, a mero título de ejemplo y sin ánimo exhaustivo:*

Art. 9, 2 CE: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos (...) sean reales y efectivas.

*Resulta significativamente contradictorio con el mandato constitucional el resultado que se aprecia en el crecimiento de la desigualdad económica en España, proporcionado por el Colectivo IOE, en abril de 2012, con una “ampliación de la brecha entre clases sociales”<sup>604</sup>, preludio del aumento y la generalización de exclusión en sectores ya abocados a la marginación social. Apartados de interés en el artículo de referencia, pueden ser los dedicados a la diferencia de ingresos (pág.4) entre asalariados y empresarios:*

Según la Estadística de Salarios de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), que recoge todas las percepciones salariales declaradas, la masa salarial se ha incrementado un 69,3% entre 1994 y 2010, debido a que el número de personas asalariadas ha pasado de 11 a 18 millones; sin embargo, el salario medio en moneda constante sólo ha aumentado un 1,9%. En cambio, los beneficios empresariales –que se han incrementado un 47,8% entre dichos años en términos de PIB- han revalorizado la cotización de sus acciones en un 371%según las cuentas financieras del Banco de España (ver indicadores 11 y 13 de Renta y patrimonio, y 8 y 9 de Empleo). Esto supone que los ingresos de empresarios y accionistas han sido muy superiores en conjunto a los de la mano de obra asalariada, lo que ha ampliado la brecha de recursos entre las clases sociales.

*El incumplimiento de la Constitución de 1978 no se detiene en el aspecto exclusivo de renta, sea o no salarial, sino que muestra vertientes de una absoluta y arrasadora injusticia cuando los Artículos 39 y 40 de la Carta Magna española, se metamorfosean en puras y simples manifestaciones de voluntad, constatando la inanidad de los poderes públicos de corte político frente al poder real de la economía, que convierte en agua de borrajas los mandatos de la norma fundamental*

---

<sup>604</sup> El artículo del Barómetro Social de España (BSE), [[www.barometrosocial.es](http://www.barometrosocial.es)]: Crece la desigualdad social en España”, [En línea]. Disponible en: <https://www.fuhem.es/media/ecosocial/file/Analisis/2012/Desigualdad-en-Espa%C3%B1a-2010.pdf>, [Consulta 7 enero 2013]. Los datos ofrecidos en 2015 todavía son peores, pues se hacen públicos simultáneamente dos hechos: que la desigualdad de riqueza se dispara un 60% en la primera década del siglo XXI y, por otro lado, que se están percibiendo los salarios más bajos y desiguales desde 1992: <http://barometrosocial.es/archivos/1183#more-1183>, y <http://barometrosocial.es/archivos/1132#more-1132>. El Colectivo IOE <http://www.colectivoioe.org/uploads/2789fe0d6d13383b73836cefd27162f0979873a1.pdf>, presenta un sugestivo análisis de los datos ofrecidos por el BSE en 2014.[Consulta 15 marzo 2015].

*de convivencia en la sociedad que intenta estructurar con arreglo a determinados principios y valores. Véase a continuación lo que proclama la Constitución:*

Art.39. 1 CE: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia;

Art. 40, 1 CE: Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realzarán una política orientada al pleno empleo.

*La continua infracción de estos y otros preceptos constitucionales desautoriza, de plano, a las personas que han encarnado en algún momento la función de poder público por incumplimiento de sus obligaciones. Sin llegar a entrar en el terreno de lo político sí que puede atestigüarse, con sólo leer los periódicos, que en el caso de España, la crisis económica se ha visto conjugada y sus efectos multiplicados por un sistema representativo que ha conducido a una selección perversa en los gestores de lo público, tal como es de comprobar con el espectáculo indecoroso de los latrocinios perpetrados por diversos representantes de la ciudadanía, que han visto su conducta tapada por intereses de partidos, grupos económicos, grupos de presión, etc. Suenan las hermosas palabras de la Carta Magna como un sarcasmo para los cientos de miles de personas que se encuentran sin trabajo alguno, excluidos o en proceso de exclusión social, de los cuales hombres y mujeres que han pasado de los 40/45 años forman una cohorte de población sin esperanza ni proyecto de vida alguno que vaya más allá de la supervivencia.*

Art. 41 CE: Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. *El incumplimiento de este mandato constitucional resulta escandaloso. La constatación puede observarse en cualquier barriada de gente trabajadora. Quede constancia de la labor impagable de las asociaciones vecinales, algunas ONG y la Iglesia Española (mediante Cáritas), que hacen, todas ellas, lo que el Estado no sabe, no puede o no quiere hacer: dar de comer al hambriento, dicho en el sentido más real y amplio del término.*

*Lo cierto es que la asistencia social y las prestaciones, en una gran parte, descansan sobre la actividad y presupuestos de origen mixto, público-privado. Es de*

*resaltar la labor desempeñada en el plano asistencial por Cáritas, ejemplo de última línea de ayuda – donde no llegan las demás - cuya presencia evita mayores injusticias, junto a otras organizaciones de marcado carácter altruista<sup>605</sup>.*

Artículo 47 CE: Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

*En el caso del derecho al disfrute de vivienda, la crisis se ha cebado en las capas más débiles de la población, mientras que las entidades bancarias y financieras han cobrado, si se permite la expresión, rescates multimillonarios procedentes de fondos públicos – dinero de todos los ciudadanos - para tapar su actividad fraudulenta. Los poderes públicos han estado, evidentemente, de parte y favor de la clase dominante<sup>606</sup>. Los suicidios por causa de desahucio también han ocupado las portadas y los titulares de los diversos medios de información, aspecto sobre el que no se puede incidir sin un profundo sentido de injusticia y de compasión por los más débiles<sup>607</sup>. No importa el número de personas que se hayan quitado la vida por tal motivo, hecho al que los medios de comunicación han prestado atención y publicidad, porque el dato escandaloso, injustamente frío e inhumano, de que una sola persona se vea abocada al suicidio porque un Banco la echa de casa (le quita su forma de ser y estar en el mundo; la asesina socialmente), pone en evidencia y cuestiona los mismos fundamentos del llamado Estado Social y Democrático de Derecho. No es preciso continuar con las llamadas a los preceptos constitucionales que tristemente se quedan en mera palabrería, fuera de toda validez, cuya desaparición por incumplimiento de la Norma Fundamental, se considera la medida*

---

<sup>605</sup> Véase ESPAÑA, Sara., “El brazo ejecutor de la asistencia social”, El País, [en línea], 24 enero 2011. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/01/24/actualidad/1295823612\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/01/24/actualidad/1295823612_850215.html) [Consulta 6 febrer0 2011]. En el recuadro que acompaña la noticia, puede contrastarse que la mayor parte del presupuesto de estas entidades tiene origen privado.

<sup>606</sup> Así, la Plataforma de Afectados por la Hipoteca. [En línea], 27 diciembre 2012, disponible en: <http://afectadosporlahipoteca.com/2012/12/27/nuevo-record-de-desahucios-en-espana-datos-cgpj/>, [Consulta: 13 enero 2013], publica: “desde 2008, hasta el 3er Trimestre de 2012, la PAH estima que en España se han producido al menos 334.080 lanzamientos”.

<sup>607</sup> A título de ejemplo, véase la noticia aparecida en el periódico *Vegamedia Press*, [En línea] 19 febrero 2013, disponible en: [http://vegamediapress.com/not/4201/ola\\_de\\_suicidios\\_por\\_los\\_desahucios/](http://vegamediapress.com/not/4201/ola_de_suicidios_por_los_desahucios/). [Consulta 13 marzo 2013], bajo el titular: “Ola de suicidios por los desahucios”.

*más oportuna desde un punto de vista social y jurídico en beneficio del restablecimiento de la verdad. Siempre el Retablo de Maese Pedro, incluso en los momentos más deplorables, resulta la metáfora que mejor ayuda a comprender la sociedad española.*

*No queda más remedio que volver la mirada al pensamiento de MARX, para encontrar la causa o la explicación de cómo miles y millones de personas en todo el mundo carecen de bienes elementales como agua, alimento o libertad, sufren y mueren por enfermedades, cuya erradicación o control no costaría más que un esfuerzo económico mínimo, y fallecen frecuentemente de hambre - siendo éste el caso extremo de la iniquidad-, mientras que se asiste simultáneamente al hecho injustificable de que otros seres humanos, en virtud de su pertenencia a otra clase social, redes de intereses, grupos de poder e influencia, se enriquecen sin medida ni control alguno. Frente a este fenómeno de acumulación de capitales concentrados en unos pocos grupos de poder y de magnates, resurge la cuestión que MONTERO SOLER<sup>608</sup> plantea para hacer inteligible cualquier acercamiento aclaratorio al momento económico y laboral vigente:*

*“La ilusión de que la lucha de clases ha desaparecido y es una batalla obsoleta sólo se la han hecho creer a las clases trabajadoras; el capital siempre ha tenido clara su persistencia. Así lo enunciaba sin ningún pudor en una declaración pública uno de sus prohombres, el multimillonario Warren Buffet, cuando a la pregunta de si creía que la lucha de clases era ya un concepto obsoleto e inútil, respondía que evidentemente no, que la lucha de clases se mantenía, sólo que ahora la estaba ganando la suya”.*

### *13. La devastadora discriminación del trabajador maduro*

---

*La discriminación laboral del trabajador maduro, mujer u hombre, por las causas que se han mostrado, no resulta sino un modo más de materialización y visualización de la lucha de clases, que tal vez ahora no pueda ni deba ser tomada en el mismo sentido en que tal concepto se acuña por el marxismo en el siglo XIX, en el auge de la Revolución Industrial que le sirve de contexto económico, político y jurídico. Pero sí que debe ser respetada la lucha de clases, como intento de explicar una situación inhumanamente injusta que ha sembrado pobreza e injusticia, que ha destruido grupos sociales, familias y expectativas vitales y, en último extremo, ha movido a*

---

<sup>608</sup> MONTERO SOLER, A., en el Prólogo *La batalla para recuperar la lucha*, a la reseñada obra de GUAMAN, A., e ILLUECA., H., *El huracán neoliberal: una reforma laboral...op.cit.pág.7.*

*personas inocentes a la propia aniquilación como intento de superación de una estructura social que no les ha permitido otra salida.*

*La lucha de clases, tan denostada como hipótesis “decimonónica” resulta, empero, una interpretación a que se puede acudir para encontrar la causa de los efectos del capitalismo contemporáneo sobre las personas más desprotegidas. Entre ellas, los trabajadores mayores, mujeres y hombres, a quienes se discrimina única e injustamente por razón de su edad, cuando más desprotegidos e inermes se encuentran en su trayectoria laboral y vital. Habría que recordar las palabras de BOBBIO<sup>609</sup> cuando se refiere a la vejez : “la vejez se convierte entonces en el momento en el cual tienes plena conciencia de que no sólo no has recorrido el camino, sino que ya no te queda tiempo para recorrerlo, y debes renunciar a alcanzar la última etapa”.*

El trabajador de más edad, mujer y hombre, se encuentra, además, en la demoledora situación psicológica de saber que puede servir perfectamente para desempeñar un trabajo, fuente de su dignidad y de su integración social, que le ha sido injustamente arrebatado so pretexto de unos prejuicios más o menos disimulados entre estereotipos o disimulados entre medidas integradoras que las más de las veces le obligarán a satisfacer un costoso peaje en forma de cambio de profesión, de lugar de trabajo o de amigos y compañeros; sacrificios personales y laborales todos ellos que no sirven para equilibrar el importe del salario que se pueda recibir.

*No resulta extraña, parafraseando al maestro BOBBIO, la confirmación en la persona de miles de trabajadores, hombres y mujeres, expulsados de la sociedad – que ello significa en el momento actual perder el trabajo – de que el hombre o la mujer que se han quedado sin actividad laboral, pasados unos pocos años soportando una situación tan devastadoramente inhumana, presentan los dos peores síntomas de la vejez, en este caso prematura por causa laboral: el taedium vitae, que conduce al padre o madre de familia o a la persona que se ha visto abocada a una absoluta soledad, a la perspectiva de sentir o ver a la muerte como una meta deseable, y por otra parte, el cupio dissolvi, la desesperanza total que halla en la voluntad de no ser, el deseo de morir, la salida a una situación humana devastadora; que de vez en cuando se confirma en el suicidio, la propia aniquilación física del trabajador que no ve motivos para seguir viviendo, al verse privado del punto de apoyo vital y social*

---

<sup>609</sup> BOBBIO, N., *De senectute*, Madrid, Santillana-Taurus, 1997, págs. 37 y ss.

*más importante para cualquier ser humano en la sociedad actual; porque sin trabajo no hay posibilidad de establecer una perspectiva de futuro: desaparece el mañana como paisaje moral y físico, como posibilidad de plasmación de metas o proyectos a conseguir por la persona, hombre o mujer, que ha devenido laboralmente invisible y por tanto económica y socialmente excluida de la sociedad.*

*Aún más terrible es la discriminación laboral por razón de edad contra la mujer. Si no fuera suficiente con la carga que soporta, en formas y riesgos discriminatorios por razón de su fisiología, tales como embarazo, maternidad, lactancia o enfermedad de los hijos y los mayores, todavía queda, dentro de la mujer que trabaja el doble esfuerzo de afrontar la vejez en su condición de trabajadora y en su naturaleza femenina. Si en el trabajador varón de edad madura el encuentro con lo discriminatorio se va produciendo paulatinamente, en la mujer que ronda la treintena tal proceso de discriminación negativa se muestra ya en cualquier rama de la actividad laboral a que quiera dedicarse. Si el hombre generalmente se preocupa poco de las cuestiones estéticas dentro del centro laboral, la llegada de la edad madura para la trabajadora puede significar asimismo una confluencia de circunstancias negativas que sesgan la discriminación propiamente laboral con la que se achaca socialmente a la mujer que ya va camino de pérdida del fulgor de la belleza, del esplendor de la juventud, encontrándose con la sorpresa de tenerse a sí misma como carente de valor personal y laboral por causa de la edad.*

*Hace su entrada en la escena laboral, de mano de la mujer trabajadora de edad madura, el concepto de la discriminación múltiple o la multidiscriminación que significa, ni más ni menos, que la trabajadora debe afrontar dobles o triples factores o causas discriminatorias, por razón de edad y por razón de género, entre otras menos evidentes. Motivos o causas discriminatorias a los que la sociedad se enfrenta desde hace un cierto tiempo con estrategias políticas tales como la transversalidad de género, que intenta atajar y remediar la discriminación de género en todos los ámbitos, sentando el principio de igualdad entre hombre y mujer. Aunque en el ordenamiento jurídico español, la transversalidad de género, como se ha examinado anteriormente en el Capítulo 1 de esta investigación, quede reducida en su eficacia a las relaciones de trabajo que se puedan dar en el ámbito público, por efecto de lo establecido por la Ley de Igualdad (3/2007).*

*SIMONE DE BEAUVOIR<sup>610</sup> quizá con dureza extrema habla de la inutilidad que constituye a la mujer de edad. En este supuesto, la visión de BEAUVOIR, una mujer perteneciente a la burguesía, difícilmente puede concordar con el pensamiento de la mujer trabajadora que debe afrontar una doble jornada laboral, en el hogar y en la empresa, la fábrica o el taller. Tal: como DE BEAUVOIR reseña, hay dos categorías de ancianos, los que pertenecen a la clase humilde, trabajadora, y aquellos otros que forman parte de la clase dominante y económicamente poderosa: estas dos categorías de ancianos, ricos y pobres, tornan imposible que “puedan hacerse referencias a la vejez en general”<sup>611</sup>, del mismo modo que se muestra absurda la comparación entre la mujer que debe conciliar, a paso ligero, sus dobles o triples jornadas laborales y aquella otra mujer que no tiene obligación laboral ni familiar alguna, porque vive de sus riquezas y con medios económicos suficientes para descargar en otros el cuidado de los hijos o la asistencia a sus mayores .*

*La mujer trabajadora de edad madura padece así una doble y despiadada discriminación si, además de la soledad y la falta de amistades verdaderas, no puede paliar o rellenar el vacío de los miedos – a ser despedida, a que se la considere vieja, a ser sutilmente discriminada o despreciada por los jefes y compañeros del trabajo, que la suelen ofender de mil crueles formas - que acompañan día a día su desempeño laboral, al que transforman en suplicio.*

*Se discrimina laboralmente a la mujer madura tanto por razón de edad como por razón de género: ésta es la gran diferencia entre la discriminación negativa por razón de edad padecida por el hombre y la mujer en el ámbito laboral. DE BEAUVOIR se refiere a la sociedad de consumo pintando un cuadro tan realista como despojado*

---

<sup>610</sup> DE BEAUVOIR, S., “De la madurez a la vejez”, *apud* LUONGO, G., “Curvas en Simone de Beauvoir: escrituras de la madurez a la vejez”, *Revista Nomadías*, noviembre 2012, número 16, pág.31, donde DE BEAUVOIR se refiere a la mujer madura en la antesala de la vejez, descubridora de su libertad: «“cuando ya no sabe qué hacer con ella”: y relata: “De allí que en comparación con el hombre a sus cincuenta se halle en situación de retiro cuando el hombre está en pleno despliegue en situaciones y puestos relevantes. La mujer sólo puede exclamar: “Nadie me necesita, porque como ha sido enseñada a disponerse para la entrega devocional, resulta inevitable que se abra ante ella ese vacío”». Para el autor de este trabajo, la libertad no tiene género porque es producto, tanto para el trabajador como para la trabajadora, de las circunstancias en que se desenvuelve su vida. Si para un marxista el concepto de libertad podría definirse como la situación en que ningún ser humano está constreñido a obedecer a un poder arbitrario - no sujeción a la arbitrariedad ajena -, el concepto de libertad, tanto para hombre como mujer, definido por esa característica negativa: ausencia de constreñimientos arbitrarios en la vida personal, debiera ser, en principio, análogo. La mirada a la realidad laboral pone en tela de juicio la anterior aseveración, y obligará a un necesario examen de los supuestos objetivos y subjetivos que puedan llevar a una verdadera caracterización de la libertad de hombre y mujer.

<sup>611</sup> DE BEAUVOIR, S., *La vejez*, Barcelona, Edhasa, 1983, pág. 13

de adornos: “La sociedad de consumo (...) escudada en los mitos de la expansión y la abundancia trata a los ancianos como parias (...) la clase dominante toma el partido cómodo de no considerarlos como hombres (...) sólo interesa el material humano en la medida en que rinde”<sup>612</sup>.

Si del pensamiento DE BEAUVOIR se pueden extraer dos ideas matrices, éstas tal vez vengan dadas por los términos soledad y devastación de la vida humana que se adentra en el declive. El ser humano que ha llegado a la vejez se halla en una sociedad en la que “muy lejos de ofrecer al anciano un recurso contra su destino biológico asegurándole un porvenir póstumo, la sociedad de hoy lo relega, en vida, a un pasado superado. La aceleración de la historia ha trastornado profundamente la relación del hombre de edad con sus actividades”<sup>613</sup>. Y en ese desarraigo del ser humano con su modo de producirse, de estar y ser en una determinada sociedad, el desamparo y la tristeza son las caras más comunes de la desolación del hombre o de la mujer ancianos enfrentados a un pasado que no alienta y a un futuro inasible; mientras que la ruina biológica, el hundimiento vital, les ofrece el testigo más completo y personalísimo de la propia devastación.

Quizá sea el advenimiento de un nuevo modelo de Estado el que haya de reasumir sus funciones tradicionales o serán emergentes humanismos y valores los que llenen el vacío de poder que ahora parece ser ocupado exclusivamente por la normativa impuesta por el capital y sus proteicas formas, nunca propicias al desarrollo de una sociedad humanamente digna: al contrario, simiente de desoladora devastación y de barbarie laboral y social impuesta a quienes resultan ser los más débiles, los más desprotegidos entre todos, las mujeres y hombres que frecuentemente se enfrentan a la madurez laboral como antesala de un último e injusto lugar de abandono.

---

<sup>612</sup> *Ibidem*, págs. 8 y ss.

<sup>613</sup> *Ibidem*, pág. 453.





## **CAPÍTULO 8**

### **LA ACCIÓN POSITIVA**



## *1 Consideración preliminar: carencia de una elaboración conceptual de la acción positiva*

---

*La consideración previa, al abordar esta materia, versa acerca de la dispersión nominal y el desacuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre el nombre, la finalidad e incluso la ubicación lógica y jurídica con que se intenta definir y encuadrar por tratadistas, instituciones y organismos que se han interesado en el tema, al tipo de medidas o técnicas, de origen generalmente público, que tratan de impedir o remediar el desamparo de la persona o del grupo humano, secularmente marginado por motivo del prejuicio, fundamentado en el estereotipo<sup>614</sup>, como pretexto eficiente y habitual de la conducta discriminatoria que resulta en su perjuicio. Se observa una multiplicidad de términos referidos a la actuación correctora de situaciones causadas, en último término, por un proceso discriminatorio que se basa en la estereotipación, con un resultado final de opresión<sup>615</sup> en distintos grados y formas, y que determina como sujeto tratado peyorativamente a una persona o un grupo de personas.*

*Es obligado dejar constancia de la falta de conceptos suficientemente elaborados, tanto doctrinal como legislativa y jurisprudencialmente, que permitan definir la naturaleza de la acción o discriminación positiva como realidad económica, laboral y jurídica<sup>616</sup>; realidad que origina unos efectos sociales relevantes, dada la conexión*

---

<sup>614</sup> THOMPSON, Sue, *Age Discrimination*, Oxford, Russell House Publishing, 2005. Define el estereotipo como: "A stereotype is a typification that is maintained despite evidence to the contrary" (pág.4). Mantener un trato peyorativo contra una persona, como si fuese sólo un tipo de una determinada categoría, sabiendo que tal conducta no responde a la realidad. Se le achaca, desfavorablemente, a una persona o un grupo social una serie de características, que asumen la función última de factor de discriminación, desventajosa, negativa, incurriendo en un círculo vicioso: se es tal porque se pertenece a tal grupo, raza, etc.; y dado que perteneces a tal grupo, raza, etc. se te atribuyen tales características desventajosas: la pescadilla que se muerde la cola.

<sup>615</sup> THOMPSON, Neil, *Anti-Discriminatory Practice*, 3ª ed., Basingstoke, Palgrave, Macmillan, 2001 (pág.34), *apud* THOMPSON, Sue, *Age Discrimination*, Oxford, Russell House Publishing, 2005, pág. 4, refiriéndose a la "oppression", consecuencia de la discriminación: "Inhuman or degrading treatment of individuals or groups; hardship and injustice brought about by the dominance of one group over another; the negative and demeaning exercise of power". El autor distingue las características determinantes de la opresión: el tratamiento inhumano o degradante de individuos o grupos, de penuria e injusticia causado por el dominio de un grupo sobre el otro; el ejercicio negativo y humillante del poder". Con esta última idea, abuso de poder, amagado tras mil antifaces, unas veces individuales y otras colectivos, se puede encarar mejor la investigación sobre lo que pueda haber tras todo fenómeno discriminatorio.

<sup>616</sup> GARCÍA AÑÓN, J., "El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, [en línea], núm. 2-1999,]. Disponible en: <http://turán.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCIAOSB.pdf>. [Consulta: 2 febrero 2010]. Señala el autor, en el punto IV.1 (pág.6), de su art., directamente a la

*radical de las acciones afirmativas con el principio de igualdad, señaladamente entre hombres y mujeres, que aparece como principio básico del Tratado de la Unión Europea<sup>617</sup>. En España, el principio de igualdad adquiere rango de derecho fundamental proclamado por la Constitución de 1978<sup>618</sup>.*

*La falta de una precisa elaboración conceptual acarrea, en cualquier campo del conocimiento, además de las dificultades que entraña el no contar con un objeto de referencia firme, de pacífica y común intelección para quienes puedan debatir o referirse a éste, otros riesgos que aparecen en el momento de aplicar una institución jurídica, a derechos y facultades que deben ser tenidos y disfrutados con seguridad jurídica<sup>619</sup>. La inseguridad jurídica no es el menor de los peligros que acechan y acompañan, a veces, a la acción positiva, como forma de actuación social, cuya idea*

---

“carencia de conceptos precisos”, del modo siguiente: “La falta de conceptos precisos produce confusiones en relación a los mismos, y a su vez, causa consideraciones o efectos negativos (...) no se distingue entre los conceptos de acción afirmativa y discriminación inversa o no se aclara su relación, por ejemplo, de género-especie. Y continúa: “En este caso, en la doctrina y de la misma forma en la normativa y jurisprudencia europeas no existe una clarificación en este punto. Y redondea el objeto y el núcleo del problema de la acción afirmativa, afirmando que “aunque no existe una definición normativa ni un acuerdo sobre lo que son las medidas o políticas de acción afirmativa o positiva, se podría entender que estas medidas suponen la creación de mecanismos o la utilización de políticas de carácter diferenciado para favorecer a personas o colectivos que están o han estado discriminados o se encuentra en una situación de desventaja”. Calificando a continuación a la medidas de acción afirmativa como “un tipo de normas características del Estado Social de Derecho”, de función promocional.

<sup>617</sup> Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea [DOE C83/13, de 30.3.2010], que reza en su art. 2: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

<sup>618</sup> El Art. 14 de la Constitución Española de 1978, (en adelante CE), establece que: “Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, dicho mandato constitucional ha de ponerse en relación, a estos efectos, con el art. 10 de la Carta Magna que proclama: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>619</sup> El principio de seguridad jurídica viene establecido en la CE de 1978, art. 9, 3. “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Puede consultarse el art. de GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Juan José, “Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo”, Noticias Jurídicas, [en línea], abril de 2005. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html> [Consulta 3 de febrero 2010].

*central o de base no está bien definida, y que por tanto no permite que sea comprendida ni compartida por quienes han de incardinarla en la vida social, sean legisladores, jueces o gobernantes.*

## 2 La igualdad de trato como finalidad de la acción positiva

---

*La igualdad de trato, como aspiración y consecuencia natural del principio igualitario, encuentra en el derecho derivado de la Unión Europea suficientes muestras de la preocupación del legislador comunitario por la consecución de la igualdad material o sustancial entre todos los ciudadanos frente al empleo, en un campo básico para la pervivencia de la Unión, cual es el de las normas del Derecho del Trabajo<sup>620</sup>, que la orientación económica de la Europa actual ensombrece, de forma patente, al realizar cualquier juicio crítico ante la situación y condición de los trabajadores en 2011, y en territorio comunitario, lo que puede conducir al análisis crítico del trabajo, caracterizándolo de nuevo, no sólo desde un plano o punto de vista económico, mas también sociológico, como mercancía<sup>621</sup>.*

*El principio de igualdad<sup>622</sup>, del que se derivan, al menos en este momento, dos normas o ideas fundamentales, pero no idénticas, vestidas con el nombre de*

---

<sup>620</sup> La vigente Directiva 2006/54/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que deroga, entre otras, a la que constituía hasta aquel entonces – 2006 – la norma que incidía más directamente en la aplicación del mencionado principio de igualdad “laboral” entre hombres y mujeres, la Directiva 76/2007/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, publicada treinta años cabales antes de que la Unión Europea haya dado este otro paso, la mencionada Directiva 2006/54/CEE, trascendental, aunque con perfiles todavía pendientes de hilván, que busca, amén de una efectiva igualdad de trato laboral entre hombres y mujeres, el acomodo del derecho del trabajo a las nuevas exigencias económicas, que tantas veces pugnan y olvidan el carácter esencial del trabajo para el desarrollo digno del ser humano.

<sup>621</sup> GARCIA LOPEZ, J., “La fuerza de trabajo es una mercancía...”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol.21, núm.2, 2003. El autor hace referencia a “La misma dualidad que caracteriza tanto al trabajo (...) como a la riqueza (...) en las sociedades capitalistas atraviesa a los individuos sociales mismos, escindiéndolos simultáneamente en sujetos (en tanto propietarios de su fuerza de trabajo) y objetos (en tanto componentes variables del propio capital)” (pág.56). Ante millones de personas que no tienen posibilidad de venta de su fuerza de trabajo en una Unión de economía social de mercado, hay que repensar el lugar del propio trabajador, y si los sistemas de protección social, tan arduamente conseguidos, pueden recortar o eliminar las ayudas que permiten, todavía, al ciudadano, más allá de su avatar económico, seguir considerándose sujeto pleno de derecho, o lo que da lo mismo, persona en plenitud de dignidad o sólo un elemento más componente del mercado de capital.

<sup>622</sup> CERDÁ MARTINEZ-PUJALTE, C.M., “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm.50/51, 2005, págs. 193-218. Disponible en línea:

*principio de igualdad de trato y de principio de prohibición de discriminación, conduce, en la vertiente laboral, por su innegable vocación de derecho humano<sup>623</sup>, asimismo de carácter fundamental<sup>624</sup>, a la preservación de la dignidad del hombre y de la mujer antes, durante y después del momento de su inserción en el mundo del trabajo, en condiciones laborales que deben ser dignas o decentes. Las técnicas que pretenden la verdadera dignificación de la persona o el grupo social marginado,*

---

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2538666>, (texto completo). [Consulta 3 febrero 2006]. Interesante la referencia a la “vaguedad innata” (apud J. Laporta), de la noción de igualdad (pág.193). Interesante, asimismo, la conclusión a que llega sobre “que no es posible una lectura unitaria de los dos incisos que conforman el art. 14 de nuestra CE, y así como tampoco la equiparación, ni terminológica ni conceptual, entre el principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación (...) La cuestión no solamente tiene consecuencias en el plano teórico, sino más bien en el plano práctico, pues entendemos que el mayor rigor en la definición conceptual de las diversas manifestaciones del principio de igualdad permitirá una mejor tutela de la igualdad en todos los ámbitos”(pág. 218). Éste es el nudo gordiano del ámbito del Derecho Discriminatorio, si esta expresión tan llamativa se permite. La ratio decidendi, que nunca se puede soslayar ante una situación de aparente o real discriminación, tal vez pueda encontrarse volviendo la mirada a lo que está más claro y nos llama con voz más limpia: el darle a cada uno lo que realmente es suyo, lo que en derecho le pertenece, actualizado en su necesidad y su dignidad. El resto pueden ser soluciones pretextadas, lo que redundará siempre en comportamientos que multiplican las situaciones de discriminación.

<sup>623</sup> A considerar el art. de DE LA VILLA GIL, J.L., “Los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999, nº 17, donde hace referencia a sendas Declaraciones, adoptadas en 1998; en primer lugar, la Declaración de la Conferencia General de la OIT, de 19 de junio de 1998, relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo – el derecho a la no discriminación ocupa el tercer lugar en la Declaración OIT de 1998, relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo, tras el derecho de libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso, y finalizando, el cuarto principio, la abolición del trabajo infantil–. Y en segundo lugar, la Declaración del Consejo de la Unión Europea, hecha en Viena, el 10 de diciembre de 1998, que presenta un cierto asomo de simultaneidad tanto cronológica como de objetivos, dado que ambas Declaraciones se realizan para la protección y promoción de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, con motivo del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos [El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos].

<sup>624</sup> Insoslayable, por su importancia e interés, constituye la cita de Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, nº 25, donde ofrece una sugestiva pincelada sobre el concepto que se da a la noción derecho fundamental, desde la perspectiva que ofrecen tres ordenamientos político-jurídicos diferentes: el sistema constitucional de América del Norte, el sistema de constitucionalismo francés, y, por último, la revisión a las garantías institucionales de la Constitución de la I República austríaca, de primero de octubre de 1920, mediante la que “los derechos europeos terminan de salir de los estrechos límites del principio de legalidad”, abriéndose “camino en Europea los derechos fundamentales” (pág.54). La constitución austríaca ya habla de unos derechos generales de los ciudadanos, en la Ley Fundamental de 21 de diciembre de 1867. Empero es Alemania, en la Constitución de Weimar de 11 de noviembre de 1919, donde aparece la mención, por primera vez, dentro del constitucionalismo europeo a los “Derechos fundamentales y deberes fundamentales de los alemanes”. Sirve, el ejemplo alemán, para trasladar nociones que parecen de similar importancia a la hora de establecer una referencia y caracterización netamente jurídica, de los derechos fundamentales: “la vinculación general, la eficacia directa, el contenido esencial, la tutela judicial” (pág.62), como requisitos cuya presencia permite apreciar, por encima de las puras declaraciones de corte político-constitucional, la existencia y efectividad institucionalmente garantizada del juego de los derechos y libertades fundamentales en la vida real.

