

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL Y LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD DE LOS RECURSOS HUMANOS

Miquel PORRET GELABERT
Doctor en Derecho y Graduado Social
Profesor titular de la Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL: 1. Definición, normativa y doctrina; 2. La prohibición de discriminación y el principio de igualdad; 3. El trato desigual como excepción legal; 4. El binomio de la discriminación; 5. Modalidades de discriminación. III. LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN LOS RECURSOS HUMANOS: 1. Antecedentes; 2. Conceptos; 3. Enfoques; 4. Valores corporativos; 5. Código ético; 6. Ayudas sociales; 7. Acuerdos con instituciones apropiadas; 8. Planes de igualdad, y 9. Ventajas de la gestión de la diversidad.

I. INTRODUCCIÓN

Es un hecho indiscutible que en los países desarrollados se están dando una serie de circunstancias sociales que han pronunciado más la diversidad de los recursos humanos en el trabajo. El fenómeno no se puede sostener como antaño y hoy nos encontramos en que, por una parte, el desarrollo de los derechos humanos en cuanto a sensibilidad hacia determinados grupos de la sociedad no pueden continuar marginados como son los colectivos que se identifican por su discapacidad, por su inclinación sexual o por sus características étnicas. Por otra parte, tampoco aquellos con dificultades para alcanzar determinados estatus en la sociedad por su condición de mujer, sus creencias religiosas, su bajo o nulo nivel de formación o su edad y, por último, no se pueden olvidar, sin perjuicio de encontrarse además con los estereotipos anteriormente citados, los emigrantes como fenómeno de las grandes corrientes migratorias de los países subdesarrollados hacia los más desarrollados buscando una mejor vida, cuyo impacto es notable por su diferencia idiomática, cultural, aspecto físico, religión y generalmente con una enorme falta de formación técnica para desarrollar una actividad laboral acorde con el país receptor.

Asumir esa diversidad va ligado a la recusación de la discriminación en cualquiera de sus formas para lo cual las legislaciones avanzadas, especialmente en el ámbito laboral, intentan encauzar el fenómeno. Pero a nadie escapa que es una cuestión sociológica más que jurídica la que ha de conducir a la aceptación por parte de la sociedad que deberá diluir con el transcurso del tiempo las tendencias hacia la intolerancia, prejuicios y temores sobre muchas cuestiones que presenta la diversidad humana. La no aceptación de la diversidad es fruto principalmente de prejuicios los cuales son ideas y creencias heredadas o adquiridas del entorno que conducen a la predisposición, en favor o en contra, de ciertos grupos antes de tener conocimiento directo de ellos, favoreciendo la infravaloración o sobrevaloración de su identidad. Por tanto, puede decirse que cuando la visión que se tiene de un grupo o individuo es negativa conduce al rechazo dificultando mucho la integración dentro de la concepción de un mundo en la diversidad.¹

La organización puede optar entre el estricto cumplimiento de la ley para evitar sanciones o abundar más de lo que le es exigible. Para ello podemos distinguir dos enfoques: El *legalista* que se limita al estricto cumplimiento de las leyes del país y las de carácter supranacional especialmente para evitar las conse-

cuencias punitivas que comporta una actitud contraria a la ley. En este supuesto entraremos en el ámbito de la no discriminación y en la normativa sobre la igualdad en el trabajo. Mientras que otro enfoque sería el *proactivo*, que surge de la voluntad de las organizaciones instituyendo una cultura y unos principios que encaminan a la misma en la gestión de la diversidad de sus miembros basada en un proceso de aceptación y el compromiso que comprende ir más allá de las obligaciones legales para la ocupación de personas adaptando sus peculiaridades y características a la organización y viceversa.

II. LA DISCRIMONACIÓN EN EL AMBITO LABORAL

1. *Definición, normativa y doctrina.*

a) *Definición.*

En una primera aproximación podemos decir que se trata de todo acto u omisión que establece una diferencia no justificada entre empleados o candidatos a serlo en una organización y no es justificada la diferenciación cuando se aplican criterios no objetivos, por lo que se considera una actuación injusta. Esta injusticia, puede producirse en un proceso de selección, contratación, ascensos, asignación de tareas y puestos de trabajo, extinción de contratos de trabajo, retribución, trato personal, etc.

Según el Convenio 111 de la OIT la discriminación es toda forma de distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, entre muchas otras características y que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. La OIT sostiene (Sesión del 12-5-2003) que aunque las formas más "flagrantes" de discriminación laboral han disminuido, muchas perduran, al tiempo que otras han adquirido formas nuevas o menos visibles, pero no por ello menos perjudiciales. Dicha organización considera que es preciso desterrar las prácticas discriminatorias, pues la discriminación "suele atrapar a las personas en trabajos escasamente remunerados en el ámbito de la economía no estructurada; los discriminados suelen quedar presos en las peores ocupaciones, en las que se les niegan prestaciones, protección social, formación, capital o créditos y salarios dignos. En definitiva, explica que el fracaso en erradicar la discriminación laboral contribuye a perpetuar la pobreza y la marginación social.

b) *Legislación.*

En España la discriminación se vincula a ciertos criterios de diferenciación que se han considerado especialmente odiosos por la Sociedad y, consecuentemente, también por el legislador atribuyendo a su vulneración unas consideraciones jurídicas que ha ido reconociendo especialmente desde la publicación de nuestra Carta Magna.

De la propia Constitución española, cabe citar los arts. 1.1, sobre la igualdad como valor superior del orden jurídico; 9.2, sobre la promoción de la igualdad real y efectiva; 14, en que todos 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; 35.1, sobre la prohibición de la discriminación de sexo en materia de retribuciones; 139, sobre igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en todo el territorio nacional.

En el Estatuto de los Trabajadores (TRET), los arts. 4.2.c), sobre la no discriminación directa o indirecta; 16.2, sobre el principio de igualdad en el acceso al empleo; 17.1, sobre la no discriminación en las relaciones laborales; 17.4, con la finalidad de garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta en la definición de las categorías y grupos profesionales; 23.2, para que en la negociación colectiva se garantice la ausencia de discriminación directa e indirecta sobre permisos de trabajo, elección de turno por estudios y adaptación de la jornada ordinaria para formación; 24.2, sobre los criterios de ascenso en la empresa; 28, sobre igualdad de remuneración de ambos sexos; 37.4, sobre igualdad de disfrute de permisos por parte de madre y padre por nacimiento de hijos; 55.5 sobre la nulidad del despido basada en la discriminación, y 68.c, sobre el derecho a no ser despedido por el ejercicio de representación de los trabajadores.

Como normativa procesal laboral se puede citar, la Ley de Procedimiento Laboral (RD. Legislativo 2/1995, de 7 de abril), en concreto los arts. 95.3, sobre la discriminación por razón de sexo; 96, sobre indicios de discriminación por razón de sexo y 108.2, en que será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, además de la infinidad de disposiciones especiales a cada supuesto de los colectivos desfavorecidos o en situación de riesgo.

Destaca por su importancia procesal protectora el derecho a la *indemnidad* al que alude el art. 179.2 de la LPL y relativo a la prueba indiciaria que se articula en un doble plano: El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia. Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (debe ser justificación objetiva y razonable, TSJ de Catalunya de 12-5-2000 [rollo 972/2000] con invocación de la STCo. 114/1989 y las del TS de 9-9-1989 y 15-4-1996). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador (Auto de la Sección 3ª del TCo. nº 417/2007, de 5-11-2007, FJ 3.).

Otra normativa interna corresponde a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOI), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; la Ley 62/2003. R.D. Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS); la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social; la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y La Ley 51/2003 de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En el orden penal el Código Penal en sus arts. 22.4, la discriminación como agravante de las penas; 511 y 512, por denegar prestaciones; 514, como consecuencia de producir discriminación en el empleo; 515.5, por promover la discriminación y 510, por provocar la discriminación.

En cuanto a los tratados internacionales y normativa al respecto se pueden citar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-1948; Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19-12-1966, arts. 2.2, 3, 7 y 8; Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, de 19-12-1966, arts. 2.1, 3 y 14; Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), de 4-11-1950, art. 14; Carta Social Europea, de 18-10-1961, arts. 2, 3, 4, 5, 8 y 18; Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21-12-1965 y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, de 18-12-1979, entre otras.

En lo específico a las disposiciones de la OIT resaltan los Convenios nº 19 (5-6-1925), sobre igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnizaciones por accidente de trabajo; nº 45 (21-6-1935), sobre empleo de mujeres en trabajos subterráneos; nº 89 (9-7-1948), sobre trabajos nocturnos de las mujeres; nº 97 (1-7-49), sobre trabajadores emigrantes; nº 100 (29-6-1951), sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres; nº 111 (25-6-1958), sobre discriminación en materia de empleo y ocupación; nº 122, sobre la política de empleo (1964); nº 154 sobre negociación colectiva (1981); nº 159 sobre la readaptación profesional y el empleo —discapacitados—, (1983); nº 156 (23-6-81), sobre igualdad de opciones y de trato entre trabajadores y trabajadoras, y nº 143 (23-6-1975), sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de opciones y trato de los trabajadores emigrantes. Mientras que ocupa un lugar preferente en la cuestión que aquí se trata la Recomendación, nº 111 (Conferencia 11-6-1958), sobre discriminación en materia de empleo y ocupación y el Convenio nº 159 de la OIT, de 22 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas ha legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad.

Por último, lo relacionado con la Unión Europea: Tratado Constitutivo de 24-3-1957, arts. 7, 48.2, 49.c, 52.1, 53, 60, 65, 76, 220 y 221, sobre exclusión de discriminación por razón de nacionalidad y art. 119, sobre discriminación por razón de sexo. Reglamentos 1.612/68 del Consejo, de 15-10-1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, en especial el art. 7.4 con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo, incluidas las representativas y 1.251/70 de la Comisión, de 29-6-1970, relativo al derecho a permanecer en el territorio de un estado miembro después de haber tenido un empleo. Así como las Directivas, las cuales exigen la elaboración de normas de derecho interno por los Estados miembros, que garanticen los resultados previstos por las directivas: Directiva 75/117/CEE de 10-2-1975, sobre igualdad de remuneración; 97/81/CEE, del Consejo de 15-12-1997, sobre discriminación en el trabajo a tiempo parcial, y Decisiones (normas vinculantes que carecen de carácter general). Decisión 82/43/CEE de la Comisión, de 9-12-1981, sobre la creación de un comité consultivo para la igualdad de opciones entre hombre y mujer, entre otras; la Directiva 2000/42/CE, de 29-6-2000, sobre origen racial o étnico; la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29-6-2000, sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27-11-2000, para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual; la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y de la Comisión, de 23-9-2002, para la igualdad entre hombres y mujeres en la que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (modificó la 76/207/CEE); Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12-10-2005, también ampara la no discriminación por orientación sexual, y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5-7-2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuestiones de empleo y ocupación (derogó la 76/207/CEE).

c) *Doctrina*. Dice que deben ser declarados nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, cláusulas de convenio, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen (incluido el racial o étnico), estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, inclinación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español. Incluye también las ordenes de discriminación y decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable como reacción a las reclamaciones para exigir el cumplimiento del principio de igualdad o de no discriminación.²

En el marco de la Unión Europea, la doctrina del TJCE ha hecho que las legislaciones de los países miembros asuman los criterios de aquella Corte, la cual ha ido manifestando en sus decisiones, siendo las más significativas, las siguientes:

Sentencia del TJCE de fecha 31-3-1981, caso nº 96/80 (*Jenkins*), sobre un caso de discriminación indirecta. El caso que motivó este pronunciamiento es el siguiente: un empleador británico pagó hasta el año 1975 a los trabajadores del último grupo de su escala de remuneraciones un sueldo distinto, según éstos fueran hombres o mujeres. En 1975 con la entrada en vigencia del *Equal Pay Act* (Ley de Igualdad de Salarios) el empleador eliminó esta regla discriminatoria y dispuso en su reemplazo un sistema en virtud del cual el sueldo de los trabajadores a tiempo parcial era un 10% menor que el pagado a los trabajadores a tiempo completo.

El TJCE estableció la existencia de una infracción a las disposiciones contenidas en el art. 119 TCE y en el art. 1 de la Directiva 75/117, de fecha 10 de febrero de 1975, sobre aplicación del principio de igualdad de retribución para hombres y mujeres. Según el TJCE, la aplicación por parte del empleador para la determinación del monto de las remuneraciones bajo un supuesto criterio neutral, esto es, no relacionado directamente con el sexo de un grupo de trabajadores, puede significar también discriminación. Para el tribunal, el establecimiento del hecho de que sólo un pequeño porcentaje de las trabajadoras de la empresa se encuentran en condiciones de prestar servicios a jornada completa y, por lo tanto, de obtener una mejor remuneración, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los trabajadores de sexo masculino, trae como consecuencia que la desigualdad de remuneraciones conlleva una infracción a lo dispuesto por el art. 119 del TCE, atendidas especialmente las dificultades que suponen para las trabajadoras poder realizar una jornada a tiempo completo, y siempre que la política de remuneraciones aplicada

por la empresa demandada no pueda justificarse por otras razones o circunstancias que excluyan una discriminación por motivos de sexo.

Tribunal Federal del Trabajo de Alemania (BAG, resolución de fecha 15-11-1984) solicitó al TJCE que se pronunciara sobre la eventual infracción al art. 119 del TCE por parte de una empresa, caso (*Bilka-Kaufhof*) en la que el empleador, que mayoritariamente contrata trabajadoras, excluye del régimen de pensiones [privado] de la empresa a los trabajadores a tiempo parcial, en circunstancias que esta medida afecta proporcionalmente más a mujeres, con respecto a los trabajadores hombres en situación comparable.