*mediante acciones y disposiciones de carácter tuitivo o protector en el campo laboral, pueden ser denominadas con el genérico término de acción positiva o discriminación positiva, que servirá para avanzar en el estudio, salvando y teniendo en consideración las características de cada una de ellas y su cercanía o distanciamiento a un patrón ideal de la igualdad de trato.*

*No obstante, debe señalarse que tales técnicas de acción positiva, que se originan en situaciones de conflicto que afectan o pueden afectar a derechos de tipo social, político y laboral (derecho a la integración social mediante - entre otros medios -, la educación, la cultura y el trabajo; derecho a una vida digna consecuencia de la inclusión y participación plena en la sociedad por el desarrollo de una actividad laboral decente), se presentan entrecruzadas, consecuentemente, de matices jurídicos y políticos, en suma, sociales, y todo ello aboca a la consideración, con cierto afán prospectivo, de la acción o discriminación positiva como uno de los temas que puede alcanzar un mayor rango dentro del Derecho del Trabajo, no solamente español, pero asimismo de la Unión.*

*Deviene, así, la discriminación o acción positiva una de las categorías más relevantes dentro de los derechos fundamentales del trabajo, que son derechos humanos fundamentales, y por tanto, derechos laborales fundamentales<sup>625</sup>, que precisan de una pronta y urgente clarificación, legislativa, doctrinal y jurisprudencial, para el mejor y equitativo desarrollo de la sociedad europea contemporánea, donde no es remota la probabilidad de movilidad y afluencia, como ya se viene produciendo, junto a trabajadores y personas que disfrutan de un estatus laboral homologable al europeo, de otros contingentes de personas que llegan pidiendo trabajo y el reconocimiento a su dignidad, en unas condiciones de penuria y desamparo similares, frecuentemente, a las que motivaron la teoría principal de CARLOS MARX<sup>626</sup>, al analizar las causas que pudieran explicar, dar a conocer y transformar el mundo económico y laboral contemporáneo al desarrollo de su obra.*

---

<sup>625</sup> CANESSA MONTEJO, M.F., "Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, nº.72 donde hace referencia a la sinonimia o ambivalencia entre los conceptos de derechos humanos fundamentales y derechos fundamentales del trabajo: "Los informes Ventejol de 1979 y 1987, y la Declaración de la OIT de 1998, utilizan indistintamente los términos derechos humanos fundamentales y derechos fundamentales del trabajo" (pág.118).

<sup>626</sup> MARX, K., *El Capital: crítica de la Economía Política*, Libro I, vol.3:"El proceso global de producción capitalista", Madrid, Siglo XXI, 1998, *passim*. También puede encontrarse en línea: <http://www.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/capital.htm>, [consulta 2 febrero 2009].



### *3. Objetivos y modalidades de la acción positiva*

---

*Uno de los elementos del binomio dialéctico discriminación negativa versus acción positiva, viene configurado porque esta última, la acción positiva, sugiere y se desenvuelve, al menos en la teoría, en el campo de la reparación social, en cuanto tiende a recompensar a un grupo humano con una serie de medidas de favor actuales por la injusticia sufrida en momentos anteriores, incluso al de la existencia física de la persona beneficiaria de la medida de favor, perteneciente a dicho grupo históricamente perjudicado. Esas medidas actuales de remedio se definen, al menos doctrinalmente, por su carácter temporal, puesto que se adoptan para ayudar a salir de la situación de marginación o discriminación padecida por alguien, sea el sujeto receptor o beneficiario de las medidas de acción positiva una persona o un grupo.*

*Por otra parte, en el entorno cultural y social que conocemos – con su escala de valores asumidos de forma general –, y en el que pueden producirse las medidas de acción positiva, se tiene como principio generalmente aceptado el de la igualdad de todo ser humano en cuanto es acreedor de un trato congruente a su dignidad, a su valor per se. Por ello, se debe hablar, además de la reparación de la dignidad, de otro medio de retornar a nuestro semejante a su lugar, de restitución en su derecho, en el goce de todos los derechos que disfrutaban los otros miembros de la sociedad donde el favorecido por la acción positiva debe encontrar plena integración y reconocimiento como un ciudadano más. Las medidas de acción positiva, creemos, cumplen esa doble función general de reparación de la dignidad lesionada injustamente, y de la restitución al ser humano en sus derechos mediante tales acciones de favorecimiento actualizadas en su persona.*

*Sin caer en la repetición, sí deviene oportuno formalizar un breve inventario de los objetivos o finalidades que guían a la acción positiva, cuyo guión más oportuno es el que ofrece el reiterado Informe de 17 de julio de 2002, sobre Prevención de la Discriminación<sup>627</sup>. Resulta necesario destacar los dos grandes modelos de medidas teóricas y prácticas, con las especialidades que pueden presentar algunas de las derivaciones de ambos modelos, que pueden sintetizarse en atención a la base que se toma para llegar a la estación término de la igualdad laboral, como antítesis de la*

---

<sup>627</sup> De forma sucinta, éstos pueden ser los grandes intentos u objetos a que se dirige la acción afirmativa (por utilizar idéntico término al usado por la ONU en su reiterado Informe sobre Prevención de la Discriminación: a) Reparar injusticias históricas; b) Reparar la discriminación social estructural; c) Crear diversidad o una representación proporcional de los grupos; d) evitar la agitación social; e) lograr un sistema económico más eficiente; f) establecer una sociedad más igualitaria.

*discriminación negativa: la elección se presenta entre la adopción de medidas de favorecimiento que busquen establecer la igualdad de oportunidades como remedio para erradicar la discriminación laboral y de otros tipos (lo que obliga socialmente a ofrecer una homogeneidad de condiciones económicas y de todo tipo para todos los ciudadanos (principio de igualdad de condiciones de salida, que hagan posible la igualdad de oportunidades). Y junto a esta técnica de elección de medidas de acción positiva garantizadora, al menos teóricamente, de la igualdad de oportunidades de salida para todos los ciudadanos, aparece otro conjunto de disposiciones que se concretan por orientarse a la igualdad de resultados. La crítica doctrinal afirma que el primer modelo, el que busca asentar una homogeneidad en las condiciones de salida o partida para todos los ciudadanos, que puedan convertirse en una efectiva igualdad de oportunidades en su desarrollo laboral y personal, es propio del sistema económico neo-liberal, mientras que el segundo modelo, que intenta garantizar la igualdad de resultados, puede definirse como propio de un sistema económico con mayor preocupación social. Dos grandes problemas se plantean en la elección entre uno u otro modelo de garantía de la acción positiva: por una parte, una igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, jamás se ha dado en ninguna sociedad conocida, por razones económicas y de estructuración social que siempre estarán en contra de llegar a ese punto verdaderamente igualitario. Por otro lado, el sistema de igualdad en el resultado, apoyado única y exclusivamente en el sexo, el color, el origen o la cultura de la persona o el grupo a que van dirigidas las medidas de acción positiva, tiende a crear todavía más discriminación negativa entre las personas que no pertenecen al grupo de favor.*

*La cuestión de encontrar la forma justa - que no sea a su vez simiente para futuras discriminaciones-, de reparar los daños del pasado desde el presente, mediante la acción positiva, no es un tema pacífico en la doctrina. Para autores como SOWELL, críticos con esta técnica de remedio social, “Los males del pasado seguirán siendo males irrevocables a pesar de lo que hagamos en la actualidad”<sup>628</sup>. Aparte de que el modelo norteamericano de acción positiva – reverse discrimination – ha dejado entrever sus luces y sombras por el rudo contraste entre los grupos sociales destinatarios o demandantes de tales medidas y los beneficiarios de éstas, que exigiría un examen crítico tanto en los procedimientos como en los análisis previos*

---

<sup>628</sup> SOWELL, T., *La discriminación positiva en el mundo: Estudio empírico*, Madrid, Fundación FAES, 2006, pág. 241.

*de la población necesitada y de los resultados finales habidos, positivos o negativos, tras la adopción de dichas medidas de acción positiva.*

*No aparece como el menor problema éste de acertar con el término de vigencia o duración de tales medidas, que por la doctrina se acepta pacíficamente han de fijar una acotación de vigencia temporal, y una verificación de los resultados. En los EEUU se han producido vaivenes, desde un primer momento de implantación centrada en colectivos y para fines muy concretos: acceso a los estudios, a la universidad y a determinados puestos de trabajo; estas acciones afirmativas en unas ocasiones se han mantenido incluso durante decenios, y en otras han cesado en su aplicación al poco tiempo de aplicarse, a la vista de los resultados. También resulta interesante la comparación en el tratamiento dispensado a los distintos grupos minoritarios discriminados, por ejemplo, la minoría de origen asiático (mayoritariamente japonesa), que en EEUU han sufrido una fuerte discriminación a raíz de la Segunda Guerra Mundial, y que ni han demandado ni han aceptado ser beneficiarios de cualquier medida de acción afirmativa, demostrando una extraordinaria capacidad para superar los problemas de integración mediante el propio esfuerzo.*

*De cualquier modo, aunque no se pueda modificar el pasado, intentando borrar las injusticias entonces cometidas, sí que se puede pretender que se padezcan las menores consecuencias en el presente por el grupo o la persona que las sufrió o todavía se ve obligado a soportar tal situación de lacra heredada, a menudo, como se ha repetido, en función de la subsistencia de los estereotipos. Ningún Estado puede transigir con la iniquidad, venga o nazca ésta de la causa o motivo que fuere, porque ello supone la negación del papel de la organización estatal y su deber de ordenación social conforme al derecho.*

#### *4. Conceptos de acción o discriminación positiva. Particularidades*

---

*Anteriormente se ha intentado categorizar la acción o discriminación positiva como un derecho laboral fundamental, invocable para corregir situaciones de injusticia personal o social, asentadas sobre la estereotipación<sup>629</sup> de carácter negativo, causa*

---

<sup>629</sup> Término que no resulta de fácil encaje y uso en esta ocasión, puesto que ni tan siquiera está aceptado académicamente. El verbo estereotipar, en su tercera acepción, según la RAE, significa: Fijar mediante su repetición frecuente un gesto, una frase, una fórmula artística; mientras que el sustantivo estereotipo quiere decir: imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable. Puede, sin ocasionar mayores males, utilizarse el término estereotipo como

*de la discriminación negativa, que conduce a la injusticia, unas veces proveniente del poder público y en otras ocasiones ejercida en el ámbito de las relaciones privadas – notoriamente lo son las relaciones surgidas del contrato de trabajo entre particulares –.*

*Por tanto, conviene encarar el examen de la acción o discriminación positiva teniendo presentes tanto las razones para su justificación, como la objetividad necesaria para encontrar la verdad de esta institución, libre del torcimiento con que términos inadecuadamente utilizados pueden deparar a la comprensión de esta técnica que comporta un indudable derecho, fundamentado en el respeto a la igual dignidad de todo ser humano, sin descuidar un aspecto esencial en cualquier terreno de investigación, y más en éste, propio del Derecho del Trabajo, cual es el viejo aserto de que las cosas son como son y no como se las llama: lo que obliga a la búsqueda de la objetividad y de la verdad en la investigación, salvando las distorsiones provocadas por un lenguaje falto de claridad y rigor.*

*Por tanto, para un acercamiento eficiente a la naturaleza de la discriminación inversa o acción positiva, hay que asegurar previamente, como mínimo, una cierta armonía y homologación entre los conceptos que se hacen valer, a veces con equivalente significado, pero distinto significante; en otras ocasiones con idéntico significante pero diferente significado y, más allá, con un tropel de términos que vienen a referirse, todos ellos, a una misma realidad, suplantada o disfrazada en ocasiones, bajo el ropaje de una exótica y excesiva terminología que hace su aparición al referirnos a la discriminación positiva o acción positiva, como objeto de estudio que debería definirse con mayor precisión, para tornarlo más inteligible y accesible a un análisis clarificador<sup>630</sup>.*

*Con el título de acción positiva, acción afirmativa, discriminación inversa o positiva, acción de favor, medidas especiales o cualquiera otra denominación aceptada en la política, la práctica jurisprudencial y gubernamental y la doctrina científica, y dada a*

---

sinónimo de la acción de estereotipar, término mucho más eufónico y sobrio en nuestra lengua que aquel de estereotipación, disonante.

<sup>630</sup> GARCÍA AÑÓN, J., “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”, op.cit. págs. 6-7, donde establece una clasificación, con sentido “meramente instrumental”(sic), de las medidas de acción afirmativa, en razón de su función: “medidas de concienciación; medidas de facilitación y medidas de retribución”. El otro segundo gran problema de la acciones afirmativa, reseñado por el autor en el punto IV.2 del art., cuyo elocuente enunciado reza: “Desconexión entre los conceptos y la terminología de la doctrina con las normas y con las decisiones jurisprudenciales nacionales o europeas” (pág.8).

*conocer por los medios de comunicación y de transmisión del conocimiento, se puede designar a un conjunto de medidas de favorecimiento, de aplicación temporal y generalmente de origen público, destinadas a evitar la marginación social, causada por la adscripción de una persona a un grupo social, al que se considera definido por unas características permanentes y desfavorables, respecto a las que se entienden como aceptables dentro de una determinada sociedad.*

*Al describir la acción o discriminación positiva se enfoca un hecho sencillo, pero de una compleja trascendencia económica y, por ende, social y jurídica, que viene determinada por su contenido, cual es la escasez e indivisibilidad de un bien a otorgar, conceder o reconocer a favor sólo de una o unas personas, que se niega, por tales características de escasez e indivisibilidad, a otra u otras personas, que pueden tener idéntico o incluso mejor derecho actual que los favorecidos por la discriminación positiva, pero que se trata de justificar porque tienden a reparar en su persona, con esta medida de favorecimiento, las consecuencias o resultados actuales de injusticias cometidas en el pasado, tales como los tratamientos inhumanos, degradantes o humillantes con la persona o el grupo al que se trata favorablemente (se discrimina positivamente), en el presente.*

*Puede afirmarse que, en España y en Europa, donde no se han producido medidas de acción positiva similares a las que en EEUU tuvieron, en un primer momento, como sujeto beneficiario a los integrantes de la minoría de origen africano, allá por los años sesenta del pasado siglo, las disposiciones actuales de ayuda o de favor laboral tienen como protagonista fundamental a la mujer, y ello en función, también claramente destacable, de lograr su equiparación al hombre en cuanto a al disfrute y ejercicio de derechos laborales, que ha dado origen a diversas normas de derecho derivado comunitario, todas ellas con el mismo objetivo final de lograr la plena dignidad de la mujer mediante la efectiva aplicación del principio de igualdad real o material – igualdad de trato - en los derechos de la mujer en el ámbito laboral de la Europa comunitaria<sup>631</sup>; derechos de la mujer que deberán ser, si los Estados y las*

---

<sup>631</sup> Debe quedar reflejo de la constante y progresiva tarea legislativa y jurisprudencial, en pro de la consecución de la igualdad real entre hombres y mujeres, que llevan a cabo tanto el legislador como el juez comunitario, con ecos y modificaciones en las distintas normativas y sentencias de los estados miembros de la Unión Europea. Entre las directivas más tempranas que abordaron la regulación del principio de igualdad laboral entre hombres y mujeres – hoy derogadas por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación – hay que señalar la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; la Directiva

*organizaciones internacionales tales como la ONU, la OIT, la OEA y otros organismos consiguen ampliar tal normativa, equiparadora de la mujer al hombre en el respeto a su igual dignidad, también en el ámbito laboral, mediante el ejercicio de un trabajo decente.*

*La referencia a la acción positiva como reverso<sup>632</sup> de la discriminación negativa – asimismo se le llama a aquélla discriminación inversa<sup>633</sup> - exige, para situar ambas instituciones en un contexto lingüístico adecuado, aclarar previamente qué sean o signifiquen tanto el término discriminación como este otro de acción positiva, para transitar con algo de seguridad por el difuso valle conceptual que ser oculta tras la*

---

76/207/CEE, del Consejo, Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2002/273/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002. Modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; la Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo y, por último, la Directiva 98/52/CE del Consejo de 13 de julio de 1998 relativa a la ampliación de la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Continúan vigentes la Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y la Directiva 2000/43/CE, del Consejo de 29 de junio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. La normativa comunitaria, derivada, más reciente que se ocupa de este mismo y serio problema de justicia social y laboral es la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma [que deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo].

<sup>632</sup> GOLDMAN, Alan H., *Justice and reverse discrimination*, Princeton, Princeton University Press, cop. 1979, passim, que tal vez resulte uno de los antecedentes más tempranos en la utilización de esta terminología, si bien centrada en aquellos momentos en los dos grandes temas discriminatorios, vistos desde una óptica de integración social: el tratamiento preferencial deparado a las minorías raciales y a la mujer. El autor define desde un buen comienzo el objeto de estudio: “Nuestro objeto aquí será decidir en qué situaciones y para qué individuos las políticas preferenciales pueden estar justificadas y en cuáles situaciones no pueden justificarse. Podemos comenzar definiendo la discriminación inversa como el tratamiento preferente para miembros de grupos minoritarios o de las mujeres en la contratación laboral, la admisión en la escuela o en las políticas de programas de formación (trad.del autor). [Our object here will be to decide in which situations and for which individuals preferential policies can be justified and in which situations they cannot. We may begin by defining reverse discrimination as preferential treatment for minority-group members or women in job hiring, school admission, or training-program policies (pág.4)].

<sup>633</sup> MARTIN VIDA, M.A., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas (Col. Monografías), 2003; véase la utilización del término discriminación inversa, que utiliza en las páginas 44 y 47, entre otras, de la obra citada.

*abundante espesura terminológica. Se ofrecen, a continuación, las diferentes nociones elaboradas sobre el contenido de la expresión discriminación, para distinguir con mayor facilidad el concepto de acción positiva, también reconocida en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como discriminación positiva, que es la locución dialécticamente opuesta a la discriminación negativa, nombre asimismo reconocido y aceptado por la doctrina actual<sup>634</sup>.*

*Conviene, asimismo, ampliar el ámbito de aceptación del concepto, exponiendo lo que se entiende como discriminación por los organismos internacionales más significados en el tratamiento jurídico y político de ese fenómeno, así como el contenido de la discriminación en el espacio español y europeo. Con tal finalidad, GARCÍA AÑÓN<sup>635</sup> realiza una llamada a la “carencia de conceptos precisos”, y los efectos que produce en el campo que se puede definir como discriminatorio, con tanta y tan relevante incidencia en el Derecho del Trabajo, entendido aquí en el aspecto de derecho subjetivo: derechos de los trabajadores. La causa probable, o una de ellas, de la falta de unos conceptos claros en este terreno, ha de buscarse en primer lugar, aunque no sea el más importante, en la distinta naturaleza de los idiomas en que se entiende y se expresa el hecho discriminatorio, que no siempre posibilita un trasvase de contenido exacto de unas a otras lenguas.*

*Otra de las razones para la confusión conceptual debe buscarse en el sesgo que se introduce en el recto sentido de las palabras cuando los documentos, tratados o normas nacionales o internacionales sobre este asunto resultan fruto del acuerdo, pacto o consenso político y, como tal producto final, debe cohonestar pensamientos, voluntades e intereses divergentes, cuando no contrapuestos; pero que han de encontrar, necesariamente, un punto de coincidencia, de equilibrio para dar a luz una medida de eficacia general, aunque venga después sujeta a la ulterior hermenéutica, no siempre pacífica. Se sacrifica conscientemente la claridad en pos de la aplicabilidad de la norma, pues teleológicamente el fin de protección del principio igualitario, y su par, el principio de no discriminación, deben mantenerse*

---

<sup>634</sup> Una de las obras que pueden arrojar más luz, y también sembrar más debate e interrogantes, en torno a la discriminación, con un sujeto muy personalizado: los ciudadanos franceses hijos de inmigrantes de origen magrebí, es la de CASTEL, R., *La discrimination négative: citoyens ou indigènes?*, Paris, Seuil, cop. 2007.

<sup>635</sup> GARCÍA AÑÓN, J., “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, [en línea], 1999, nº 2. Disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/2/garcia.html>. [Consulta 2 junio 2008]. Señala la inexistencia de una definición normativa ni un acuerdo “sobre lo que son las medidas o políticas de acción afirmativa o positiva” (pág.6)

*indemnes. Otro debate puede resultar de la aplicación, en la vida real, respetando y protegiendo los derechos de todos los implicados, de cualquier medida de discriminación o acción positiva, que no se convierta a su vez en fuente o causa de discriminación negativa.*

### 5. Concepto de acción afirmativa según la ONU

---

Por lo que se ha expuesto anteriormente, la acción positiva, y el tratamiento para hallar solución a los problemas de tipo discriminatorio, en general, pero, sobre todo, aplicado a los grupos sociales secularmente considerados marginales o lindantes con la marginación social<sup>636</sup>, debe afrontarse con la prevención de que este objeto de estudio resulta, en el primer decenio del siglo XXI, un tanto añejo, pues ya REY MARTÍNEZ<sup>637</sup>, refiriéndose al momento en que se encuentra el debate sobre las técnicas de acción positiva, afirma que este tipo de medidas “hacen su entrada

---

<sup>636</sup> GIMÉNEZ GLUCK, D., “Estado social y acciones positivas: especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad”, en M.D. Díaz Palarea y D. Santana Vega (coord.), Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad, Madrid, Reus, 2008, pág. 41: “Las actuaciones de los poderes públicos que favorecen la igualdad material tienen dos maneras de desplegar sus efectos: centrando su objetivo en las personas individualmente consideradas o en los colectivos.(...) Cuando se centran en colectivos las denominamos acciones positivas. Cuando lo hacen en las personas individualmente consideradas serían medidas de igualdad positiva”. Hay que diferenciar las medidas de acción positiva destinadas a un grupo social marginado por diversas consideraciones fundamentadas en el estereotipo, de otras medidas de corrección de la desigualdad, en este caso no grupal, sino individual. Denomina a estas últimas, las acciones positivas o de discriminación positiva individual “medidas de igualdad positiva”, que serían las medidas empleadas para corregir, remediar o suavizar situaciones individuales de desigualdad económica o de oportunidades que no tienen su origen (al menos no exclusivamente), en una historia pasada de discriminación contra un determinado colectivo. Añadir más nombres a un elenco-escaparate donde quizá sobren denominaciones, no parece útil, al menos en cuanto introduce complejidad en un tema de por sí borroso, de contornos nada nítidos y donde las palabras queman según cómo se utilicen, lo contrario de una argumentación científica sería. Nada obsta, entendemos, a que pueda haber una acción positiva grupal y otra individual, puesto que, además, toda acción positiva grupal concluye en una acción de favorecimiento particular a los individuos que integran el grupo beneficiado. Entendemos que el fondo de la acción positiva es una limitación que se entiende intrínseca a toda discriminación positiva: que tenga carácter temporal y que no se convierta en su reverso, esto es, una discriminación negativa sin causa, in cápita de un inocente actual que posiblemente nada ha tenido que ver con el pasado o presente del sujeto beneficiario de la medida de acción positiva; añadiendo que muchos de los problemas de toda acción de favorecimiento se pueden relativizar si ésta se piensa con una limitación temporal: lo que excluiría la aparición de privilegios por hechos anteriores incluso al nacimiento de los integrantes del grupo pretéritamente marginado. La acción positiva ha de tener carácter temporal y no dar lugar a otra discriminación, si se quiere deslindar de la noción de privilegio. Sobre el dilema de la acción positiva como ideal de doble faz: igualdad de oportunidades de partida o igualdad de resultados, habrá ocasión más adelante de considerar este debatido tema.

<sup>637</sup> REY MARTINEZ, *apud* MARTÍN VIDA, M. A., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas (col. Monografías), 2003, pág. 32.



*triumfal en Europa en los años ochenta, justo cuando se hallaban en pleno proceso de crisis y retroceso en su país de origen”.*

*No obstante, conviene siempre tener presente el trabajo de las instituciones y los tratadistas que han tomado como objeto de examen el tema discriminatorio, en sus múltiples facetas, para dar con el punto de equilibrio, la medida que siempre es la belleza de lo jurídico, máxime en áreas donde lo antiguo llama a lo nuevo con voces que encierran una reivindicación por tiempo insatisfecha.*

*Parece adecuado en este momento reflejar el trabajo de la ONU sobre el concepto y la práctica de la acción positiva, llevado a cabo por medio de su Relator Especial, Sr. MARC BOSSUYT, quien tras un discutible argumento acerca del significado y propiedad de utilización terminológica al caso, se decanta, finalmente, por el término de acción afirmativa<sup>638</sup>, como más acorde para definir la institución examinada, en la que distingue, en el apartado 6 del capítulo 1 del informe sobre Prevención de la Discriminación, su vertiente jurídica y el doble terreno de aplicación o residencia, que manifiesta del modo siguiente:*

“Como concepto jurídico, la “acción afirmativa” tiene su lugar en derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, es un concepto que no tiene una definición legal de aceptación general. Sin embargo, para discutirlo con seriedad es preciso, como condición previa, contar con una definición básica: “La acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”.

El apartado 7 del Capítulo 1 del Informe sobre Prevención de la Discriminación arriba reseñado hace referencia a los sujetos - tanto públicos como privados - capacitados para llevar a cabo políticas de acción afirmativa; mientras que en el apartado 8, *caracteriza al sujeto receptor “grupo determinado compuesto de personas que tienen una característica común en que está basada su pertenencia al grupo y se encuentran en situación de desventaja”.*

---

<sup>638</sup> Resulta interesante, para desbrozar el camino hasta dar con el nombre cierto o, al menos, más apropiado para esta institución, tan mudable a veces: acción positiva/acción afirmativa, detenerse en el capítulo “1. El concepto de acción afirmativa”, con que se abre el documento E/CN.4/Sub.2/2002/21, de 17 de junio de 2002, sobre Prevención de la Discriminación, elaborado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Disponible en: [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/45279484047527b1c1256c0c0032e145/\\$FILE/G0214017.pdf](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/45279484047527b1c1256c0c0032e145/$FILE/G0214017.pdf). [Consulta 14 octubre 2005].

*Se advierte que el centro de atención de la ONU en tema discriminatorio, y por tanto, en la adopción de instrumentos de acción afirmativa, tiene por eje la discriminación padecida por el grupo, como sujeto receptor de las medidas de favor o ayuda.*

#### 6. Formas de acción afirmativa según la ONU

---

*Un postulado que mantiene la ONU en este campo es el de que la implantación de medidas de acción positiva (afirmativa en la terminología de la ONU) deben respetar el principio de no discriminación, lo que se entiende como la prohibición de convertirse, a su vez, en fuente de discriminación (que resultaría negativa). Conviene señalar que la ubicación propia de la acción positiva, en este caso, es el de la contratación laboral, lugar donde antes y durante la vigencia de la prestación del trabajo se da el mayor contingente de casos de discriminación negativa, y por consiguiente, la mayor necesidad de adopción de medidas positivas que contrarresten el injusto laboral basado en la discriminación.*

*Para la OIT, la acción positiva en el campo de la contratación laboral reviste o puede revestir las modalidades que se examinan a continuación:*

- a) La movilización afirmativa – respetando la terminología de la OIT – también conocida como equidad afirmativa, y*
- b) la preferencia afirmativa.*

#### 7. Movilización afirmativa o equidad afirmativa

---

*Son ambas medidas para la superación de problemas sociales de un grupo discriminado, que, en principio, no suponen una discriminación con las personas o grupos al que resulta destinatario de estas medidas. Se utiliza lo que la OIT denomina contratación afirmativa, que es la que se ofrece, basada en la formación y en la divulgación, para animar y sensibilizar a los grupos discriminados a solicitar determinados bienes sociales que les ayuden a salir de la marginación y a competir laboralmente por empleos y promoción. La equidad afirmativa es, en sustancia, lo mismo que las llamadas medidas especiales, en cuanto se trata de establecer unas garantías observadas meticulosamente, para ordenar un tratamiento equitativo en la atribución de los bienes o beneficios sociales.*

## *8. Preferencia afirmativa*

---

*Quizá sea esta medida la más debatida, hasta el presente, dentro del campo de las técnicas de acción positiva, puesto que parte de la consideración del sexo o la raza de la personas para que ésta pueda o no - si no es el caso contemplado por la medida preferente – solicitar o acceder a un bien social, frente a otra persona que reúne las mismas condiciones de mérito para conseguir dicho bien.*

*Esta técnica ha sido objeto de debate y jurisprudencia en la Unión Europea, en los supuestos en que frente a la posibilidad de concesión de un beneficio determinado, se da preferencia, entre dos personas aspirantes, igualmente cualificadas, a la que pertenece al grupo de los destinatarios o beneficiarios de la medida de acción positiva. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa), de 17 de Octubre de 1995, en el caso Eckhard KALANKE contra Freie Hansestadt Bremen, en aplicación del apartado 4, del art. 2 de la Directiva 76/2007/CEE (derogada), rechaza las medidas de acción positiva por cupos<sup>639</sup>, que tiene como ideal la consecución de la igualdad de resultados. Solventa o intenta clarificar esta sentencia tres grandes dudas en cuanto a la aplicación de las medidas de acción positiva, en este caso, referidas a la mujer como sujeto teóricamente beneficiario: si la preferencia ha de tener carácter absoluto, incondicionado; si la igualdad de oportunidades debe declinar ante la igualdad de resultados, y si el criterio de infrarrepresentación no admite modulación alguna y conduce a la aplicación automática del tratamiento preferente.*

---

<sup>639</sup> Resultan de interés los argumentos esgrimidos en dicha Sentencia, fundamentalmente en los Motivos 22 a 24, del tenor literal siguiente:

“22 Pues bien, una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el apartado 4 del art. 2 de la Directiva.

23 Además, procede añadir que un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del art. 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades.

24 Por consiguiente, procede responder al órgano jurisdiccional nacional que los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva se oponen a una normativa nacional que, como sucede en el presente asunto, en caso de candidatos de distinto sexo que concurren a una promoción con la misma capacitación, concede automáticamente preferencia a las candidatas femeninas en los sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, considerando que existe infrarrepresentación cuando las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos en cada uno de los grados de la categoría de personal de que se trate y sucede lo mismo en todos los niveles de función previstos en el organigrama”.

*En otros casos, la preferencia afirmativa lleva a medidas tan radicales que se pueden tildar, sin ningún tipo de reparo, de pura injusticia social, nacida de los mejores propósitos, pero injusticia al fin y al cabo, que además devuelve todos los argumentos utilizados contra las actuaciones discriminatorias: esos supuestos de preferencia afirmativa injusta pueden darse en el caso de prohibición de concurrencia de miembros de otros grupos - claro caso de discriminación negativa absoluta contra los integrantes del grupo no favorecido -, o cuando se permite a miembros de otros grupos que compitan por el bien de que se trate (por ejemplo, la matrícula o la entrada en un centro educativo o formativo), pero estableciéndose una preferencia al aspirante que pertenezca al grupo beneficiario, aunque se dé el supuesto de que el otro u otros interesados competidores estén más cualificados o tengan mejores notas. Éste no deja de ser un supuesto, asimismo, de discriminación absoluta, contrario a las disposiciones de la OIT, puesto que en la realidad, con tal acción positiva se provoca el resultado de la exclusión (discriminación negativa) de todos los miembros no pertenecientes al grupo beneficiado de la medida de tal acción de favor o ayuda, y un privilegio para los miembros del grupo preferido o favorecido.*

*Como cierre de este apartado se ha de volver la mirada a un postulado básico a la hora de emplear o poner en práctica cualquier tipo de medida de acción positiva, cual es que ésta no puede, a su vez, generar discriminación. La prudencia, la equidad y el empleo de medidas que concilien el respeto y la satisfacción del derecho de todos, meta de difícil pero no imposible consecución, pueden resolver las contradicciones, y la lucha de intereses que se dan en toda sociedad. La acción positiva en el ámbito laboral, amén de un derecho humano laboral, es también un camino que puede brindar oportunidades de verdadera integración social o, por el contrario, añadir más discriminaciones y posibles rencores, con el riesgo de fractura social, a los ya existentes en el ámbito laboral.*

#### *9. Los diferentes sentidos del término discriminación*

---

*En los apartados anteriores se ha hecho referencia a las dificultades para la elaboración de un concepto de acción positiva y también a la finalidad de igualdad de trato en el ámbito laboral, que se entiende como contenido de toda acción positiva, prioritariamente destinadas a favorecer el empleo femenino. Asimismo se han expuesto las particularidades que presenta el concepto de acción o*

*discriminación positiva. Conviene en este momento, puesto que debe examinarse el fenómeno discriminatorio en todas las facetas que pueda mostrar, estudiar las normas producidas por los organismos de ámbito internacional más influyentes para tipificar los diversos comportamientos discriminatorios en el terreno laboral, y para acotar las conductas cuyo carácter discriminatorio merecen una respuesta jurídica y social que evite o impida su presencia en el mundo laboral, en perjuicio de los derechos del trabajador. Con esta finalidad se revisan los conceptos de discriminación siguientes:*

#### *10. Concepto de discriminación según la OIT*

---

*El concepto que la OIT elabora sobre la discriminación<sup>640</sup>, viene delimitado en el art. 1, del Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), adoptado en Ginebra el 25 de junio de 1958, con el siguiente tenor literal:*

Art. 1:

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

Nótese, aunque ello suponga una digresión, que el concepto de discriminación, con su ambivalencia (positiva o negativa), y sus diversos efectos sociales, se convierte a menudo en una aporía cuando intentamos aplicarlo en el dominio de la OIT,

---

<sup>640</sup> TOMEI, Manuela, "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, Vol.122, núm.4, 2003. Interesante la observación final de la autora, sobre la obligación de promover la igualdad de trato y de oportunidades para erradicar la discriminación en el empleo y la ocupación; así como el intento explicativo del concepto o la noción de igualdad en el trabajo, según los tres modelos que presenta: el de justicia procedimental o individual; el modelo de igualdad basado en la justicia social, y la igualdad como reconocimiento de la diversidad. En el apartado que hace referencia al mérito (pág. 447), expone quizá, la idea más sencilla, y por ello útil, para evitar la discriminación laboral: "De lo que se trata, pues, es de idear maneras para medir y comparar el valor de diferentes trayectorias vitales y laborales basándonos en criterios exentos de sesgos por razón del sexo, la raza o las aptitudes, para no privar a nadie de la igualdad de oportunidades sólo porque pertenece (involuntariamente) a un colectivo" (pág.448).

organismo al que las presiones internacionales obligan, a veces, a ejecutar inverosímiles malabarismos semánticos, puesto que los términos distinción, exclusión o preferencia que vemos señalados en el apartado 2 del art. 1 del Convenio 111, no dejan de contener significados cercanos, próximos y equivalentes a aquel otro que se intenta combatir – discriminación –; y que la OIT se ve en el trance de salvar por *razones de fuerza mayor, contradiciendo la base de todo el Convenio cual es la negación de la discriminación, y forzando la redacción del mencionado art. 1, apdo.2 C111, donde hemos visto que se afirma que: “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación”*. Aquí se sitúa de nuevo la pugna entre el lenguaje y la realidad económica y sus implicaciones, cuando se intenta sostener, contradiciendo postulados lógicos y básicos de cualquier argumentación científica, que lo uno y su contrario son la misma cosa o que dos cosas iguales son distintas, forzados a admitir, aunque no sea llanamente, sino de modo oblicuo, la aparición de una forma de acción positiva o discriminación positiva, al gusto de los intereses dominantes – distinciones, exclusiones y preferencias que se sientan para favorecer un empleo determinado-, y que al tener dicha finalidad no son consideradas como discriminaciones por la OIT: éste es un claro ejemplo de un voluntarismo en lo político-laboral, en las relaciones de poder que se dan tanto en los ámbitos nacionales como internacionales, con resonancias indiscutibles en el mundo jurídico del trabajo, que sacrifica al lenguaje, forma todavía la más importante para comunicarnos y entendernos los seres humanos, en aras del compromiso y el acuerdo.

Tal vez llevados de una excesiva buena fe, se tiende a construir torres de Babel sobre la confusión ideológica que acarrea, como primera consecuencia, la distorsión y el mal uso de la lengua, y ésta a su vez, el derrumbe del concepto, por carecer del basamento firme y necesario que sólo le proporciona la verdad. Una verdad que, cual nueva faz de Isis, permanece oculta tras el velo de intereses no siempre asumibles desde una situación de respeto a la veracidad y la equidad en las relaciones reguladas o contempladas por el Derecho del Trabajo en las diferentes instancias que lo conforman o lo aplican<sup>641</sup>.

---

<sup>641</sup> Hemos de volver la vista a FREGE, Gottlob, *Estudios sobre semántica*, Barcelona, Ediciones Folio (Col. Biblioteca de Filosofía), 2002; el valor veritativo que podemos encontrar en la relación del pensamiento con lo verdadero no es el que se da entre el sujeto y su predicado, sino como el que hay entre el sentido y la referencia, como el genial maestro afirmó: “Es la búsqueda de la verdad lo que nos incita a avanzar del sentido a la referencia” (pág.62).

*La solución, creemos, tal vez se pueda encontrar si aligeramos a los términos usados de toda la carga de intereses ajenos al que debiera ser, estrictamente, el lugar laboral propio de la OIT, y volviendo la mirada, en este caso, a la lengua inglesa, señalar otras acepciones del verbo *discriminate*, entre las que bien puede utilizarse, sin introducir elementos nuevos y de oportunidad, las acepciones, significados en este contexto, de *distinguir* o *discernir*. Veamos que si se analiza este apartado 2 del art. 1 del Convenio 111 de la OIT, bien se podría afirmar algo muy parecido a que las distinciones, exclusiones o preferencias, cuando tienen como finalidad facilitar un empleo determinado, no serán consideradas distinciones, exclusiones o preferencias. ¿Qué pasa con tal enunciado...? Pues que lleva en su interior la contradicción natural y semántica que le procura el darle dos sentidos o significados distintos y contrarios a un mismo concepto<sup>642</sup> que representa una sola cosa o realidad, la discriminación, que unas veces funge sinónimamente como acción positiva y, otras, como su contrario – la marginación, la exclusión (discriminación negativa) -, que resulta, empero, una misma referencia o referente<sup>643</sup>.*

---

<sup>642</sup> FREGE, G., *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid, Tecnos, 1998, [Edición, introducción, traducción y notas de Luis M. Valdés Villanueva]. Clarificador como método para acercarse a un juicio del modelo que la OIT nos presenta en el apartado 2, art. 1 del Convenio 111, citado, intentando hallar el valor de verdad de tal aserto, teniendo en consideración el objeto, sentido o referencia a que se refiere el enunciado de ese art.: distinción, exclusión o preferencia que se quieren no discriminatorios, no de la misma naturaleza que la discriminación. Véase páginas 84 a 87 de la obra citada: “La conexión regular entre el signo, su sentido, y su referencia, es de tal género, que al signo le corresponde un sentido determinado y a éste, a su vez, una referencia determinada, mientras que a una referencia (a un objeto), no le pertenece sólo un signo. El mismo sentido tiene distintas expresiones en distintos lenguajes, por no hablar del mismo lenguaje”, que encuentra continuidad de argumentación en la pág. 95 “(...) que el valor de verdad de una oración es su referencia. El valor de verdad de una oración permanece inalterado cuando reemplazamos en ella una expresión por otra con igual referencia”. La referencia, en este caso, la realidad objetiva a que se hace alusión, es la discriminación, a secas, que por el uso del término, conlleva un aspecto peyorativo que no se quiere aceptar. Pero entendemos que los términos distinción, exclusión o preferencia siempre parecen, en el sentir común, sinónimos de este otro, cuyo uso se repudia, cual es la discriminación.

<sup>643</sup> RIVANO, E., “Fuga en Frege: proposiciones singulares como artefactos lingüísticos silogísticos de construcción de verdad”, *Revista de Lingüística Teórica y Aplicada*, [en línea], número 40, 2002. Disponible en: [http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/frege02.pdf](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/frege02.pdf).. [Consulta 3 febrero 2010], que resulta clarificador: “En cálculo proposicional lo mismo da el sentido o significado de una proposición. Lo que importa es su valor de verdad: dos oraciones con el mismo valor de verdad pueden sustituirse con el mismo compuesto lógico, resultando el mismo compuesto en su totalidad” (pág.165). Aunque, para los efectos de este trabajo, pretender el establecimiento de unas coordenadas verdadero/falso sobre una representación ideal del objeto – la discriminación – forzosamente conduce a un problema ya avanzado por WITTGENSTEIN: “Que una proposición pueda, en último término, revelarse falsa depende de lo que considere que es válido para decidir sobre ella” [Wittgenstein, L., *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 1995 (pág.3)] La solución, quizá haya que buscarla fuera del ámbito de lo jurídico, en esa Moral, que se torna siempre y en última instancia, responsabilidad frente al otro.

## 11. Concepto de discriminación según la ONU

---

La ONU, mediante la Observación General número 18<sup>644</sup> del Comité de Derechos Humanos (1989), ha definido la discriminación como: "(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o *ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas*"<sup>645</sup>.

*La ONU, como puede advertirse, define la discriminación como lo que pueden ser considerados casos de opresión, atendidos los resultados, que no dejan de ser tratos inhumanos o degradantes en cuanto atentatorios a la dignidad y libertad de las personas, en el sentido que THOMPSON (NEIL) otorga a las consecuencias de toda discriminación*<sup>646</sup>. Así, la opresión se define por el sometimiento mediante la vejación, la humillación o la tiranía de una persona o de un grupo: lo que de sí muestra el itinere degradante, primero pasando por el sojuzgamiento, y llevando en último extremo a la anulación del ser humano que la sufre, cuya libertad y dignidad se ignoran totalmente.

*Se puede afirmar que, para afrontar y dar el tratamiento adecuado a la discriminación mediante las medidas de acción positiva, éstas, en ningún caso, deben generar nuevas discriminaciones, tal como la reseñada Observación General 18 del mencionado informe de la ONU (1989) aconseja, y que reza literalmente en su punto "V Las medidas de acción afirmativa no deben generar discriminación". Hay*

---

<sup>644</sup> Párrafo 7, Observación General núm.18, (1989), que se transcribe literalmente: "While these conventions deal only with cases of discrimination on specific grounds, the Committee believes that the term "discrimination" as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms". Disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument>. [Consulta 10 octubre 2005].

<sup>645</sup> Se ha utilizado la traducción al español, extraída del documento E/CN.4/Sub.2/2002/21, de 17 junio de 2002. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/45279484047527b1c1256c0c0032e145/\\$FILE/G0214017.pdf](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/45279484047527b1c1256c0c0032e145/$FILE/G0214017.pdf). [Consulta 11 octubre 2005]

<sup>646</sup> THOMPSON, Sue, *Age Discrimination*, op.cit., pág. 3: "Discrimination: This is the process or more accurately, set of processes, which has the effect of disadvantaging some individual groups".



que traer a colación en este momento dos ideas que se antojan básicas, partiendo de la observación del tratamiento antidiscriminatorio en el campo internacional: primera, que se considera de pacífico acuerdo la voluntad común de que un Estado no puede perjudicar a una persona de una forma arbitraria, y en segundo lugar, que el afán por instaurar los ideales de igualdad, y por su efecto, la prohibición de discriminación es una idea-fuerza<sup>647</sup> presente en todos los instrumentos internacionales.

Cabe señalar que la acción positiva o afirmativa pretende garantizar la igualdad plena y sustancial, lo que en el lenguaje aceptado por la jurisprudencia constitucional española es designado con el término de principio de igualdad sustancial o material ante la ley<sup>648</sup>, que encuentra su fundamento constitucional en el art. 9, apdo. 2 CE. Asimismo, y para soslayar la confrontación o debate con el otro término del binomio conceptual en equilibrio, el principio de no discriminación frente a este otro de la acción afirmativa, se produce una doble valoración de los factores históricamente causantes de discriminación tales como la raza, nacionalidad, género, creencias...etc. Primeramente se les define como causantes de las conductas discriminatorias o que pueden dar lugar a ellas, y en segundo lugar, se pide la irrelevancia de esos factores, con la finalidad de que no sean tenidos en cuenta con fines discriminatorios.

Mediante la acción afirmativa se tienen en consideración las mismas características que han dado lugar a una actitud previa de discriminación negativa, para llevar a cabo una política de acción positiva o afirmativa, correctora de las situaciones de injusticia, precisamente a favor de las personas o los grupos en que concurren esas características que, como hemos visto, presentan una estrecha relación con el estereotipo, a fin de que esos elementos, tales como el sexo, raza, nacionalidad o creencias se tornen irrelevantes en un proceso de acción positiva en los aspectos educativos, económicos, laborales y cualquier otro tipo de integración social, política

---

<sup>647</sup> GARCIA TREVIJANO, A., *Tres Ideas Fuerza*, en el Blog La República Constitucional, [en línea], 27 junio 2007. Disponible en: <http://antoniogarciatrevijano.com/2007/06/27/tres-ideas-fuerza/>, [Consulta 10 enero 2009], donde define a la idea fuerza, con amparo en Alfred FOUILLEE, como "Idea capaz de crear y jerarquizar valores objetivos".

<sup>648</sup> Véase Sentencia 49/1982 (Sala Segunda del Tribunal Constitucional), de 14 de julio, en su FJ 2, párrafo 2. Sobre el mismo principio de igualdad pueden contrastarse, sin ánimo exhaustivo, entre otras, las sentencias siguientes: STC 17/2007 (Sala Primera), de 12 febrero; STC 2005/138 (Pleno) de 26 de mayo; STC 27/2004 (Sala Segunda), de 4 de marzo; STC 49/2003 (Sala Primera), de 17 de marzo y STC 13/2001 (Sala Segunda) de 29 de enero; y la STC 4/2000 (Sala Segunda) de 17 de enero.

*o cultural, del grupo o las personas negativamente discriminadas, para llegar a una verdadera igualdad y consecuentemente a la erradicación de la exclusión social como indicio más perceptible de la discriminación.*

## 12. Las distintas clases de discriminación y las normativas reguladoras de la prohibición del trato discriminatorio

---

Una exposición sistemática y completa de los normas o instrumentos internacionales, de ámbito mundial o comunitario, que se han asomado al fenómeno de la discriminación, intentando regularlo, así como una clasificación exhaustiva de las diversas formas que adopta la discriminación, puede encontrarse en RIVAS VALLEJO<sup>649</sup>, *quien acuña, felizmente, la expresión de “ingeniería de la discriminación”, para dejar al descubierto tanto los problemas que plantea la concreción de lo que se entiende por discriminación en el acervo comunitario, como aquellas otras cuestiones que surgen de la globalización o mundialización de la economía, y su incidencia en Europa.*

RIVAS VALLEJO formula un análisis propedéutico de las distintas formas discriminatorias<sup>650</sup>, adelantando las dificultades con que se encuentra el juez comunitario en terreno donde las discrepancias, como bien señala la autora, afloran en cuanto se valora la eficacia de las declaraciones generales que aureolan los grandes principios que, a modo de frontispicio, figuran en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (Lisboa, 13 diciembre de 2007)<sup>651</sup>, y su verdadera efectividad a la

---

<sup>649</sup> RIVAS VALLEJO, Pilar, “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación”, Comunicación presentada a las “*Jornades sobre el Dret del Treball en el Segle XXI*”, Palma de Mallorca 22 y 23 de enero de 2009, [en línea], disponible en: <http://www.jornadasiuslaboralistas.org/comunicacion.php?id=9>, [Consulta: 12 febrero 2009]. Afirma la autora, en el punto 2.1. “ La ingeniería de la discriminación y sus respuestas legales y jurisprudenciales”, de la comunicación: “Sin embargo, la ingeniería de la discriminación se halla tan perfeccionada en su puesta en práctica en los diferentes ámbitos donde tienen lugar prestaciones de servicios susceptibles de prácticas discriminatorias (y cuantas traigan los fenómenos de exclusión propios de la era de la economía globalizada y sujeta no sólo a importantes cambios migratorios, sino a la propia construcción de la nueva Unión Europea [30]), que el concepto aludido, en su definición legal, precisa de una adaptación que permita detectar tan ricas y variadas posibilidades”..

<sup>650</sup> Entre otras clases de discriminación, RIVAS VALLEJO hace referencia a la discriminación indirecta, a la discriminación por asociación, a la discriminación por percepción, por concurrencia o la multidiscriminación por intersección (Vid. Punto 1 de la Comunicación citada en nota 35).

<sup>651</sup> TRATADO DE LISBOA por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007], cuya versión consolidada del Tratado de la Unión Europea [DOCE 83/17, de 30.3.2010], en su art. 2 declara: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia,

hora en que la ley comunitaria – tratados, reglamentos, directivas, decisiones y otros actos - debe regular el empleo estableciendo unas garantías de la prestación del trabajo como medio de desarrollo personal e integración social en la Europa comunitaria, donde se descubren tantos aspectos discriminatorios en menoscabo de lo que se tiene por derechos humanos laborales, que se supeditan y se constriñen cada vez más para ajustarse a las características de un mercado económico europeo asimismo globalizado, que desmiente toda preocupación social aunque el legislador comunitario lo haya caracterizado como de “economía social de mercado altamente competitiva” en el art.3, apartado 3 del Tratado de la Unión.

Economía social de mercado que hasta la fecha ha provocado el hundimiento de varios Estados europeos meridionales (Grecia, Irlanda y Portugal); mientras que España con millones de trabajadores en paro, tampoco puede tomarse como ejemplo a seguir, habiendo estado a punto de caer en el llamado “rescate” de su economía por la Unión, al desaparecer cualquier atisbo de socialización de la riqueza o del capital, y retrotrayendo a los trabajadores europeos, en su conjunto, a unas reglas y normativas mediante las que el interés de la empresa y el afán competitivo pasan siempre por encima de los derechos del trabajador.

*RIVAS VALLEJO señala en su comunicación<sup>652</sup> las prácticas discriminatorias empresariales que se enmascaran con criterios de gestión en apariencia neutros, y las políticas de empleo que saltan sobre la dignidad de la persona, aniquilando derechos de los trabajadores basándose en el criterio de la edad, como supuesto más señalado y protegido, teóricamente, por las normativas antidiscriminatorias de la UE, que intentan frenar tal exclusión laboral mediante la prohibición de prácticas de discriminación indirecta, contempladas en el art. 2.2., apdo. b), Directiva 200/78, de 27 de noviembre, que halla transcripción en el art. 28.1 C) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.*

*Resulta oportuno, en este momento, echar mano a la jurisprudencia que se fundamenta en otros órdenes normativos– el que establece el art. 14 de la CE y los arts. 4.2 c) y 17.1 ET-, con pretensión de globalidad de todos los motivos de*

---

igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

<sup>652</sup> RIVAS VALLEJO, Pilar, “Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación”, op.cit. págs.9 y ss.

discriminación. Así, la STSJ 1161/2005, del TSJ de Cantabria, de 14 de noviembre de 2005, en su Fundamento de Derecho Tercero, establece: “La normativa española vigente contempla tanto la discriminación directa como la indirecta. En concreto, en su art. 4.2.c, y con reflejo también en el art. 17 de la misma norma estatutaria, se prevé la discriminación directa (trato de menor favor a una persona respecto a otra en situación análoga) y la discriminación indirecta: toda disposición normativa heterónoma, cláusula convencional o contractual, pacto individual o decisión unilateral que, aparentemente neutra, ocasione una desventaja particular a una persona respecto de otras por las referidas razones, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para su consecución no sean adecuados y necesarios.

Es oportuno seguir en esta exposición a RIVAS VALLEJO que ofrece un detallado elenco de formas discriminatorias, los problemas de detección y – si es posible – de respuestas de regulación legal y jurisprudencial a las conductas discriminatorias. Sin ánimo exhaustivo, pero intentando exponer, aunque sea sucintamente, las figuras que aparecen como prismas o facetas de esa misma realidad discriminatoria, por tanto, profundamente injustas por ignorar la radical dignidad del ser humano, han de mencionarse las siguientes conductas que comportan una tacha discriminatoria:

La discriminación por asociación – unida en un primer momento a la discapacidad y los tratamientos peyorativos que sufre el enfermo - admite también una extensión a los supuestos de discriminación por vinculación con personas de una etnia determinada, lo que supone una mutación de tipo discriminatorio (de discriminación directa a indirecta), así como la discriminación por anticipación o por conexión, asimismo basada en una “potencial discapacidad futura”<sup>653</sup>.

También muestra RIVAS VALLEJO los supuestos de multidiscriminación (pág. 8), prevista en el art. 17.2 de la Directiva 2000/43, y en el art. 19.2 de la Directiva 2000/78 y los problemas aparejados en torno a las dificultades en materia de carga de la prueba. Por último, la reseñada autora analiza el concepto de micro discriminación, cuyo paradigma más conocido puede ser el del acoso, como sumatorio de pequeñas agresiones, que aisladamente resultarían invisibles, pero que en conjunto se agrandan hasta definir perfectamente una situación de discriminación ruin por las dificultades de identificación, prueba y defensa ante tales comportamientos discriminatorios.

---

<sup>653</sup> RIVAS VALLEJO, op.cit., pág. 10

*La universalización de la injusticia social y laboral, al socaire de la irrupción, casi volcánica, de nuevos supuestos de economías mundializadas y desarrolladas por la internacionalización del pensamiento capitalista en estado adánicamente puro, con su efecto avasallador sobre la cultura y la sociedad donde toma asiento, brinda posibilidades infinitas de florecimiento de conductas discriminatorias; esto es, de explotación y exclusión social, de todo tipo y razón, que conlleva esta forma actualizada de capitalismo<sup>654</sup>, frente a un Derecho del Trabajo desvaído, acorralado y a punto de ser irradiado del mundo de lo laboral. Cabe, por último, señalar, apropiándonos de la feliz expresión de RIVAS VALLEJO, que la “ingeniería de la discriminación” tiene una causa o razón que admite la prueba a contrario: donde no hay ganancia económica, el fenómeno de la discriminación laboral tiende a desaparecer.*

### *13. El concepto de discriminación social*

---

*SIERRA HERNÁIZ<sup>655</sup> señala, al enfocar los aspectos sociológicos de la acción positiva, tres requisitos: escasez de bienes deseados, historia de discriminación contra determinados grupos basadas en lo que la autora define como “características moralmente irrelevantes y compartidas por todos sus miembros” – lo que bien puede entenderse como estereotipo discriminator -, y concluye identificando el tercer requisito de la discriminación como aquel que viene constituido por la posibilidad de identificación de los efectos adversos de las conductas discriminatorias. Dentro del mismo campo de atención a los aspectos sociológicos de la acción positiva, SIERRA HERNÁIZ<sup>656</sup> delimita el concepto de discriminación social, fundamentándolo en torno a cuatro grupos de ideas:*

- En cuanto a la conducta discriminatoria: no exige actos concretos discriminatorios.

---

<sup>654</sup> BOURDIEU, Pierre, *Contrafuegos: reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, (traducción: Joaquín Jordà), 2000. Señala BOURDIEU, con su, a veces, enllamarado lenguaje, de qué manera la destrucción de la civilización está unida, entre otros, y por encima de todos, a la destrucción del derecho al trabajo: “La destrucción de la civilización viene asociada a la destrucción de la existencia del servicio público, de la igualdad republicana de derechos, del derecho a la educación, del derecho a la salud, del derecho a la cultura, del derecho a la investigación, del derecho al arte, y por encima de todos, el derecho al trabajo” (pág.38).

<sup>655</sup> SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES (Col. Estudios, núm. 82), 1999, pág. 2.

<sup>656</sup> *Ibidem*, pág. 26.

- En cuanto al sujeto activo de las medidas de acción positiva, no se le exige culpabilidad en casos concretos. Afirma que al sujeto beneficiario de la acción positiva no se le requiere haber padecido una pérdida concreta individualizada para beneficiarse de tales medidas de acción positiva.
- La prueba estadística resulta fundamental para demostrar que la desigualdad de oportunidades padecida por un colectivo es producto de la discriminación social.
- Para su existencia no se exige un nexo causal tan intenso como en la discriminación directa o indirecta.

*La autora solventa la contraposición entre los principios de igualdad y no discriminación, afirmando que “necesariamente se tiene que admitir la posibilidad de derogar, temporalmente y para cada caso concreto, el principio de igualdad formal, para conseguir los fines igualitarios y participativos que el Art. 9. 2 de la Constitución se propone”<sup>657</sup>. El art. 9.2 de la Constitución encarna el llamado principio de igualdad sustancial, material o de hecho, cuya responsabilidad de cumplimiento corresponde a los poderes públicos. La admisión temporal de causas derogatorias del principio de igualdad, por los poderes públicos, es una de los rasgos definitorios, y controvertidos, de la acción positiva.*

*Las medidas de acción positiva y el principio de no discriminación que recoge tanto nuestra Norma Fundamental, en su art. 14, proposición 2<sup>658</sup>, como el Estatuto de los Trabajadores (art. 17.1)<sup>659</sup>, no resultan fácilmente compatibles con la argumentación anteriormente expuesta por SIERRA HERNÁIZ. Porque desde la afirmación de un punto de partida, indudablemente compartido, cual es el de la misma dignidad de todos los seres humanos, la autora llega a una conclusión, la de derogación temporal de la igualdad formal para hacer posible la acción positiva que adolece de la misma imprecisión del primer requisito establecido - no exigencia de actos concretos*

---

<sup>657</sup> SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, op.cit. pág. 23.

<sup>658</sup> Véase, entre otras, la STC (Sala Primera), 16/1995 de 24 enero (recurso de amparo, discriminación por razón de sexo: medida protectora del trabajo femenino); STC (Sala Segunda), 359/1993 de 29 noviembre (recurso de amparo: discriminación por razón de edad); STC (Sala Segunda), 69/21991, de 8 de abril (recurso de amparo: alcance del art. 14 Constitución).

<sup>659</sup> Véase, entre otras, la STS (Sala Social) de 19 junio 2000, [Rec. Casación 4557/1999]; STS (Sala de lo Social), de 17 junio 2002, [Rec. Casación 1253/2001]; Sentencia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 30 octubre 2007 [Rec. Casación 425/2007], Sentencia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 11 noviembre 2008 [Rec. Casación 120/2007].

*discriminatorios – lo que, aun suponiendo que se dan los restantes elementos para que esa derogación temporal con límites exactos no se convierta en privilegio, conduce a una responsabilidad por conducta discriminatoria a la que no se le exige prueba del hecho discriminatorio.*

*No resulta de fácil admisión la argumentación a favor de la acción positiva tal como la presenta la mencionada autora, y ello porque en el campo de la discriminación, y más todavía en el supuesto de la discriminación social, cuyo sujeto paciente mayoritario es todavía la mujer, las medidas de acción positiva se basan en una nube de incertidumbres que necesitan imperiosamente el apoyo estadístico – en materia de acceso al empleo, de salarios, de ocupación o acceso a cargos directivos, que generalmente comporta como impuesto cruel la veda o imposibilidad de maternidad – como prueba concluyente de la discriminación. Pero un hecho siempre se prueba por su concreta existencia, aunque ésta resulte por indicios, y presuponer o dar por válido que hay una conducta discriminatoria sin el contraste necesario, cual es el acto discriminatorio en que se manifiesta esa conducta, parece un arriesgado ejercicio intelectual, al que no resulta prudente abocarse sin la medida y equidad que impone el sacrificio de todo derecho, aunque éste corresponda o sea el derecho de un varón (lo contrario, llevaría en vuelo de retorno, a lo que podría considerarse una discriminación por razón de sexo, que tampoco ampara la normativa correspondiente).*

#### *14. Regulación de la acción positiva en la normativa comunitaria*

---

*La acción positiva en el ámbito normativo comunitario viene contemplada en el art. 157, apartado 4, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que sustituye al antiguo art. 141, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, vigente hasta el 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.*

— Art. 157. (Antiguo art. 141 TCE): 

— 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

- 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente art., el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.
- La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:
  - que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
  - que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.
- 3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.
- 4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

*Como puede comprobarse, el objetivo prioritario de la igualdad laboral, la igualdad de trato, entre hombres y mujeres, exige todavía el establecimiento de medidas concretas de favor o ventaja – acción positiva –, que tienen como principal sujeto beneficiario a la mujer trabajadora, cuya discriminación, negativa en múltiples órdenes de la vida social y personal, todavía causa rubor como dato de conocimiento público y notorio.*



### *15. Concepto de acción positiva (discriminación positiva) en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

---

Se ha utilizado, para allegar la jurisprudencia<sup>660</sup> que sirva como ejemplo del uso del término discriminación positiva, intentando encontrar alguna diferencia con aquel otro de la acción positiva, la base de datos EUR-LEX<sup>661</sup>, en modo búsqueda simple. *Se constata una diferencia en el rendimiento que ofrece la máquina, en función de los términos utilizados en la búsqueda [acción positiva o discriminación positiva], que se expresa continuación:*

### *16. Supuesto de búsqueda ACCIÓN POSITIVA. Replicabilidad de la muestra*

---

*En 12 de enero de 2010 y en la base de datos EUR LEX se ha utilizado la opción búsqueda simple, Jurisprudencia, Sentencias del Tribunal de Justicia, y entrando los términos acción positiva, la respuesta es de 4 resultados, con los códigos CELEX y particulares siguientes:*

- CELEX 62006J0303 - Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008. **S. COLEMAN** contra Attridge Law y Steve Law. Petición de

---

<sup>660</sup>SASTRE IBARRECHE, Rafael, "La acción positiva para las mujeres en el Derecho comunitario", *Rev. Gral. De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2004, número 6. Disponible en línea: <http://ocw.usal.es/eduCommons/ciencias-sociales-1/mujer-y-relaciones-laborales/contenidos/materiales-de-clase/Acciones%20positivas.pdf>, [Consulta 8 febrero 2009]. Resulta de interés el apartado III, págs. 13 y ss., donde facilita una sugestiva panorámica sobre la evolución de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, hasta el momento de la publicación del art., que mantiene una cierta continuidad en el presente, lo que implica una evaporación de la teoría de la acción positiva en el ámbito comunitario, pues la base para afrontarla, que vendría dada, además de por la publicación de la Directiva 2006/54/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), queda mediatizada por la dificultad de aplicación de las medidas antidiscriminatorias, cuya norma principal es la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que contiene en sí misma - véase por ejemplo, entre otros, art.s 2,4,6 etc. - los huecos que permiten todavía la entrada y permanencia de tratamientos discriminatorios en el empleo, dadas las justificaciones que la propia norma permite, con cierta laxitud, para la aparición de actuaciones discriminatorias en el ámbito laboral.

<sup>661</sup> Portal Europa [en línea]: [http://europa.eu/abouteuropa/faq/index\\_es.htm](http://europa.eu/abouteuropa/faq/index_es.htm). Base de datos EUR-LEX. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_menu.do?ihmlang=es](http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=es). [consulta 12 enero 2010]. Los resultados de la a búsqueda se pueden replicar en: [http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=ACCION+POSITIVA&arg1=&arg2=&titre=titreettexte&chlang=es&RechType=RECH\\_mot&idRoot=4&refinecode=JUR\\*T1%3DV111%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Submit=Buscar](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=ACCION+POSITIVA&arg1=&arg2=&titre=titreettexte&chlang=es&RechType=RECH_mot&idRoot=4&refinecode=JUR*T1%3DV111%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Submit=Buscar).

decisión prejudicial: Employment Tribunal, London South - Reino Unido. Política social - Directiva 2007/78/CE - Igualdad de trato en el empleo y la ocupación - Art.s 1 y 2, apartados 1, 2, letra a), y 3, así como art. 3, apartado 1, letra c) - Discriminación directa por motivo de discapacidad - Acoso relacionado con la discapacidad – Despido de un trabajador que no es una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo es - Inclusión - Carga de la prueba. Asunto C-303/06. Recopilación de Jurisprudencia 2008 página I-05603.

— Fallo

- 1) La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y, en particular, sus art.s 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado art. 2, apartado 2, letra a).
- 2) La Directiva 2000/78 y, en particular, sus art.s 1 y 2, apartados 1 y 3, deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso establecida en el citado art. 2, apartado 3.

- CELEX 61999J0476 -Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 2002. **H. LOMMERS** contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij. Petición de decisión prejudicial: Centrale Raad van Beroep - Países Bajos. Política social - Igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras - Excepciones - Medidas destinadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres - Ministerio que pone a disposición de su personal plazas de guardería subvencionadas - Plazas reservadas exclusivamente a los hijos de funcionarias, salvo en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Asunto C-476/99. Recopilación de Jurisprudencia 2002 página I-02891.
  