La sentencia pronunciada por el TJCE en fecha 13-5-1986, caso nº 170/84 (*Bilka*). En primer lugar, en ella se delimita por primera vez el concepto de discriminación laboral indirecta y se establecen cuáles son las condiciones que deben concurrir para estar frente a un caso de discriminación de este tipo. En segundo lugar, esta sentencia fija las exigencias que deben reunir las “razones objetivas” que pueden llegar a justificar una medida que suponga una discriminación laboral indirecta, aplicando para ello el principio de la proporcionalidad y, en tercer lugar, el TJCE adopta una posición clara acerca de la eventual obligación del empleador de tener en consideración, al momento de adoptar alguna regla o disposición, la posición social y familiar más desventajosa de la mujer con respecto a los trabajadores hombres.

Sentencia del TJCE de fecha 13-7-1989, caso nº 171/88, (*Rinner-Kühn*) se le presenta oportunidad al TJCE para hacer extensivos los principios desarrollados en su sentencia de fecha 13 de mayo de 1986 (*Bilka*), para el caso de una discriminación indirecta originada a partir de una disposición legal. En particular, se trata del § 1 inciso 3 nº 2 (actualmente derogado) de la Ley alemana sobre pago de remuneración durante período de enfermedad (Lohnfortzahlungsgesetz – LohnFG) que excluía de este beneficio a los trabajadores cuya jornada de trabajo no excediera de diez horas semanales o de cuarenta y cinco horas al mes. El Tribunal del Trabajo de Oldenburg, Alemania, solicitó un pronunciamiento al TJCE sobre la eventual oposición entre esta disposición de la LohnFG y el art. 119 TCE.

El TJCE hace extensivos en este caso los criterios fijados en el caso (*Bilka*) y falla que “el art. 119 TCE se opone a una legislación estatal que permita al empresario la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del pago del salario durante el período de enfermedad, cuando exista un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres trabajando a tiempo parcial, salvo que el Estado miembro pueda acreditar razones objetivas ajenas a cualquier discriminación en razón del sexo que justifican la existencia de tal legislación” (STJCE de fecha 13-7-1989, asunto 171/88, registro de 1989, p. 2761). En todo caso, para la ponderación de las razones objetivas justificativas el TJCE incorpora una nueva formulación. En este sentido, declara que: “en la medida en que el Estado miembro pruebe que los medios elegidos responden a un objetivo necesario de su política social, son aptos para alcanzar el fin perseguido por ésta y necesarios a tal efecto, la mera circunstancia de que la disposición legal afecte a un número mucho más elevado de trabajadores femeninos que masculinos no debe considerarse una infracción del art. 119” (Sentencia citada del TJCE, considerando Nº 14).

El TJCE, en sentencia de fecha 27.6.1990, caso C-33/89 (*Kowalska*) tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la conformidad del art. 119 TCE con una disposición de un contrato colectivo que excluía a trabajadores a tiempo parcial del pago de subsidio por término de su contrato (ex § 62 del contrato colectivo para la administración pública en Alemania – Bundesangestelltentarifvertrag - BAT).

En su resolución el TJCE estableció, en primer término, que el subsidio concedido en el BAT al trabajador con motivo de la extinción de la relación laboral es una forma de retribución diferida, a la que el trabajador tiene derecho en razón de su relación de trabajo, pero que se le paga al cesar ésta, con el fin de facilitar su adaptación a las nuevas circunstancias resultantes del término de sus servicios. De lo anterior el TJCE concluye que el subsidio concedido al trabajador con motivo de la extinción de la relación laboral está comprendido en el concepto de retribución en el sentido amplio que a ésta le otorga el art. 119 TCE. En segundo término, el TJCE estableció en este fallo que: “un convenio colectivo, como el que aquí se cuestiona, que permite a los empleadores mantener una diferencia de retribución global entre dos categorías de trabajadores, los que cumplen el mínimo de horas de trabajo por semana o por mes y los

que, realizando la misma actividad, no llegan a cumplir este mínimo de horas, conduce de hecho a una discriminación de los trabajadores femeninos frente a los masculinos, cuando se demuestra que, en realidad, el porcentaje de personal masculino que trabaja a tiempo parcial es mucho menor que el femenino. En principio, tal convenio colectivo debe considerarse contrario al art. 119 del Tratado. A menos que la diferencia de retribución entre ambas categorías de trabajadores estuviese justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo". (TJCE, Sentencia de fecha 27-6-1990, asunto C-33/89, registro de 1990, p. 2611).

2. *La prohibición de discriminación y el principio de igualdad.*

La discriminación tiene su esencia en la desigualdad de trato, por lo que la ciencia jurídica ha elaborado el principio de igualdad de trato deseando alcanzar la justicia.

a) *Prohibición la discriminación.* La Ley prohíbe la discriminación de los trabajadores en el empleo y en las condiciones de trabajo (retribución, ascensos, jornada, salarios, etc.), tanto favorables como desfavorables, efectuadas por preceptos, reglamentos, cláusulas, convenios, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario por una serie de causas que enumera: edad (dentro de los límites establecidos por la ley), sexo... (art. 4.2.c y 17 del TRET). La doctrina de nuestro T. Constitucional considera que la norma debe tratar igual situaciones de hecho iguales y desigual situaciones de hecho desiguales.

Entre tantas otras, la Sentencia 39/2002 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 14 de febrero, FJ 4, sienta su doctrina sobre el principio de no discriminación: La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STCo. 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTCo. 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

De modo que para introducir diferencias jurídicas de trato debe haber motivos "justificados y razonables" de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados (SS. TCo. 14-7-1982; 15-11-1983; 18-1-1990 y 31-5-1995).

En términos generales se puede decir que es aquella actitud que trata de excluir las acciones u omisiones, total o parcialmente, que provoquen efectos negativos en las oportunidades o derechos. (Como más adelante se verá, quedan a salvo las discriminaciones positivas que los respectivos gobiernos establecen mediante legislación para eliminar los desequilibrios sociales de determinados colectivos). En nuestro Ordenamiento interno viene representado por la LO 3/2007 debido a la trasposición de las directivas comunitarias y que hasta ese momento regía únicamente la referencia del art. 17 del TRET, criticado por su obsolescencia e inadecuación según buena parte de la doctrina³ por su falta de visión de la norma a lo largo de los años⁴

El artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea habilitó al Consejo para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». En desarrollo de esta competencia se han adoptado una serie de directivas, tales como la Directiva 2000/43/CE, que se ocupa del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE, para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, y la Directiva 2002/73/CE, para la igualdad entre hombres y mujeres en la que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, así como la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuestiones de empleo y ocupación.

b) *El principio de igualdad de trato.* Se regula en los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución Española y la jurisprudencia así lo reitera en base a los dispuesto en el TRET según los arts. 17, 24.2 y 28 y en otras muchas normas internas ya citadas, entre ellas la LOI, las normas internacionales y comunitarias (por todas, las Directivas 75/117/CEE; 2000/43/CE; 2000/78/CE y 2006/54/CE y la S. de nuestro TS de 19-5-2000, (RJ. 2000, 5513) entre otras.

Nuestro Tribunal Supremo precisa en su S. de 23-9-1993 (Sala Social, AL. 72/94) que el principio de igualdad y el de no discriminación tienen un alcance distinto, según esta S. y citando otra de 17-10-1990, el art. 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones diferentes: la primera, sobre el principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley; la segunda, se concreta en la prohibición de discriminaciones cuando implican una violación cualificada de igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado. Esta discriminación tiene particular relevancia cuando se trata de diferencias de trato producidas en el ámbito de las relaciones privadas, pues en ellas (STCo. 34/1984), la igualdad de trato debe derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación.

El principio es para ser aplicado en todas las organizaciones, en empresas privadas o Administración pública, pero hay una diferencia muy sensible entre una y otra a la hora de ser aplicado para contratar a un empleado, pues reside en que las empresas privadas han de respetar los arts. 4.2. c) y 17.1 del TRET, pero el 17.2 y 3 del mismo texto legal permite que a través de normas legales se establezcan "exclusiones, reservas y preferencias para ser tratados libremente"; el 17.4 cita que podrá hacerse una regulación por convenio colectivo, y el 17.5 sobre que su regulación podrá efectuarse en los planes de igualdad. Mientras que la Administración pública está limitada en la libertad de contratación por el principio de igualdad absoluta de trato en el acceso al empleo a la misma en base a los principios de capacidad y mérito. La doctrina tanto nacional como internacional hace las siguientes distinciones sobre la discriminación, la directa y la indirecta que tiene su aplicabilidad en cualquier tipo de discriminación.

El principio de igualdad se ha tratado en muchas sentencias, tal como TJ. Comunidad Europea, S. 13-01-2004, asunto C-256/01 [Rev. Técnico Laboral, nº 100, pág. 342]. En esta misma dirección cabe citar la S. TJCE, 18-11-2004 [Rev. Técnico Laboral, nº 104, pág. 322]; 10-03-2005, caso (*Nikoloudi*) [Rev. Técnico Laboral, nº 107, pág. 63] y de 16-02-2006, caso (*Sarkatzis*) [Rev. Técnico Laboral, nº 109, pág. 395] y en el mismo sentido también la S. del TS. 6-04-1995 [Revista técnico Laboral, nº 68, pág. 355].

3. El trato desigual como excepción legal.

La doctrina del TCo. considera que debe haber igualdad de trato en situaciones iguales y ser desigual en situaciones de hecho desiguales y para introducir diferencias jurídicas deben existir motivos justificados y razonables de acuerdo con los juicios de valor generalmente aceptados (Ss. TCo. de 14-7-1982; de 15-11-1983; 18-1-1990 y 31-5-1992, entre otras). El principio de igualdad no postula la paridad sino la razonabilidad de la diferencia de trato (S. TCo. 11-12-2006, nº 342 [Rev. Técnico Laboral, nº 113, pág. 543]). Pero las situaciones desiguales cabrá determinarlas en cada caso concreto, con ponderación, tal es el caso sentenciado por el T. de Justicia de la Comunidad Europea, el 30-09-2004, sobre el caso (*Briheche*) [Rev. Técnico Laboral, nº 103, pág. 103].⁵

Por tanto, la discriminación se da cuando el respeto a la no discriminación aplicado de una forma general pueda ocasionar un impacto adverso o una desventaja particular sobre uno de los grupos vulnerables debiendo entonces aplicarse una diferenciación (TCo. 198/1996; 203/2000; 156/2006 y 3/2007), en este supuesto no se considera trato discriminatorio, y por tanto, justificado un trato desigual, siempre que se pruebe que la desigualdad que genera es adecuada y necesaria, respetando los principios de identidad y proporcionalidad.

En especial para los supuestos de discriminación de la mujer (pero que pueden ser trasladables a otros colectivos), podemos recoger los criterios del TCo. sobre medidas de acción positiva y se encuentran prescritas en diferentes SS., entre las más importantes están la dictada en fecha 16-7-1987 (RTC. 1987/128) y la de 28-11-1994 (RTC 1994/315), en las cuales se diferencian las siguientes medidas de acción positiva, en base a lo siguiente⁶:

- a) No toda desigualdad de trato en el sexo es contraria al principio de igualdad.
- b) En algunos supuestos el diferente trato de situaciones distintas puede venir exigido por la propia efectividad de los derechos constitucionales.
- c) Las medidas favorecedoras para mujeres sometidas a condiciones desfavorables respecto a los hombres, ya sea para acceder o mantenerse en el trabajo estarán orientadas a eliminar situaciones de discriminación real existente.
- d) La necesidad de diferenciar, en cada caso concreto, las medidas de acción positiva de las medidas proteccionistas de una determinada situación de la mujer.
- e) Al objeto de poder valorar la legalidad de una medida de acción positiva es necesaria una doble constatación:
 - a') Que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato, que no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato de los colectivos discriminados.
 - b') Que la medida no tenga por objeto perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, y que esta medida no sea admisible en cuanto que consolida la situación discriminatoria contra la cual se quiere reaccionar.

4. *El binomio de la discriminación.*

Se puede creer que con legislar contra la discriminación desaparecerá ésta en el ámbito del trabajo y no ha sido así. Aparecen formas sutiles que soslayan la normativa legal, unas veces por necesidades de ajustar los costos, otras por desprecio a la legalidad y otras por ignorancia. La doctrina distinguió, la discriminación directa que resulta ser la más evidente de la indirecta en la que se utilizan formas o medios menos evidentes cuyas consecuencias resultan también discriminatorias. Con la reciente reforma laboral (Ley 35/2010, de 17 de septiembre) incluye un punto 4º en el art. 17 del TRET para garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta en determinadas categorías y grupos profesionales y se modifica el art. 23.2 también del mismo texto legal, al objeto de que en la negociación colectiva se garantice la ausencia de discriminación directa e indirecta sobre permisos de trabajo, elección de turno por estudios y adaptación de la jornada ordinaria para formación.

a) *Discriminación directa.* Lo es cuando una persona sea o vaya a ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable. De forma más precisa, cuando el trato desigual trae causa en los criterios prohibidos o conecta intrínsecamente con ellos, o si queremos decirlo de otro modo, es el trato diferenciado y desfavorecedor de una persona por cualquiera de las varias razones vetadas en los arts. 4.2.c. y 17.1. del TRET o 14 de nuestra Carta Magna. Esto resulta evidente cuando el empresario o algún representante suyo decide retribuir menos a los empleados femeninos que a los masculinos o cuando en un anuncio de trabajo se indica: "Absténganse personas con discapacidad"; "Sólo personal masculino" o "mayores de 50 años no". Eso también se manifiesta con los tratos jurídicos diferenciados perjudiciales en función de motivo no justificado o razonable socialmente según perfila la doctrina⁷. La discriminación directa es más frecuente y evidente, cuando surge de una decisión unilateral empresarial.

Cada grupo en situación de riesgo de discriminación tiene su tratamiento específico por la legislación, así la LOI 3/2007 de 22 de marzo, en su art. 8, se declara expresamente que "Constituye discriminación directa por razón de sexo (en la actualidad es un supuesto más sensible que otros) todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad" y en el mismo sentido la doctrina del Constitucional en relación con el embarazo o la maternidad que al afectar exclusivamente a la mujer constituye una discriminación directa por razón de sexo (TCO. 109/1993; 173/1994; 17/2003; 161/2005; 182/2005; 214/2006; 324/2006 y 342/2006, entre otras) y en el ámbito comunitario el TJCE en 17-7-08 (Asunto: *Coleman*, C-303/06) considera discriminación por la discapacidad que sufre una trabajadora como consecuencia de tener un hijo discapacitado. Se considera discriminatorio no contratar una trabajadora por su situación de embarazo (S. TSJ Comunidad Valenciana, 18-6-97, AS 2077; TJCE, 3-2-2000, AS. 14).

b) *Discriminación indirecta*. Viene dado por la existencia de una regla, norma, cláusula o medida formulada ya sea por el legislador, por el empleador o por las partes de un convenio colectivo, sin estar referida a trabajadores pertenecientes a ciertos grupos (sexo, discapacitados, nacionalidad, raza, religión, etc.), es decir, que siendo formulada neutralmente, trae aparejado como resultado un trato menos favorable o adverso para los trabajadores de los referidos grupos. *Ej.*: Un convenio colectivo en el que se establece unos derechos para los trabajadores con contrato a jornada completa no afecta a los trabajadores de a tiempo parcial. Eso sería discriminatorio, y más claro resultaría después conocer que la inmensa mayoría de los trabajadores empleados en la empresa con contrato a tiempo parcial que afecta el convenio colectivo son del sexo femenino.

Ahora bien, lo dicho anteriormente, será admisible la diferenciación siempre que la disposición utilice, criterios o prácticas que puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima con tal de que los medios para la consecución de la finalidad sean adecuados y necesarios (art. 28 de la Ley 62/2003 y art. 6 de la LOI 3/2007, de 22 de marzo; STCo. 198/1996, de 3 de diciembre y 250/2000, de 3 octubre).⁸ En este sentido podemos referir los tratos jurídicos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, debido a las circunstancias fácticas de los trabajadores, consecuencias perjudiciales (STCo. 1-7-1991 y STS 4-5-2000, Ar. 4266).

Las diferencias de trato referidas a la *discriminación indirecta*, vienen citadas en el art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE, referente a la justificación de diferencias de trato por motivos de edad (en este supuesto, lo más frecuente), que sucintamente se especifican seguidamente⁹:

- 1) El establecimiento de condiciones esenciales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y trabajo, incluidas las condiciones de despido y de remuneración, para jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar su protección.
- 2) El establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo.
- 3) El establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

Caben dentro de las *indirectas* las cláusulas de convenio colectivo por discriminación que fueron anuladas en las Ss. del TCo. 177/1988, de 10 de octubre; 108/1989, de 8 de junio, y más modernas, 145/1991, de 1 de julio (BOE 22 de julio); 28/1992, de 9 de marzo (BOE de 10 de abril); 177/1993, de 31 de mayo (BOE de 5 de julio) y 226/1994, de 27 de octubre (BOE de 29 de noviembre). Se considera discriminación indirecta, exigir entre las condiciones de acceso a un empleo, una determinada titulación que, por razones socio-económicas, el colectivo femenino no puede poseer) o estar comprendido en un tramo de edad determinado sin justificación objetiva y razonable (TSJ de Catalunya, Sala de lo Contencioso-administrativo, 10-11-06, JUR 293278). Se consideró nulo el despido por existir una relación de trabajadores manifiestamente desproporcionada entre el número de mujeres y hombres, pues las primeras en su mayoría tenían contrato temporal con horario reducido y los segundos eran de plantilla (TSJ. de Cantabria, 25-2-09, Rec. 112/09).

5. Modalidades de discriminación.

La discriminación tiene muchos aspectos o formas, en principio, desde la promulgación de nuestra Carta Magna, se estableció en su art. 14 una lista de modalidades como, por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión, y culmina con que se viola este artículo añadiendo "...o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", con lo que la frase es suficiente imprecisa para que tengan cabida formas de discriminación que en el pasado no se consideraban como tales o que todavía no eran evidentes. Tal es así, que con el transcurrir de los años el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 269/1994, declaró que no era cerrado el elenco de factores diferenciados en ese artículo, lo mismo con la S. más reciente nº

041/2006 en su FJ 3, del mismo tribunal cuando dice “La virtualidad del art. 14 CE no se agota... no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación...” citando a otra sentencia más antigua en el mismo sentido, la nº 75/1983, FJ 6). En base a ello, comentaremos los supuestos que hasta la fecha se ha revelado más frecuentes como motivo de discriminación, sin la pretensión de dejarlo agotado en el presente artículo, puesto que en el futuro, la “lista” está destinada a crecer más.

Especial referencia al Acoso laboral (*Mobbing*) debe hacerse, que por sí es discriminatorio y no queda nadie exento del riesgo. Son actos negativos y hostiles realizados de forma sistemática y recurrente por un subalterno, compañero o jefatura de trabajo conducentes a producir miedo o terror en el trabajador afectado hacia su lugar de trabajo. El objetivo último del hostigamiento es lograr el abandono del trabajo por parte del acosado.

- **Discriminación por raza o étnia.** Como introducción a este punto, podríamos hablar mucho del concepto “raza” pero podríamos concluir desde un punto de vista científico que un estudio reciente del material genético humano de diferentes razas concluyó que el ADN de dos personas de origen geográfico diferente, en cualquier parte del mundo, difería en sólo dos décimas del uno por ciento. Y, de esta variación, sólo el seis por ciento puede vincularse con categorías raciales. El 94 por ciento restante es una variación “dentro de la raza”.¹⁰ La cuestión racial es un tema que permanece vivo desde los inicios de la humanidad e históricamente, como sabemos de sobras, trae malos recuerdos de hechos políticos que perduran en la conciencia de muchos. Blumenbach¹¹ en 1775, definió cinco grandes razas: caucásica o blanca; mongólica o amarilla; etiópica o negra, americana o roja, y malaya o parda. Está claro que si las vamos subdividiendo o entremezclando surgen unas “razas” no tan evidentes como las principales, pues podemos citar dentro de la blanca, la latina, germánica, anglosajona, etc., que también juega un papel importante en la diferenciación. Lo mismo podríamos decir de las que han derivado en la raza gitana, judía, etc., al mismo tiempo esas, pueden subdividirse en muchas más, que resultan cada vez más poco identificables a simple vista. Esta es la cuestión, al margen de las costumbres, formas de vestir, idioma, forma de pensar, creencias, cultura, formación, religión, el aspecto de la persona o color de la piel, es lo que hace que injustamente en muchos supuestos, existan prejuicios que induzcan a la discriminación por parte de las personas que no coinciden con la “raza” propia del que tiene capacidad de poder discriminar. En psicología social está demostrado que las personas con similares características inconscientemente si no se atraen, por lo menos tienen mayor “sintonía” entre ellas, individualmente o en grupo y en cambio la falta de similitud genera lo contrario, dificultando la amistad, las buenas relaciones y no digamos, que puede influir de forma decisiva en la selección de empleados.

Cabe referirse a la normativa a ludida en el punto anteriormente relativo a la discriminación en general, cuyas disposiciones legales no es necesario reproducir aquí. Al margen de que resulte ocioso repetir el art. 14 de la Constitución, vale la pena recordar que la posible discriminación por razón étnica o de raza está llena de casuística, quizá por la abundancia de casos de ámbito universal que se han publicado.

En nuestro país sobre la discriminación por la raza cabe citar las Ss. del TCo. en su S. 41/2006, de 13 de febrero, la cual cita otras resoluciones en relación con el “nacimiento”: la S. 74/1997, de 21 de abril, FJ. 4; S. 67/1998, de 18 de marzo, FJ. 5 y el Auto del TCo. 22/1992, de 27 de enero. Pero no toda diferenciación de trato supone discriminación, ya que la que esté basada en la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o en el contexto en que se lleve a cabo, aquellos motivos constituyen un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcional, así se desprende del art. 34.2 de la Ley 62/2003.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos) es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa. Se trata de un tribunal internacional ante el que cualquier persona que considere haber sido víctima de una violación de sus derechos reconocidos por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o cualquiera de sus Protocolos adicionales, mientras se encuentre legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa, y que haya agotado sin éxito los recursos judiciales disponibles en ese Estado, puede presentar una de-

manda contra dicho Estado por violación del Convenio (Afecta a 47 Estados miembros del Consejo de Europa, salvo Bielorrusia y no tiene ninguna relación con la Unión Europea).

La referida Corte Europea, ha visto diversos casos sobre discriminación en que los interesados reclamaron su tutela. Así tenemos la S. de fecha 7 de febrero de 2006 en una demanda sobre supuesta discriminación de ciudadanos de etnia gitana en la República Checa, el tribunal hizo una interpretación del art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4-11-1950) y art. 1 del protocolo nº 12 del mismo convenio (Roma, 4-10-2000) que se refiere al goce de los derechos y libertades reconocidas en el convenio y que han de ser asegurados sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otros, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. La interpretación que con carácter general realiza el referido órgano judicial es que “tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas que se hallan en situaciones sustancialmente similares es discriminatorio”. Pero este mismo tribunal también hace referencia al caso “*Thlimmenos contra Grecia*”, resolución de 2-4-2000 que parece acoger la denominada “discriminación por indiferenciación”, es decir, la existencia de discriminación cuando los Estados no tratan de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Por tanto, habría discriminación cuando no se trate jurídicamente igual a los iguales, pero también sucede esto cuando no se trate de modo distinto a los desigualmente situados (ésta última doctrina no está consolidada).¹² Declarar públicamente que por exigencias de la clientela no se va a contratar a los trabajadores de determinado origen étnico o racial supone discriminación directa e incumbe al empresario probar que no se vulnera el principio de igualdad de trato demostrando que, en realidad, la contratación en su empresa no corresponde a esas declaraciones. En cualquier caso, las sanciones que deban ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, pueden incluir una indemnización a las víctimas (TJCE. 10-7-08, caso *Ferlyn*, C-54/07).

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2106 A – XX –, de 21 de diciembre de 1965, y sucesivamente modificada), en su art. 4, dispone que los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de aquella Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas:

- a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación, y
- b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley.

- **Discriminación por razón de nacionalidad.** La nacionalidad significa la pertenencia de una persona a un ordenamiento jurídico nacional o estatal concreto. Este vínculo le genera derechos y deberes recíprocos, en consecuencia, el término nacionalidad puede ser interpretado en sentido amplio como sería el supuesto de los naturales de una “nacionalidad histórica” que es un término recurrente en la política española usado para designar a aquellas comunidades autónomas con una identidad colectiva, lingüística o cultural diferenciada del resto del Estado y que así lo reconoce la Constitución española en su art. 2 referente a la “autonomía de las nacionalidades”, ahora bien, sin duda el sentido de la nacionalidad en la Carta Magna fue redactado con respecto a todo el habitante natural del Estado español. Pero al margen de disquisiciones jurídicas¹³, no impide que puedan producirse discriminaciones por razón del lugar geográfico estatal de nacimiento y seguramente de sentimiento, idioma y costumbres. Lo dicho hasta

aquí, desde un punto de vista interno de cada país, también sería de aplicación a cualquier estado de la Unión Europea, especialmente para los constituidos políticamente en Estado federal o confederación, aunque moralmente cualquier supuesto de discriminación siempre será reprobable, y por tanto ilegal, al margen del sistema político en que se halle constituido el Estado.

No será exigible constitucionalmente la igualdad de trato entre españoles y extranjeros en materia de acceso al trabajo puesto que si se exige el requisito de autorización administrativa para los extranjeros, no atenta al principio de igualdad STCo. 107/1984, de 23 de noviembre; STS de 27-11-1989 Sala Social (RJ. 1989, 8257) y 22-4-1994 Sala de lo Contencioso-administrativo (AL. 1193/94). En cambio si es discriminatorio el trato diferente con igual categoría en relación a condiciones de empleo y trabajo (STJCE de 16-6-1987, caso: *Comisión vs. República Italiana*, [C181/6 de 9 de julio de 1987]).

El Tratado de la UE, en sus arts. 12 y 13 en la adopción de medidas dirigidas a luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, ambos artículos constituyen la expresión de un mismo principio general, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad que ha adquirido la categoría de principio vertebrador del ordenamiento comunitario, así como un papel destacado en la esfera comunitaria. El art. 13 ha sido desarrollado recientemente mediante la adopción de 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 (DOCE, n.º L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26) y de 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 (DOCE n.º L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22).

No es tampoco legal la discriminación tanto directa como indirecta para entre los trabajadores de los Estados miembros de la UE, so pena de nulidad al amparo del Reglamento 1612/68/CE, art. 7.4 con respecto al empleo y la retribución, TJCE, 15-3-01, caso (*Laat*), C-444/98 y las demás condiciones de trabajo, incluidas las representativas; TJCE 16-9-04, caso (*Comisión vs Austria*). Además desde 1-3-94, se aplica en España el Acuerdo de Schengen sobre espacio (con supresión de fronteras) y cooperación europea (Establecido por cinco estados de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE), Alemania, Francia, Bélgica, Holanda), complementado por el Convenio de 19-6-90, integrados en los Tratados de la CE y UE en virtud del Tratado de Amsterdam.