- EL TRIBUNAL DE JUSTICIA, pronunciándose sobre la cuestión planteada por el Centrale Raad van Beroep mediante auto de 8 de diciembre de 1999, declara:

El art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asumen solos la guarda de sus hijos”.

*La última proposición de la sentencia corresponde a la cláusula de apertura que, en este caso, se fundamenta equiparando la situación del funcionario que en solitario cuida de los hijos a la de las funcionarias. Se llega por la vía de la ponderación y la equidad a la previsión de un sistema general de equiparación de situaciones entre funcionarios de uno y otro sexo.*

- CELEX 61998J0407 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de julio de 2000. KATARINA **ABRAHAMSSON** Y LEIF ANDERSON contra ELISABET FOGELQVIST. Petición de decisión prejudicial:

Överklagandenämnden för Högskolan - Suecia. Concepto de "órgano jurisdiccional nacional" - Igualdad de trato entre hombres y mujeres - Acción positiva en favor de las mujeres - Compatibilidad con el Derecho comunitario. Asunto C-407/98. Recopilación de Jurisprudencia 2000 página I-05539.

- 1) El art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y el art. 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.
- 2) El art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 y el art. 141 CE, apartado 4, también se oponen a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva.
- 3) El art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos.

- 4) La apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer.

Y en cuarto y último lugar, la sentencia BADECK:

- CELEX 61997J0158 Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 2000. GEORG **BADECK** y otros, con intervención de: Hessische Ministerpräsident y Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen. Petición de decisión prejudicial: Staatsgerichtshof des Landes Hessen - Alemania. Igualdad de trato entre hombres y mujeres - Empleos en la Administración - Medidas que fomentan la promoción de la mujer. Asunto C-158/97. Recopilación de Jurisprudencia 2000 página I-01875.
- 1) El art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y el art. 141 CE, apartado 4, se oponen a una normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, debe ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto que, en caso contrario, habría sido designado, cuando esta medida fuere necesaria para seleccionar al candidato del sexo infrarrepresentado y cuando la diferencia entre los respectivos méritos de los candidatos no sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de los puestos.
- 2) El art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 y el art. 141 CE, apartado 4, también se oponen a dicha normativa nacional en el supuesto de que únicamente se aplique, bien a los procedimientos destinados a la provisión de un número previamente limitado de puestos, o bien a los puestos que se crean en el marco de un programa específico de una escuela superior concreta que permite la aplicación de medidas de discriminación positiva.
- 3) El art. 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207 no se opone a una práctica jurisprudencial nacional, según la cual a un candidato perteneciente al sexo

infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente *equivalentes* y cuando *las candidaturas sean* objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos. CLÁUSULA APERTURA

- 4) La apreciación de la conformidad de las normas nacionales que establecen una discriminación positiva para el acceso al empleo en la enseñanza superior no puede depender del nivel del puesto que se deba proveer.

#### *17. Supuesto de búsqueda DISCRIMINACIÓN POSITIVA. Replicabilidad de la muestra*

---

*En 12 de enero de 2010 y en la base de datos EUR LEX, se ha utilizado la opción búsqueda simple, Sentencias del Tribunal de Justicia, y entrando los términos discriminación positiva<sup>662</sup>, la respuesta rinde sólo 2 resultados, repitiendo los obtenidos en la consulta sobre el término ACCIÓN POSITIVA, con los códigos CELEX y particulares siguientes:*

- CELEX 62006J0303 - Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de julio de 2008. S. **COLEMAN** contra Attridge Law y Steve Law. Petición de decisión prejudicial: Employment Tribunal, London South - Reino Unido. Política social - Directiva 2007/78/CE - Igualdad de trato en el empleo y la ocupación - Art.s 1 y 2, apartados 1, 2, letra a), y 3, así como art. 3, apartado 1, letra c) - Discriminación directa por motivo de discapacidad - Acoso relacionado con la discapacidad - Despidode un trabajador que no es una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo es - Inclusión - Carga de la prueba. Asunto C-303/06. Recopilación de Jurisprudencia 2008 página I-05603, y
- CELEX 61998J0407 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 6 de julio de 2000. KATARINA **ABRAHAMSSON** Y LEIF ANDERSON contra

---

<sup>662</sup> Portal Europa [en línea]: [http://europa.eu/abouteuropa/faq/index\\_es.htm](http://europa.eu/abouteuropa/faq/index_es.htm). Base de datos EUR-LEX. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/RECH\\_menu.do?ihmlang=es](http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=es). [consulta 12 enero 2010]. Los resultados de la a búsqueda se pueden replicar en. [http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=DISCRIMINACION+POSITIVA&arg1=&arg2=&titre=titretexte&chlang=es&RechType=RECH\\_mot&idRoot=4&refinecode=JUR\\*T1%3DV111%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Su bmit=Buscar](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?arg0=DISCRIMINACION+POSITIVA&arg1=&arg2=&titre=titretexte&chlang=es&RechType=RECH_mot&idRoot=4&refinecode=JUR*T1%3DV111%3BT2%3D%3BT3%3DV1&Su bmit=Buscar).

Elisabet Fogelqvist. Petición de decisión prejudicial: Överklagandenämnden för Högscholan - Suecia. Concepto de "órgano jurisdiccional nacional" - Igualdad de trato entre hombres y mujeres - Acción positiva en favor de las mujeres - Compatibilidad con el Derecho comunitario. Asunto C-407/98. Recopilación de Jurisprudencia 2000 página I-05539.

Es de reseñar la evolución que se ha producido en la Jurisprudencia, sobre la configuración y contenido de la acción positiva a favor de la igualdad de la mujer, desde la sentencia KALANKE<sup>663</sup>, cuyas Conclusiones elaboradas por el Abogado General GIUSEPPE TESAURO, fueron presentadas el 6 de abril de 1995<sup>664</sup>. Conclusiones que *supusieron un serio argumento contrario a la práctica de la acción positiva mediante la atribución de cupos o implantación de la igualdad de resultados, frente a aquel otro principio de igualdad de oportunidades, defendido por el Abogado General TESAURO en el caso del derecho al trabajo de la mujer visto en el asunto Kalanke. Con el mayor respeto al valor intelectual y cívico del Abogado General, pues remar contra corriente siempre resulta un ejercicio, amén de poco fructífero, condenado al fracaso más o menos anunciado, hay que tratar de descubrir la realidad por encima de meras declaraciones de principios, coyunturales y cuyo aliento o empeño declina, frente al poderoso, sin demasiada angustia o alarma social. Hay, quizá, una trampa de fondo, que es trasladar la lucha de clases a un enfrentamiento evasivo y "diversivo" entre la mujer y sus derechos tantas veces preteridos, y aquellos valores, tales como el de igualdad, que son ignorados por el poder cada vez que conviene o hace falta, como nos basta comprobar con una*

---

<sup>663</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995, recaída en el asunto C-450/93, CELEX 61993J0450.

<sup>664</sup> Portal Europa [en línea]: [http://europa.eu/abouteuropa/faq/index\\_es.htm](http://europa.eu/abouteuropa/faq/index_es.htm). Base de datos EUR-LEX. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993C0450:ES:PDF>. [consulta 6 enero 2008]. Son de reseñar, porque el Abogado General Giuseppe Tesauro supo señalar el verdadero problema de la acción positiva, en cuanto igualdad de trato y de acceso al empleo de la mujer respecto al hombre, la conclusión número 25: "Las observaciones precedentes ponen de manifiesto que una medida como la controvertida es ciertamente desproporcionada respecto al objetivo perseguido y, por tanto, perseguible basándose en el apartado 4 del art. 2 de la Directiva, habida cuenta de que tal objetivo sigue siendo el de alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y no el de garantizar a estas últimas un resultado en caso de igualdad de condiciones. En la conclusión 28, señala el Abogado General un innegable conflicto entre los derechos de un colectivo, el formado por la mujer que quiere trabajar en condiciones de igualdad respecto al hombre, y que aquél precisa en los siguientes términos:"(...) Efectivamente, estoy convencido de que las mujeres no merecen alcanzar una igualdad numérica y, por tanto, sólo formal, al precio de una violación innegable de un valor fundamental de toda sociedad civil: la igualdad de derechos, la igualdad de trato para todos (...) Por último, se precisa sobre todo una modificación sustancial del modelo económico, social y cultural que origina la desigualdad, modificación que ciertamente, no se podrá conseguir a base de números y de batallas dialéctica en la retaguardia".

*simple mirada al ámbito laboral más propio y cercano, y las escalofriantes diferencias que nos brinda en todas las escalas laborales y por sexos. Siempre se abusa del derecho del más débil, lo menos importante es su sexo.*

*El peso de la igualdad jurídica nunca se mide con balanzas de brazos equivalentes, porque la fuerza de la economía y del derecho que presenta innegables relaciones con la estructura económica de la sociedad donde se forma, así como del reparto de poderes que se manifiestan con distinta fuerza en su seno, actúa de forma distinta y con puntos de apoyo ideológicos, políticos y culturales diferentes en cada caso, dependiendo del momento y de la clase social en que se puede o no producir la medida de acción o discriminación positiva, y la finalidad real que con ella se persiga.*

*Un ejemplo definitorio de lo que puede ser, aquí y ahora, un modelo de discriminación positiva: la regulación de las SICAV (Sociedades de Inversión de Capital Variable) en España, que posibilitan el fraude de ley continuo en materia tributaria. Y por otro lado, en contraposición dialéctica, y como muestra escandalosa de una discriminación negativa para las clases sociales menos favorecidas, puede traerse a colación la firma, por el Gobierno y los interlocutores sociales, el 2 de febrero de 2011, del Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, que induce y provoca un invencible rubor en cualquier ciudadano con un mínimo sentido de lo justo.*

*Las Conclusiones del Abogado General TESAURO, sobre el caso KALANKE, que se incorporan a la Sentencia del Tribunal de Justicia en la motivación número 25, requirieron una posterior Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [Bruselas, 27.03.1996. COM (96) 88 final], sobre la Interpretación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de Octubre de 1995, en el Asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen<sup>665</sup>. Dicha comunicación, aunque sea a toro pasado, se nos antoja un forzamiento interpretativo, y una manera poco sutil de torcer la voluntad que diáfananamente constituía el fallo del órgano judicial. En realidad, el motivo de la disparidad de posiciones se debe a que la Directiva 76/2007/CEE no contemplaba la posibilidad, como medio para lograr una igualdad de trato efectiva en cuanto al derecho al trabajo (latu sensu) de la mujer respecto al hombre, de llegar a la implantación de lo que en EEUU se conocía como acción*

---

<sup>665</sup> Portal Europa [en línea]: [http://europa.eu/abouteuropa/faq/index\\_es.htm](http://europa.eu/abouteuropa/faq/index_es.htm). Base de datos EUR-LEX. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0088:FIN:ES:PDF>. [consulta 12 enero 2008].



*afirmativa, incluyendo la reserva de puestos de trabajo o atribución de cupos, en función de la mayor o menor representación de un colectivo – el formado por la mujer – en un determinado centro de trabajo, y en relación al total de puestos de trabajo.*

*La reseñada Comunicación [27.03.1996]<sup>666</sup>, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo trataba de poner “término a la controversia que ha suscitado el ASUNTO KALANKE”. Sin ánimo alguno de reabrir dicha controversia, y máxime cuando la disposición objeto de debate interpretativo (la Directiva 76/2007/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo), ha sido derogada y reemplazada por la Directiva 2006/54/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, cabe, empero traer a colación con afán ilustrativo y en sus propios términos, las Conclusiones de dicha Comunicación que eran del tenor siguiente:*

*“La Comisión considera que el Tribunal de Justicia sólo ha condenado la característica particular de la Ley del Estado de Bremen que consiste en el automatismo de la medida, que concede a las mujeres un derecho absoluto e incondicional en materia de nombramiento o de promoción. La Comisión adopta pues, la posición de que el único tipo de sistema de cuotas que es ilegal es el sistema absolutamente rígido que no prevé la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias individuales. De este modo, los Estados miembros y los empresarios son libres de recurrir a otras formas de acción positiva, incluidas las cuotas flexibles”.*

*Por último, parece útil añadir que las mencionadas Conclusiones incluían, en su párrafo final:*

*“una propuesta para la modificación del apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/2007/CEE en la que se especifique que las medidas previstas por esta disposición incluyen acciones en favor de la contratación o la promoción de un sexo cuando este esté infrarrepresentado, con tal que el empresario tenga siempre la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias particulares de un determinado caso”.*

---

<sup>666</sup>COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO sobre la interpretación de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1995 en el asunto C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen/\* COM/96/0088 FINAL \*/ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0088:FIN:ES:PDF>, [Consulta de 2 de junio de 2008].

*La propuesta de la Comisión ha alcanzado refrendo normativo en el ámbito comunitario en el art. 3, de título “Acción Positiva” de la mentada Directiva 2006/54/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006<sup>667</sup>, que recoge el principio de igualdad de trato y el reconocimiento al establecimiento de las medidas de acción positiva en su sentido más lato en el art. 157, apartado 4 del Tratado de Funcionamiento: “(...) el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”. Se trata de unas medidas de acción positiva, tal como las configura el Tratado de Funcionamiento que intentan recoger las corrientes doctrinales presentes tanto en el ámbito anglosajón como en el que se ha venido elaborando por cierta doctrina continental, siempre deudora de las aportaciones y creaciones angloamericanas<sup>668</sup>.*

#### 18. Concepto de discriminación según el Tribunal Supremo de España

---

*Para terminar este apartado, se considera oportuno presentar unas referencias a las sentencias del Tribunal Supremo que primeramente se han enfrentado a la definición de la discriminación, no solamente laboral, sino que hacen posible la aplicación de este concepto a otros campos de la vida real, sancionando su práctica, con miras a hacer posible “la convivencia en una sociedad democrática y pluralista”. A tal fin se*

---

<sup>667</sup> Dice así este precepto: “Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el art. 141, apartado 4, del Tratado de la Comunidad Europea, con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”. Cabe señalar que la mención al antiguo art.141, 4 del Tratado debe entenderse referida al art. 157, apartado 4 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [DOCE núm. C83, de 30 de marzo de 2010], [en línea]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:ES:PDF>. [consulta 5 julio 2010], que es del tenor literal siguiente: “4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

<sup>668</sup> SCARPINI, Stefani y STENICO, Eleonora: “Le azioni positive: le diposizione comunitarie, le luci e l'ombre della legislacioni italiana”, en BARBERA, Marzia, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffré Editori, 2007, cuya definición de acción positiva puede resultar modélica, al definir a la acción positiva por su finalidad: “eliminar la disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita laborativa e favorire il loro inserimento nel mercato del lavoro”.(pág.145).

*cita la STS de 17 mayo 2000, recaída en el recurso de casación 4500/1999, que en su FJ Quinto considera:*

FJ QUINTO: “Para ello hay que partir de la afirmación inicial de que no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene en los art.s 14 de la Constitución Española y 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. La discriminación consiste, como ya se ha anticipado, en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. Pues bien, el carácter temporal de la relación laboral podrá ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado, pues no se encuentra enumerado en la relación del art. 14 de la Constitución Española -nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión-, ni en las ampliaciones de los art.s 4.1 c) y 17.1 Estatuto de los Trabajadores -estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías- y tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del art. 14 de la Constitución Española -«cualquier otra condición o circunstancia personal o social»-, porque, pese a su aparente amplitud, ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el art. 14 de la Constitución Española y es claro que esta analogía no concurre en este caso, pues la temporalidad del vínculo laboral no tiene las implicaciones y el significado que, como factores de exclusión o marginación típicos, tienen o han tenido históricamente el nacimiento, el sexo, la raza, la ideología o la confesión religiosa”.

*Esta sentencia de 17 de mayo de 2000 ha tenido su prolongación “pedagógica” en otros varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, entre los que podemos traer a colación, sólo a modo de ejemplo, los siguientes: la STS de 3 de octubre de 2000, Sala de los Social, recaída en el recurso de casación 4611/1999, define la discriminación en su Fundamento de Derecho Primero, apartado B), que establece de modo similar:*

FJ 1, B) «No toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene en los art.s 14 de la Constitución Española y 4.2 c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores. La discriminación consiste, como ya se ha anticipado, en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de

los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista.

*Idénticos invocación y argumentos se advierten en el FJ 2, tercer párrafo, de la STS de 29 de enero 2001, recaída en el Recurso de Casación 1566/2000, que reza:*

FJ2, Pfo.3 “Es cierto que el art. 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del art. 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de 17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. (Nota: subrayado del autor)

*Se observa en el contenido, escueto y claro, de estas tres sentencias, la exacta configuración y colocación, en el campo no sólo del derecho, sino también en las relaciones que el derecho vivo mantiene necesariamente con la realidad, la sutil pero exacta apreciación de los elementos peyorativos que deben ser excluidos como causantes de la discriminación, y a favor de la efectiva aplicación de los valores constitucionales de integración social.*

#### *19. Justificación de la acción positiva*

---

*La legitimidad de toda medida de acción positiva radica en que ésta no venga a ser, a su vez, generadora de discriminación. Si tal condición necesaria se da, esto es, si la medida de acción positiva no causa otra discriminación negativa, podrá afirmarse que la acción positiva está justificada.*

*La finalidad compensatoria del daño de pretéritas discriminaciones negativas, cuyas secuelas puedan verse todavía en determinadas personas o grupos humanos, parece a primera vista un combate entablado frente a molinos de viento, por una simple razón de imposibilidad física o material en el estadio presente de la ciencia:*

*no se puede arreglar o modificar el pasado desde el presente, aunque sí paliar sus consecuencias más inicuas para la comunidad humana, intentando evitar que el futuro no sea testigo de las mismas o similares injusticias del ayer, y erradicando la injusticia actual por la sola y buena, además de justa, razón de combatir el injusto en todo momento.*

*Por otra parte, si las medidas de acción positiva pretenden reparar la discriminación social estructural, el análisis debe inmediatamente recaer sobre los sujetos, las clases sociales, que poseen la propiedad de los medios de producción, la capacidad de decidir la distribución de la riqueza y los sistemas de tributación, así como la facultad de establecer y mejorar los sistemas de protección social y las normativas y fuentes de regulación del trabajo. El fundamento que constituye un requisito sine qua non para afrontar y desarrollar todo esfuerzo igualitario se ha de sustentar en la garantía de acceso de todos los ciudadanos, en igualdad de condiciones, a una educación necesaria y suficiente para lograr su formación y su libertad como ser humano.*

Una medida de acción positiva que ignore cómo se produce económicamente la riqueza de una sociedad, cómo se reparte esta riqueza, la cultura, la posibilidad real de promoción social basada en el propio esfuerzo y en la actividad desempeñada por cada miembro de la sociedad, no dejará de constituir un demagógico brindis al sol en búsqueda de nichos de votos para las elecciones. La igualdad real y efectiva y el respeto a la dignidad de todas las personas sólo puede fundamentarse en *la posibilidad efectiva de desarrollarse como persona en libertad y en plenitud social.*

*Queda oculto, tras el imponente edificio de la autoafirmación como Estado Social y Democrático de Derecho, el hecho real, visible y contrastable en las ciudades españolas, y europeas de los barrios periféricos, de acceso difícil, de engranaje e inclusión social todavía más ardua, y donde el peligro de exclusión social pende como una espada de Damocles sobre los pretendidamente favorecidos por las medidas de acción positiva, coyunturalmente vistosas y utilizadas con frecuencia como medio de ocultación o desviación de conflictos por los poderes públicos.*

*En la sociedad contemporánea que entendemos como occidental, se acepta mayoritariamente que el reparto del poder y su ejercicio han de ser democráticos. La misma certeza se mantiene respecto a que la sociedad debe acoger en su seno todas las ideas, aspiraciones y formas de entender el universo que no choquen violentamente o se intenten imponer por la fuerza a otras formas de pensamiento o*

*ideologías. Pero en el territorio de la discriminación, el desiderátum social podría, mejor dicho, deberse esforzarse por ofrecer unas mismas condiciones económicas y culturales, al menos de partida, para todos sus ciudadanos. Sin esta base económica y cultural necesaria, la democracia y el pluralismo social o político pueden, de facto, convivir con extremas situaciones de injusticia, lo que constituye la refutación mayor a la arquitectura formal de un Estado que se proclama social y democrático de derecho.*

*20. El núcleo del debate justificativo de la acción positiva: ¿igualdad de oportunidades o igualdad de resultados?*

---

*Tal vez, al hacerse referencia a igualdades de oportunidades e igualdades de resultados, se esté pensando en otras u otras cosas o conceptos, distintos al de igualdad, término este unido como su envés, al de discriminación, en este supuesto, laboral. Puede aceptarse que tanto la igualdad de oportunidades como la igualdad de resultados se definen por una común finalidad: la consecución de una sociedad donde las diferencias sociales sean menores, esto es, una sociedad más justa. El fin último de justicia ha de presidir la adopción de toda de medida especial, de acción afirmativa, positiva, de trato de favor, o como le queramos llamar a lo que se presenta como una actuación pública, generalmente gubernamental, orientada al bien común y que se mantiene o lleva a cabo mediante unas modalidades de actuación múltiples y, en ocasiones, discutibles y discutidas.*

*La sociedad occidental que conocemos, basada en un sustrato económico en el que predomina la privatización de los medios de producción, aunque esta privatización ya no resulte, a primera vista, personalizable – la responsabilidad personal se oculta y se diluye en el entramado societario o en las nuevas figuras de poder económico a que está dando origen la llamada mundialización o globalización -, esta sociedad que resulta más próxima, tiene una componente económica que fundamenta y proporciona las características dinámicas y de relación de los individuos y grupos que la conforman. Sin dar un salto en el vacío, puede, quizá, aventurarse que hoy por hoy hablar de igualdad entraña una obligada averiguación de las condiciones económicas de cada uno de los miembros de la sociedad en que ese principio igualitario debe resultar obrante.*

*No ha habido, hasta ahora, una estructura social que haya garantizado, eficazmente, la igualdad de partida de todos sus miembros ante a los bienes sociales, es decir, la*

*equiparación de las expectativas al disfrute de los bienes que la vida en sociedad depara, sean aquéllos de carácter económico, político, cultural, o de otro tipo. La igualdad de partida en el medio económico deviene el requisito, a falta de otros también necesarios, mínimo y básico para garantizar a todos los ciudadanos una posición vital y social – la posesión y capacidad de acceso a bienes en semejantes cantidades y cualidades para mujeres y hombres – que les garantice una efectiva igualdad de oportunidades. Si esta condición no se da, si no existe una igualdad de partida para todos, que vale tanto como igualdad de oportunidades, la pretensión de llegar a una igualdad de resultados se conseguirá sólo al inevitable precio de la injusticia.*

*Proponer en un trabajo como éste las futuras modificaciones legales e incluso los mecanismos o medios de naturaleza política y social para posibilitar la acción positiva en favor de las personas y los colectivos más sujetos al riesgo de exclusión puede parecer un temerario empeño. No obstante, si es posible pedir la modificación de la Ley de Igualdad para que el ámbito donde tenga vigencia la transversalidad de género no se circunscriba al ámbito de la Administración Pública, sino que se incluya con eficacia tal mandato en la empresa privada, donde el empresario no ha de ver como un riesgo – justo lo contrario - que la implantación en la empresa del principio de igualdad de derechos de todos los trabajadores, mujeres y hombres, la transversalidad de género laboral, se convierta positivamente en un acicate para la paz social.*

*Por otra parte, la legislación ofrece muestras tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en las Directivas comunitarias de las técnicas que puede utilizarse en beneficio de la transversalidad de género, y de uno de sus medios o instrumentos, la acción positiva para lograr afrontar la desigualdad y la exclusión social partiendo del entorno laboral. Medidas que podrían aplicarse tanto en el acceso, la promoción, la formación y la conciliación de los trabajadores, mujeres y hombres, durante su vida laboral.*

# **CONCLUSIONES**





#### 453PRIMERA

*Necesariamente se ha de indagar el significado del derecho al trabajo para el trabajador maduro. Se analiza históricamente, como requisito previo, el significado del Derecho del Trabajo, visto desde una perspectiva clásica y tuitiva de los derechos de la parte más débil en la relación laboral. El Derecho del Trabajo encuentra sus primeras manifestaciones en la Revolución Liberal de 1798 - que acaba con el sistema estamental y corporativo de los gremios-, con la aparición del contrato de servicio industrial, precedente del contrato de trabajo. Aparece la libertad de ejercicio de profesión como dato que permite hablar de una relación laboral sujeta al Derecho del Trabajo entre empresario y trabajador. En el momento actual, por causas del sistema de economía global, y la aparición de nuevas fuentes reguladoras del contrato de trabajo, el Derecho del Trabajo se mueve en los terrenos de la incertidumbre, evidenciando la necesidad de acudir a un nuevo paradigma laboral en el que el trabajador y su dignidad puedan servir de centro a un modo de entender el Derecho del Trabajo. La agitación, el desorden y la incertidumbre que rodea la vida del trabajador y, en conjunto, a la sociedad; halla su conforme reflejo en las actuales mutaciones negativas de esta rama del ordenamiento jurídico, cuya finalidad resulta evidente: despojar derechos laborales y sociales conseguidos por la clase obrera.*

#### SEGUNDA

*El reconocimiento, al menos teórico, del Derecho al Trabajo es una institución común a todas las Constituciones, Tratados, Declaraciones y Cartas de Derechos de la legislación internacional Así el Derecho al Trabajo se reconoce en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Art. 23; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, Capítulo I, artículo XIV. El pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Asamblea General de la ONU de 1976, reconoce en su artículo 6 el derecho a trabajar por los Estados Partes firmante del Pacto. En la Carta Social Europea de Turín de 1961, se reconoce en su Parte I el derecho [oportunidad] a "ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido". La Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (Estrasburgo 1981), que es, según MARGALIT, el primer gran Tratado que se refiere de modo concreto a los trabajadores de la Unión, con la vocación de desarrollar los derechos sociales de los trabajadores de la*

*Comunidad Europea (ahora Unión), en particular de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia, reconoce implícitamente el derecho a la libre circulación de los trabajadores en sus artículos 1,2 y 3; mientras que el derecho a la libertad de elección y de ejercicio de una profesión se regula en el Art. 4. A señalar que en esta Carta de Estrasburgo 1981, no se hace una mención expresa y directa al derecho al trabajo. Por otra parte la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza 2000 y Estrasburgo 2007), reconoce en su art. 15, apartado 1: "Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada".*

### *TERCERA*

*En España, el Derecho al Trabajo tiene un doble sentido: se presenta como un derecho subjetivo de las personas en sus vertientes de derecho y libertad de trabajar, mientras que al mismo tiempo deviene una obligación de los poderes públicos para mantener o promover condiciones de empleo; afirmándose por la doctrina - SASTRE IBARRECHE - que el pleno empleo aparece como requisito indispensable del derecho al Trabajo. Se constitucionalizan dos versiones de derecho al trabajo: la de carácter asistencial prevista en el art. 25.1 para los ciudadanos en prisión; y la que recoge el art. 35.1 de la Carta Magna de 1978. El derecho al trabajo asistencial ex art. 25.1 CE tiene carácter plenamente obligatorio para los poderes públicos. El derecho al trabajo que contempla el art. 35.1 CE, dado que la oferta de trabajo reside mayoritariamente en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es libre y no viene determinada, aunque sí puede venir impulsada o fomentada por la acción de los poderes públicos a través de la política de empleo, resulta imposible de garantizar a los ciudadanos, no pudiendo ser invocado para conseguir o asegurar un puesto de trabajo por el trabajador que lo necesite o desee.*

### *CUARTA*

*El sentido que la jurisprudencia española da al contenido y alcance del derecho al trabajo viene delimitado de manera distinta, pues en algunas sentencias muestran un concepto diferente de lo que se entiende por alcance como por contenido de este derecho. Así, en cuanto al alcance, éste viene fijado por la plena libertad del trabajador de realizar todas las actividades que crea conveniente, a la libre elección*

*de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo, mientras no incurra en la competencia desleal. En cuanto al contenido del derecho al trabajo éste es comprensivo de toda actividad realizada por el trabajador, con las limitaciones impuestas de que dicha actividad únicamente tiene relevancia en la esfera laboral si es realizada por el trabajador fuera de ella cuando aquélla repercute negativamente en el trabajo, de manera que se realice durante el mismo horario, disminuya su rendimiento o interfiera en la buena marcha de la empresa".*

*En relación al alcance del derecho al trabajo, éste viene configurado por: el deber de trabajar, el derecho al trabajo, la libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, la remuneración suficiente y la prohibición específica de discriminación en esas materias por razón de sexo. Puede darse una ampliación interpretativa del alcance del derecho al trabajo en el sentido que el derecho al trabajo en su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesario de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. El aspecto general del derecho al trabajo también merece la atención de diversa jurisprudencia, que se pronuncia por la consideración del Derecho al Trabajo como Derecho Humano Laboral y su significado de dignidad, libertad posibilidad de inclusión y supervivencia social.*

#### QUINTA

*En diversa jurisprudencia se establece la diferenciación entre el alcance y el contenido del derecho al trabajo. En cuanto al alcance del derecho al trabajo éste viene fijado por la plena libertad del trabajador de realizar todas las actividades que crea conveniente, a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo, mientras no incurra en la competencia desleal. Integran el contenido del derecho al trabajo el de libre elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, la remuneración suficiente y la prohibición de discriminación; con lo que se puede comprobar que la noción de alcance y contenido del derecho al trabajo, aunque sea mediante una inferencia algo aventurada, no están todavía conceptualmente elaborados con exactitud por la doctrina española, habiendo elementos que pueden invocarse tanto como integrados en el alcance como propios del contenido del derecho al trabajo.*

*La crisis financiera de 2008, cuya aberrante prolongación se soporta todavía en España, deja fuera de lugar los principios que pueden subyacer tras la concepción del derecho al trabajo elaborado jurisprudencialmente, por causa del imperio de la ley del mercado, a veces tan similar a la ley de la selva, que convierte en agua de borrajas cualquier pretensión de tornar efectivo este principalísimo derecho humano laboral.*

#### **SEXTA**

*La jubilación forzosa se presenta como institución que aglutina todas las contradicciones que pueden darse a favor y en contra de esta figura jurídica, legislativa, doctrinal y jurisprudencialmente debatida, con tan hondos efectos en la dignidad y el bienestar del trabajador. La causa generatriz de tales contradicciones tal vez haya que buscarla en la indefinición, en la carencia de una rigurosa y estructurada configuración jurídica de la jubilación forzosa, dado que ésta no presenta una definición y características delimitadas que puedan concretar su íntima configuración, pues puede ser entendida desde múltiples vertientes: jubilación como acto de jubilarse (dejar de trabajar); b) jubilación como prestación económica que se recibe reuniendo los requisitos para lucrarla; c) jubilación como derecho al descanso y, por último: d) jubilación como medida de empleo o desempleo. Puede entenderse la jubilación como derecho al cese laboral voluntario, percibiendo el trabajador una prestación económica o de otro tipo, que posibilita la continuidad de su integración social o dicho por pasiva, que el trabajador jubilado no ingresa en lo definido como grupos de marginación social. Socialmente, se produce en España un mayor distanciamiento entre la idea de jubilación y vejez.*

#### **SÉPTIMA**

*La aplicación del principio igualitario en el campo laboral significa una pretensión de equivalencia laboral: gozar de los mismos derechos cuando se desempeñen cometidos idénticos o similares. También puede ser entendida como derecho a que el trabajo y las expectativas de promoción del trabajador no sean preteridas injustamente. De igual modo este principio, aplicado al campo laboral, supone la interdicción de diferencias de trato carentes de fundamento racional u objetivo. Tal principio de igualdad, atendida la unidad del orden jurídico, conduce a la obligatoriedad de su aplicación también en las relaciones entre privados.*

*Hay que observar la evolución del Estado moderno como una dialéctica entre los principios de libertad y de igualdad, en cuya confrontación ha tenido entrada nuevas entidades con capacidad normativa, con el consiguiente cambio de las fuentes normativas del Derecho del Trabajo, una de cuyas principales consecuencias es la debilitación del principio igualitario que tiende a presentarse como una mera previsión e intento de control de las diferencias. La igualdad laboral se presenta con una diversidad de naturalezas; puede ser entendida como valor superior, como derecho fundamental, como un principio constitucional o derecho subjetivo, incluso como obligación y límite de actuación impuesto a los poderes públicos.*