- **Discriminación por razón de la lengua.** Los poderes públicos pueden valorar o exigir el conocimiento de las lenguas oficiales para acceder a determinados puestos (STCo. 84/1986, de 26 de junio) y no es discriminatoria la convocatoria de una plaza que incluya un ejercicio voluntario y no eliminatorio sobre euskera. Así de clara en los procesos de selección en la Administración pública para las comunidades autónomas es la S. del TS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 21-10-1991 (Rec. nº 165/1998), FJ 3, dice: la doctrina legalmente vigente sobre la materia puede resumirse en el sentido de que el principio general sigue siendo el de que pueda valorarse como mérito no eliminatorio el reconocimiento de las lenguas españolas diferentes del castellano, de que para concretas y determinadas plazas los poderes públicos competentes pueden darle dicho carácter al conocimiento del idioma cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma, y de que la finalidad de esta excepción al principio general es la de proveer la presencia en la Administración que se hable la lengua vernácula, como modo de garantizar el derecho de usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva Comunidad Autónoma (Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Junio de 1.986), reconociéndose en otras de esta Sala, como las de 22 de Enero; 17 de Mayo y 8 de Julio de 1.991, la constitucionalidad de resoluciones administrativas en las que se establecía, incluso, la obligatoriedad de tal conocimiento para optar a determinados puestos de trabajo, así como en la del Tribunal Constitucional de 26 de Febrero de 1.991, la constitucionalidad del inciso final del art. 34 de la Ley del Parlamento de Cataluña 17/85, de 23 de Julio, de la Función Pública de la Administración de la Generalitat, que establece, en cuanto al personal al servicio de la misma, que en el proceso de selección deberá acreditarse el conocimiento de la lengua catalana, entendiéndose la sentencia que el principio de mérito y capacidad para el acceso a la función pública (art. 103, 3 de la Constitución) supone la carga para quien quiera acceder a ella de acreditar las capacidades, conocimientos e idoneidad exigibles para la función a que se aspira.

- **Discriminación por razón de edad.** Las causas son varias: persistencia de las tasas de paro, transformación del mercado de trabajo, la internacionalización de la economía, la rápida innovación tecnológica, etc., y hace referencia a dos parámetros sensibles, por una parte, la juventud de las personas en edad de trabajar y, por otra, la edad madura en el trabajo, cuya alusión jurídica se desprende del art. 17 del TRET en cuanto a no discriminación de las relaciones laborales.¹⁴

La cuestión es que interviene por aceptación de las normas comunitarias sobre la diferenciación de unas edades con otras, por la “razonabilidad” como principio y se le niega el libre albedrío a las políticas de empleo de los países miembros.

Eradicar la discriminación requiere de un elenco de medidas que atajen el problema de una forma integral con el compromiso de las empresas. La lucha por la discriminación por razón de edad, lleva a recomendar no incluir criterios de exclusión por razones de edad en las ofertas de empleo, eliminando el lenguaje discriminatorio en las mismas: “jóvenes graduados”, “persona madura”, “retribución de acuerdo con la edad y la experiencia”, “entre 20 y 35 años”, etc.

El TCo. se ha pronunciado en este sentido en su S. 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11, basándose en la vulneración del art. 14 de la Constitución que propugna la no discriminación. Se manifiesta en que los decretos de salarios mínimos no son discriminatorios si el trabajo del menor es de menor valor que el del adulto y en este mismo sentido, la STS de 11-10-1983, Sala de lo Contencioso-administrativo (RJ. 1983, 551).

La Unión Europea en materia de tutela contra la discriminación por edad se inicia con el Tratado de Ámsterdam en 1998, cuando se incluyó una competencia de tipo general (art. 13 del Tratado de la UE) que fue desarrollada en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, referente al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, donde se contempla, además otros motivos como la religión o convicciones, la discapacidad y la orientación sexual. También la tutela comunitaria de la igualdad abarca el origen racial o étnico con la Directiva 2000/42/CE, de 29 de junio de 2000, asimismo al amparo del art. 13 del TJUE, y el sexo, con una docena de directivas¹⁵ más, que ya surgen desde el Tratado de Roma en 1957. En lo específico la Directiva 2000/78 permite a los gobiernos exceptuar de la ley algunas diferencias en el trato por razón de edad¹⁶, “si están justificadas objetiva y razonablemente 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 los adecuados y necesarios” Caso (*Mangold*), TJUE, 22/11/2005, causa C-144/04.

- **Discriminación por razón de afiliación o actividad sindical.** La discriminación sindical halla su amparo en los arts. 4.2. c), 17 y 68 del TRET; el 12 al 15 de la LOLS; arts. 7 y 8 de la LISOS y 315 del Código Penal (LO. 10/1995, de 23 de noviembre).

En cuanto al perjuicio en la retribución, art. 68.c) del TRET declara expresamente la prohibición de discriminar a los representantes de los trabajadores en su promoción económica y profesional por razón, precisamente, del desempeño de su representación¹⁷. Esta garantía ha sido interpretada en el sentido de establecer un expreso mandato legal de paridad de trato en materia representativa entre representados y sus representantes (STCo. 95/1996, de 29 de mayo). Así como la discriminación entre representantes de los trabajadores afiliados a distintos sindicatos, los cuales no pueden ser objeto de tratamiento diverso económico o social, según pertenezcan a uno u otro sindicato (STCo. 74/1998, de 31 de marzo). Ello se extiende al crédito horario y a la libertad sindical. Ha de entenderse que no sufrirá menoscabo económico en la jornada ordinaria, lo cual comprenderá el cobro de complementos salariales personales, así como los de puesto de trabajo que a título de ejemplo podemos citar los de toxicidad, turnicidad, peligrosidad y penosidad, así como el complemento de cantidad que puede ser el constituido por primas de producción o las comisiones por ventas. Aunque no incluye la compensación de transporte público, al tener el carácter de indemnización compensatoria si éste desplazamiento no se ha realizado mientras se hallaba en el ejercicio de representación (S. TS. de 9-10-2001, [refª., La Ley Juris. 1.585/2002]). En materia de retribución del crédito horario sindical rige el principio de *Omniequivalencia retributiva* (STS) de Madrid, de 8 de octubre de 2004, [Rec. Suplicación 4.597/2004] en concordancia con la STS. de 13-4-83 [RTCT.1983, 3757]).

Consideramos suficiente esclarecedora y extensa sin desperdicio la STS. 18-5-2010, Rec. 733/2009 que a su vez refiera otras en su FJ 3: Entrando en el fondo del asunto, con denuncia de infracción del art. 28.1 CE en relación con los arts. 68 e) y 26, ambos del ET, se pone de relieve, con la sentencia del TS. de 25 de febrero de 2008 (R. 1304/07), que el Tribunal Constitucional, en la suya nº 326/05, de 12 de diciembre, ya razonaba: "*Desde la temprana STCo. 38/1981, de 23 de noviembre ... hemos declarado que dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE se encuadra el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa (entre otras muchas, SSTCo. 44/2001, de 12 de febrero, FJ 3; 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6; 44/2004, de 23 de abril, FJ 3; y 216/2005, de 12 de septiembre, FJ 4). Se trata de una 'garantía de indemnidad retributiva' que veda cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores (por todas, SSTCo. 17/1996, de 7 de febrero, FJ 4; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 3; 214/2001, de 29 de octubre, FJ 4; 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 188/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; y 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2)". Sigue diciendo, "En definitiva, el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical (SSTCo. 30/2000, de 31 de enero, FJ 2; 111/2003, de 16 de junio, FJ 5; 79/2004, de 5 de mayo, FJ 3, y 92/2005, de 18 de abril, FJ 3)". La S. abunda en la reflexión diciendo, "Como recordábamos recientemente en la última de las Sentencias citadas, la protección contra el perjuicio de todo orden (también el económico) que pueda recaer sobre el representante [legal de los trabajadores] viene exigido además por el Convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, con la virtualidad hermenéutica que dicho Convenio tiene ex art. 10.2 CE . Pues bien, el citado Convenio establece en su art. 1 que dichos representantes "deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos ... por razón de su condición de representantes, [y] de sus actividades como tales". Cierra los Fundamentos de derecho diciendo, "Por su parte, la Recomendación núm. 143 de la OIT sobre la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa – que, a pesar de su falta de valor normativo, tiene proyección interpretativa y aclaratoria del Convenio núm. 135 (STCo. 38/1981, de 23 de noviembre)" – establece que "los representantes tienen que disponer del tiempo necesario para el desarrollo de su función 'sin pérdida de salario' (IV, 10.1 y 11.2; STCo. 92/2005, de 18 de abril, FJ 3)". Para acabar señala que "Desde esta perspectiva, hemos afirmado que un liberado o relevado de la prestación de servicios para realizar funciones sindicales sufre un perjuicio económico si percibe una menor retribución que cuando prestaba o presta efectivamente su trabajo, lo que constituye un obstáculo objetivamente constatable para la efectividad del derecho de libertad sindical, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones sindicales. Obstáculo que repercute no sólo en el representante sindical que soporta el menoscabo económico, sino que puede proyectarse asimismo sobre la organización sindical correspondiente, afectando, en su caso, a las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores que la Constitución encomienda a los sindicatos (art. 7 CE), que son los representantes institucionales de aquellos (SSTCo. 191/1998, de 29 de septiembre, FJ 4; 30/2000, de 31 de enero FJ 4; 173/2001, de 26 de julio, FJ 5, y 92/2005, de 18 de abril, FJ 3)". En otra sentencia de menor grado se dice que "las medidas empresariales no podrán limitar, restringir o modalizar la actividad representativa unitaria" (Juzgado de lo Social, nº 2 de Granollers de 25-9-2009, FJ 3 [Rev. Jurídica de Catalunya I, 2010, Jurisp., pág. 247.]).*

Se ha pronunciado en otras ocasiones el TCo. en las Ss. 74/1998 de 31 de marzo (BOE de 6 de mayo) y 191/1998, de 29 de septiembre (BOE de 30 de octubre), sobre discriminación salarial por motivos sindicales en cuenta a los legales representantes de los trabajadores. Pero que también pueden incluirse a los que sin serlo tienen algún tipo de relación en sindicato, como la STCo. nº 11/1981 respecto al ejercicio de huelga preservado por el art. 28.1 de nuestra Constitución y la S. 198/1998, de 13 de octubre (BOE de 18 de noviembre), que literalmente es reproducida con posterioridad sobre discriminación sindical por deducciones de salarios debido a su afiliación a sindicato convocante de huelga en otras sentencias.

En lo referente a la promoción en el trabajo, el TCo. 38/1981 en relación al art. 68 c) del TRET sobre la prohibición de discriminación, en la promoción económica y profesional basada en la condición de representante o en el desempeño de su labor representativa. Repercusión condiciones de empleo por ejercitar el derecho de huelga S. TCo. 6-5-1997, [Rev. Técnico Laboral, nº 73, pág. 585.].

En el orden procesal, la LPL (arts. 175-182) articula un procedimiento urgente y preferente a través del cual se sustancian las posibles vulneraciones del derecho de libertad sindical en el que además podrá personarse el sindicato que sienta perjudicados a sus afiliados, como coadyuvante en el proceso de

acuerdo con el art. 182 (SSTCo. 257/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 24/2001, de 29 de enero, FJ 1; 203/2002, de 28 de octubre, FJ 3, y 51/2003, de 17 de marzo, FJ 2) y la protección y defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios (art. 7 CE), y puede incluirse en el ámbito del derecho a la actividad sindical (art. 2, apartados 1.d y 2.d de la LOLS), por lo que la negativa judicial a reconocerle legitimación priva al sindicato recurrente de un medio de acción que le es propio (SSTCo. 112/2004, de 12 de julio, FJ 5 y 159/2006, de 22 de mayo, FJ 2) y además la carga de la prueba será del empresario, si el demandante se limita a demostrar razonablemente la existencia de una posible vulneración de derechos fundamentales.

Para concluir, en el plano institucional, debe recordarse la función que realiza el Comité de Libertad Sindical de la OIT donde se estudian las reclamaciones presentadas por los sindicatos por violación del derecho a la libertad sindical y derecho de huelga, publicándose resoluciones al objeto de que los respectivos Estados y empresas rectifiquen.

- **Discriminación por razón de su discapacidad física, sensorial o psíquica.** Partiendo de la base de que determinadas personas sufren disminución por sus capacidades: física, psíquicas y sensoriales merman sus oportunidades laborales¹⁸, dicha realidad ha tenido diversas denominaciones en el tiempo, siempre al objeto de suavizar el término usado que estigmatizaba a la persona. En los años setenta “inválido” es el término que sustituye al de “subnormal” como consecuencia de la clasificación que le otorga la OMS, en el que llegan a manejarse términos como deficiente, incapacitado o minusválido. En España nuestra Constitución de refiere a “disminuidos” en su art. 49 y la Ley 13/1982 de integración social de Minusválidos (LISMI) que desarrolla en este aspecto la Carta Magna, estableció el término “minusválido”. En los años noventa evolucionó hacia el término “discapacitado” para la Seguridad Social en referencia a las contingencias profesionales y se mantiene para las contingencias comunes la de “invalidez”. En cambio en estos últimos tiempos, la sensibilidad hacia estos colectivos se ha generalizado mucho más y la tendencia es a referirse a personas con “discapacidad”¹⁹.