#### OCTAVA

*El derecho a la igualdad y a la no discriminación es un principio o valor en los que se basa el Estado Social y Democrático de Derecho. El juego de este principio opera sobre la dignidad del ser humano que en virtud de su propia dignidad le hace igual a sus semejantes, y consecuentemente a recibir un trato igualitario, a no ser tratado con discriminación. Se puede entender la discriminación como la forma más visible y grave de atentado a los derechos humanos, puesto que atenta contra el valor dignidad, convirtiéndose en la más grave injusticia social. Y si se habla de discriminación laboral contra el trabajador de más edad, el supuesto de derechos humanos laborales. Debe señalarse que cuando el valor igualdad se traslada con pretensión vinculante para el empresario en el ámbito laboral, este principio queda reducido, dados los poderes de organización, disciplinarios y de dirección de la empresa, a una "mera interdicción de la arbitrariedad".*

*Resulta muy difícil elaborar un concepto útil de discriminación laboral, porque las relaciones que regula el Derecho del Trabajo vienen fuertemente imbricadas con otras ramas jurídicas de origen y formación diferente. El Derecho Constitucional adquiere un protagonismo innegable, así como la impronta que los derechos humanos laborales, como construcción doctrinal, han aportado al examen de la discriminación laboral, de carácter negativo o peyorativo, personalizada en este caso en el trabajador de edad madura. La dificultad se torna aún mayor cuando se intenta hablar de discriminación laboral negativa ante un universo laboral donde las normas que regulan la prestación del trabajo cada vez muestran distintos orígenes y sedes de reconocimiento o protección.*

## NOVENA

*Especial significado, en la defensa de los derechos humanos laborales, tiene la implantación de la "cláusula social" cuya finalidad es defender los derechos de los trabajadores de los países más pobres frente a los países más ricos, y se hace efectiva mediante la limitación o prohibición de comercio con países o empresas que no ofrecen a sus trabajadores unas condiciones mínimas de realización y cumplimiento de los derechos humanos del trabajador. La cláusula social intenta compatibilizar la economía de mercado con el respecto a los derechos sociales y laborales de los trabajadores. El ámbito de protección y defensa de la cláusula social viene constituido por el elenco de los derechos laborales fundamentales que reconoce la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la 86ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, el 18 de junio de 1998, en Ginebra. Tales derechos fundamentales en el trabajo vienen señalados en su apartado 2: Libertad de asociación y libertad sindical, reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la discriminación en materia de empleo y ocupación.*

## DÉCIMA

*La obligatoriedad de la cláusula social viene reconocida en el Tratado de la Unión Europea o de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, que ordena que los acuerdos de la Unión con terceros países deben incluir una cláusula sobre todos los derechos humanos, los de carácter laboral y todos los restantes derechos humanos. Pero el juego o efectividad de la cláusula social sólo tiene sentido según ABARCA HERNÁNDEZ "frente a la constatación de ventajas comparativas ilegítimas, que son aquellas logradas por medio de una retribución artificialmente baja de cualquier factor de producción".*

*Por la Unión Europea se declara la intención de encajar los derechos fundamentales en el ámbito comunitario. La Unión considera a tales derechos fundamentales como uno de sus elementos constitutivos, cuyo reconocimiento debería basarse en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, así como su incorporación al acervo comunitario, según afirmó la Comisión Europea en el Informe del grupo de expertos sobre derechos fundamentales (1999) con el título*

*Afirmación de los Derechos fundamentales en la Unión Europea: ha llegado el momento de actuar. Tal incorporación al acervo comunitario ha tenido lugar mediante el Tratado de la Unión Europea (o de Lisboa) de 13 diciembre de 2007, cuyo artículo 6, apartado 2, declara: "La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los tratados". Por lo tanto, los principios de igualdad y de no discriminación forman ya parte del acervo comunitario.*

## UNDÉCIMA

*En materia de principios y derechos fundamentales en el ámbito europeo, la Carta Europea de Derechos Fundamentales (Niza, 7 de diciembre de 2000), se sustituye por la Carta De los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (Estrasburgo, 12 diciembre 2007), con el mismo valor jurídico que los Tratados, otorgando un tratamiento específico a los derechos de contenido social, en concreto el derecho a la igualdad y no discriminación al que concede una eficacia privilegiada, al poder actuar dicho principio de igualdad y no discriminación en todos los ámbitos además del laboral : en este último, para conseguir una efectiva igualdad sustancial o material.*

*El momento actual, 2015, de referencia para averiguar el impacto que ha tenido la crisis de la globalización económica en los derechos humanos laborales, debe servir para reflexionar sobre lo que viene entendiéndose como ingeniería de la discriminación (RIVAS VALLEJO). La clase obrera europea en su conjunto, y la española, junto a la griega, portuguesa o italiana como más agraviadas, han visto desaparecer de un plumazo de los representantes de las grandes plutocracias y grupos financieros todo el hermosísimo acervo comunitario, los derechos y expectativas que la Europa de acento social había venido elaborando a favor del trabajador. Por causa de la crisis de 2008, de la colosal estafa financiera de 2008, que ha supuesto una involución irreversible - momentáneamente - en el orden laboral de los trabajadores de la Unión, ha retrocedido el Derecho del Trabajo, y los valores y principios que parecían ofrecer una cierta garantía de progreso, de dignidad y de libertad al ciudadano europeo. La globalización ha supuesto el derribo del Estado y la preterición de los derechos humanos laborales.*



## DÉCIMA SEGUNDA

*El tratamiento legislativo de la discriminación negativa del trabajador maduro encuentra valiosos antecedentes en la doctrina norteamericana. La Ley federal de los Estados Unidos contra la Discriminación en el Empleo por razón de Edad de 1967, Age Discrimination Employment Act de 1967 (ADEA de 1967) quizá sea uno de los intentos más claros para acabar con la lacra que supone la exclusión de los trabajadores mayores por razón de edad. Discriminación fundada en la mayoría de ocasiones en el prejuicio que valida o reafirma cualquier estereotipo negativo contra el trabajador maduro o mayor. La clasificación que establece la ADEA en cuanto a los comportamientos discriminatorios prohibidos por razón de sujeto: empresario, agencia de empleo o sindicato, deja, empero, una zona de incerteza jurídica e indefensión ya que los comportamientos discriminatorios pueden ser o no reprochables en función del sujeto: lo que le está permitido a un empresario no será lícito, por ejemplo, para un sindicato o una agencia de empleo. Ese muestrario típico de comportamientos prohibidos por discriminatorios no resulta, finalmente, todo lo protector que debiera ser de los derechos de los trabajadores mayores. Y la publicación de la Ley contra la Discriminación por razón de edad de 1975 (Age Discrimination Act), que podría haber servido para luchar de forma decidida contra la discriminación por razón de edad en el mercado laboral norteamericano, no cumple todas las expectativas, puesto que el ámbito de aplicación de la Age Discrimination Act de 1975, se ciñe a la prohibición de discriminación por razón de edad, pero sólo en los programas o actividades que reciben ayuda financiera federal. Medidas antidiscriminatorias que encuentran su ejemplo último, en la búsqueda de apoyo para los trabajadores mayores en la Ley de Protección de Beneficios de los Trabajadores Mayores de 1990 (Older Workers Benefit Protection Act, de 1990 (OWBPA), que modificó la ADEA 1967 para prohibir expresamente a los empleadores negar determinadas ventajas o beneficios a los trabajadores mayores. En Europa los principios antidiscriminatorios que establece el art. 13 de la Constitución de la Unión, han quedado reflejados en diversas directivas, siendo la Directiva 2000/78 la que hace por primera vez mención explícita de la edad como supuesto expresamente prohibido de discriminación contra el trabajador*

### DÉCIMA TERCERA

*El Derecho reflexivo, frente a la discriminación negativa, analiza los principios de igualdad y prohibición de la discriminación desde una doble perspectiva: desde el enfoque del principio de igualdad, examinando si la diferencia de trato es arbitraria, y desde un punto de vista basado en el principio de prohibición de la discriminación, intentando averiguar que las causas de la discriminación del trabajador mayor no resulten producto del estereotipo o prejuicio. Desde el Derecho reflexivo se muestra necesaria, en el caso de la discriminación por razón de edad, la presencia de unos resultados desfavorables para la dignidad humana que puedan originar una desigualdad sistemática del grupo discriminado, una situación de inferioridad que se achaca injusta y generalizadamente a los trabajadores de edad madura.*

*Pero el Derecho reflexivo no es suficiente para impedir o detener la discriminación, considerada desde una perspectiva de género, de los trabajadores de más edad. En el momento actual, que anuncia un futuro inmediato donde podrán contarse múltiples fuentes creadoras de lo normativo, cada vez más limitadoras de los derechos de la ciudadanía, no es tanto la actividad legislativa del Estado, cuanto la determinación del juez basada en el respeto a los principios y valores fundamentales de la sociedad, quien puede frenar el avance de las formas discriminatorias en el terreno laboral, donde la tarea integradora del magistrado puede unir valores procedentes del constitucionalismo y de la teoría de los derechos humanos laborales, para dar figura a un nuevo modelo o paradigma de derecho laboral, no anulado por principios económicos abusivos que desconocen la dignidad del trabajador, y que encuentran en ese desentendimiento e infringingimiento de los derechos humanos laborales la fuente de un lucro exorbitante e injusto.*

### DÉCIMA CUARTA

*La discriminación laboral por razón de edad no es un fenómeno que pueda atribuirse a una sola causa. Si, en unos primeros momentos, el prejuicio parece ocupar todo el campo de visión donde se origina tal tipo de discriminación, puede observarse que junto a componentes de indudable origen y carácter psicológico, pues los trabajadores de edad avanzada pueden sufrir tratos peyorativos – discriminatorios - por la sola causa de su edad, por otra parte, la doctrina científica que ha indagado los aspectos económicos de la discriminación laboral, encuentra unas razones de ahorro o ganancia económica empresarial, sustentadoras de la discriminación contra*

*el trabajador de edad madura, ya que esta clase tipo de trabajador suele ser el que resulta de mayor coste laboral para la empresa, en función de la antigüedad, el salario y los complementos salariales acordes con una trayectoria laboral prolongada.*

*Se da la conjunción simultánea de factores o elementos económicos y también psicológicos y económicos -los prejuicios basados en estereotipos- que pueden originar diversos motivos de rechazo en la madurez del trabajador; achacándose al trabajador veterano, que ha pasado de los cuarenta, supuestas incapacidades o torpezas para el cumplimiento de su profesión u oficio, lo que redundará, en un corto lapso temporal, en la exclusión laboral precursora de la marginación social. Y junto a los elementos de carácter psicológico, otros componentes y datos, de raíz puramente económica, que vuelven a otorgar protagonismo a la motivación empresarial, disfrazada bajo otros muchos subterfugios, que se desprende del trabajador mayor en cuanto puede, reemplazando a los trabajadores más caros por otros más jóvenes, cuyos costes laborales resultan menores. La razón económica del mayor coste para la empresa de mantener en plantilla a trabajadores de edad madura o de mayor edad, es la verdadera causa de la discriminación del trabajador mayor.*

#### *DÉCIMA QUINTA*

*Sólo puede entenderse la discriminación laboral del trabajador mayor con una perspectiva integradora de los factores que convergen en el fenómeno discriminatorio. No se dan únicamente aspectos basados en prejuicios o estereotipos cuando se habla del rechazo al mantenimiento del trabajador maduro en la empresa. La razón eficiente, a nuestro entender, es que tal clase de trabajador es la que resulta más onerosa en costes laborales y, por tanto, permite menos ganancia en la actividad empresarial.*

*Se ha visto cómo el cuidado en erradicar la discriminación por razón de edad que sufre el trabajador mayor muestra un desarrollo más avanzado en los países de impronta anglosajona, donde se supo ver con antelación que en un sistema de economía capitalista la discriminación tiene su razón de ser en el intento y realización del expolio en cabeza del trabajador mayor, apoyándose en el estereotipo que nace de los prejuicios contra las personas que han alcanzado una cierta edad, aunque la realidad que se oculta generalmente tras esta discriminación,*

*como se ha dicho, es el mayor coste laboral – económico - que el trabajador mayor supone para el empresario, con lo que se procura su exclusión del mercado laboral.*

#### *DÉCIMA SEXTA*

*Se dan en la figura del trabajador maduro o mayor dos grandes causas de sufrimiento, de padecimiento laboral y también anímico, psicológico o espiritual: el hombre o la mujer que se encaminan o acaban de dejar atrás el esplendor vital, y se encarrilan ya hacia la pendiente en la que cada paso va a resultarles más difícil de aprender y todavía más arduo de desandar. El trabajador maduro es sujeto de una discriminación laboral. Pero, al mismo tiempo, es víctima de algo a cuyo advenimiento no puede sustraerse: la edad, el paso de los años. Ese prejuicio debe desterrarse, puesto que las capacidades de una persona dependen, en gran medida, de la posibilidad de su cultivo.*

#### *DÉCIMA SÉPTIMA*

*Como antes se ha expuesto, la discriminación del trabajador mayor por causa de la edad viene fundamentada, en su aspecto más visible, por la presencia de estereotipos o prejuicios dañinos para el trabajador mayor. Para entender y averiguar las razones que pueda haber tras el fenómeno discriminatorio, analizándolas desde una perspectiva de género, se puede requerir el concurso de la Economía, la Sociología e incluso la Psicología. Situaciones, normas, usos y acciones que se dan en el mundo laboral pueden tener un componente discriminatorio que a veces se solapa y a menudo quedan impunes; teniendo como perjudicado siempre al trabajador que ha pasado de la cuarentena y como beneficiario último, de una forma u otra, a quien utiliza razones económicas para excluirlo de la vida laboral..*

*Son las causas económicas las que operan, tras el estereotipo y el prejuicio, en contra de la permanencia del trabajador de edad madura en su puesto de trabajo, porque los trabajadores de más edad resultan, fundamentalmente por su antigüedad, ser los de mayor coste laboral para las empresas.*

*El riesgo de la discriminación del trabajador maduro en la Unión es una consecuencia inevitable de la identificación entre envejecimiento e incapacidad laboral inducida y fomentada por la economía de capitalismo financiero o global, que*

*propaga la consideración de la mayor edad del trabajador como un coste añadido. Por otra parte, la edad de cuarenta años, es el punto de inflexión donde se advierte el fin de la carrera o vida profesional del trabajador, con la degradación de la norma social de empleo, en un contexto flexibilizador y avasallador de cualquier principio de respeto a los derechos humanos laborales y a la dignidad del trabajador. El trabajador de ambos sexos, pasados los cuarenta años de edad, se acerca progresivamente a una época laboral y vital carente ya de expectativas de progreso y de futuro. El estigma de la edad mayor, que esconde potentes razones de ahorro de gasto por los empresarios, determina que ese factor de discriminación por razón de edad aún no encuentre remedio efectivo mediante la vía de acciones afirmativas o positivas que puedan, eficazmente, evitar la marginación laboral de hecho y la exclusión social del trabajador de más edad.*

*Edad que por ley se viene a establecer en los cuarenta años: en España, mediante Decreto 2431/19066, de 13 de agosto, modificado por el de 30 de abril de 1970). La norteamericana Age Discrimination in Employment Act de 1967, en su Sección 631 (Artículo 631) fija en los cuarenta años la edad a partir de la que se prohíbe la discriminación contra el trabajador, prohibición de discriminación por edad que se mantiene hasta los setenta años (según la Enmienda ADEA de 1978). Finalmente, cabe hacer referencia al Código de Derechos Humanos de Ontario, de aplicación exclusiva en esa provincia canadiense, que cuenta quizá con la más generosa acción protectora contra la discriminación por razón de edad, que se establece a partir de los dieciocho años – cuando también se obtiene la mayoría de edad - y se extiende durante toda la vida del trabajador sin mayor limitación.*

#### **DÉCIMA OCTAVA**

*En la Unión Europea hay una cierta dificultad para el reconocimiento de un principio laboral igualitario, puesto que la Unión se cimienta en otros valores, bien diferentes del valor dignidad e igualdad, que tienen como referente primordial las necesidades del desarrollo de una economía capitalista, comandada por Alemania y seguida por Francia. Hay, por tanto, que cambiar el punto de vista del principio igualdad haciéndolo sinónimo, en expresión del Abogado General Maduro, a principio de tutela de la dignidad y de la autonomía de la persona. Se torna necesaria más que nunca la vuelta a los viejos e inmutables valores. El valor de Justicia en el mundo laboral debe recuperar su lugar como punto de partida del sistema igualitario y*

*antidiscriminatorio del nuevo Derecho de la Unión, si ésta no quiere desaparecer, como en el pasado junio parece anunciarse con los preliminares del hundimiento de la nación que dio origen a la verdadera Europa: la Grecia que lucha por su democracia, imperfecta, por supuesto, pero infinitamente más humana y con perspectiva de mayor andadura que la roma y avara Europa de la Sra. Merkel y los magnates del FMI vienen proyectando, por encima de cualquier atisbo de humanidad. En esa conformidad a la naturaleza del ser humano por la que lucha el pueblo griego, se puede encontrar la base de un nuevo modelo laboral europeo y posiblemente mundial, con un Derecho del Trabajo inclusivo, no discriminatorio, en suma, justo, en la medida que puede hacer posible la coexistencia del sistema de economía social de mercado defendida por la Unión con unos derechos humanos laborales cada vez más desdibujados por el propio sistema económico que el gobierno europeo intenta hacer valer.*

#### DÉCIMA NOVENA

*El precio a pagar por hombres y mujeres, víctimas de esta nueva clase de marginación por razón de edad es el más cruel: la exclusión social en multitud de casos, seguida de la pérdida de las razones y motivos para seguir viviendo como una persona útil para la sociedad. La exclusión social y la pérdida de la dignidad como ofensas mayores para el trabajador de más edad discriminado: tratado desfavorablemente, en clara afirmación de ALVAREZ ALONSO Y ALVAREZ CUVILLO, y de forma contraria a la dignidad humana por causa de su adscripción a un género o categoría social: en este caso, el de los trabajadores a quienes se considera ya viejos y por tanto ineptos o inhábiles, discapacitados en última instancia por razón de edad, donde cada vez se torna más necesaria la perspectiva de género para llegar a descubrir nuevas discriminaciones en la misma discriminación por edad, que puede acompañarse de otros factores de tratamiento peyorativo tales como el sexo o la discapacidad, entre otros.*

#### VIGÉSIMA

*Las referencias más tempranas a la discriminación interseccional o múltiple tienen como sujeto a la mujer afroamericana, desde la doble consideración sexual y racial. Los primeros trabajos que se publican sobre la discriminación ven la luz en Norteamérica, y se originan por el estudio y la aportación de diversas autoras del*

*movimiento feminista afroamericano, que al estudiar la situación de la mujer negra, comienzan a elaborar un concepto de discriminación múltiple, analizando el hecho de que una persona puede concurrir más de un factor de discriminación, bien sea con carácter simultáneo o asincrónico.*

*En la discriminación múltiple se produce como resultado un hecho discriminatorio diferente y agravado del que resultaría de la conjunción de los diversos factores discriminantes tomados uno a uno. No resulta separable el estudio de la discriminación de género de la economía, ni de las nuevas concepciones con base sociológica que lleva a hablar de discriminación, del derecho antidiscriminatorio y de la teoría de género como sinónimo, en un primer momento, de lucha por el poder y de combate contra los sistemas sociales de dominación y opresión.*

*Se torna necesaria la referencia al tratamiento de la discriminación múltiple en la Unión Europea, y a una medida política de carácter estratégico en favor de la igualdad entre hombres y mujeres, conocida como mainstreaming de género o transversalidad de género, que es uno de los grandes objetivos de la Unión Europea definido por el Tratado de Ámsterdam, que afirma el establecimiento de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los objetivos de la Unión. En España, la Ley de Igualdad 3/2007 ordena la obligatoriedad de la integración de la transversalidad de género en el ámbito del empleo público; pero tal principio igualitario queda reducido a una invocación huera a la empleabilidad de la mujer en el ámbito laboral privado.*

## *VIGÉSIMA PRIMERA*

*Un aspecto del Derecho del Trabajo actual es su sometimiento pleno a la economía, con una influencia en la concepción y la finalidad de esta rama jurídica que rompe con los valores anteriores a la crisis financiera, convirtiendo el aspecto positivo de esta rama jurídica - el derecho al trabajo - en una mera declaración constitucionalizada en multitud de cartas internacionales y declaraciones de organismos como la OIT. En La Unión Europea, hoy por hoy no se puede hablar de una efectiva realización del derecho al trabajo, aunque el Derecho al Trabajo constituya un derecho fundamental con vocación de universalidad. La OIT avanza un paso más y declara al trabajo decente como una de las metas a que debe aspirar toda sociedad. La crisis "financiera" de 2008 - la colosal estafa económica de los bancos e instituciones financieras de la economía global - ha puesto en tela de juicio*

*todos los principios del Derecho del Trabajo, menos el de su dependencia absoluta, hoy por hoy, de los imperativos del capitalismo globalizado.*

#### VIGÉSIMA SEGUNDA

*No es posible la convivencia ni la posibilidad de paz entre el universalismo de los derechos del hombre y la globalización económica. No resulta posible la compatibilización de los derechos humanos, incluidos los laborales - que son una función de la dignidad humana - con el fenómeno globalizador. El Derecho Humano más fundamental es el derecho a no padecer discriminación y de gozar de igualdad en el ejercicio de los derechos. La Globalización ha enterrado todos los Principios que se habían ido labrando en el acervo de la cultura y el humanismo occidental, fundamentados en las ideas que eclosionan en 1789, y han venido constituyendo desde entonces una cadena áurea antidiscriminatoria en defensa de la libertad, la igualdad y la fraternidad de todos los seres humanos.*

*Se asiste en el momento presente a la aparición de los llamados derechos humanos de tercera generación, que tratan de fundamentarse en el valor Solidaridad, cuyo espíritu choca con las ideologías inmanentes al capitalismo parasitario globalizador. Los efectos destructores de la globalización en la sociedad de estos primeros decenios del siglo XXI, que se muestran descarnadamente en la pobreza y desamparo y en las penurias y hambres de millones de personas que no encuentran defensa alguna frente a la iniquidad, hacen inevitable a largo plazo el colapso de esta forma de capitalismo radicalmente inútil por parasitario. La globalización, parafraseando a AMARTYA SEN "no tiene futuro porque ignora la necesidad de vivir en dignidad y en libertad de todo ser humano". En esta tesitura, las Declaraciones de Derechos Humanos, incluidos los laborales, se ven puestas en continuo entredicho por la rapiña de las grandes corporaciones transnacionales.*

#### VIGÉSIMA TERCERA

*El trabajador maduro es una de las muestras más evidentes de las marginaciones que genera la economía globalizada y que conllevan, entre otros rechazos, la exclusión social, laboral y familiar, resultando tal tipo de discriminación el crimen social más reprochable y la vulneración del mayor derecho fundamental del trabajador: el derecho a no ser discriminado. En la dialéctica que se da entre derechos humanos y valores comerciales, deviene insoslayable la paráfrasis*



*centrada en la concisa afirmación de DELMAS-MARTY: "los derechos del hombre deben prevalecer sobre los valores comerciales". Los avances que puede significar la aplicación, en lo posible, de la Declaración de Copenhague de Desarrollo Social de 1995, y el objetivo de establecer una efectiva implantación de la cláusula social, quizá, aunque sea oblicuamente, pueda servir de contrapeso al afán de lucro, sin limitación eficaz por ahora, del capitalismo globalizador, cuyas postrimerías pueden adivinarse en un no muy largo plazo.*

#### **VIGÉSIMA CUARTA**

*Con la denominación de derechos humanos laborales se entiende a los derechos laborales relacionados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la línea de CANESSA MONTEJO, quien los ubica en el "campo de intersección entre el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo".*

*El fundamento de los derechos humanos laborales hay que buscarlo en la dignidad del ser humano, principal valor y fundamento de todos los valores de la persona. Dignidad que ocupa el orden jerárquico superior dentro de los valores humanos. El trabajador, como ser humano, se determina por el reconocimiento en su persona de la titularidad de unos derechos humanos de carácter laboral, entre los cuales el derecho fundamental a la igualdad, proclamado por la OIT, y el consiguiente derecho humano laboral a la no discriminación.*

#### **VIGÉSIMA QUINTA**

*La mundialización o globalización del capitalismo financiero ha conllevado la difuminación, cuando no eliminación, de los fundamentos del Derecho del Trabajo hasta ahora conocidos, arrasados por el terremoto económico cuya fecha de comienzo se conviene en mediados de enero de 2008, con el hundimiento del principal banco de Estados Unidos, el Citigroup, seguido del desastre del Banco hipotecario Merrill Lynch, que arrastraron consigo a la economía norteamericana. En realidad, la crisis inmobiliaria en Estados Unidos principia en 2006 y en febrero de 2007 se producen las primeras quiebras hipotecarias y financieras.*

## VIGÉSIMA SEXTA

*La Crisis financiera de 2008 nace de la falta de regulación económica y control de las entidades bancarias y financieras norteamericanas preconizadas y aplicadas por el neoliberalismo, lo que conduce al desarrollo de un mercado económico y financiero basado en la explotación de la mejor información, la aparición de conductas de riesgo moral que se propagan sin freno, hasta el despertar de 2008, que torna ineludible la intervención del poder público para salvar un mercado cuya eficiencia y eficacia se habían basado erróneamente, por los defensores del pensamiento económico neoliberal, en la capacidad de autorregulación del sistema. La refutación de tal hipótesis neoliberal se ha producido, sin sombra de duda, con el hundimiento del sistema financiero americano de en 2007, producto a partes iguales, de la carencia de valores y de la inepticia y codicia de los dirigentes de la economía norteamericana y europea.*

## VIGÉSIMA SÉPTIMA

*El neoliberalismo en lo económico, que se identifica con la falta de valores y de patrones morales de conducta de las entidades bancarias y financieras, primeramente norteamericanas y luego generalizadas a todas las economías por efecto de la globalización del sistema económico, ha producido un desplazamiento del ser humano como centro y meta final de toda proyecto económico, con la consiguiente remoción de las bases del Derecho del Trabajo. El ser humano de este primer veintenario del siglo XXI, se encuentra abocado a la reconquista de un mundo laboral que ha perdido los referentes de conducta guiados por los principios que intentaban, desde 1789 - quizá también antes - centrar en la dignidad y libertad del ser humano, el punto de base y equilibrio, la meta central y final de toda elaboración jurídica, política y económica supeditada a lo que llamamos valores humanos. El Derecho del Trabajo clásico constituía la plasmación de un cierto intento equilibrador por parte del Estado en las relaciones entre trabajadores y empresarios sujetas al derecho laboral.*

## VIGÉSIMA OCTAVA

*El fin de este ciclo de economía capitalista bien puede ser fijado con la irrupción de la crisis financiera de 2008, que ha tenido efectos demoledores en los derechos de*

*la población trabajadora a la que se le ha hurtado el acervo laboral construido durante el último siglo y medio, que no encuentra ni en el Estado - garante del capitalismo global - ni en el Derecho del Trabajo la función tuitiva que antaño actuaba en pro de la parte más débil de la relación y contrato laboral. Una crisis que ha tenido un efecto inmediato: convertir a una clase social, la trabajadora, exenta de responsabilidad en el estropicio financiero de 2008, en la pagana del expolio y robo efectuado y disfrazado tras unos lenguajes esotéricos para el común por las grandes entidades bancarias y financieras que, en última instancia, han descargado su responsabilidad sobre el papel y los fondos públicos - estatales -.*

*Recientes son los casos de la AIG americana o - más cercanos - los de las Cajas de Ahorro Españolas que han procedido, gracias a un consenso político totalmente perverso y punible en un Estado de Derecho real, a la defraudación de ahorros y derechos la ciudadanía, convertida en necesaria e indefensa víctima de los expolios - económicos, sociales y también laborales - amparados por unas estructuras creadas y mantenidas por el poder, la clase dominante, para su exclusivo beneficio. Comprobar que los mismos estafadores e incompetentes que han dirigido cajas de ahorro, bancos y otras entidades financieras con pérdidas millonarias - que han debido ser cubiertas con fondos públicos - se han jubilado impunemente con unas "indemnizaciones" a título de gracia, cifradas en millones de euros, mientras que los pequeños inversores, los pensionistas y jubilados han visto defraudados y hurtados no ya tan sólo sus ahorros, sino su futuro y sus ilusiones, forma una idea cierta de hasta qué punto el capitalismo se define por el vacío absoluto de valores, cuando consigue actuar sin frenos ni barreras de tipo alguno, cuando actúa creyendo que tiene una impunidad garantizada para su comportamientos inmorales y antijurídicos. La acción política de gobierno en España y Europa, desde la entronización de la mal llamada crisis financiera, se ha convertido en una desoladora burla a los ciudadanos más desprotegidos económica y políticamente, que sólo desde hace unos meses encuentran en el recto y valiente obrar de algunos jueces un resquicio por donde ver un principio de resarcimiento por tanta injusticia estructural, que nace del propio sistema económico.*

## **VIGÉSIMA NOVENA**

*La contraposición entre los derechos humanos laborales y la figura de esa nueva construcción, el mercado globalizado, causante, con sus periódicas crisis, de*

*insólitas maneras de proceder en el ámbito económico, que se caracterizan por la ausencia de normas - estado de salvajismo financiero o capitalismo globalizado -, ha tenido una notable influencia en el desarrollo de nuevas pautas que intentan redefinir otro modelo de relación entre la clase obrera - los trabajadores - y lo que todavía se define como Derecho del Trabajo. Se asiste a una debilitación del Estado como cogestor de la economía y avalista principal del sistema de protección social. Puede descubrirse en paralelo que la clase trabajadora es la que está respondiendo por los estropicios económicos y de todo tipo causados por esta nueva forma de capitalismo, el financiero, definido por su carácter parasitario, que se ha llevado por delante, como una riada, el sentido del valor del trabajo y su función en cuanto basamento de la libertad, la igualdad y el progreso social.*

*Ha desaparecido, con la irrupción de la globalización económica, la noción del Trabajo como elemento social cohesionador e integrador. Junto con la pérdida del valor del trabajo en la sociedad, ineludiblemente se ha visto el naufragando el sentido de justicia. Hay un Derecho del Trabajo que pugna por contraponer principios que se consideraban derechos inamovibles en la sociedad actual, al punto de haberse elaborado toda una teoría sobre los derechos humanos laborales, con las nuevas ideas del mercado económico que parecen haber tomado el relevo de una forma tan salvaje como injusta. Pero si el capitalismo globalizador acaba con lo que hoy se entiende como Derecho del Trabajo - que debería ser fundamentalmente un derecho de oposición a la injusticia laboral, a la posición de supremacía absoluta del capital - también anticipará su propio fin.*

#### TRIGÉSIMA

*La globalización ha resultado ser el principal agente discriminador contra los trabajadores. De esa discriminación globalizada contra el conjunto de la clase obrera no puede excluirse al trabajador de más edad de ambos géneros, que se encuentra en medio de la borrasca globalizadora enfrentándose, además, a unos nuevos modos de producción. Se entiende que la globalización es, ante todo, un fenómeno de innovación en la producción. Se da una contradicción visible entre las Declaraciones de Derechos Humanos llamadas a ser eficaces en un mismo ámbito temporal y espacial dominado por situaciones políticas, sociales y laborales originadas por el capitalismo global, que contradicen de raíz el contenido y la voluntad de esas mismas Declaraciones de Derechos Humanos. No puede admitirse*

*de modo alguno el retorno de la sociedad a la ley de la jungla económica en nombre de la eficiencia de los mercados, regida por el olvido y el sacrificio en nombre de unos desconocidos dioses económicos, de la dignidad del ser humano y su necesidad de vivir en un entorno de libertad, igualdad y justicia.*

#### **TRIGÉSIMA PRIMERA**

*El pensamiento capitalista en su estadio globalizador ha difuminado, hasta tornarlo invisible, cualquier atisbo de seguridad jurídica entre las relaciones laborales, entre empresarios y trabajadores. Se constata una progresiva aceleración cangrejal en el respeto a los derechos humanos, que puede conducir a movimientos sociales alternativos, y es posible aventurar que también el Derecho del Trabajo deberá, de alguna manera, manifestar una veste diferente una vez pasada la eclosión desastrosa de esta crisis estructural del capitalismo, ahora caracterizada por su carácter financiero, parasitario.*