El colectivo referido al margen de las diversas definiciones que se han venido dando, para entendernos, cabe exponer las siguientes definiciones basándonos en la OMS²⁰:

- a) **Deficiencia:** Es aquella pérdida o anormalidad permanente o temporal de carácter psicológico, fisiológico o anatómico que afecta a la estructura o la función de la persona. Este estado no comprende necesariamente la existencia de una enfermedad.
- b) **Invalidez:** Se entiende como tal cualquier restricción o ausencia de la capacidad funcional para realizar actividades cotidianas en la manera o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Afectando al rendimiento y actuación de éste.
- c) **Minusvalía:** Es la incapacidad que comprende una desventaja para una persona concreta con respecto a otras que carecen de minusvalías. Se utiliza más esta expresión en relación con las dificultades que sufre el minusválido con el entorno, barreras arquitectónicas y obstáculos viales que dificultan su proceso de integración y participación en la sociedad²¹.

En cuanto al término minusvalía se refleja en el art. 7 de la LISMI al decir “se ha de entender por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales” (Este concepto fue desarrollado por una Orden Ministerial de 1984 y derogada por el R. Decreto de reconocimiento de la condición de minusvalía del año 1999). La Ley 51/2003 de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad contiene una nueva definición que dice “A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad, aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%...”, lo que combina la nueva terminología con el viejo concepto de la minusvalía en su clasificación internacional de la OMS.

La Constitución en su art. 49 supuso el primer escalón legislativo para la integración social de los discapacitados, de la cual se derivaron:

– La Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de Minusválidos que estableció para las empresas públicas y privadas, con una plantilla superior a 50 trabajadores, la obligación de contratar a un número de trabajadores con discapacidades no inferior al 2%. (En el momento de finalizar este trabajo, –1 de Diciembre de 2010–, el Gobierno acaba de prometer que en las futuras convocatorias para plazas de funcionario del Estado hará una reserva en las futuras oposiciones del 5% para discapacitados). La Ley citada estableció los principios generales que se basaron en garantizar la realización personal y la total integración social de los discapacitados. A la vista del incumplimiento generalizado, con la publicación del Decreto 27/2000, de 14 de enero, se establecieron una serie de medidas para facilitar a las empresas el cumplimiento de esta obligación.

– RD. 27/2000 de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2% a favor de trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores. En ella ese 2% afectará a las empresas públicas y privadas, no obstante, para quedar exentas de la obligación deberán ajustarse a los términos de la Ley 13/1982.

– RD. 364/2005, sobre Medidas alternativas (disposición adicional 1ª), es el que regula el cumplimiento alternativo del Real Decreto anteriormente citado.

– RD. 290/2004 sobre enclaves laborales, cuya finalidad del presente Real Decreto es la de integrar en el mercado de trabajo ordinario a los trabajadores con discapacidades y, por ello, con dificultades de acceso al mismo, proporcionándoles un “medio de transición” para pasar del empleo protegido en los centros especiales de empleo al empleo ordinario en las empresas. El procedimiento que se utiliza es el de la firma de los denominados “enclaves laborales”, entendiéndose por tales a las contrataciones de obras o servicios de un centro especial de empleo por parte de una empresa ordinaria, denominada “empresa colaboradora”, para cuya realización se desplaza a un grupo de trabajadores discapacitados del centro especial de empleo al centro de trabajo de la empresa colaboradora²². De esta norma surgirían decretos de desarrollo de la misma como el R.D. 364/2005, de 8 de abril (Disposición transitoria 2ª).

– La Ley 51/2003, de 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución, expresa qué se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientada a evitar o compensar las desventajas de una persona discapacitada.

– La Ley de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidades, establece el compromiso de desarrollar la normativa básica de equiparación y establece medidas que afectan al fomento de la sensibilización y fomento del desarrollo tecnológico y fondos para proyectos innovadores y de accesibilidad, con un régimen propio de infracciones y sanciones, sin perjuicio de las competencias que puedan tener las Comunidades Autónomas. Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, sigue vigente en la LISOS. A este efecto se considera discapacidad aquella persona que tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, que sea pensionista de la Seguridad Social y reconocido por el INSERSO.

– El art. 1.2 del RD. 1414/2006 de 1 de diciembre, cita “Se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento: a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una prestación de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y b) Los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.”

Respecto a las Administraciones públicas, la disposición adicional 19ª de la LRFP²³, en la versión resultante de la Ley 53/2003, se determina que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, de manera que se alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que se superen las pruebas selectivas y que, en su momento acrediten el correspondiente grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las funciones requeridas, determinadas reglamentariamente.²⁴

En el orden punitivo a cargo de la Inspección de Trabajo, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, que establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La doctrina jurisprudencial viene resolviendo los diferentes modos de discriminación para este colectivo desfavorecido, así la S.TSJ de Catalunya de 10-4-07 (As. 2328), apreció discriminación al ser incluido en un expediente, al no ser probada su inclusión por razones objetivas y más bien extrañas y con propósito discriminatorio y la S. TSJ de la Comunidad Valenciana de 13-2-07 (As. 1412), el despido comunicado tras habersele reconocido al trabajador una discapacidad de carácter psíquico y sin prueba de la existencia de causas reales, siendo absolutamente extraño al respeto de los derechos fundamentales.

La doctrina considera que son actos de discriminación sobre personas discapacitadas siempre que se encuentren en condiciones de aptitud para desarrollar un trabajo y no se la contrate por tener esa condición (TS. 17-5-2000, RJ. 5513; TS. 19-10-03, RJ. 9039; TS. 23-9-03, RJ. 8378).

La Unión Europea en su Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en su punto 26, establece el derecho de los mismos con discapacidad las medidas adicionales concretas para favorecer su integración en el ámbito del trabajo. La "Carta de Niza" reconoce el derecho de las personas discapacitadas a beneficios que garanticen su autonomía, la integración social y profesional, y también su participación en la vida de la comunidad.

La Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, referente al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, estableció, por primera vez con carácter vinculante, medidas a favor de la igualdad de oportunidades en el empleo y la ocupación de personas desfavorecidas, entre ellas, los discapacitados, partiendo de la base de lo frecuente que ha sido y aún está siendo, la discriminación hacia estas personas, para que se ajustaran los puestos de trabajo de acuerdo con sus posibilidades. A pesar de todo esto, esta Directiva se ha limitado a imponer "ajustes razonables" sin que ello suponga cargas excesivas, haciendo referencia al acondicionamiento del lugar de trabajo o a los equipos técnicos de trabajo, postulando indirectamente ayudas públicas para financiar esas adaptaciones mediante subvenciones, exenciones fiscales o mediante incentivos.

Por otra parte, también en el Convenio nº 159 de la OIT, de 22 de junio de 1983 (ratificado por España el 2-8-1990), sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas ha legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad²⁵.

Todos los países de la UE aceptan las orientaciones generales de la OMS, así como las directrices y los programas de la ONU relativos a las personas con discapacidad. Entre los años 1980-90 se tomaron como principal referencia el "Programa de Acción Mundial para los Impedidos", aprobado por la Asamblea General de la ONU en el 1982 y que propuso expresamente "la participación plena de los individuos con discapacidad en la vida social con oportunidades iguales a las de toda la población".²⁶

El 3-5-2008 entró en vigor en España la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidades, hecha en Nueva York el 13-12-2006 (Instrumento de ratificación BOE. 21-4-08).

- **Discriminación por razón de la orientación sexual.** Podemos decir que hace referencia a aquella persona que siente la atracción sexual y emocional hacia individuos del mismo sexo. Eso implica al de carácter masculino, *gay* (término anglosajón, que en principio, suena menos despectivo que otros términos en otros idiomas) y el femenino, lesbiana. Desde 1973 la comunidad científica internacional considera que la homosexualidad no es una enfermedad. Sin embargo, la situación de estos colectivos legal y socialmente varía mucho de un país a otro y frecuentemente es objeto de polémicas y conflictos, especialmente si ello no coincide con las costumbres de la mayoría de la sociedad. Podemos incluir en el supuesto de riesgo a los que se encuentran en camino hacia un estado de *transsexualidad* al ser una condición en la cual un individuo se identifica con un sexo físico que es diferente de su ser biológico y crea un foco de atención no favorable en su entorno por sus manifestaciones gestuales y forma de vestir, en principio no acordes con

su sexo de origen. Por razón de *transexualidad*, se considera una discriminación por razón de sexo (Juzgado Social de Barcelona, nº 18 de 26-3-07). Incluso a ese colectivo, de acuerdo con la LO 3/2007 se le permite cambiar el nombre de pila en el Registro civil para evitar discordancia con el nuevo sexo.

La prohibición de discriminación viene reforzada por la Ley 62/2003 arbitrándose los mismos mecanismos y eventualidades de acción positiva que para el resto de los factores que se consideran discriminatorios.

En este sentido el Tribunal Constitucional en la S. 41/2006, de 13 de febrero de 2006, en relación con el despido llevado a cabo por la aerolínea Alitalia en el aeropuerto de El Prat (Barcelona) cuya causa era su conocida homosexualidad aunque enmascarada la decisión empresarial por un supuesto incumplimiento de las órdenes recibidas, expresa lo siguiente en su FJ 3: "Nuestro enjuiciamiento debe centrarse en determinar si el actor ha sido objeto de una conducta empresarial contraria al derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE." y declaró la nulidad del despido, ya que el fondo de la cuestión era su homosexualidad y en la misma línea de la SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2) y la STCo. 41/2006, de 13 de febrero, en la que se declaró discriminatorio y nulo el despido por la orientación sexual de un trabajador.

En la doctrina internacional se pueden citar el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), en el cual se destaca que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que encierra el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso (*Salgueiro Da Silva Mouta vs. Portugal*), § 28; insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 del CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas. En este sentido, las SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos (*L. y V. vs. Austria*), § 48, y (*S.L. vs. Austria*), § 37, ó 24 de julio de 2003, caso (*Karner vs. Austria*), § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso (*B.B. vs. Reino Unido*); 21 de octubre de 2004, caso (*Woditschka y Wilfing vs. Austria*); 3 de febrero de 2005, caso (*Ladner vs. Austria*); 26 de mayo de 2005, caso (*Wolfmeyer vs. Austria*), ó 2 de junio de 2005, caso (*H.G. y G.B. vs. Austria*).

Del mismo modo, y en relación con el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual. Sobre ello el Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488/1992, caso (*Toonen vs. Australia*), § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941/2000, caso (*Young vs. Australia*), § 10.4.

El Consejo de las Comunidades Europeas sobre la no discriminación aludiendo a su protección ha emitido un cuerpo de doctrina extenso que queda reflejado en diferentes directivas, entre ellas, la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005.

Por último cabe también citar el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contempla de manera explícita la "orientación sexual" como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

- **Discriminación por razón de sexo.** Se han realizado multitud de estudios sobre la situación discriminatoria de la mujer en nuestro país. Uno de notable importancia es el publicado por el Instituto de la Mujer (Ministerio de Igualdad) en el 2007, titulado "La discriminación laboral de la mujer. Una década a examen" cuyos autores²⁷ concluyen que la entrada masiva de la mujer al mercado laboral ha puesto de manifiesto una serie de desigualdades de género, algunas de las cuales han dado lugar a problemas de discriminación, a saber :

- 1º) Las mujeres se concentran en las categorías profesionales más bajas, teniendo más dificultades que los varones para promocionar (*segregación vertical*).
- 2º) Las mujeres suelen acceder a un determinado tipo de ocupaciones consideradas tradicionalmente como femeninas (*segregación horizontal*).
- 3º) Las mujeres suelen cobrar salarios inferiores a los de los hombres sin que, en apariencia, sean los distintos niveles de productividad los que justifiquen esta diferencia.
- 4º) Entre las mujeres tienen un mayor peso los empleos temporales y a tiempo parcial y representando además, la mayor tasa de paro.

En este aspecto nuestro ordenamiento jurídico viene regulado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (LOI), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo Título I, trata de la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el art. 149.1, 1ª de la Constitución, conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 1ª de la propia ley, que regula su fundamento constitucional, estableciendo expresamente que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. La misma norma jurídica citada en su art. 10 establece 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. Por último, en su art. 12 alude al acceso de la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el art. 53.2 de la Constitución Española.

Con la reciente reforma laboral mediante la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se ha reforzado la protección modificando los arts. 17.1 del TRET para impedir la “no discriminación en las relaciones laborales; el mismo artículo en su punto 4 con la finalidad de garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta en la definición de las categorías y de los grupos profesionales, y el art. 23.2 del mismo cuerpo legal al objeto de que en la negociación colectiva se garantice la ausencia de discriminación directa o indirecta en el derecho del trabajador a disfrutar de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, preferencia a elegir turno cuando curse estudios con regularidad, y adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a cursos de formación profesional o perfeccionamiento de la profesión.

En este sentido las Ss. del TCo. 229/1992, de 14 de diciembre, sobre discriminación por razón de sexo para ocupar puestos de trabajo penosos o de riesgo; la S. TCo. de 14-12-1992 [Rev. Técnico Laboral, nº 55, pág. 128] sobre el mismo derecho de la mujer y el hombre para trabajar en una mina; la STCo. 3/1995, de 10 de enero, sobre discriminación por razón de embarazo; la STSJ. de Cantabria, 1161/2005, de 14 de noviembre por exclusión en el proceso de selección por razón de sexo y la no contratación de mujeres sin que la empresa preste justificación razonable, se considera discriminación por razón de sexo, STS. de 4-5-2000 [Rev. Técnico Laboral, nº 87, pág. 105]; S.TSJ del País Vasco, 30-1-2001 [Rev. Técnico Laboral, nº 89, pág. 639].

En el orden procesal, queda alejada de la justicia la intención de eludir la declaración de nulidad alegando la empresa sólo causas disciplinarias en la decisión cuando en el trasfondo está el hecho de ser mujer. Así, el art. 13 de la Ley Orgánica 3/2007 establece que de acuerdo con las leyes procesales, la carga de la prueba será del demandado si las pretensiones se fundamentan en actuaciones por razón de sexo, en relación con el art. 179.2 del TRLPL. En este sentido el Tribunal Constitucional (S. 92/2008, de 21 de julio) perfila más declarando que desde su S. 38/1981, de 23 de noviembre, que cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Para ello es preciso que el trabajador solamente aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y que debe permitir deducir la posibilidad de su concurrencia. Sólo una vez cumplida esta primera e inexcusable carga recaerá sobre la parte demandada la de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada (por todas, repro-

duciendo esa doctrina, SSTCo. 29/2002, de 11 de febrero, FJ 5; 30/2002, de 11 de febrero, FJ 3; 17/2003, de 30 de enero, FJ 4, y 342/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

También como protección a la discriminación, se refuerza la calificación de nulidad del despido contra la mujer en el apartado 2 del art. 122 del TRLPL (R.D-Legislativo 2/1995, de 7 de abril) recientemente modificado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dice en su punto 4: "Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

- a) La de las trabajadoras durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.
- b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.
- c) La de las trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Finaliza diciendo "Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. La decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieran cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan."

La discriminación directa por razón de sexo es la que se observa más fácilmente que tiene un carácter menos favorable para unas personas que para otras situaciones comparables. Mientras que la indirecta es la que proviene de disposición, criterio o práctica aparentemente neutra y pone a personas de un sexo en desventaja con respecto a personas de otro, salvo que dicha disposición pueda justificar objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (art. 6.2. LOI). No contiene discriminación una diferenciación de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actuaciones profesionales concretas o de contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y proporcionado (art. 5 LOI). La propia ley establece la necesidad de redactar planes de igualdad (arts. 45.2 y 46.1 LOI), siendo necesario para las empresas de más de 250 trabajadores o cuando así se establezca en el convenio colectivo o cuando la Autoridad Laboral así lo determine en propuesta de sanción, mientras que será voluntario la elaboración de un plan de esta naturaleza en las empresas que no se encuentren en las condiciones anteriormente mencionadas.

Nuestro Tribunal Constitucional en base al art. 10.2 de la Constitución Española relativo a las normas de los derechos fundamentales y a las libertades reconoce que se interpretará de conformidad con el Dere-

cho Internacional de los Derechos Humanos, con lo que este artículo ha sido ampliamente referenciado por el Alto Tribunal²⁸ que ha asumido en términos generales la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incorporándola a sus propias resoluciones²⁹.

En el contexto europeo, las instituciones de la Unión Europea han desarrollado desde sus orígenes una intensa actividad de protección e impulso de la igualdad de género a través de diferentes programas de acción comunitaria para la "Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres". La promoción de la igualdad entre el hombre y la mujer ha sido y es una de las misiones fundamentales de la Comunidad que figuran en el artículo 2 del Tratado. El mismo texto establece que, en todas sus actividades, la Comunidad habrá de fijarse el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. No obstante, con todo ello, y con el pleno apoyo de las autoridades e instituciones laborales y sociales de los países miembros, las políticas de igualdad han encontrado sus limitaciones en la propia estructura social y económica de las sociedades europeas. Ello ha puesto en juego algunas otras medidas e iniciativas más drásticas, como la discriminación positiva o el sistema de cuotas para la mujer, que han encontrado cierta resistencia social, incluso entre el propio colectivo femenino.

El Parlamento Europeo, en sesión de 12-6-2002, consideró el acoso sexual como una discriminación por razón de sexo, al diferenciarlo entre otros en base a los siguientes hostigamientos: a) Acoso relacionado con el sexo o acoso sexual ambiental, entendiéndose como tal la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de aquella persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo y b) Acoso sexual en sentido propio, consistente en generar una situación en que produce cualquier comportamiento verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona, y en particular, contra la libertad sexual. A tal efecto, para que se considere acoso sexual requiere lo siguiente: 1) Debe tratarse de manifestaciones de claro contenido sexual o libidinoso; 2) Debe producirse en el lugar de trabajo; 3) Debe darse un comportamiento no deseado, que exista negativa clara y terminante por parte de la persona afectada, y 4) Debe revestir una gravedad suficiente, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental del afectado/a.

—*El acoso en general.* Por último, merece un apartado especial, porque no es una cuestión menor dentro de lo que es la discriminación por razón del género femenino, el acoso por razón de sexo y el acoso sexual. El acoso, en general podemos definirlo como una manera de actuar en las relaciones personales, particularmente en el campo laboral, y que consiste en descalificar, desprestigiar y humillar a una persona. Puede ser realizado por una ó varias personas y lo que busca es intimidar a la víctima con el fin de que se autoexcluya y predomina la agresión psicológica, pero puede utilizarse también la agresión física y casi siempre el acosador es un superior jerárquico aunque también puede ser un compañero del mismo nivel del acosado/a dentro de la organización. Esta agresión verbal o física dirigida al acosado se manifiesta mediante: insultos, chantajes, insinuaciones, difamaciones, calumnias, tergiversaciones, aislamiento, burlas en relación a características personales o cualquier otro aspecto —para ridiculizarlo—, evaluación injusta y mal intencionada de su trabajo, comentarios groseros o degradantes sobre su persona. Se puede añadir, y, en ocasiones, comentarios negativos sobre la familia del acosado/a, no responder a sus preguntas verbales o escritas, poner a sus compañeros en su contra, hablarle de manera agresiva y grosera, provocarlo para llevarlo a reaccionar emocionalmente, rechazar todo lo que propone, quitarle toda posibilidad de actividad e influencia, responsabilizarlo de errores cometidos por los demás, controlarlo y vigilarlo de manera extrema, hablar mal de él o ella a sus espaldas, miradas y gestos despectivos, rechazar su contacto a través de comentarios o gestos, limitar sus posibilidades de expresión, asignarle tareas muy por debajo de su preparación, etc.

La doctrina distingue dos tipos básicos de acoso:

Acoso por razón de sexo. El maltrato, desconsideración o la ofensa viene determinado como consecuencia de ser mujer (art. 7.1. LOI). El comportamiento verbal o físico ha de ser tendente a menospreciar a la víctima.(STSJ. de Galicia, nº 320/2010 de 22-1-2010, recurso nº 4677/2010) STCo. 126/1997, de 3 de julio, FJ 8 que se refieren al acoso por razón de sexo. En fin, en el acoso sexista o acoso por razón de sexo, el objetivo del acosador no es sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión éstas deben seguir ocupando; y en el fondo,

en la motivación de dicho comportamiento no existe, o no existe sólo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio o de afirmación de poder (STSJ de Andalucía, nº 119/2010, de 19 de enero, FJ 4).

Acoso sexual. Aunque en determinados momentos pueda confundirse con el punto anterior, ha de ser una conducta ofensiva relacionada con la sexualidad de las personas, lesionando la dignidad³⁰ de ésta, al afectar su libertad sexual (art. 7.1. LOI), en particular cuando se crea un ambiente intimidatorio para que la víctima tolere contra su voluntad acciones de un compañero o compañera de trabajo. (STSJ. de Cantabria, de 25-3-2008, Ar. Social 1570; STSJ. de Andalucía nº 119/2010, de 19 de enero y TSJ. de Madrid, de 12-12-2005 [Rev. Técnico laboral, nº 109, pág. 463]). Son conductas susceptibles de ser catalogadas dentro del concepto de acoso sexual, las bromas, colocar un anuncio de teléfono de compañera ofreciéndose para relaciones sexuales (STSJ Cantabria de 25-3-2008, [As 1570]) y comentarios de mal gusto; alusiones groseras e inaceptables; gestos, exhibición de pornografía indeseada por la víctima; hasta la agresión física más o menos grave; comportamientos que tienen causa en el sexo femenino de la víctima y que suponen la presión o la imposición y las molestias; sin que precisen ser verbales, o traspasar un límite físico, pero que sin embargo al igual que los comportamientos físicos son ofensivos, intimidatorias o humillantes para quien las recibe. En el ámbito penal, el código en su art. 184 establece las penas de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses y cuando la víctima sea excepcionalmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación social, prisión de 5 a 7 meses o multa de 20 a 24 meses. Mientras que si el culpable del acoso sexual si se prevale de superioridad laboral o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la empresa, se le castigará con la pena de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses y cuando la víctima sea especialmente vulnerable, prisión de 6 meses a 1 año.

Para prevenir estos casos, el art. 48 de la LOI 3/2007, señala que las empresas deberán promover las condiciones necesarias que eviten estas circunstancias, debiendo arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar el correspondiente cauce a las denuncias y reclamaciones que se puedan suscitar. La S. del TSJ. de Galicia de 22-1-2010, es partidaria de la doctrina de que los tribunales deben condenar a las empresas que no establezcan procedimientos específicos para la prevención del acoso, de modo que se actúe por la empresa incluso antes de las denuncias o quejas de los trabajadores al respecto. La Sala apunta que el art. 48 de la LOI 3/2007, al exponer que "las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo", "no está estableciendo una recomendación, sino que al hablar de 'deberán promover' establece claramente una obligación de la empresa de adoptar medidas preventivas". Efectivamente, la Sentencia referida del TSJ de Galicia, manifiesta que "en el caso estudiado, la empresa no sólo no ha cumplido con esta obligación legal de prevención, sino que ha quedado demostrado su absoluta indiferencia ante un problema -el acoso sexual padecido por una de sus trabajadoras- del que ya tenía conocimiento" y añade que la Sala no desconoce que el Tribunal Supremo en una Sentencia de diciembre de 2008 consideró que, sin conocimiento de la empresa, a ésta no le alcanza responsabilidad indemnizatoria. Sin embargo, señala que "no se debe pasar por alto que los hechos allí enjuiciados sucedieron antes de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad".

—**Embarazo o maternidad.** Otro riesgo de discriminación en cuando la mujer trabajadora se encuentra en el estado de gravidez. Ante ello los poderes públicos han desarrollado normas laborales de protección dado que la situación temporal de las víctimas genera ausencias en el trabajo y estas ausencias producen inconvenientes organizativos en las empresas. El art. 55.5 b) del TRET sobre la nulidad del despido cuando se trate de mujer en estado de gestación, se interpreta a la luz del contenido de la Directiva 92/85/CEE, cuyo art. 2 establece que la trabajadora embarazada será "Aquella que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales" y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 8 de la LOI 3/2007 cuando dice "Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad". Parece que la clave estaba en haber o no comunicado la situación de embarazo por parte de la trabajadora al empresario de modo que si éste no tenía conocimiento de ello, no dictaría la nulidad del despido si su verdadera decisión la encubría con una ficticia causa disciplinaria. Al margen de que la obligación de comunicar su "estado" al empresario no deja de transgredir³¹ la intimidad de la mujer se está abriendo una doctrina más proteccionista que obvia la formali-

dad de la comunicación, siempre y cuando resultase que era evidente en el trabajo que la empleada estaba embarazada o era conocido en el centro de trabajo tal cuestión (SSTS. 19-07-2006, Rec. 1452/2005; 29-2-2006, Rec. 657/2007 y 12-3-2006, Rec. 1695/2007). Pero la doctrina del TCo. ha dejado bien claro que por el mero hecho de encontrarse en estado de gestación, no se deriva la nulidad del despido, tiene que existir una casa-efecto (embarazo-decisión empresarial) que demuestre una actitud discriminatoria por parte de la empresa (STCo. 175/2005, de 4 de julio, Rec. Amparo nº 2928/2001) y que incluso así se ha requerido en los contratos en período de prueba (STCo. 94/1984, de 16 de octubre y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STCo. 173/1994 de 7 de junio) o en el caso de postergación profesional en la empresa como consecuencia de sus embarazos consecutivos (STCo. 182/2005 de 4 de julio). Por último, a la posible extinción del contrato por haber perdido su confianza en ella, la empresa, siendo el fondo de la cuestión, la maternidad, es una discriminación por razón de sexo (SSTCo. 94/1984; 166/1988; 266/1993 y 90/1997).

- **Discriminación por causa de obesidad.** Poca doctrina aparece sobre ello y menos jurisprudencia del ámbito laboral. Si hemos dicho que la imagen dice mucho de la persona, los que le rodean o se relacionan con ella toman decisiones o se forman opiniones que acaban influyendo decisivamente, especialmente en el proceso de selección de personal e incluso para la promoción laboral. No digamos con respecto a los compañeros que tendrá la persona obesa si la contratación se realiza. Deberíamos preguntarnos en ocasiones quién o cómo es una persona obesa. Si buscamos la definición que hacen determinados organismos, tendríamos que: Es aquel aumento patológico de grasa en el cuerpo, determinado por un exceso superior al normal. Se entiende que no es normal según la OMS a partir de un peso corporal superior al 30% cuya fórmula comúnmente aceptada es (Índice de masa corporal: kgs. de peso/la altura al cuadrado) y cuando es superior al 40% se le califica de obesidad mórbida. Por tanto, quien selecciona personal, al margen de poder pensar que quizá los movimientos del candidato serán muy lentos y será poco dinámico todo su comportamiento, seguramente pensará que sufre riesgo de padecer muchas enfermedades, entre las más frecuentes en estos casos, las de tipo cardiovascular, lo que generará un elevado absentismo si las características de la obesidad son importantes y será comprensible que no sea vista como la persona adecuada para ocupar determinados puestos de trabajo. No quedan fuera del riesgo de ser discriminadas las personas con clara anorexia cuyas patologías representan riesgos importantes de salud. Por tanto, al respecto, cabe citar la STSJ de Murcia 19-10-2009 (JUR 2009/477104), que acordó la extinción del contrato de un trabajador cuya actividad era de pintor y presentaba riesgo de infarto derivado de obesidad severa alegando la empresa que en este caso no se trata de discriminación, sino de un factor objetivo que justifica la decisión empresarial. *A sensu contrario*, de no haber sido la obesidad tan manifiesta o que el riesgo de la salud hubiera sido dudoso, o quizá porque el fondo de la cuestión fuera que no tenía un aspecto agraciado, habría sido declarado nulo el despido.