*La adaptación a las formas de producción más recientes no puede verse orientada por la idea de mantener el modelo de producción actual que ha certificado su fracaso aniquilando economías y derechos, sacrificando a los segmentos más débiles de la población como víctimas propiciatorias en el altar de los nuevos dioses globalizadores. La defensa del sistema globalizador que se justifica tras las nuevas formas de niebla ideológica del sistema económico global debe encontrar nuevas argumentaciones, otras nuevas nieblas asimismo ideológicas. Se impone, gracias a esta nueva falacia ideológica, la necesidad de reordenación del mercado del trabajo, cuyas principales características vendrán definidas, contra el trabajador, por la necesaria e ineludible pérdida de estabilidad en el empleo, asociada a la desregulación del mercado laboral. Hay razones que permiten conjeturar la pretensión, por las clases dominantes, de hecho, conseguir la desaparición de cualquier atisbo de derecho obrero, del Derecho del Trabajo, en el sistema económico actual.*

#### **TRIGÉSIMA SEGUNDA**

*La crisis financiera nace en los Estados Unidos de América y tiene como principales causas la falta de regulación gubernativa de la actividad de los bancos y las entidades financieras, y la desmedida ambición de lucro por parte de los responsables de aquellas instituciones. Se ha intentado crear la opinión, a modo de*

*desviación de conflictos, de que la causa real de la gran crisis de 2008 ha sido la presencia de los préstamos o créditos sub-prime, con lo que se achaca, precisamente, al segmento de la población con menor poder económico, el peso de la colosal estafa originada por una forma de entender y hacer negocios carentes de escrúpulos morales o éticos de tipo alguno, que encontraron previamente allanado el camino por la economía entendida al modo neoliberal, que consideraba cualquier intervención del poder público como algo innecesario, cuando no contraproducente, al desarrollo del sistema económico fundamentado en un capitalismo globalizador de corte neoliberal.*

*Debe hacerse notar que en América hasta el año 1999 tuvo vigencia la Ley Glass-Steagall, del Presidente Roosevelt, publicada en 1933 para evitar la repetición de los efectos desastrosos de la crisis de 1929. En 1999, en plena euforia neoliberal y globalizadora la Ley Glass-Steagall o Banking Act se deroga por la Ley Gramm-Leach-Bliley (Ley de Modernización de los Servicios Financieros de 12 de noviembre de 1999). Se publica dicha norma para liberar, según sus autores., la actividad de los bancos. En realidad lo que se busca es colocar a hurtadillas las actividades financieras totalmente especulativas en el mismo saco con que venía actuando la banca industrial y de negocios tradicional. Se camuflan de insólitos reyes Midas los flamantes aventureros de la ganancia ilimitada y a cualquier precio - actuando siempre en posición de riesgo moral -, y abusan de la información que ocultaban a sus propios clientes sobre la bondad o falsedad de los nuevos productos financieros; con lo que en unos años de especulación sin freno se acabó con el sistema económico tradicional, siendo necesaria la intervención del Gobierno de los Estados Unidos, aportando miles de millones de dólares de fondos públicos, para tapar las vergüenzas y la responsabilidad del latrocinio cometido por las mayores entidades bancarias y financieras norteamericanas.*

### TRIGÉSIMA TERCERA

*La causa de la crisis norteamericana tiene una triple naturaleza: por una parte, la económica, que se basó en la ganancia inmediata y sin freno de un mercado donde la "barra libre" en los negocios era la norma común; por la otra parte, la carencia total y absoluta de principios morales en los responsables de las finanzas, y en último término, la inepticia, asimismo ilimitada, de aquellos mismos responsables. El contagio a las otras economías de corte semejante, neoliberales de capitalismo*

*globalizador, era cosa cantada, dada la interdependencia de los mercados económicos. Tras los bancos hipotecarios y de créditos americanos caen los ingleses, alemanes, franceses, italianos, españoles. Un triple denominador común para una ruina moral y en consecuencia económica de carácter general: falta de freno, falta de leyes y normas que sometieran a control las actividades de esas entidades financieras, falta de competencia de sus dirigentes y falta, asimismo, de cualquier atisbo de responsabilidad moral o ética en los magnates de la economía y los dirigentes políticos que dejaron consumarse una estafa colosal, con repeticiones y ecos en cada uno de los países del modelo neoliberal/globalizado, cuyos estropicios han debido saldar los fondos públicos de los respectivos Estados, poniendo fin a una relación dialéctica entre lo privado - fuente de todos los "bienes" según los neoliberales-, y lo público - fuente de todos los "males" según aquellos mismos neoliberales de tan escasa memoria-, que se ha saldado con la intervención estatal rescatando a troche y moche, y soslayando, de camino, responsabilidades tan visibles como vergonzantes, mientras que se ha producido la ruina de miles de ciudadanos inocentes por causa de los manejos de la clase financiera aliada con la clase política, que casi siempre escapa indemne de cualquier tipo de responsabilidad.*

*En el caso de España resulta paradigmática la inutilidad e incompetencia del Banco de España y la actividad auto lucrativa de los dirigentes de las Cajas y algunos Bancos, todo ellos salvados por el Estado en última instancia. Este espectáculo de indignidad y oprobio ha constituido una de las mayores muestras de desvergüenza, falta de responsabilidad y lealtad hacia los usuarios y ciudadanos en general que se ha podido ofrecer en toda Europa. El ciudadano ha resultado el principal damnificado de esos múltiples y reiterados ejemplos de delincuencia de cuello blanco, perpetrada por los autores, cómplices y encubridores de tales juegos e ingenierías financieras resueltas, hasta la fecha, en un mágico rosario de irresponsabilidades.*

#### **TRIGÉSIMA CUARTA**

*Los efectos de la crisis financiera para el Derecho del Trabajo (y al Trabajo) han resultado semejantes a un maremoto en su capacidad destructiva. Se ha aniquilado la poca esperanza de distribución de bienes que podía conservar el Derecho del Trabajo, y se ha entronizado, de manera absoluta, la llamada ley del mercado sobre cualquier otro vislumbre de principio, regla o norma de conducta con arreglo a un*

*buen vivir social. Así, pueden observarse dos grandes cuestiones que afectan al Derecho del Trabajo: la primera es que se ha producido el sometimiento del Estado, de la organización pública, a los intereses privados que lo corroen y difuminan mediante una metástasis economicista que ha vuelto a las sociedades de nuestro entorno a niveles culturales, sociales y políticos propios del primer tercio del pasado siglo XX. Frente a la ley del mercado desaparece el Derecho del Trabajo, reducido a sucedáneos cada vez más indignos e incapaces de conseguir ni la paz ni el progreso social.*

*La segunda cuestión, atinente los efectos de la crisis financiera "global" de 2008 sobre el Derecho del Trabajo y su significación se ha mostrado, desnuda ya de cualquier aditamento, como la pura y simple anulación y suplantación de los valores y principios democráticos que intentaban contrarrestar la acción, llevada a la política, de los poderes económicos que ha establecido un mercado laboral en exclusivo beneficio de esos mismos poderes, al que en la actualidad no puede contraponerse seriamente una política diferente respecto al significado del Trabajo y los derechos de los trabajadores. En aras a salvar el "mercado económico" los amos de la economía mundial han despojado de sus derechos, incluidos los laborales, a la mayoría de las sociedades de corte neoliberal.*

*El caso paradigmático puede ser España, con unas modificaciones producidas en el Estatuto de los Trabajadores, señaladamente la de 2012, so pretexto de reactivar el mercado económico y la actividad laboral, que no pueden sino calificarse de expropiación de derechos laborales y estafa continuada sobre la población más débil y necesitada. Los cerca de 4 millones de personas en peligro de exclusión social ahorran cualquier otro comentario sobre los efectos de la crisis económica global, en una España donde la ingeniería financiera urdida y salida de manos de los gestores de Cajas y Bancos presenta el mismo grado de falta de honradez e ineptitud que el de la clase económica y política que los ha nombrado o los mantiene todavía en el poder.*

*Mientras tanto, un pueblo entero ha sido arrojado a la ruina, a la pérdida de derechos y expectativas vitales, que en algunas ocasiones han provocado el suicidio de las personas que lo han perdido todo, mientras en esa misma sociedad, algunos individuos, por razones tan conocidas como espurias, mantienen sus niveles de vida, a lomos de un lucro tan ilimitado e injustificado como impune. El espectáculo de los desalojos de viviendas por falta de recursos de sus ocupantes para satisfacer el*



*precio del alquiler o la hipoteca contrasta con la bolsa de viviendas de las que esos mismos bancos y entidades financieras pugnan por deshacerse, habiendo personas que no puedan disponer de una vivienda mínimamente digna, hace que huelguen mayores comentarios a tan injusta como desquiciada situación.*

*La crisis de 2008 ha servido para volver la mirada a lo público, tan denostado hasta hace unas décadas, pues son instituciones como la Iglesia, por mediación de Cáritas, y las entidades municipales, las que han parado, dentro de sus posibilidades, los efectos de una crisis económica que podría también tildarse de locura moral producida por el afán de lucro desmesurado, en una sociedad donde valores como justicia o igualdad, entre otros, han de recuperar su sitio y significación en la convivencia humana.*

#### **TRIGÉSIMA QUINTA**

*No hay, hasta el momento actual, una elaboración conceptual acabada de lo que sea o pueda ser la acción o discriminación positiva. Si sus antecedentes más remotos cabe situarlos en las medidas de favorecimiento destinadas a la población norteamericana de origen africano, dichas medidas que en un primer momento gozaron de plena aceptación social, porque se entendía que era una forma de equilibrar sinrazones e injusticias del pasado, pronto sufrieron severas críticas doctrinales. La causa más seria de tales críticas radica en que no pueden emplearse, en cabeza de un inocente actual, medidas que atentan contra sus derechos con la intención de modificar un pasado del que no fue responsable y que, por ser pasado ya es inmodificable, mediante tratamientos que nacen con el propósito de conseguir una igualdad de resultados. La igualdad de resultados como una de las finalidades de la acción surge lastrada por el sacrificio de la idea de justicia. La igualdad de derechos y oportunidades en origen, y para todos los miembros de una sociedad, puede considerarse como la medida de acción positiva más idónea, porque fundamenta la igualdad de oportunidades sin preterir derechos de un inocente al que no se le puede exigir responsabilidad por hechos o circunstancias que, perteneciendo al pasado, ya son inamovibles, y que no pueden ni deben resarcirse mediante el sacrificio injusto de derechos actuales creando una cadena de discriminaciones sin fin.*

*Una medida de acción positiva ha de nacer y fundamentarse en el principio de igualdad de trato y en el conexo principio de prohibición de discriminación, con total*

*respecto a la dignidad de las personas cuando la acción positiva cumple la función de ser un medio de reparación social de la dignidad lesionada injustamente y de servir para restituir en sus derechos al injustamente discriminado.*

#### TRIGÉSIMA SEXTA

*La doble vía que pueden utilizar las medidas de acción positiva, mediante acciones de favorecimiento que garanticen la igualdad de resultado o la igualdad de oportunidades, ha de contar o someterse a una acotación temporal en su aplicación, para ser realmente una medida de acción afirmativa o positiva o de discriminación inversa - dada la riqueza terminológica de la institución-. Lo contrario, alargar las situaciones de favorecimiento en el tiempo, constituiría una situación de privilegio permanente para los colectivos beneficiarios de tales medidas de integración, en perjuicio de otros colectivos que ni son culpables de males pasados ni tienen menor o peor derecho a los beneficios que pueda dispensar la sociedad. El principio de igualdad material debe conjugarse con aquel otro de prohibición de discriminación, por la razón evidente de que no se puede modificar el pasado, ni el daño y los males en aquel tiempo causados, añadiendo a aquellas pretéritas injurias nuevas discriminaciones, elaboradas en el tiempo presente, y que tienen como destinatario a personas inocentes. La discriminación no puede resolverse mediante la repetición de otra discriminación, aunque pretenda ser compensatoria, ejercida contra los derechos de una persona inocente.*

*Como medio de integración social, se pueden entender la acción positiva, acción afirmativa, discriminación inversa o positiva, acción de favor, medidas especiales o cualquiera otra denominación, a un conjunto de medidas de aplicación temporal y generalmente de origen público tendente a impedir la marginación social de los destinatarios de las medidas de favor, cuya causa de exclusión social viene dada por la adscripción de una persona o grupo al que se considera desfavorablemente y peyorativamente caracterizado. Se da en toda acción positiva la relación antitética entre el estereotipo negativo y el principio de igualdad; sobre ambos elementos de esa relación actúa toda acción positiva, con la finalidad de llegar a un remedio igualitario, respetuoso con la dignidad de la persona negativamente discriminada o en riesgo de discriminación.*

*La ONU ha considerado la acción positiva - que denomina acción afirmativa - ubicándola en el derecho internacional y en el ordenamiento jurídico interno,*

*definiéndola como: " la acción afirmativa es un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas especialmente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva".*

*Cualquier medida de acción positiva puede, a su vez, generar discriminación negativa. Cuando la acción positiva tiene lugar en el ámbito laboral, además de un derecho humano laboral, es un camino que puede conseguir una efectiva integración social. Si no se aplica con la voluntad hacer efectivo el principio igualitario - lo que supone ofrecer una efectiva igualdad de oportunidades - puede, como reverso indeseable, producir mayores situaciones de discriminación negativa, con los riesgos de enfrentamiento y posible fractura social entre los beneficiados y los no beneficiados de tales medidas de acción positiva.*

*Cabe por tanto, concluir que las medidas de acción afirmativa o positiva, para resultar verdaderamente eficaces no pueden, a su vez, generar discriminación.*

# **BIBLIOGRAFÍA**



ABARCA HERNÁNDEZ, O., 2002. La Cláusula Social y la ventaja comparativa ilegítima. *Intersedes: Revista de las Sedes Regionales*, III(núm. 5), p.48. Available at: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/666/66630505.pdf>.

ACKERMAN, M.E., 1994. "Volver a las fuentes y afirmarse en los principios". OIT: Pensamientos sobre el porvenir de la justicia social – Ensayos con motivo del 75º aniversario de la OIT. In J. BONET PÉREZ, ed. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: la declaración de la OIT de 1998*. Bilbao: Universidad de Deusto.

ADROHER BIOSCA, S., 1999. "La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el Derecho español". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.15.

AGUILERA IZQUIERDO, R., 2006. "La política comunitaria en la lucha contra la Seguridad Social." *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, (131), pp.705–722.

ALARCÓN CARACUEL, M., 1997. "El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea". In *La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral*. Pamplona: Aranzadi Editorial.

ALARCÓN CARACUEL, M., 1985. "La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social". *Relaciones laborales*, núm.7.

ALCALDE RODRIGUEZ, E., 2008. "Relación entre valores y principios generales de Derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile". *Revista Chilena de Derecho*, 35, núm. 3, pp.463–484. Available at: [www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n3/art04.pdf](http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v35n3/art04.pdf).

ALCINA FRANCH, J., 1994. *Aprender a investigar: métodos de trabajo para la redacción de tesis doctorales (Humanidades y Ciencias Sociales)*, Compañía Literaria.

ALEXY, R., 2002. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*.

ALLGÄUER, 2005. *Migración, discriminación y derechos humanos*, Bogotá: Antropos.

ALONSO OLEA, M., 2000. "El origen de la Seguridad Social en Madrid. La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900." *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.24.

ALONSO OLEA, M., 2001. "El trabajo como bien escaso." *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33.

ALONSO OLEA, M. & BAAMONDE., C., 2002. *Derecho del Trabajo*, (20ª edición).

ALSTON, P., 2005. *Labour rights as human rights*, Oxford: Oxford University Press.

ALVAREZ ALONSO, D. & ALVAREZ DEL CUVILLO, A., 2006. "Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela administrativa". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 132.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., 1999. "La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de protección social". *Editorial Temas Laborales*, núm.51.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., 1982. "El artículo 41 de la Constitución: garantía institucional y compromisos internacionales". *Revista de Seguridad Social*, núm.15.

ALZAGA RUIZ, I., 2003. "Jubilación forzosa pactada en convenio colectivo tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores". *Aranzadi Social*, 11.

ALZAGA VILLAAMIL, O., 1978. *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Ediciones del Foro.

ANCHUELO, A. et al., 2009. *La Economía edificada sobre arena: causas y soluciones de la crisis económica*, Pozuelo de Alarcón, Madrid: ESIC Editorial.

DE ANDRES, J., CHAVES, P. & LUENGO ESCALONILLA, F., 2002. *La Ampliación de la Unión Europea: economía, política y geoestrategia*, Ediciones de Intervención Cultural.

ANTON, A., 2005. "Rentas sociales, trabajo y ciudadanía." *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23(2), pp.191–215.

APARICIO TOVAR, J., 1998. "Discriminación por razón de edad (Derechos fundamentales y contrato de trabajo)." *1ª Jornada de Otoño de Derecho Social* (Universidad de Santiago. Servicio de Publicaciones).

APARICIO TOVAR, J., *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea* E. BOMARZO, ed., ALBACETE.

APARICIO TOVAR, J. & OLMO GASCÓN, A.M., 2007. *La Edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Albacete: Bomarzo. Available at: [http://vlex.com/account/login\\_ip?fuentes\\_id=5711](http://vlex.com/account/login_ip?fuentes_id=5711).

ARAGÓN REYES, M., 2009. "Los Tribunales constitucionales ante el derecho comunitario". In *Juez y la cultura jurídica contemporánea*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, DL.

ARDILL, N., 2007. *Age Concern's response to a Framework for Fairness: Proposal for a Single Equality Bill for Great Britain*. (2807 (Ref.)). Available at: [http://www.cipd.co.uk/publicpolicy/\\_frmwrkfrns.htm](http://www.cipd.co.uk/publicpolicy/_frmwrkfrns.htm).

ARGANDOÑA, A., 2010. "La dimensión ética de la crisis financiera". In *La crisis de 2008: de la economía a la política y más allá*. Mediterráneo Económico. Almería:

CAJAMAR, pp. 183–198. Available at:  
<http://www.fundacioncajamar.es/mediterraneo/revista/crisis2008.pdf>.

ARRIBA GONZALEZ DE DURANA, A., 2002. “El concepto de exclusión en Política Social”.

ARTUS, P. & VIRARD, M.-P., 2005. *Le capitalisme est en train de s'autodétruire*, Paris: La Découverte.

ARZOZ SANTISTEBAN, X., 2005. “La relevancia del derecho de la Unión Europea para la interpretación de los Derechos Fundamentales Constitucionales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74.

ASHCRAFT, A.B. & SHUERMAN, T., 2008. “Understanding securitization of subprime mortgage credit, Federal Reserve Bank of New York.” *Staff Report*, núm. 318.

AZNAR LÓPEZ, M., 1986. “Reforma de la Seguridad Social y legislación autonómica de Servicios Sociales: notas para la sinfonía incompleta de la protección social”. *Documentación Social*, núm.64.

BALAGUER CALLEJÓN, F., 2002. “El Estado Social y Democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado Social”.

BALLESTER PASTOR, M.A., 2011. “Discriminación laboral por razón de la edad en Canadá: la compleja supervivencia de principios clásicos ante nuevas realidades”. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, pp.987–1012.

BALLESTER PASTOR, M.A., 2009. “Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa”. *Actualidad Laboral*, 15.

BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. & CABEZA PEREIRO BALLESTER PASTOR, A y FERNÁNDEZ, M., J., 2009. *La Relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social*.

BARBERA, M. & AIMO, M., 2007. *Il Nuovo diritto antidiscriminatorio :il quadro comunitario e nazionale*, Milano: Giuffrè.

BARCELATA CHÁVEZ, H., 2010. “La crisis financiera en Estados Unidos.” *Contribuciones a la Economía*. Available at:  
<http://www.eumed.net/ce/2010a/hbc.htm>.

BARNARD, Catherine, y HEPPLER, B., 2000. *Substantive equality*. *Cambridge Law Journal*, 59, p.562.585.

BARR, D., 2006. *Age discrimination: a guide to the new law* K. SHAMAN, ed., London: Law Society.



BARRERE UNZUETA, M<sup>a</sup> Angeles; and MORONDO TARAMUNDI, D., 2011. *Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*

BARRIENTOS, A., 2007. "Nuevas estrategias de seguridad del ingreso en la vejez para los países de bajos ingresos. Comisión Técnica del Seguro de Vejez, Invalidez y Sobrevivientes" *Foro Mundial de la Seguridad Social*, Moscú, 10-15 de septiembre de 2007, Informe nú. Available at: <http://www.issa.int/recursos>.

BARRIOS BAUDOR L., G. y M.M.-V., 2005. "La protección social en la Constitución Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57.

BAYLOS GRAU, A., 2009. "Crisis y despidos: entre el fraude y la desvergüenza". *Nueva tribuna*. Available at: <http://www.nuevatribuna.es/opinion/antonio-baylos/crisis-y-despidos-entre-el-fraude-y-la-desvergenza/20090128055653040333.html>.

BAYLOS GRAU, A., 1985. "Derecho al trabajo, política de empleo y jubilación forzosa pactada en convenio". *Relaciones Laborales*, II.

BAYLOS GRAU J. y FERNÁNDEZ, M.F., A.C.V., 1995. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*.

DE BEAUVOIR, S. & BERNÁRDEZ, A., 1983. *La Vejez*, Barcelona: Edhasa.

BECK, U., 2002. *La Sociedad del riesgo global*, Madrid: Siglo XXI de España.

BECKER, G.E., 1957. *The economics of discrimination*, Chicago (USA): University of Chicago Press.

BEIER SORENSEN, O. & BUHL, Ol., 2007. "La interacción entre los sistemas de jubilación, la seguridad social, las políticas del mercadolaboral y la fiscalidad en la configuración de los patrones de jubilación". Comisión Técnica del Seguro de Vejez, Invalidez y Sobrevivientes Foro Mundial de la Seguridad Social, Moscú, 10-15 de septiembre de 2007, (Informe Técnico 11). Available at: <http://www.issa.int/recursos>.

BEITEL, K., 2009. *La Debacle de Wall Street y la crisis del capitalismo global, 2007-2009*, Barcelona: Hacer.

BELTRAN AGUIRRE, J.L., 1992. *El Régimen jurídico de la Acción Social Pública*.

BENDA CERVATI, A. (et al.).[LOPEZ PINA, dir.], E., 1981. "La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia", *Civitas*.

BENEDEK, W. et al., 2007. *Economic globalisation and human rights*, Cambridge: Cambridge University Press. Available at: <http://www.loc.gov/catdir/enhancements/fy0808/2008270349-d.html>.

BERARDI, F., AGUILAR HENDRICKSON, M. & AMIGOT LEATXE, P., 2003. *La fábrica de la infelicidad: nuevas formas de trabajo y movimiento global*, Madrid: Traficantes de Sueños,. Available at: [http://joseluisbrea.net/estetica/nuevocapitalismo/fabrica\\_infelicidad.pdf](http://joseluisbrea.net/estetica/nuevocapitalismo/fabrica_infelicidad.pdf).

BERCUSSON; Brian, y DICKENS, L., 1996. *Equal opportunities and collective bargaining in Europe. Part 1: Defining the issue*. E. F. for the I. of L. and W. Conditions, ed., Dublin.

BILBAO, A., 1991. "La globalización y las relaciones laborales". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 15.

BILBAO, A., 1995. *Obreros y ciudadanos: la desestructuración de la clase obrera*, Madrid: Editorial Trotta.

BLANCH, J.M., 1990. *Del viejo al nuevo paro. Un análisis psicológico y social*., Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

BLANCO BLANCO, J., 2004. "El sindicalismo español frente a las nuevas estrategias empresariales de trabajo y empleo". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 22(2), pp.93–115.

BLANPAIN, R., 1990. "Equality of treatment in employment. International Encyclopaedia of Comparative Law".

BLASCO RASERO, C., 2005. "La Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género: perspectiva social." *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128.

BLECKMANN, 1976. Considerations sur l'interprétation de l'art. 7 au Traité CEE.

BLOCH, E., 1980. *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid: Aguilar.

BOBBIO, N., 1997. *De senectute y otros escritos biográficos*, Madrid: Taurus.

BOKUM, N. ten & BARTELING, P., 2009. *Age discrimination law in Europe*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.

BON, P., 2003. "La Constitución española en el marco del constitucionalismo contemporáneo". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69.

BONET PÉREZ, J., 1999. *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: la declaración de la OIT de 1998*, Bilbao: Universidad de Deusto.

BORNOT CREBESSAC, S., 2005. *La discriminación en las empresas*. N. para P. la Discriminación, ed., MÉXICO D.F. Available at: [http://www.acsol.org/archivos/biblioteca/mochg\\_prevenir\\_la\\_discriminacion\\_laboral.pdf](http://www.acsol.org/archivos/biblioteca/mochg_prevenir_la_discriminacion_laboral.pdf).

BORRAJO DACRUZ, E., 2009. "Derecho vivo del trabajo y jurisprudencia unificada." *Actualidad laboral*, (17), p.1979.

BORRAJO DACRUZ, E., 1982. "Modelo constitucional de la Seguridad Social en España". *Revista de Trabajo*, núm.65.

BOURDIEU, P., 2001. *Contrafuegos 2*, Barcelona: Editorial Anagrama.

BOURDIEU, P., 2000. *Contrafuegos: reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona: Editorial Anagrama.

BRAGE CAMAZANO, J., 2005. "Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el convenio europeo de derechos humanos". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74.

BRAUDEL, F., 1985. *La dinámica del capitalismo*, México: Fondo de Cultura Económica.

BROOKING, A., 1997. *El Capital Intelectual*, Barcelona, Paidós.

BURTON, C., 1991. *The promise and the price: the struggle for equal opportunity in women's employment*. A. and Unwin, ed., ST. LEONARDS (NUEVA GALES DEL SURS).

BYRNES, A., 1997. "Hacia una aplicación más efectiva de los derechos humanos de la mujer mediante la utilización de las normas y procedimiento del derecho internacional de los derechos humanos". In *Derechos humanos de la mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*. Bogotá, pp. 189–225.

BYTHEWAY, B., 1995. *Ageism*, Buckingham, ed., Buckingham, Bristol, P.A. USA: Open University Press.

CAIRE, G., 1996. "Clause Social et commerce international", *Revue Tiers Monde*, número 148, 1996, *apud* LOBEJON HERRERO, L.F. "Pasado, presente y futuro de la Cláusula Social. El papel de la Organización Mundial de Comercio", *Revista Información Comercial Española*. *Revue Tiers Monde*, 148. Available at: Disponible en: [http://www.revistasice.com/cachepdf/ICE\\_843\\_149-161\\_\\_5DEFD6E8B10626373C013667C6F5FAFC.pdf](http://www.revistasice.com/cachepdf/ICE_843_149-161__5DEFD6E8B10626373C013667C6F5FAFC.pdf).

CALABUIG PUIG, M.A., 2013. "Discriminación indirecta por razón de sexo." *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 22, pp.343–370.

CALLE, Á., 2013. *La transición inaplazable*, Barcelona: Icaria.

CÁMARA BOTÍA, A., 2001. "Poder del empresario y prohibición de discriminación en el empleo." *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33.

CAMÓS VICTORIA, I., 2002. "La evolución del tratamiento de la discriminación en materia de empleo en aplicación de las Cartas de Derechos y Libertades de las

personas en Canadá y Québec”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 37.

CAMÓS VICTORIA, I., 2004. “La pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social”. In *Pensiones por jubilación o Vejez*. Pamplona: Aranzadi.

CAMPOY LOZAR, M., 2002. “Marginación y pobreza.” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35.

CANADA, G., 1967. *OHRC (Ontario Human Rights Commission)*. OHRC- Comisión de Derechos Humanos de Ontario. Available at: <http://www.ohrc.on.ca/en/policy-discrimination-against-older-people-because-age>:

CANALES MONTERROSO, E., 2010. “Mujeres mayores: estudio sobre la repercusión de la pérdida del papel de cuidadoras en su autoestima”. *Revista profesional española de terapia cognitiv-conductual*, 5, núm. 1, pp.60–72.

CANESSA MONTEJO, M.F., 2006. “Los derechos humanos laborales en el derecho internacional”. U. C. I. I. I. de M. I. de D. H. "Bartolomé de las Casas", ed., Available at: <http://hdl.handle.net/10016/3021>.

CANESSA MONTEJO, M.F., 2008. “Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (core rights) y el ius cogens laboral”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 72.

CARBY-HALL, J.O., 2009. “Discriminación por edad a la inglesa: un reto en una” área innovadora pero gris. La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social”, pp.43–56.

CARLSSON, E., 2008. *After Work - Investing for Retirement*. Göteborg (Suecia): University of Gothenburg. School of Business, Economics and Law. Available at: <http://gupea.ub.gu.se/handle/2077/9574>.

CARPENTER, M., FREDIA, B. & SPEEDEN, S., 2007. *Beyond the workfare state: labour market, equalities and human rights*, Bristol: Policy.

CASCAJO CASTRO, J.L., 2003. “El estado democrático: materiales para un léxico constitucional español”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69.

CASSEN, B., CHESNAIS, F. & EDO, L., 2002. *Contra la dictadura de los mercados: alternativas a la mundialización neoliberal.*, Barcelona: Icaria.

CASSEN, B. & CITOYENS, A. «Pour une taxation des transactions financières pour l'aide aux 2001 ». *Attac: contra la dictadura de los mercados: alternativas a la mundialización neoliberal.*, Barcelona: Icaria.

CASTAÑO, C., 1999. *Diferencia o discriminación: la situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnología de la información.*, Madrid: Consejo Económico y Social.

CASTEL, R., 2007. *La Discrimination négative :citoyens ou indigènes*, Paris: Seuil.

CASTELLANO BURGUILLO, E., 2006. “No discriminación por razón de edad: comentario al Auto emitido por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 14 de noviembre de 2005”. *Aranzadi Social*, 1, pp.3159–3164.

CASTIEN MAESTRO, J.I., 2003. “La teoría marxiana del valor-trabajo. Reflexiones a la luz de la obra de Isaac Ilich Rubin”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2003, 21, núm.2:, 21(2).

CASTILLO, A. & TERESA, M., 2009. “Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿Dónde está la Europa Social?” *Relaciones laborales*, 25\_(15-16), p.105.

DE CASTRO CID, B., 1980. “Derechos humanos y Constitución (Reflexiones sobre el Título I de la Constitución española de 1978).” *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 18, p.128.

DE CASTRO Y BRAVO, F., 1984. *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas.

CAVANAGH, J. & y HONNETH, A., 2003. *Alternativas a la globalización económica: un mundo mejor es posible*, Barcelona: Gedisa.

CAZORLA PRIETO, L.M., 2001. “Comentarios al art. 38 de la Constitución Española”. In *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas.

CEBRÍAN LOPEZ, I ; MORENO RAYMENDO, G., 2015. “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral.” *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 33, núm. 2, pp.311–328.

CEOMA, 2005. “La discriminación política de los mayores.”

CERDÀ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., 2008. “Aproximación a la nueva regulación general de prohibición de tratamiento desigual en el Derecho Alemán, en especial, su alcance en el ámbito civil”. *Meritum*, 3(2), pp.271–318.

CERDÀ MARTINEZ-PUJALTE, C.M., 2005. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (núm. 50/51), pp.193–218. Available at: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2538666> (texto completo).

CES GARCÍA, E.M., 2003. “Una sociedad inclusiva para una población que envejece: el desafío del empleo y la protección social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42.

CESE, 2008. CESE, “Dictamen de 13 de marzo de 2008, SOC/293” [En línea], Disponible en: [http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=//esppub1/esp\\_public/ces/soc/soc293/en/ces501-2008\\_ac\\_en.doc](http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=//esppub1/esp_public/ces/soc/soc293/en/ces501-2008_ac_en.doc), (versión inglesa), [Consulta de 2 de febrero de

2009]. Available at:  
[http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=//esppub1/esp\\_public/ces/soc/soc293/en/ces501-2008\\_ac\\_en.doc](http://eescopinions.eesc.europa.eu/viewdoc.aspx?doc=//esppub1/esp_public/ces/soc/soc293/en/ces501-2008_ac_en.doc).

CHECA, F. et al., 2004. *Inmigración y derechos humanos: la integración como participación social*, Barcelona: Icaria.

CHOSSUDOVSKEY, M. & Marshall, A.G., 2010. *The global economic crisis : the great depression of the XXI century*, Montreal: Global Research.

CIENTÍFICAS, C.S.D.E.I. & Jurídicos, I.N. de E., 1953. *Anuario de filosofía del derecho*. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ser. 1, Publicaciones periódicas. Available at: <http://sumaris.cbuc.es/cgi/revista.cgi?issn=0518-0872>.