- **Discriminación por motivos religiosos o ideológicos.** Es un derecho garantizado a los trabajadores con carácter general, sea cual sea, la empresa en la que prestan sus servicios. No obstante, existen empresas que se caracterizan por perseguir un ideario (empresas ideológicas o de tendencia), como son los sindicatos, partidos políticos, organizaciones religiosas, centros de enseñanza, empresas periodísticas, etc., y esta libertad puede resultar mediatizada al exigir unas características ideológicas determinadas. En este sentido el TCo. (S. 55 y 56/1988, de 25 de marzo), distingue la libertad ideológica o de pensamiento de la actividad docente hostil o contraria, aunque ello no debe conducir a creer que la simple disconformidad de un profesor respecto al ideario del centro puede ser causa de despido, si no se ha exteriorizado o puesto de manifiesto en alguna de las actividades del centro, siendo así no será nulo el despido, aunque sí improcedente.

Al respecto, la S. del TS (Sala de lo Social), de 6-11-2009 (Rec. nº 3397/2008), ha asentado la doctrina siguiente:

- a) La libertad de las confesiones de establecer contenidos de las enseñanzas religiosas y criterios de cualificación de los profesores no es absoluta, sino que debe respetar tanto "las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional" como las "previsiones legales" sobre el proceso de selección.

- b) No cabe aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesiástica puedan resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado.
- c) Para comprobar la legalidad y la constitucionalidad de los referidos actos de las autoridades eclesiásticas, éstas, en caso de no renovación de una habilitación otorgada anteriormente, deben motivar que la decisión está basada en razones "de índole religiosa o moral.
- d) Una vez verificada la "motivación estrictamente religiosa", la causa invocada de inhabilitación ha de ser, además, compatible con los "derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo".
- e) El control de legalidad y de constitucionalidad de la contratación de estos "trabajadores de la Administración pública educativa" se atribuye a los órganos del orden social de la jurisdicción. En este sentido también en vía de amparo de este mismo tribunal las recientes sentencias de 14 de enero de 2009 (recurso 996/2008), 28 de enero de 2009 (recurso 1576/2008), 30 de enero de 2009 (recurso 1082/2008) y 2 de febrero de 2009 (recurso 768/2008).

Así, cabe añadir que el TSJ de Andalucía (Granada) ha declarado nulo el despido de un profesor de Educación Física de una Escuela Diocesana al considerarse que se produjo una discriminación religiosa puesto que la motivación del despido es que el profesor "no se ajustaba al perfil ideológico" y revocó la sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Granada que lo había declarado improcedente en el despido. El derecho a la libertad ideológica de los maestros comprende el no ser objeto de discriminación por sus creencias íntimas, ha sido declarado por una sentencia del Tribunal Constitucional, que aceptó el recurso de amparo interpuesto por una maestra catalana de EGB. La resolución estableció la nulidad radical del despido efectuado por la escuela confesional, por no ser católica. De todo ello se desprende que un centro de trabajo regido por una congregación religiosa si la ideología del trabajador es contraria al ideario establecido por dicho centro y además éste trabajador lo manifiesta claramente, podrá ser aceptado el despido como improcedente si se trata del sector de la enseñanza y él es profesor, mientras que si su función no es docente, por *ej.*: administrativo/a o ATS de un centro sanitario, será el despido nulo, pero en cualquiera de los casos procedente, si la cuestión es que no tiene el perfil ideológico apropiado o que es hostil al ideario de la empresa.

Desde un punto de vista estrictamente de la práctica religiosa de los trabajadores nuestro TCo., no estimó que la fijación del descanso semanal en domingo atente contra la libertad de religión sino que obedece a la costumbre su fijación y no valoró la imperatividad de su imposición al empresario en otro día acorde con la religión del demandante (STCo. 19/1985, de 13 de febrero) y en el mismo sentido (STCT, de 29-0-86 [RTCT. 1986, 8532]). En una consulta formulada a la Dirección General de Trabajo sobre la aplicación de la normativa laboral en cuanto a horarios y permisos a trabajadores islámicos en que una empresa se encontraba que siendo la mayoría de trabajadores árabes se ausentaban o no asistían al trabajo en el tiempo que dura el ramadán, la referida Dirección General contestó, en fecha 14-6-2007, que el empresario no está obligado a conceder permisos adicionales de los que ya están previstos en el art. 34.4 del TRET y nada dice de ello la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. (Roma, 1950) en su Art. 9 sobre Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, cita, que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos, y que también tiene derecho a la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos apoya las actividades de la Comisión de Derechos Humanos. La Comisión supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

que incluye el artículo 2 sobre la no discriminación y el artículo 18 sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Y también apoya las actividades del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En mayo de 2009, el Comité adoptó un comentario general sobre la no discriminación en los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2).

- **Discriminación por razón del contrato.** El legislador no permite el trato diferente en determinadas cuestiones, aunque existan contrato de trabajo diferentes (ej.: trabajadores a tiempo parcial – TRET. art. 12. 4 d – o los que tienen un contrato de duración determinada – TRET. art. 15.6.

– *La desigualdad retributiva.* El principio de igualdad retributiva figura en el Tratado de Roma desde 1957, en su art. 119 que luego este precepto dio lugar al art. 141 del Tratado de Ámsterdam, donde se dice que los Estados miembros deben garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución para el mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. En este sentido el TJUE en su S. de 1 de julio de 1986, ref. C-237, asunto (*Rummeler*) y, de 7 de octubre de 1989, asunto (*Barber*), se interpretó la “retribución” en su sentido más amplio que no estrictamente salario.

No se trata sólo de diferencia por sexo, puede ser también entre el mismo sexo, cuando se habla de doble escala salarial ya establecida en el convenio colectivo estatutario no es admisible (STS, nº 4561/2010 de 14-7-2010, [Rec. nº 151]) y (S. nº 9073/2007 de 21-12-2007, [Rec. nº 1/2007]) entre otras. No obstante, han ido apareciendo formas más sutiles para diferenciar la retribución del personal más experimentado con el menos, correspondiendo siempre al de reciente incorporación a la empresa un nivel inferior de retribución. Así tenemos que la STS nº 6880/2007, de 27-09-2007 que anula un artículo del convenio por valor de la antigüedad inferior para los trabajadores de nueva incorporación, explicando que el resultado de la sentencia hubiera sido diferente si hubiera existido una “justificación objetiva, razonable y proporcionada” criterio que ya se apuntaba en la STS nº 3976/2005, de 20-6-2005, (Rec. nº 29/2004), en cuando que señala que “la experiencia puede ser un elemento razonable de diferenciación”.

En España la doctrina del Tribunal Constitucional ha dejado clara la interpretación al amparo de las directivas de la Unión Europea, en sus SS. 145/1991, de 1 de julio; 58/10994, de 28 de febrero; 286/1994 de 27 de octubre y 147/1995, de 16 de octubre, entre otras, que en resumen define que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor, la misma retribución satisfecha directa o indirectamente y cualquiera que sea su naturaleza de la misma manera, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo.

Por la duración o modalidad contractual cabe citar, entre otras, las del TCo. 104/2004 y 90/1997, de 6 de mayo (BOE de 9 de junio), sobre discriminación frente a la conversión de contrato temporal en fijo por participación en huelga legal. Así como las del TS. 17-5-04, RJ. 5158; 26-11-08, Rec. 95/06; 13-7-06, Rec. 294/05), al respecto.

En cuanto al despido cabe distinguir³²:

– *El despido singular discriminatorio.* Es el que no existe término de comparación o dicho de otra manera, aquel móvil discriminatorio que se manifiesta a través de los hechos sin que exista identidad o parecido con otros hechos, pero que resulta patente la intención discriminatorio por parte del empresario.

– *El despido ordinario discriminatorio.* Que permite ser comparado con otro suceso y la discriminación se manifiesta como consecuencia de las medidas diferentes que ha tomado el empresario (STCo. 104/1987, de 7-7-1987).

- **Discriminación por razón de la libertad de expresión.** El derecho a la libertad de expresión tiene, según el T. Constitucional (sirva por todas, la STCo. nº 371/93, de 13-12-1994), una posición preferente en razón a su dimensión constitucional respecto a las libertades contenidas en el artículo 20.1 de CE., que consagra, de una parte, el derecho a la libre expresión de ideas y pensamientos y, de otra, el derecho a la libertad de información con limitaciones distintas. La referida preferencia no es posible en todos los casos sino sólo cuando se ejercitan en conexión con asuntos que sean de interés general y contribuyan a la for-

mación de una opinión pública libre y plural. No obstante, estas libertades no son absolutas, sino que están sometidas a ciertos límites de carácter excepcional y, en consecuencia, de interpretación restrictiva como viene señalando el TCo. en su S. nº 372, de 13-12-1994 y nº 107/86, de 7-7-1987 cuando dice que la libertad de expresión no es absoluta e ilimitada para cualquier ciudadano y con más razón para los miembros de las FF.AA. Dentro de estos límites los hay de carácter general y otros específicos. Estos últimos son los que afectan, entre otras circunstancias excepcionales, a los militares, quienes por razón tanto de la naturaleza del servicio que tales profesionales desempeñan como por el grado de jerarquización y disciplina interna al que están sometidos (STCo. nº 69/89, de 20-4-1989) y están sometidos a ciertos límites de carácter excepcional y por tanto, de interpretación restrictiva, (STS, Sala de lo Militar, Rec. nº 104/2004, FJ 2), quedándoles limitada la libertad de expresión (STS, Sala de lo Militar, Rec. nº 04/2004, de 14 de junio de 2005, FJ. 2). Lo mismo podría decirse de los cuerpos de seguridad del Estado, como la reciente manifestación de guardias civiles en Madrid en que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de esta comunidad en 16-10-2010 reconoció el derecho de reunión y manifestación como se recoge en la Ley Orgánica de Derechos de la Benemérita³³, y al mismo tiempo la doctrina del Constitucional (en varias sentencias suyas, entre ellas, la S. de la Sección Sexta, nº 848, Rec. 59/2005, de 5-5-2008). La referida Sala señala que "*la prohibición excede el límite legal, vulnera un derecho fundamental y ha de ser declarada nula de pleno derecho*" y argumenta que "*los agentes tienen total derecho a defender y a pedir mejoras en sus derechos profesionales*". Por el contrario la manifestación se prohibiría si ésta tuviera un carácter sindical o estuviera organizada a través de una organización sindical.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea Gral. ONU, 10-12-1948), en su art. 19 menciona que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Y su art. 29.2 que en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática, y acaba precisando en su punto 3 del mismo artículo que estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴ (Asamblea General de la ONU, 10-12-1966) en su art. 19.1 expresa que nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones y en su punto 2 expresa que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. En el punto 3, dice que el ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Mientras que en el art. 20 señala como limitación: 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley y 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.

III. LA GESTIÓN DE LA DIVERSIDAD DE LOS RECURSOS HUMANOS.

1. Antecedentes.

Desde los albores de la humanidad el habitante del sexo femenino ha sido considerado inferior al del masculino y así, de alguna forma, ha quedado reflejado en la literatura de los clásicos Pitágoras, Aristóteles y otros muchos pensadores desde entonces. Este criterio injusto, permaneció en la conciencia de los que regimos los destinos de este planeta, que somos todos, de modo que se ha venido considerado a la mujer hasta hace algunas décadas sin derecho a la educación pero si a la obligación de cuidar los hijos y realizar las tareas de la casa pero no el derecho al voto ni a adquirir propiedades sin el permiso paterno o del esposo o del padre aún siendo mayor de edad, entre otras circunstancias según en la sociedad en que

se encontraba. Afirman algunos autores que en 1870 sólo un 10% de las mujeres europeas sabían leer, y un mínimo de ese porcentaje poseía cierta cultura. El derecho al voto en España de forma clara lo pudo ejercer plenamente por primera vez a partir del 1931 con la Constitución republicana interrumpido en 1939 con la Dictadura, hasta la restauración de la Democracia en 1977. Con la Constitución actual se declaró la igualdad de derechos entre hombre y mujer, obligando a modificar varios artículos del Código Civil de 1888, por lo que ya no era necesaria la autorización del “cabeza de familia” para que la esposa pudiera realizar una actividad mercantil sin autorización del marido.

A pesar de que la admisión de las mujeres en las universidades comenzó en 1837 en los EE.UU. en Harvard (Massachusetts), más tarde en 1848 en Inglaterra, Francia en 1880 y Alemania en 1894³⁵ ello no significó durante muchos años que la realización y finalización de una carrera le abriera las puertas de par en par al mercado de trabajo dominado por los hombres, el caso es que se limitaba la cuestión a un signo de distinción cultural o de pertenencia a una clase social elevada, e incluso, la relegaba a una cierta peculiaridad poco femenina si los estudios eran técnicos, *ej.*: ingeniero o arquitecto en vez de magisterio, contable, etc. En España el acceso al trabajo se retrasó mucho más, y en consecuencia, todavía más poder ocupar cargos de responsabilidad, así según el Instituto de la Mujer, en el tercer trimestre de 2002, solamente el 17,76% de los gerentes de las empresas con más de 10 trabajadores eran mujeres, cayendo el índice en picado en las medianas y grandes empresas. Por tanto, históricamente se había basado todo el desarrollo industrial en la negación de la igualdad de oportunidades o en la falta de preparación de la mujer, situación propiciada por considerarse que estaba destinada a otros menesteres, y lo mismo pasaba, y sigue pasando lamentablemente, con las minorías étnicas. No resulta despreciable un informe de la UNESCO alertando recientemente de que el 50% de los niños gitanos que viven en Europa no llegan a completar la enseñanza primaria, añadiendo que la falta de educación favorece la desigualdad y cultiva las tensiones sociales³⁶. Más recientemente parece que la sociedad se ha vuelto más sensible hacia los grupos desfavorecidos admitiéndose su igualdad en las organizaciones, aunque por cuestiones de costo de mano de obra estos grupos quedarían estancados en los niveles profesionales más bajos y especialmente las mujeres que además con frecuencia laborarían a tiempo parcial, siendo imposible en la mentalidad de aquel momento, que se pudieran alcanzar puestos de responsabilidad sin plena dedicación al trabajo, aunque hoy para poder alcanzar niveles ejecutivos elevados no ha variado mucho esta forma de pensar.