CLAVÉS, G., 1999. *Les politiques de discrimination positive. Problèmes politiques et sociaux*, 822.

COLECTIVO IOE y PRADA, M.Á., 1995. "La discriminación laboral a los trabajadores inmigrantes en España". *Oficina Internacional de Trabajo*.

COMAPOSADA, F.J., 2001. *Los Derechos laborales son derechos humanos*, Barcelona: Fundació Josep Comaposada.

CONDE RUIZ V., J. y G., 2003. *Early Retirement*, FEDEA.

CONSIDERANT, V., 1846. *Exposition abrégée du système phalanstérien de Fourier*, Paris: Librairie Societaire. Available at: <http://premierssocialismes.edel.univ-poitiers.fr/docannexe/file/841/fd3585.pdf>.

CONTRERAS CEREZO, P. V, 2012. *Discriminación por razón de edad en la función pública*. Diario La Ley, (7902).

DEL CORRAL NOGALES, J.M., 1966. "La asistencia social en España". *Documentación Administrativa*, núm.100.

CORREA CARRASCO, M., 2005. "La jubilación forzosa y las fuentes del derecho del trabajo". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, (126), pp.47–80.

CORTINA, A., 2010. "Aprendiendo de la crisis. Una lectura ética", en A. COSTAS (Coord.), *La crisis de 2008: de la economía a la política y más allá.*, Almería: Cajamar. Available at:  
<http://www.fundacioncajamar.es/mediterraneo/revista/crisis2008.pdf>.

COSTALES, F. & ÁLVAREZ CUESTA, H., 2011. *Estudios sobre las últimas reformas laborales: efectos de la crisis en el derecho del trabajo*, León: Eolas.

COSTAS COMESAÑA, A., 2010. *La crisis de 2008: de la economía a la política y más allá*, Almería: Cajamar.

CRENSHAW, K., 1991. "Mapping the margins: Interseccionalidad, identidad política y violencia contra mujeres de color." *Stanford Labour Review*, Vol. 43, n, pp.1241–1299.

CRESPO GARRIDO, M. MORETON SANZ, M.F., LASARTE ALVAREZ, C., 2010. "Discriminación por razón de edad y de sexo: retos pendientes del Estado Social," Madrid: *Colex*. Available at: [http://cataleg.ub.edu/record=b2003440~S1\\*cat](http://cataleg.ub.edu/record=b2003440~S1*cat) [Accessed January 20, 2015].

CROW, M., 1999. "Achieving equality of opportunity". In Pitman, ed. *Strategic human resourcing: Principles, perspectives and practices*. Londres, pp. 291–309.

CRUZ VILLALÓN, J. & ALARCÓN CARACUEL, M., 1997. *Igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*, Navarra: Aranzadi.

CRUZ VILLALÓN, P., 1989. "Formación y Evolución de los Derechos Fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25.

CUESTA BUSTILLO, J., 1988. *Los seguros sociales en la España del Siglo XX. Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración.*, Madrid: Coedición: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Universidad de Salamanca.

DABOVE CARAMUTE, M.I. & VÍCTOR LAPENTA, E., 2011. "Ancianidad, derechos humanos y calidad de vida: una cita entre generaciones, un desafío de este tiempo". OÑATI SOCIO-LEGAL SERIES, 1(8).

DARITY, W. (Jr ), 1995. *Economics and discrimination*, Vermont (USA): Edward Elgar Publishing Company, 1995.

DAVIES, J. [et al ], 1962. *Age discrimination* W. S. T. Pu. Haywards Heath 2007, ed.,

DEAKIN, S., 2005. *Social Rights in a globalized economy*. In Oxford University Press, ed. *Labor Rights as Human Rights*. Oxford, pp. 3–60.

DELMAS-MARTY, M., 2004. "Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme." In *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Les conférences Albert Mayrand, enero de 2004, 7ª conferencia. Available at: <http://www.editionsthemis.com/categories/73-les-conferences-albert-mayrand.html?field=date&ordre=desc&page=2>.

DELPÉRÉE, F., TRÓCSÁNYI, L. & BOSSUYT, M., 2003. *L'unité et la diversité de l'Europe : les droits des minorités : les exemples belge et hongrois* : [actes du colloque international organisé le 28 octobre 2002 ...], Bruxelles: Bruylant.

DÍAZ CREGO, M., 2005. "Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74.

DÍAZ PALAREA, M.D. & SANTANA VEGA, D.M., 2008. *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Madrid: Reus.

DICKMAN, I.R., 1979. *Ageism-discrimination against older people*, New York: Public Affairs Committie.

DRURY, E., 1993a. *Age discrimination against older workers in the European Community.*, Londres: Eurolink Age.

DRURY, E., 1993b. *Public policy options to assist older workers what role for public policy in combating age discrimination in employment: a survey of opinion - formers in the European union*, London: Eurolink Age.

DUCLOS, N., 1993. "Disappearing women: Racial minority women in rights cases". *Canadian Journal of Women and the Law*, 6, p.25.

DUPPER, O., 2004. "In defence of affirmative action in South Africa". *South Africa Law Journal*, 121.

ECO, U., 1982. *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*, Barcelona: Gedisa.

EDWARDS, J., 1987. *Positive discrimination, social justice and social policy: Moral scrutiny of a policy practice*, Tavistock ed., Londres.

DE ELENA Y PEÑA, J., 2004. *Desigualdad social y relaciones de trabajo*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.

ENGELS, F., 1969. *Del socialismo utópico al socialismo científico*, Aguilera.

ERMIDA URIARTE, O., 2010. "La crisis financiera global y el Derecho del Trabajo". *Blog de Derecho y Actualidad de la Facultad de Derecho*. Available at: <http://www.fder.edu.uy/contenido/rrll/contenido/licenciatura/documentos/002.pdf>.

EROLE, C., 1997. *Los Derechos Humanos: compromiso ético del Trabajo Social*, Buenos Aires, Edic. Espacio (Col. Ciencias Sociales), 1ª edición 1997.

ESTADISTICA, I.N.E., 2000. "Encuesta de salarios en industria y los servicios".

ESTADISTICA, I.N.E., 2001. "Índice De Costes Laborales, Madrid: Instituto Nacional de Estadística".

ESTEVE SAGARRA F.R., A. y L.P., 2000. *La extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ESTRADA LÓPEZ, E., 2006. "Derechos de Tercera Generación." *Revista Podium Notarial*, núm. 34, p.pág. 243. Available at: <http://www.revistanotarios.com/files/Derechos de Tercera Generacion.pdf>.



ESTRELLA, J.D., 2005. "Discriminación por edad en los tratamientos oncológicos de ancianos con cáncer de colon y mama. Estudio de casos y controles". *Revista española de geriatría y gerontología*: Órgano oficial de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología, 40, núm. 2, pp.78–84.

EUROPEA, C., 1999. "Derechos fundamentales y lucha contra la discriminación". COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Empleo, Relaciones Laborales y Asuntos Sociales, (Col. Empleo & Asuntos sociales,). Available at: <http://sid.usal.es/docs/F8/8.4.1-520/8.4.1-520.pdf>.

EUROPEO, P., Textos aprobados por el Parlamento: "Asistencia sanitaria y atención a las personas mayores", de 11 de marzo de 2004 [En línea], Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2004-0184+0+DOC+XML+V0//ES&language=E>. Available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2004-0184+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>.

FABREGAT MONFORT, G., 2009. *Las Medidas de acción positiva :la posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Valencia: Tirant lo Blanch. Available at: [http://catalog.ub.edu/record=b1935851~S1\\*cat](http://catalog.ub.edu/record=b1935851~S1*cat) [Accessed June 11, 2014].

FALEY, R.H., 1983. *Age discrimination: a review and synthesis of the legal and psychological literatures*, Purdue: West Lafayette, Institute for Research in the Behavioral, Economic, and Management Sciences.

FALK, U., *Ageism, the aged, and aging in America: on being old in an alienated society*, Springfield Ill, U.S.A: C.C. Thomas Publisher.

FAUNDEZ, J., 1994. *Affirmative action: Intersectional perspectives* OIT, ed., Ginebra.

FEIKA, I., 1999. *Women with dissability - The most marginalized group of all*. DPI Newsletter, 6, núm.1.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F., 2003. "De la inclinación al trabajo a la inclinación al empleo. Un análisis de las transformaciones de la organización capitalista de la producción a partir de una categoría weberiana". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 21(2), pp.231–254.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., 2004. "La relación laboral como ámbito de trabajo formativo." *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, (124), pp.687–716.

FERNÁNDEZ MIRANDA, A., 2003. "El Estado social." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 69.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., 2004. "La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.49.

FERNANDO DE CASTRO, L., 2011. "La inserción social de un colectivo vulnerable: los mayores de cuarenta y cinco años."

FERRADANS CARAMÉS, C., 2006. "El contrato de relevo y la jubilación parcial en un contexto de fomento de la prolongación de la vida activa de los trabajadores". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, (130), pp.331–366.

FERRARI, C., 2008. "Tiempos de incertidumbre. Causas y consecuencias de la crisis mundial", *Revista de Economía Institucional* [en línea], segundo semestre 2008. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/419/41901903.pdf>. *Revista de Economía Institucional*. Available at: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/419/41901903.pdf>.

FERREIRO APARICIO F., J.F. y S.P., 1999. "Protección Social e incertidumbre." *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 16.

FOLEY, C., 2000. *Global Trade, Labour and Human Rights* A. I. U. KINGDOM, ed., London: Amnesty International United Kingdom.

FOURIER, C., 1932. *Pages choisies*, Paris: Recueil Sirey.

FRANC - NOHAIN, 1930. *El Arte de vivir*, Barcelona, Available at: <http://ccuc.cbuc.cat/record=b2150347~S23> [Accessed May 25, 2015].

FRASER, N. & y HONNETH, A., 2006. *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político- filosófico*, Madrid: Morata.

FREDMAN, S., 1999. *A critical review of the concept of equality in UK anti-discrimination law*, Cambridge.

FREGE, G., 1998. *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica*, Madrid: Tecnos.

FREGE, G., 2002. *Estudios sobre semántica*, (Col. Biblioteca de Filosofía), Barcelona: Ediciones Folio.

FRETZ, B.D., 1996. *Age discrimination manual*, Washington, D.C.: National Senior Citizens Law Center.

FRIEDEN, J.A., 2007. *Capitalismo global: el trasfondo económico de la historia del siglo XX.*, Barcelona: Crítica.

GALENSON B. A., D.W. y W., 1999. *Age and the quality of work: the case of modern american Painters*, Massachussets: National Bureau of Economic Research.

GALLAGHER, M.E., 2005. *Contagious capitalism: globalization and the politics of labor in China*, Princeton, N.J.: Princeton University Press.

GALLIMARD, A.M., 1991. *Envejecimiento, edad y empleo en Europa: situación actual y perspectivas*.

GÁLVEZ MONTES, F.J. et al., 2001. “Comentarios al art. 14 de la Constitución Española.” In GARRIDO FALLA, F.J. (dir.), *Comentarios a la Constitución* (3ª edición ampliada). Madrid: Civitas, pp. 27–44.

GARCÍA AÑÓN, J., 1999. “El principio de igualdad y las políticas de acción afirmativa. Algunos problemas de la dogmática jurídica y el Derecho Europeo”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2. Available at: <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCIAOSB.pdf>.

GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA, C., 2003. “La coordinación de regímenes de Seguridad Social. El Reglamento CEE 1408/71. Simplificación y extensión a nacionales de terceros Estados”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 42.

GARCIA LOPEZ, J., 2003. “La fuerza de trabajo es una mercancía...” *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 21(núm. 2).

GARCÍA MURCIA, J., 1984. “El papel de la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa del trabajador.” *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 19.

GARCÍA NINET J. J., J.I. y M.L., 1989. “Aproximación a la Seguridad Social en las normas comunitarias europeas”, núm.11.

GARCÍA NINET, J.I., 2004. “Derogación de la Disposición Adicional 10ª del Estatuto de los trabajadores Extinción de la ...” *Tribuna Social: REvista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 161(161), pp.5–14.

GARCÍA NINET, J.I. & BURRIEL RODRÍGUEZ -DIOSDAO, P., 2014. *El impacto de la gran crisis mundial sobre el derecho del trabajo y de la Seguridad Social: su incidencia en España, Europa y Brasil, 2008-2014.*, Barcelona : Atelier. Available at: <http://catalog.ub.edu/record=b2121402~S1> [Accessed June 25, 2014].

GARCÍA NINET, J.I., RIVAS VALLEJO, M.P. & NÚÑEZ FERNÁNDEZ, A.B., 2000. *La dependència de les persones grans i la seva protecció des de la perspectiva sociolaboral i de seguretat social a Catalunya*, Barcelona: Universitat de Barcelona. Departament de Dret Mercantil i Dret del Treball i de la Seguretat Social. Àrea de Dret del Treball i de la Seguretat Social.

GARCÍA NINET, J.I. & DE VICENTE PACHÉS, F., 2005. “El derecho valor a la dignidad humana y el derecho a la protección de datos personales en la Constitución Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, p.144.

GARCÍA SAN JOSÉ C., et al. 2005. “El derecho a no sufrir discriminación en la construcción europea de un sistema de protección de derechos fundamentales”. *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, 69, pp.489–506.

GARCIA TREVIJANO, A., 2007. *Tres Ideas Fuerza. Blog La República Constitucional*. Available at: <http://antoniogarciatrevijano.com/2007/06/27/tres-ideas-fuerza/>.

GARCÍA VIÑA, J., 2001. "Regulación en Convenio Colectivo de cláusulas de jubilación forzosa (Derogación de la D. Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores). Reformas introducidas por el Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo". *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral.*, núm. 124.

GARCÍA VIÑA, J. & GARCÍA NINET, J.I., 2011. *La Negociación colectiva en España tras las últimas reformas*, Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.

GARCÍA-NÚÑEZ SERRANO, F., 2002. "Los complementos autonómicos ¿Seguridad Social o Asistencia Social? ". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.34.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., 1994. *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid: Civitas.

GARCÍA-PERROTE, I., 2007. "Jubilación obligatoria y convenio colectivo extraestatutario". *Actualidad laboral*, (18), p.2169.

GARRIDO MEDINA, L. & CHULIÀ RODRIGO, E., 2005. *Ocupación, Formación y el futuro de la jubilación en España.*, Madrid: Consejo Económico y Social.

GARRORENA MORALES, A., 1984. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid: Civitas.

GAY MAZUYER, E, L. & NAZET-ALLOUCHE, D., 2007. *Les Droits sociaux fondamentaux : entre droits nationaux et droit européen*, Bruxelles: Bruylant.

GEIGER, T., TRAPPE, P. & MONEREO PÉREZ, J.L., 2001. *Estudios preliminares de Sociología del derecho*, Granada: Comares.

GEORGE, S. & GIBNEY, M.G., 2003. *La Globalización de los derechos humanos*, Barcelona: Crítica.

GEORGE., S., 2004. "¿La globalización de los derechos?" In *La Globalización de los Derechos humanos*. Barcelona: Crítica.

GETE CASTRILLO, P., 2001. *La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch.

GIARINI P., O. y L., 1998. *El dilema del empleo: el futuro del trabajo. Informe al Club de Roma*, Barcelona: Galaxia Gutenberg.

GIBNEY, J., 2004. *La Globalización de los derechos humanos*, Barcelona: Crítica.

GIL DE SAN VICENTE, I., 2008. "Las categorías marxistas y la definición de la globalización como fenómeno y forma actual del capitalismo". *Rebelión*. Available at: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=69947>.

GIL RUIZ, J.M., 2012. *Las nuevas técnicas legislativas en España: los informes de evaluación de impacto de género*, Valencia: Tirant lo Blanch. Available at: [http://cataleg.ub.edu/record=b2074377~S1\\*cat](http://cataleg.ub.edu/record=b2074377~S1*cat) [Accessed June 11, 2014].

GIMÉNEZ GLUCK, D., "Estado social y acciones positivas: especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad", en M.D. Díaz Palarea y D. Santana Vega (coord.), In *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*,. Madrid: Reus.

GIMENO ULLASTRES, J.A. & HUERTA, J.R., 1977. *Trabajo y plusvalía*, Madrid: Mañana.

GOLDMAN, A.H., 1979. *Justice and reverse discrimination*, Princeton N.J.: Princeton University Press.

GÓMEZ CABALLERO, P., 2004. "Los límites a la negociación colectiva para regular la extinción del contrato de trabajo por razón de edad". *Temas laborales*, 77.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, J., GARCÍA NINET, J.I. & RIVAS VALLEJO, M.P., 2004. *El Conocimiento del genoma humano: una nueva vía para la discriminación laboral. ¿Es necesario un cambio en el paradigma jurídico?*, Barcelona.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.J., 2005. "Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo". *Noticias Jurídicas*. Available at: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho Administrativo/200504-3555121421051720.html>.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., 2001. "La discriminación por razón de la edad". *Temas Laborales*.

GONZÁLEZ RABANAL, C., 1988. "La Seguridad Social en la Constitución." *Revista de Trabajo*, núm. 92.

GOSELIN, H., 2007. *Aptitude et inaptitude medicale au travail: diagnostique et perspectives.*, s/l ¿Paris? Available at: [http://www.handipole.org/IMG/pdf/rapport\\_gosselin.pdf](http://www.handipole.org/IMG/pdf/rapport_gosselin.pdf).

GRAY, J., 2000. *Falso amanecer: los engaños del capitalismo global*, Barcelona: Paidós.

GREGORY, R.F., *Age discrimination in the American workplace: old at a young age*, New Brunswick, N.J.: Rutgers University Press.

GREGORY SALVERDA, W. y BAZEN, S., M., 2000. *Labor market Inequalities*, New York: Oxford University Press.

GUAMÁN, A. & ILLUECA, H., 2012. *El huracán neoliberal: una reforma laboral contra el Trabajo.*, Madrid: Sequitur. Available at: <http://www.ceps.es/images/pdf/huracanneoliberal.pdf>.

GUILLEMARD, A.M., 2000. *Aging and the Welfare-State Crisis*, Delaware: University of Delaware Press.

HABERMAS, J., 2010. "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos" *Dianoia*, LV (núm. 64). Available at: [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/2010/DIA64\\_Habermas.pdf](http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/2010/DIA64_Habermas.pdf).

HABERMAS, J., 2005. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.

HALE, N., 2000. *The Older Worker: Effective Strategies for Management and Human Resource Development*, San Francisco - California: Jossey-Bas Publishers.

HANDA, J., *Discrimination, retirement, and pensions*, Aldershot, Hants, England; Brookfield, VT. USA: Avebury.

HARNECKER, M., 1999. *Los Conceptos elementales del materialismo histórico*, México, D.F.; Madrid: Siglo XXI.

HENDERSON, W.L. & LEDEBUR, L.C., 1970. *Economic disparity: problems and strategies for black America*, New York: the Free Press.

HEPPLE, B., 2001. "Igualdad, representación y participación para un trabajo decente". *Revista Internacional del Trabajo*, 120, pp.5–20.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, G., 2003. "Mayores: aspectos sociales." *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 45.

HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑÓN, M., 2005. "La respuesta constitucional a la integración europea." *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 75.

HONNET, A., 2007. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*, Buenos Aires: Katz.

HUELIN MARTINEZ DE VELASCO, J. & ZAMORA ZARAGOZA, F.J., 2007. *La Articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial.

HUGUES, E., 1944. "Dilemmas and contradictions of status". *American Journal of Sociology*, 50, pp.353–359.

HURTADO GONZÁLEZ, L., 1995. "Seguridad Social versus Protección Social." *Actualidad Laboral*, núm. 13.

HUSHBECK, J.C., 1989. *Old and obsolete: age discrimination and the American worker, 1860-1920.*, New York: Garland Publications, 1989.

IGLESIAS CABERO, M., 2003. "Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea. Particular referencia a la jubilación y al desempleo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44.

ILMARINEN, J., 2005. *Towards a longer worklife! : Ageing and the quality of worklife* F. I. of O. H. (FIOH), Helsinki: Finish Institute of Occupational Health (FIOH), Ministry of Social Affairs and Health. Available at: [www.ttl.fi/kirjakauppa](http://www.ttl.fi/kirjakauppa).

INTOLERANCIA, M.C.L.A., 2000. "La Amenaza de la intolerancia: Directiva 2000/43/CE del Consejo Europeo, lucha contra la discriminación: Directiva 2000/78/CE del Consejo Europeo, igualdad de trato en el empleo", Madrid: *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Secretaría Técnica.

BEN ISRAEL, R., 1998. "Equality and the prohibition of discrimination in employment", In K. L. International, *Comparative Law and industrial relations in industrialized market economies*, La Haya, pp. 239–276.

JÁUREGUI, R., 2005. "Envejecimiento, cambio social y modelos de protección social", *Foro de Seguridad Social*, núm. 14.

VON JHERING, R. & VELA, F., 1997. *El Espíritu del derecho romano*, Madrid: Marcial Pons.

VON JHERING, PRINCIPE SATORRES, E, R. & MONEREO PÉREZ, J.L., 1998. *El Espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Granada: Comares.

JIMENA QUESADA, L., 2006. *Sistema europeo de derechos fundamentales*, [Madrid]: Colex. Available at: [http://cataleg.ub.edu/record=b1761715~S1\\*cat](http://cataleg.ub.edu/record=b1761715~S1*cat) [Accessed March 29, 2015].

JIMENO, J.F., 1994. "El Coste del factor trabajo", *Revista de economía y sociología del trabajo*, nº 25/26 (, p.348.

JOVER GÓMEZ-FERRER, J., 2004. *Constitución y Derecho Comunitario*, Madrid: BOE.

JOYCE, J.A., 1980. *World labor rights and their protection*, London: Croom Helm.

KEATING, D., 2008. "La crisis económica de 2008 explicada". *Café Babel, Revista Europea*. Available at: <http://www.cafebabel.es/article/26634/explicacion-crisis-economica-hipoteca-petroleo.html>.

KENDIG, W.L., *Age discrimination in employment*, New York: AMACOM.

KLEBA LISBOA, Teresa, LOLATTO, S., 2013. "Políticas Públicas con transversalidad de género. Rescatando la interseccionalidad, la intersectorialidad y la interdisciplinariedad en el Trabajo Social", *Cuadernos de Trabajo Social*, 26-2, pp.409–419.

KUHN, T.S., 1980. *La estructura de las revoluciones científicas*.

DE LA DEHESA, G., DEHESA, G. de la & DE LA DEHESA, G., 2009. *La primera gran crisis financiera del siglo XXI: orígenes, detonantes, efectos, respuestas y remedios*, Madrid: Alianza Editorial,.

DE LA PARRA J.M., D. y T., 2002. "Procesos de exclusión social: redes que dan protección e inclusiones desiguales", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.35.

DE LA PEÑA ROSINO y BELOQUI URMENET, L., P., 1983. "Los servicios sociales y su configuración en el estado de las Autonomías". *Revista de Seguridad Social*, núm.52.

DE LA VILLA GIL, J.L., 1999. "Los derechos humanos y los derechos laborales fundamentales", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 17.

DE LA VILLA GIL, L.E., 1997. *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia: Ediciones Tirant Lo Blanch.

DE LA VILLA GIL, L.E., 2004. "Inmigración, fronteras y asilo en las Conclusiones del Consejo Europeo de Salónica", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.52.

DE LA VILLA GIL, L.E., 2001. "La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32.

DE LA VILLA GIL, L.E., 2003. *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Granada: Editorial Comares.

LATINA, C.E.D.E.A., 1974. *Historia del movimiento obrero*, Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.

LAUTERPACH, T., 2008. "An International Bill of the Rights of Man", In D. SHELTON, *Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos-UNiversidad de Chile.

LEE, G., 1991. *Discrimination*, Vero Beach, Florida: Rourke, 1991.

LEHMANN, M., 2009. *La Prohibición de la discriminación en los derechos nacionales*, Madrid: Dykinson, cop.



DE LEMUS., 2005. “Nuevos retos para la Psicología Social: eddisrmo y perspectiva de género”, *Pensamiento Psicológico*, 5, pp.34–51.

LEVIN, J., 1980. *Ageism, prejudice and discrimination against the elderly*, Belmont, California: Wadsworth Pub. Co.

LEVINE, M.L., 1988. *Age discrimination and the Mandatory Retirement Controversy*, Baltimore (USA): The Johns Hopkins University Press.

LINDEMANN, B., 2003. *Age discrimination in employment law*, Washington, D.C.: Bureau of National Affairs.

LOBEJON HERRERO, L.F., 2008. “Pasado, presente y futuro de la Cláusula Social. El papel de la Organización Mundial de Comercio”, *Revista Información Comercial Española*, núm. 843, p.150. Available at: Disponible en: [http://www.revistasice.com/cache/pdf/ICE\\_843\\_149-161\\_\\_5DEFD6E8B10626373C013667C6F5FAFC.pdf](http://www.revistasice.com/cache/pdf/ICE_843_149-161__5DEFD6E8B10626373C013667C6F5FAFC.pdf).

LÓPEZ CUMBRE, L., 2013. “La discriminación por razón de edad en la jubilación forzosa: el caso Palacios de la Villa”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 102, pp.319–352.

LÓPEZ DE GOICOECHEA, J.L., “Utopía y dignidad. Acercamiento a la mística-política de Ernst Bloch”, p.8. Available at: <http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1235684457.pd>.

LÓPEZ, J., 2008. “De marxismo, democracia y relativismo”, *Rebelión*, Available at: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=120647>.

LOURY, G., 1999. *Social exclusion and ethnic groups: The challenge to economics*, Washington.

LOUSADA AROCHENA, J.F., 2007. “El principio de transversalidad de la dimensión de género”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid.

LOUSADA AROCHENA, J.F., 2009. “La discriminación por edad en la jurisprudencia comunitaria (A propósito de la STJUE de 5 de marzo de 2009)”. *Revista de Derecho social*, 45, pp.133–143.

LUMIA, G., 1986. *Principios de teoría e ideología del derecho*, Madrid: Ed. Debate (Col. Universitaria).

LUONGO, G., “Curvas en Simone de Beauvoir: escrituras de la madurez a la vejez”. *Revista Nomadías*, 16.

LYNCH, J., 2006. *Age in the welfare state: the origins of social spending on pensioners, workers, and children* C. U. PRESS, ed., Cambridge, New York.: Cambridge University Press.

MACKINNON, C., 1987. "Difference and dominance: On sex discrimination". In Harvard University Press ed. *Feminism unmodified: Discourses on life and law*, Cambridge (Massachussets), pp. 32–45.

MACNICOL, J., 2006. *Age Discrimination: An historial and Contemporary Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press.

MACNICOL, J., 2008. *Age Discrimination: Legal, Social and Economic Issues*.

MADARIAGA, R., 2008. *Diferencias salariales en España*, Barcelona: Universitat de Barcelona. Available at: <http://www.tesisenxarxa.net/TDX-0211109-120757/>.

MAGNUS, G., 2009. *The Age of aging :how demographics are changing the global economy and our world*, Singapore: John Wiley & Sons Asia.

MAIL LANDWERLIN, G., 2000. "Cambio familiar y solidaridad familiar en España." *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 26.

MAJNONI D'INTIGNANO, B. et al., 1999. *Egalité entre femmes et hommes: aspects économiques*, Paris: La Documentation française.

MAKKONEN, T., 2002. *Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experience of the most marginalized to the fore*, ABO AKADEM. I. F. H. RIGHTS, ed., TURU ABO.

MALDONADO LAGUNAS, B., 2004. "La jubilación desde una perspectiva de género", *Economía Informe*, 324. Available at: <http://www.economia.unam.mx/publicaciones/reseconinforma/pdfs/324/11Bethsaida.pdf>.

MANEIRO VAZQUEZ, Y., 2009. "La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad. La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social", pp.69–80.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., 2007. *La Tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, La Coruña: Netbiblo.

MARAZZI, C., 2011. *The violence of financial capitalism*, Los Angeles, Calif.: Semiotexte.

MARCILLA CÓRDOBA, G., 2005. "Desregulación, Estado social y proceso de globalización", *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 28 (2005) pp.239–263. Available at: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12581632223494839543435/029112.pdf?incr=1,>

MARGALIT, A., 1997. *La sociedad decente*, Barcelona: Paidós Ibérica.

MARTÍN VALVERDE, A., 1978. “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo.” In *Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo*. Sevilla: Universidad de SEvilla.

MARTIN VIDA, M.A., 2003. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid: Civitas.

MARTINEZ BARROSO, M.R., 2010. “Extinción de la relación laboral por jubilación y alcance de la prohibición de discriminación por razón de edad en la jurisprudencia comunitaria. (A propósito de la STJCE de 5 de marzo de 2009)”. *Noticias de la Unión Europea*, 304, pp.41–51.

MARTINEZ DE AGUIRRE, C., 1992. “La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45(núm. 4), pp.1391–1498.

MARTÍNEZ NOVAL, I., 2006. “Cuestiones en relación a la jubilación en el Sistema español de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 60 [E].

MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., 1998. *Decisiones empresariales y Principio de Igualdad*, Barcelona: CEDECS Editorial.

MARTÍNEZ SIERRA, J.M., 2001. “El Tratado de Niza.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62.

MARX, K., 1976. *Acerca del anarquismo y el anarcosindicalismo*, Moscú: Progreso.

MARX, K., 1970. *Contribución a la crítica de la economía política*, Madrid: Alberto Corazón Editor.

MARX, K., 1998. *El Capital: crítica de la Economía Política*, Madrid,: Siglo XXI. Available at: <http://www.ucm.es/info/bas/es/marx-eng/capital.htm>.

MARX, K., “El materialismo histórico”, en *La Filosofía de Marx*, [. Available at: [http://www.webdianoia.com/contemporanea/marx/marx\\_fli\\_mat\\_his.htm](http://www.webdianoia.com/contemporanea/marx/marx_fli_mat_his.htm).

MARX, K., 1974. *Historia crítica de la teoría de la plusvalía*, Buenos Aires: Brumario.

MARX, K., 1997. *Salario, precio y ganancia*, Barcelona: DeBarris.

MARX, K. et al., 1992. *The communist manifesto*, Oxford etc.: Oxford University Press.

MARX, K. & DEVILLE, G., 2001. *El Capital*, Barcelona: Los libros de la frontera.

MARX, K., SACRISTÁN, M. & MONERS i SINYOL, J., 1983. *El Capital*, Barcelona: Edicions 62.

MARX, K., SCARON, P. & MAMES, L., 1984. *El Capital: crítica de la economía política*, Madrid: Siglo XXI.

Mayores), C. (Confederación E. de O. de, 2003. “La Directiva 2000/78 y su transposición al ordenamiento jurídico español (Ley de Acompañamiento 30/XII/2003)”.

McCANN, R., 2011. *Discriminació laboral per raons d'edat*, Bellcaire d' Empordà: Aresta.

MCCRUDEN, C., 2002. *Equality at work: Legal approaches in the European Community*, Ginebra (Suiza).

MCCRUDEN, C., 1998. *Merit principles*, Oxford Journal of Legal Studies, 18, núm. 4, pp.543–579.

MCCRUDEN, C., 1999. “Regulating discrimination: Advice to a legislator on problems regarding the enforcement of anti-discrimination law and strategies to overcome them”. In K. L. International, ed. *Non -discrimination law: Comparative perspectives*, La Haya, pp. 295–314.

MCNAIR, S., 2005. *The age dimension of employment practices: employer case studies*, D. of T. and Industry, ed., Great Britain.

MÉCHOULAN, H., 1978. *Razón y Alteridad en Fadrique Furió Ceriol*, Madrid: Editora Nacional.

MELLA MÉNDEZ, L., 2002. *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Valladolid: Ed. Lex Nova.

MERCADER UGUINA A.B., J.R. y M.R., 2001. “El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32.

MILLÁN VILLANUEVA, A., 1986. “Los denominados Servicios Sociales en el Estado de las Autonomías, un silogismo inconcluso.” *Temas Laborales*, núm. 7.

MIÑAMBRES PUIG, C., 1999. “La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 19.

MINOW, M., 1998. “Feminist reason: Getting it and losing it”. *Journal of Legal Education*, (Cleveland-Ohio), 38, p.47.

MINOW, M., 1987. “The Supreme Court, October 1986 Term, Foreword-Justice engendered”, *Harvard Labour Review* (Cambridge-Massachusetts), 101, núm., pp.32–58.

MIRES, F., 2000. *Teoría política del nuevo capitalismo: el discurso de la globalización*, Caracas: Nueva Sociedad.

MISEP, M. of the N. of M., 2008. "Promoting Age Management in the Workplace" Report of the MISEP Meeting 14 th-16th May 2008, Brdo, Slovenia: *Labour market in Slovenia*, Brdo, Slovenia. Available at: <http://www.eu-employment-observatory.net/>.

MODOOD, T., 1992. *Cultural diversity and racial discrimination in employment selection*, In MANSELL, ed. *Discrimination - The limits of Law*. Londres, pp. 227–239.

MONCHO I PASCUAL, J.R., 2003. *Sobre la dignidad humana*, AGORA- Papeles de Filosofía, pp.189–202.

MONEREO ATIENZA, C. & MONEREO PÉREZ, J.L., 2010. *Género y derechos fundamentales*, Granada: Comares.

MONEREO PÉREZ C., J.L. y M.N., 2002. "El Derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo", In *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada: Comares, pp. 287–357.

MONEREO PÉREZ, J.L. et al., 2010. *El Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada: Comares.

MONEREO PÉREZ, J.L., 2006. "La Filosofía social y jurídica de Durheim: trabajo, solidaridad y cuestión social". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, (131), pp.587–649.

MONEREO PÉREZ, J.L., 2009. *La Protección de los derechos fundamentales:el modelo europeo*, Albacete: Bomarzo.

MONTERO SOLER, A., 2012. "La Batalla para recuperar la lucha", prólogo al libro de Guamán e Illueca *El huracán neoliberal: una reforma laboral contra el Trabajo*, In Madrid: Sequitur. Available at: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=149031>.

MONTOYA MELGAR, A., 2006a. *Derecho del trabajo*, Madrid: Tecnos.

MONTOYA MELGAR, A., 2005. "Don Quijote, patrono y juez laboral", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, (126), pp.5–18.

MONTOYA MELGAR, A., 1983. "El Derecho a la no discriminación en el Estatuto de los Trabajadores", *Documentación Laboral*, núm. 7.

MONTOYA MELGAR, A., 2006b. "Igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo: políticas y normas", *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, (129), pp.5–30.

MONTOYA MELGAR, A., 2000. "Sobre el futuro de la Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 24.

MOORE TILSON, B. y WHITTING, G., J., 1994. *An international overview of employment policies and practices towards older worker*.

MORATO GARCIA, R., 2013. "Cese forzoso por edad y negociación colectiva, ¿un supuesto de discriminación?", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 29.

MORENO PÉREZ, J.L., 2005. "La cuestión social en la España del Siglo XIX: el pensamiento social de Donoso Cortés". *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 128.

MORETÓN SANZ, M., 2010. "Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia". *Discriminación por razón de edad y de sexo: retos pendientes del Estado social*, pp.35–52.

MORILLAS CUEVA, L. & PÉREZ VALLEJO, A.M., 2009. *Igualdad efectiva entre mujeres y hombres : diagnóstico y prospectiva*, Barcelona: Atelier.

MUÑOZ MACHADO, A., 1986. *El Estado, el derecho interno y la Comunidad Europea*, Madrid: Ed. Civitas.

MUÑOZ RODRIGUEZ, M.C., 2011. "Igualdad y no discriminación por razón de sexo, raza, religión, discapacidad, edad y orientación sexual. Los derechos humanos en la sociedad global: mecanismos y vías prácticas para su defensa".

MUNS, A., 2011. *Conversaciones con Marx: diálogos en torno a un liberalismo ético*, Sevilla: Aresta.

MURGUIALDAY, C., VÁZQUEZ, No. y & GONZÁLEZ, L., 2008. *Un Paso más : evaluación del impacto de género*, Barcelona: Cooperacció. Available at: [http://catalag.ub.edu/record=b1942697~S1\\*cat](http://catalag.ub.edu/record=b1942697~S1*cat) [Accessed February 2, 2015].

NEFFA, J.C., 1990. *El Proceso de trabajo y la economía de tiempo : contribución al análisis crítico de K. Marx*, F.W. Taylor y H. Ford C. de recherche et documentation sur l' Amérique Latine, ed., Buenos Aires: Humanitas.

NEUMARK, D., 1997. *Age discrimination laws and labor market efficiency*.

NEUMARK, D., 2001. *Age discrimination legislation in the United States*, Cambridge (Massachusetts): National Bureau of Economic Research.

NEVADO PEÑA, R. & LÓPEZ RUIZ, V., 2000. "¿Cómo medir el capital intelectual de una empresa?", *Revista Partida Doble*, núm.115, 2000, (núm. 115). Available at: [http://docencia.udea.edu.co/ingenieria/semgestionconocimiento/documentos/Mod10\\_CaptIntel.pdf](http://docencia.udea.edu.co/ingenieria/semgestionconocimiento/documentos/Mod10_CaptIntel.pdf).

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., 2007. "Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad". *Tratado de Jubilación: Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, pp.1452–1462.

NOVITZ, T., 2005. "The European Union and International labor standars. The dynamics of dialog between the EU and the ILO". *In Labour Rights as Human Right*, Oxford: Oxford University Press, p. 214 y ss.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., 1993. "Buena fe y abuso de Derecho". In *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: EDERSA.

O'CONNOR, C., 2008. "Age Discrimination and Mandatory Retirement", *European Anti-Discrimination Law Review*, 6/7, p.13. Available at: [http://www.migpolgroup.com/public/docs/145.EuropeanAnti-discLawReview\\_6\\_7\\_en\\_11.08.pdf](http://www.migpolgroup.com/public/docs/145.EuropeanAnti-discLawReview_6_7_en_11.08.pdf).

O'DEMPSEY, D., JOLLY, S. & HARROP, A., 2006. *Age discrimination handbook*, London: Legal Action Group.

ODDONE, J.M., 1994. "Los trabajadores de mayor edad: empleo y desprendimiento laboral." CEIL-PIETTE del CONICET, *Centro de Estudios de Investigaciones Laborales*. PIETTE, *Programa de Investigaciones Económicas sobre Tecnología, Trabajo y Empleo*. CONICET, *Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas*, núm. 38.

OECD, 2006. *Live Longer, Work Longer*, Available at: [http://www.oecd.org/document/42/0,3343,en\\_2649\\_34747\\_36104426\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/42/0,3343,en_2649_34747_36104426_1_1_1_1,00.html),  
[http://www.oecd.org/document/4/0,3746,en\\_2649\\_34747\\_32382404\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/4/0,3746,en_2649_34747_32382404_1_1_1_1,00.html) - VERSI?N EN ESPA?OL.

OIT, 1988. *Igualdad en el empleo y la ocupación*. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra (Suiza).

OIT, 1980. OIT, *Normas Internacionales del Trabajo*, Recomendación sobre los trabajadores de edad, 1980. Disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>, [Consulta 1 enero de 2006]. Available at: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>,.

OIT, 2001. *Trabajo nocturno de la mujer en la industria*. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra (Suiza).

OIT. Informe del Director General (Informe I, P.B. a la 91ª reunión de la C.I. de T., 2003, "La hora de la igualdad en el trabajo. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo", Ginebra (Suiza).

OIT, R.I. del T., 1998. "Declaración sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo", vol. 117. Available at: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/boletin/143/pdf/bol2.pdf>.

OJEDA AVILÉS, A., 2009. "Derechos fundamentales de los trabajadores y libertades fundamentales de los mercados: ¿la ecuación imposible?", *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, ISSN 1130-7331, N° 217, pp.14–26.

OJEDA AVILÉS, A., 2007. "La genealogía del contrato de trabajo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 135 [.

OJEDA AVILÉS, A., 1985. *Programas contra el paro y restauración empresarial*, Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.

OJEDA AVILÉS J., A. y G.H., 2004. "La Asistencia Social en el Proyecto de Constitución Europea" en *Comentarios a la Constitución Europea*.

OKIN, S.M., 1999. *Is multiculturalism bad for a women?* Princeton University Press, ed., Princeton (N.J.).

OLARTE ENCABO, S., 2002. "Seguridad Social e inmigración: luces y sombras en los cambios normativos no explicitados en el nuevo milenio", *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 66.

OLAYA MORALES, F., 2006. *Historia del movimiento obrero español:1900-1936*, Madrid: Confederación Sindical Solidaridad Obrera.

OLIVÉ, M.J., 2007. *La Nova economia de la globalització : noves formes d'apropiació i d'espoliació*, Barcelona: Justícia i Pau.

OLIVELLI, P., 1981. *Il lavoro dei giovani*, Milano: A. Giuffrè.

ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Estudio Económico y Social Mundial 2007 "El desarrollo en un mundo que envejece" (Reseña) [En línea], Disponible

en:[http://www.un.org/esa/policy/wess/wess2007files/overviewlanguages/overview\\_.](http://www.un.org/esa/policy/wess/wess2007files/overviewlanguages/overview_. Available at: http://www.un.org/esa/policy/wess/wess2007files/overviewlanguages/overview_sp.pdf,)  
Available at:  
[http://www.un.org/esa/policy/wess/wess2007files/overviewlanguages/overview\\_sp.pdf](http://www.un.org/esa/policy/wess/wess2007files/overviewlanguages/overview_sp.pdf),  
f,.

ONU, 2002. *Prevención de la discriminación. El concepto y la práctica de la acción afirmativa*, Ginebra (Suiza).

ORNA G., E. y S., 2000. *Cómo usar la información en trabajos de investigación*, Barcelona: GFEDISA EDITORIAL.

ORTIZ VARGAS, F.J., 2011. "Legitimidad y financiación de los sindicatos considerados 'más representativos' en España", CNT, *Cuadernos para el Debate*, núm. 1, 2011. CNT -Cuadernos para el Debate. Available at: [http://cnt.es/sites/default/files/dossier\\_legitimidad\\_sindicatos.pdf](http://cnt.es/sites/default/files/dossier_legitimidad_sindicatos.pdf).

OSO CANTERO, A. et al., 2006. "Discriminación sanitaria del mayor", Ponencia presentada al *VII Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores*, celebrado en Madrid los días 23, 24 y 25 de octubre 2005, publicada por la CEOMA y la Fundación MAPFRE, 2006.



OST, F. & KERCHOVE, M., 2001. *De la Pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, ed. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint Louis,.

PACCE, A., 2002. "Igualdad y Libertad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., 2006. *El Derecho a la igualdad y no discriminación en el contrato de trabajo*, Las Rozas (Madrid): La Ley.

PANIZO ROBLES, J.A., 2004. "Aseguramiento voluntario en el Sistema de Seguridad Social (la nueva regulación del Convenio Especial)", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., 2003. "La globalización de los derechos humanos: el reto del siglo XXI", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2, pp.19–34.

PECES-BARBA, G., 1986. *Los valores superiores*, Madrid: Ed. Tecnos.

PÉREZ AMORÓS, F., 1982. "El trabajador como sujeto del derecho del trabajo español: su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del derecho del trabajo", *Separata de Revista de política social*, n 133;, pp.79–108.

PÉREZ DEL RIO, T., 1986. "El concepto de prestaciones de "asistencia social" establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa Española" .

PÉREZ LUÑO, A.E., 1984. *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos.

PÉREZ ROYO, J., 1985. *Las fuentes del derecho*, Madrid: Tecnos.

PERRULLI, A., 2007. "Trade Liberalisation and Labour Law: the ambivalences", In W. D. E. f. BENEDEK k: & F. MARRELLA, eds, *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 96.

PETERS, B. y, 1977, *Social Principles and the Democratic State*, Londres.

PETERSMANN, E.U., 2003. *Theories of Justice, Human Rights and the Constitution of International Markets*, San Domenico (ITALIA): European University Institute.

PIZA ROCAFORT, R.E., 1997. *Igualdad de derechos: isonomía y no discriminación*, San José (Costa Rica): Universidad Autónoma de Centro América.

PLANT, R., 1998. *Issues in indigenous poverty and development.*, Washington, D.C.

PLENDER, R. & PÉREZ SANTOS, J., 1985. *Introducción al derecho comunitario europeo*.

PORTAL EUROPA, S., 2001. Comunicación de la Comisión, de 5 de diciembre de 2001, titulada «El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas

mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera» [COM (2001) 723 final - no publicada en. Available at: <http://europa.eu/scadplus/leg/es/cha/c11310.htm>,.

POSTONE, M., 2006. *Tiempo, trabajo y dominación social: una reinterpretación de la teoría crítica de Marx*, Madrid: Marcial Pons.

PRECHAL, S. & van Roermund, G., 2008. *The Coherence of EU law : the search for unity in divergent concepts*, Oxford : Oxford University Press.

PROUDHON, P.J., 1850. *Le Droit au travail et le Droit de propriété*, Paris: L. Vassbender.

QUESADA SEGURA, R., 2007. “La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 70.

RAMIO, C., 1997. “Poder i conflicte a les organitzacions públiques”, *Perspectiva*, núm. 6. Available at: <http://api.ning.com/files/JnQ0Z6rPf7WMxS1PQsVV5qlwwHIY-t7yhNTmbARoAtSpd0JCY7L6YRTtHxQVRUIS7R2VtTT91XJIYZsGOTT8jXu5A-DUB0r3/ramioConflicitosAdPub.pdf>.

RAMÍREZ MARTÍNEZ J., J.M. y L.G., 1998. “Valores constitucionales y Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 13.

RAMOS MARTÍN, N.E., 2006. “Regulación de la igualdad y no discriminación en el trabajo en los Países Bajos. Estudio de Derecho comparado desde el Derecho comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 62.

RAWLS, J., 1995. *Teoría de la Justicia*, Madrid: FCE.

RECASENS SICHES, L., 1965. *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México.

RENDELL, H., 1992. *Age Discrimination and equal employment opportunities: a review opt the literatures and bibliography*, Wellington, New Zealand: State Services Commission.

DEL REY GUANTER, S. & (EEUU), E.E.O.C., 1988. “La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el derecho del Trabajo”. Office O. F. T. H. E. General consul US EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION (EEUU) trial DIVISION, *Relaciones Laborales*, Tomo 1.

REY MARTÍNEZ, F., 2008. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28(84), pp.1–25. Available at: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2775864.pdf>.

RICHARDSON, P., HOWARTH, R., y FINNEGAN, G., 2003. "Jobs, gender and small enterprises in Africa: A study on women's enterprise development: Key issues from research", Ginebra.

RIVANO, E., 2002. *Fuga en Frege: proposiciones singulares como artefactos lingüísticos silogísticos de construcción de verdad*, Revista de Lingüística Teórica y Aplicada, núm.40. Available at: [http://www.infoamerica.org/documentos\\_pdf/frege02.pdf](http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/frege02.pdf).

RIVAS VALLEJO, M.P., 2009a. "Delimitación conceptual de la discriminación laboral en el acervo comunitario: los conceptos de discriminación por asociación, por conexión o por intersección y las Directivas antidiscriminación", *Jornades sobre El Dret del Treball en el Segle XXI*. Available at: <http://www.jornadasiuslaboralistas.org/comunicacion.php?id=9>.

RIVAS VALLEJO, M.P., 2009b. "El nacimiento de un Estado y de un sistema de protección social: la República de Kosovo", *Revista española de derecho del trabajo*, (141).

RIVAS VALLEJO, M.P., 2007. *La Suspensión del contrato de trabajo*, Albacete: Bomarzo. Available at: [http://vlex.com/account/login\\_ip?fuentes\\_id=5871](http://vlex.com/account/login_ip?fuentes_id=5871).

RIVERO J., J. y S., 1993. *Droit du travail*, Paris: Press. Univ. de France (Col. Thémis, Droit Privé).

RIVERO LAMAS, J., 1968. *Jubilación Laboral*, Nueva Enciclopedia Jurídica Editorial Seix, S.A., XIII, pp.797-823.

RIVERO LAMAS, J., 2006. "La jubilación como medida de fomento del empleo", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, (131), p.531.

ROBIN OLIVIER, S., 1999. "La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam", *Droit Social*, 15.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ J., A. y C.T., 1999. "Exclusión social y personas sin techo en el umbral del siglo XXI", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 15.

RODRIGUEZ GARCÍA, C., 2011. *Discriminación por edad en el ámbito empresarial: Normativa de la Unión Europea. Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, pp.257-286.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., 1973. "La extinción de la relación laboral por edad del trabajador", *Revista de Política Social*.

RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, M. y F.-L.M.F. et al., 1986. *Igualdad y discriminación*, Madrid: Tecnos.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., 2008. “Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo”, *Relaciones laborales*, 13, p.1.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., 1997. “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva” en *La Igualdad de Trato en el Derecho Comunitario Laboral*.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., 1983. “No discriminación en las relaciones laborales.” BORRAJO, E. (Dir): *Comentarios a las leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, A.

ROTHKOPF, D., 2008. *El Club de los elegidos: cómo la élite del poder global domina el mundo*, Barcelona: Tendencias Editores.

RUBERY, J., 2002. *Pay equity, minimum wage and equality at work*,

RUBERY, Jill; BETTIO, Francesca; CARROLL, M. et al., 1998. *Equal pay in Europe: Closing the gender wage gap*, Londres: Macmillan.

RUBIO CASTRO, A., 2002. “Derecho a la igualdad y a la no discriminación.” In *Comentario a la Constitución socio-económica de España. Comentario a la legislación social*, núm. 5. [Biblioteca Comares de Ciencias Jurídica]. Granada: Comares.

RUBIO LLORENTE, F., 1993. *La forma del poder*.

RUIZ GALLEGO-LARGO, T., SIMON LOPEZ, A. & SUENGAS GOENETXEA, A., 2012. “Age Differences in Source Monitoring and Referent Discrimination”, *Spanish Journal of Psychology*, 15(1), pp.20–28.

RUIZ LAPEÑA, R.M., 1982. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República Española*, Bosch Casa Editorial.

RUIZ-JARABO COLOMER, D., 2009. “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado por el que se instituye una constitución europea .” In *El Juez y la cultura jurídica contemporánea*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, DL.

SAEZ LARA, C., 2005. “Igualdad de trato y de oportunidades en el Derecho Social Comunitario”. In *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. Col. Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, núm. 69, 2005. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Col. Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, núm. 69, 2005,.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., 2005. *Los Derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Cizur Menor: Civitas.

SÁNCHEZ PALACIOS, C., 2004. *Estereotipos negativos hacia la vejez y su relación con variables sociodemográficas, psicosociales y psicológicas*. Universidad de Málaga.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., 2005. “Excluidos Sociales: empleo y protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 59.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., 2001. “Trabajadores de “edad avanzada“: empleo y protección social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 33.

SASTRE IBARRECHE, R., 1996. *El Derecho al trabajo*, Madrid: Ed. Trotta.

SASTRE IBARRECHE, R., 2004. “La acción positiva para las mujeres en el Derecho comunitario”, *Revista Gral. De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6. Available at: <http://ocw.usal.es/eduCommons/ciencias-sociales-1/mujer-y-relaciones-laborales/contenidos/materiales-de-clase/Acciones positivas.pdf>.

SASTRE IBARRECHE, R., 1990. “La jubilación forzosa por edad.” *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 43.

SCARPINI, S. & STENICO, E., 2007. “Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e l'ombra della legislazione italiana”, en BARBERA, Marzia, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, 2007, Milano: Giuffrè Editori.

SCHMITT, C., 2002. *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius publicum europaeum*, Granada: Comares.

SCHNEIDER, B.V.H., 1962. *The Older Worker*, Berkeley (California) USA: University of California (Institute of Industrial Relations).

SCHNEIDER, G., 1995. “Sociedades en pleno envejecimiento y trabajadores de edad: problemas y perspectivas.” ISSA (Asociación Internacional de la Seguridad Social), *Trabajo en*, pp.39–68. Available at: <http://www.issa.int/es/library/read/45442>.

SEGALÉS, J. & DIÁSPORA, C., 2002. *Los Dueños del mundo y los cuarenta ladrones*, Barcelona: El Viejo Topo.

SEMPERE NAVARRO, A. V., 2004. *Pensiones por Jubilación o Vejez*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi.

SEMPERE NAVARRO MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L y GÓMEZ CABALLERO, P., A. V., 2006. *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Cizur Menor (Navarra): Ed. Aranzadi.

SEMPERE NAVARRO Y., A.V. y C.G., 2005. “Igualdad y no discriminación en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57.

SEMPERE NAVARRO, Y., A.V. y C.G., 2002. “La Constitución Española y el Derecho Social Europeo (Constitución Social Europea).” In J. L. MONEREO PÉREZ MOLINA NAVARRET, C. y MORENO VIDA, M (dir.), ed. *Comentario a la Constitución socio-económica de España. Comentarios a la Legislación social*, núm. 5. [Biblioteca Comares de ciencia jurídica]. Granada: Comares, pp. 3–35.

SEN, A., 1992. *Inequality reexamined*, Cambridge (Massachussets): Harvard University Press.

SEN, A., 2000. «Un nouveau modèle économique», *In Development as Freedom*, Odile Jacob.

SEN, A. & MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, A., 2011. *Desarrollo y crisis global: conferencia extraordinaria*, UCM, Madrid: Editorial Complutense.

SERRANO ARGÜESO, M., 2015. “Medidas de reparto de empleo en España en un contexto de crisis económica: ¿solución contra el desempleo o vía de incremento de la precariedad laboral?” *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3, núm. 3. Available at: [http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde\\_adapt/article/view/307/395](http://www.adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/article/view/307/395).

SHAPIRO, R., 2009. *2020 un nuevo paradigma*, Barcelona: Urano.

SHELTON, D., 2008. “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, número 4. Available at: 3 julio 2009.

SHEPPARD, C., 2001. “Grounds of discrimination: towards an inclusive and contextual approach”, *Canadian Bar Review*, 80, núm. 3, pp.911–915.

SHEPPARD, C., 2002. *Social and structural sources of inequality at work: Insights' from the Canadian experience*, Ginebra (Suiza).

SHEPPARD, C., 1989. “Recognition of the disadvantaging of women: Promise of”, *Andres v. Law Society of British Columbia. McGill Law Journal*, 35, pp.207–225.

SIERRA BRAVO, R., 1999. *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, Madrid: Paraninfo.

SIERRA HERNÁNIZ, E., 1999. *Acción positiva y empleo de la mujer*, CES.

SILVA, N. do V., 2002. *Racial discrimination and anti-discrimination policies in Brazil*, Ginebra (Suiza).

SINZHEIMER, H., 1922. “El perfeccionamiento del Derecho del trabajo” en *Crisis económica y Derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del trabajo*, Madrid, 1984.

SJERPS, I., 1999. “Effects and justifications: Or how to establish a prima facie case of indirect sex discrimination”, In K. L. *International, ed. Nondiscrimination law: Comparative perspectives*, (LOENEN, Titia y RODRIGUES, Peter R.). La Haya.

SKIDELSKI, R.J.A. & WIGSTROM, C.W., 2010. *The Economic crisis and the state of economics*, New York: Palgrave Macmillan. Available at: <http://www.loc.gov/catdir/enhancements/fy1012/2009040062-d.html>.

SOROS, G., 2008. *El Nuevo paradigma de los mercados financieros: para entender la crisis económica actual*, Madrid: Taurus.

SOUTO GALVÁN, C., 2012. *Principio de igualdad y transversalidad de género*, Madrid: Dykinson. Available at: [http://catalog.ub.edu/record=b2043925~S1\\*cat](http://catalog.ub.edu/record=b2043925~S1*cat) [Accessed January 28, 2015].

SOWELL, T., 2006. *La discriminación positiva en el mundo: Estudio empírico*, Madrid: Fundación FAES.

SPRACK, J., *Guide to the age discrimination regulations*, 2006 W. S. T. Haywards Heat, ed., Haywards Heath, West Sussex, Tottel.

SUSO ZUBERO, I., A., 2004. "Los trabajadores mayores, testigos de un cambio estructural en la norma social de empleo", *DYNA*, 79(2), pp.51–54.

SUSO ARAICO, A., 1997. "El empleo, los trabajadores mayores y los jóvenes", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 11.

SUSO ARAICO, A., 2002b. "Expulsados del trabajo...y más: un estudio de las salidas anticipadas del mercado de trabajo de los trabajadores mayores", *Revista de Sociología del Trabajo*, 46.

SUSO ARAICO, A., 1998. "La construcción del problema de empleo en una nueva categoría: los trabajadores mayores". *IV Congreso Vasco de Sociología - Actas del Congreso*, pp.77–84.

SUSO ARAICO, A., 2006a. "La relación con el empleo de los trabajadores mayores", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 24(núm.2), pp.129–147.

SUSO ARAICO, A., 2006b. No Title. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 24(núm. 2).

TAGLIAVIA LOPEZ, D.E., 1982b. "La inconstitucionalidad de la jubilación forzosa (II).", *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 8.

TARASSIOUK, A., 2010. "La crisis actual: un análisis marxista", *Revista Ola Financiera*. Available at: [http://www.olafinanciera.unam.mx/new\\_web/05/pdfs/Tarassiouk-OlaFin-5.pdf](http://www.olafinanciera.unam.mx/new_web/05/pdfs/Tarassiouk-OlaFin-5.pdf).

TEUBNER, 2000. "Elementos sustanciales y reflexivos en el Derecho Moderno", In Pierre Bourdieu y Gunter Teubner, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre editores. Available at: <http://es.scribd.com/doc/59283161/Teubner-Elementos-Substanciales-y-Reflexivos-en-el-Derecho-Moderno>.

TEZANOS, J.L., 2002. "Desigualdad y exclusión social en las sociedades tecnológicas", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 35.

THEW, P., EASTMAN, K. & BOURKE, J., *Age discrimination: mitigating risk in the workplace*, CCH ed., Sydney, Australia..

THOMPSON, N., 2001. *Anti-Discriminatory Practice*, Macmillan, ed., Basingstoke, Palgrave.

THOMPSON, S., 2005. *Age discrimination*, Great Britain: Lyme Regis: Russel House.

TICKTIN, H., 2008. "La Gran Depresión del Siglo XXI", *Revista Estrategia Internacional*, núm. 25, p.120. Available at: [http://www.ft-ci.org/IMG/pdf/05\\_la\\_gran\\_depresion.pdf](http://www.ft-ci.org/IMG/pdf/05_la_gran_depresion.pdf).

TIÉRREZ CONDE, M., 2009. "Extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador y discriminación por razón de edad. Comentarios a la STJCE de 5 de marzo 2009 (Asunto C-3888/07)", M. A. M. (dir.), *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, pp.219–224.

TOMAS JIMENEZ, N., 2013. "Discriminación por razón de edad y derecho al trabajo. Age discrimination and employment rights", Available at: <http://www3.uah.es/congresoreps2013/Paneles/panel3/nataliat@ugr.es/TCNatalia.pdf>.

TOMEI, M., 2003. "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, 122(núm.4).

TORNS MARTIN, M.T. & RECIO CACERES, C., 2012. "Desigualdades de género en el mercado de trabajo: entre la continuidad y la transformación", *Revista Economía crítica*, 14, pp.178–202.

TORRES LOPEZ, J. & GARZÓN, L., 2010. "La crisis de las hipotecas basura. ¿Por qué se cayó todo y no se ha hundido nada", E. S. con apoyo de ATTAC, ed., Madrid: Ed. Sequitur con apoyo de ATTAC. Available at: [http://www.lan-harremanak.ehu.es/p231-content/es/contenidos/informacion/rll\\_redes/es\\_redes/adjuntos/Crisis\\_Hipotecas\\_Basura.pdf](http://www.lan-harremanak.ehu.es/p231-content/es/contenidos/informacion/rll_redes/es_redes/adjuntos/Crisis_Hipotecas_Basura.pdf).

TORTUERO PLAZA, J.L., 2002. *Jubilación forzosa versus jubilación flexible (Reforma y propuesta de capitalización parcial)*, Madrid: Civitas.

TORTUERO PLAZA, J.L., 2003. "La evolución de la Seguridad social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 44.

TORTUERO PLAZA, J.L., 2001. "La jubilación forzosa en las políticas de empleo", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, [http://vle\(#33\)](http://vle(#33)), pp.251–261. Available at: <http://vlex.com/vid/jubilacion-forzosa-politicas-empleo-151799>.

TOURAINÉ, A., 2006. *Globalització econòmica i fragmentació social*, Breus CCCB, 6, p.49.



TRABAJO, O.I.T.-O.I.D.E.L., 1996, *Igualdad en el empleo y la ocupación: estudio especial sobre la igualdad en el empleo y la ocupación previstas en el Convenio 111*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

UCELAY DE MONTERO, J.A., 1970. "Régimen laboral especial de los trabajadores de edad madura", *Revista de Política Social*, 88.

VALDÉS DAL-RÉ, F., 2005. "Persona del trabajador, constitución, principio de igualdad." *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*, 69, pp.1297–1327.

VALTICOS, N., 1998. "Normas Internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?", *Revista Internacional del Trabajo*, 117, núm. Available at: [http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour\\_review/1998\\_2/spanish/valticos\\_es.html](http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/valticos_es.html).

VALTICOS, N., 1998. "Normas laborales y derechos humanos en vísperas del 2000", *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), núm. 2. Available at: [http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour\\_review/1998\\_2/spanish/valticos\\_es.html](http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/valticos_es.html).

VARA MIRANDA, M.J., "La desigualdad de género en el sistema público de pensiones: el caso de España", *Tribuna de Economía ICE*, número 859. Available at: [http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE\\_859\\_119-140\\_\\_885443446B20EB322505DDB2798BB7B6.pdf](http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_859_119-140__885443446B20EB322505DDB2798BB7B6.pdf).

VARELA, J., 2003. "La Constitución de 1978 en la historia constitucional española". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69.

VASAK, K., 1977. *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, Paris: UNESCO.

VELARDE FUERTES, J., 2000. "El nacimiento de la Seguridad Social con Dato en 1900: Panorama políticos, social y económico que lo rodeó en España", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 24.

VELASCO PORTERO, M.T.M. & GUTIÉRREZ GARCÍA, E., 2007. "Discriminación por razón de edad versus fomento del empleo. Comentario a la STJCE de 22 de noviembre de 2005". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 67, pp.317–325.

VERDÚ, V., 2009. *El Capitalismo funeral: la crisis o la Tercera Guerra Mundial*, Barcelona: Anagrama.

VIEHWEG, T., 1986. *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid: Taurus Ediciones.

VIGNON, J., 2006. "La protección social: una cuestión de interés común para Europea dentro del marco de la nueva estrategia de Lisboa", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extra Seguridad Social, 2006, pág. 21-28,

Available at:  
[http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraSS06/Est01.pdf](http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/ExtraSS06/Est01.pdf).

VILLA GIL, L.E. & MONTALVO CORREA, J., 1967. "La jubilación forzosa en los convenios colectivos." *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

VILLOSIO, C., DI PIERRO, D. & GIORDANENGO, A. et al, 2008, *Working conditions of an ageing workforce*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Available at: [www.eurofound.europa.eu](http://www.eurofound.europa.eu).

VINCENT, J.A., PHILLIPSON, C.E. & DOWNS, M., 2006, *The futures of Old Age*, Londres: Sage Publications.

VIÑUELAS ZAHÍNOS, M.T., 2006. "Política de empleo discriminatoria por razón de edad." *Aranzadi Social*, 18.

VIRARD, M.-P., 2007. *Le Capitalisme est en train de s'autodétruire*, Paris: La Découverte.

WALKER, M., 2000. *Cómo escribir trabajos de investigación*, Barcelona: GEDISA.

WEBER, M. & MONEREO PÉREZ, J.L., 2001. *Sociología del derecho*, Granada: Comares.

WENTHOLT, K., 1999. "Formal and substantive equal treatment: the limitations and the potential of the legal concept of equality", In Kluwer Law International, ed. *Non-discrimination law: Comparative Perspectives*, Titia Loenen y Peter R. Roldrigues. La Haya, pp. 53–64.

WITTGENSTEIN, L. et al., 1995. *Sobre la certeza*, Barcelona: Gedisa.

WÜLDENMAR, G., 2009. *Crisis Económica y Apocalipsis*, Madrid: Corona Borealis.

ZUBERO BEASCOECHEA, I., 2000. *El derecho a vivir con dignidad: del pleno empleo al empleo pleno*, HOAC.

ZULOAGA, I.G., 1975. *Hombre, trabajo, educación en Karl Marx*, Valencia: Universidad de Valencia.