Los prejuicios contra estos colectivos, una vez se fue produciendo la concienciación de la sociedad de que las practicas que se derivan de ciertas creencias son discriminatorias y, por lo tanto, injustas, quebraron esos prejuicios ancestrales y aparece la cualificación de ilegalidad por los poderes públicos. La nueva visión social favorece la integración en las organizaciones y tiene lugar inicialmente después de la incorporación plena de la mujer occidental un cambio también favorable hacia otros colectivos desfavorecidos históricamente por su condición extranjeros y por razón de la raza, y más tarde, a discapacitados, homosexuales, etc., siendo ya protegidos expresamente también por las leyes. El modelo basado en la diversidad se “tradicionalizará” ofreciendo algunas ventajas, entre ellas, una mayor representación de las minorías, mayor posibilidad de promoción y consiguiendo la mejora de la imagen sobre su capacidad profesional. Se obtuvieron resultados con el cambio realizado, pero no suficientes todavía, puesto que las resistencias dentro de las empresas, no eran pocas, durando hasta los años 80 del siglo pasado. Se trataba de “cubrir el expediente” y no indisponerse con los nuevos “aires” reflejados en la normativa sobre la discriminación y en buen grado para un “lavado de imagen” de la empresa.

En la década de los 90 en las grandes corporaciones norteamericanas y seguidamente en Europa empiezan a aplicarse políticas de diversidad e integración intentando dejar de lado ciertas injusticias sociales para aprovechar el beneficio que puede representar la utilización laboral de la diversidad. Esas políticas se centrarán en la cultura organizacional (para adaptar la mentalidad de toda la plantilla al nuevo enfoque) con el propósito de favorecer un ambiente de integración general en el que todos los recursos humanos sean los que sean y como sean puedan desarrollar el potencial que tienen guardado. La alta dirección de las compañías tendrá que adquirir fuertes compromisos para el cambio cultural que se avecina y aprovechar sus dotes de liderazgo para ser el motor de esta forma de entender la gestión empresarial.

Un estudio realizado por la Universidad de Harvard, entre los años 1980-2000 en lo que respecta a la diversidad corporativa y que daría lugar a ese cambio de enfoque laboral para la diversidad, destaca tres paradigmas³⁷:

- a) El reconocimiento generalizado de que la discriminación es injusta.
- b) Las organizaciones quieren llegar a una clientela más diversa. Con ello se busca la atracción que genera las características demográficas de los empleados en los clientes.
- c) La integración de la diversidad en la organización genera un desarrollo del conocimiento en base precisamente a esa integración laboral.

Inmersos ya en el S. XXI, como dijo el eminente “gurú” de los negocios, el norteamericano Drucker³⁸, nos hallamos en un proceso en el que, están emergiendo cambios tan drásticos en las formas de la gestión derivadas de las nuevas realidades que exigen el cambio radical de unas prácticas que han funcionado durante el pasado siglo, ahora se precisa un cambio de mentalidad tanto por parte de las organizaciones como por parte de los individuos de las componen. Dentro de unas décadas y una vez superados totalmente los prejuicios de la integración, posiblemente lo importante ya no será gestionar bien las personas, sino gestionar objetivos y resultados, y proporcionar el clima apropiado para que el individuo, a través de su propio desarrollo, dé el máximo de sí a la empresa y, ahí es donde la idea de “explotar el potencial que tiene la diversidad”, surge generando nuevas ideas, valores y mercados.³⁹ Para ello será saber atraer, retener y potenciar a personas de perfiles diversos que aporten innovación, nuevas opciones y puntos de vista, soluciones creativas y conocimientos de las diversidades culturales y económicas de los mercados.

2. Conceptos.

La gestión de la diversidad podemos definirla como aquella estrategia corporativa conducente a la integración de todas las sensibilidades, tendencias y características humanas que componen la organización mediante el fomento de la armonización de los diversos grupos con el propósito de conseguir los objetivos empresariales. Estos objetivos pasan por alcanzar una mayor competitividad de la organización, mejor imagen social, posibles mejores relaciones comerciales, mayor creatividad y la contención de costes.

Pero gestionar la diversidad, la que sea, de lo que se trate, siempre ha resultado más complicado que hacerlo sobre la uniformidad; en materia de personas puede decirse que es lo más dificultoso por la enorme variedad de factores que inciden y muchos no son estrictamente laborales pero que de manera importante afectan al comportamiento laboral. Ante ello es necesario aplicar una serie de técnicas de gestión para que los hechos y circunstancias no superen la capacidad de control y aboque a su gestor al fracaso, teniendo en cuenta lo que seguidamente se comenta.

Debemos partir de la base de que el término *gestión* significa la aplicación de una serie de técnicas, desarrollo, métodos y realización de prácticas que posibilitan que una organización actúe como un ente homogéneo. Si esa actividad es correcta comportará una planificación para alcanzar unos objetivos, nos permitirá ejecutar las acciones planificadas, establecer un sistema organizativo adecuado, además de poder controlar y analizar los resultados previstos con respecto a los realmente alcanzados de tal manera que permita aplicar medidas correctoras si es necesario. De lo que se acaba de decir, el lector ya habrá comprendido enseguida, que es clave planificar el futuro, lo que a su vez, significa establecer una estrategia, con lo que se deben definir previamente las políticas, las orientaciones y los enfoques para alcanzar los objetivos. Además la estrategia deberá tener en cuenta el entorno en que se desarrolla, pues tanto éste como los miembros de la propia organización influirán generando oportunidades y posibles dificultades.

Por otra parte, el término *diversidad* (gestionarla) es algo que no solamente se tolera, reconoce o armoniza las diferencias, sino que las afronta para obtener mayores beneficios para la organización (entiéndase el término “organización” en sentido amplio, donde cabe también la empresa mercantil). Desde otro punto de vista, la diversidad es más que ser políticamente correcto, consiste en fomentar una cultura empresarial (entendida ésta, como decía Edgar Schein⁴⁰ “conjunto de creencias – inventadas, descubiertas o desarrolladas – por un grupo [equipo directivo]... que influyen en el resto del personal”) que valore a los individuos por lo que saben hacer, por su talento y su aportación profesional.

La cultura corporativa será determinante si introduce valores que favorezcan precisamente el premio por lo que se consigue o se sabe hacer (*Ej.*: solución de problemas, alcance de objetivos, capacidad de...) y no por lo que se es (*Ej.*: –en positivo o negativo según el caso– empleados que no tienen la condición de minorías o personas de grupos que no pertenecen a : extranjeros, mujeres, mayores de 55 años, seguido-

res de tal religión que no es la nuestra, por el color de la piel, inclinación sexual, aspecto afeminado para el sexo masculino o excesivamente masculinizado para el femenino, etc.).⁴¹ Además como es sabido en cuestiones de cultura corporativa la dirección de la empresa es clave en su creación y mantenimiento, por lo que deberá ser muy explícita en sus nuevos criterios para conseguir que la aceptación de la diversidad sea un hecho.

Dentro del concepto de diversidad los teóricos en la materia dividen ésta entre la diversidad vertical y la horizontal. La primera es la del grupo de directivos que viene representada por la línea jerárquica de mando, por tanto, descendente desde la cúspide a la base de la organización, de modo que las personas que tienen bajo sus órdenes se ven influidas por sus instrucciones, criterios y decisiones, y la segunda, es la que afecta a los diferentes grupos de forma transversal y con ello, se alcanza la totalidad de la plantilla.⁴²

3. Enfoques.

Con respecto a la gestión de la diversidad se han definido varios según las circunstancias, la actividad y entorno, pero podemos resumirlos en los siguientes tres enfoques:

a) El *legalístico*, el que está enfocado al cumplimiento de toda la ley, pero sólo la ley y no más. Este enfoque falla en ocasiones porque no siempre las leyes aciertan en todos los casos y es posible que no comprendan algunos supuestos, máximo si en el trasfondo de la gestión se pretende buscar resquicios para actuar como convenga a cada uno según sus intereses.

b) Una cuestión de *marketing*, persiguiendo la buena imagen para que el mercado se incline por los productos o servicios de una empresa que se supone con ética, responsabilidad social y con interés por las cuestiones de la diversidad. La sociedad percibe la información que la publicidad facilita a los posibles clientes y si la imagen es positiva existe inclinación hacia lo que ofrece tal o cual empresa o marca. Se busca esencialmente el beneficio influyendo en el mercado.

c) El *proactivo*, como ya hemos anunciado al inicio de este artículo en su introducción, es un paso más allá del que exige la legalidad. Nace de la voluntad o conciencia de la organización y la supera en positivo de lo que estrictamente obliga la ley. Esto implica el diseño de políticas y procesos que conduzcan a la efectividad de la diversidad, introduciendo valores y modificando conductas contrarias o perjudiciales a la integración de determinados colectivos. Claro que sobre ello no se le ha de negar cierta utilización a conciencia de ciertos criterios y actividades de marketing utilizados para que se conozca la buena gestión de la diversidad pero el objetivo principal de la empresa no ha de ser beneficiarse económicamente de ello aunque seguramente a corto o largo plazo ya vendrá dado por sí mismo.

La determinación de avanzar por el sendero de la diversidad necesitará del diseño de políticas y procesos, lo que está estrechamente ligado a dar a conocer que las condiciones para la contratación, formación y promoción de las personas serán objetivas y que se tendrá en cuenta la valía personal exclusivamente.

Se crearán y fomentarán valores y comportamientos que reconozcan la importancia de las personas por sus logros e impedirán las pautas de privilegio o discriminación por razón de edad, género, raza, orientación sexual, nacionalidad, etnia, etc., para que no se establezcan o continúen predominado.

4. Valores corporativos.

Son los principios-guías que orientan y comparten los miembros de una organización, son creencias que dinamizan o motivan al cumplimiento de acciones⁴³. Dicho de otra manera, son convicciones que agrupan, cohesionan y pueden lograr que una empresa sea más competitiva y también más humana y más social. Los valores están estrechamente ligados con la cultura de la empresa, y ésta ha de saber clarificarlos suficientemente para que puedan ser compartidos por el colectivo humano. Un sistema de valores de la empresa generalmente es: Profesionalidad, sentido de pertenencia a la empresa, responsabilidad ante el trabajo, productividad, cooperación, solidaridad, honradez, etc. (Ej.: producir con cero defectos, cuidar la limpieza y el orden del puesto de trabajo, observar disciplina y seguridad, trabajar en equipo, colaborar para conseguir los objetivos de la empresa...), y concretado a la cuestión que nos ocupa (Ej.: todos tene-

mos los mismos derechos y obligaciones, los compañeros que son diferentes tienen los mismos derechos que nosotros, ayudamos a los compañeros que tienen dificultades sean quienes sean...⁴⁴

Los valores, partiendo de la base, que son, como hemos dicho ya, lo que la sociedad interpreta que son deseables. La Fundación del BBVA⁴⁵, en un informe realizado sobre lo que opina la población española, destacó de forma preferente los siguientes: 1º) La honradez de la persona; 2º) La sinceridad; 3º) La seriedad en sus compromisos; 4º) La solidaridad; 5º) La generosidad; 6º) La persona competente y preparada; 7º) Semblante con quien se trata, y 8º) El aspecto.

Cabe distinguir dos tipos de valores que la doctrina señala insistentemente y que denomina valores *instrumentales* u *operativos* (Ej.: el esfuerzo, la disciplina, el rigor, la constancia, el cumplimiento del deber, trato correcto a los empleados, etc.) los cuales conducen a otros que llaman valores *finales* (en este caso, el objeto del negocio) conduciendo a alcanzar el éxito, finalizar un proyecto, obtener beneficios la empresa, ser competitivo, ser ejemplar, alcanzar el liderato en el ranking, tener buen clima laboral, ser una empresa modélica conocida por la sociedad, tener la distinción de profesionalidad, etc.⁴⁶ Mientras que los mismos valores *finales* podríamos calificarlos de valores *ideales* para una sociedad cuando conducen a la libertad, la tolerancia, la solidaridad, respeto a la vida, etc.⁴⁷... en la que la persona está por encima de las cosas.⁴⁸

NIVELES	VALORES NEGATIVOS	VALORES POSITIVOS
En general	Engañar, robar, hurtar, traicionar, buscar venganza, transgredir, ser insolidario, egoísta, usurero y cruel.	Honradez, lealtad, veracidad, tolerancia, respeto y solidaridad.
En la profesión	Vulneración de reglas de la profesión, del mercado y de la confidencialidad.	Servicio al cliente, respeto a las personas y lealtad.
En la empresa	Discriminación en general, despotismo, abuso de poder y tiranía.	Jerarquía en base a la competencia personal, retribución justa, igualdad de trato, adecuado y respetuoso.
En la estrategia del negocio	Marketing abusivo, engaños, corrupción y privilegios oscuros. Publicidad engañosa subliminal.	Esfuerzo de progreso, inversión, I+D+i, formación, innovación, respeto al entorno y responsabilidad social corporativa.
En los mercados	Violencia, intimidación, fraude, corrupción, privilegios, prácticas antisociales y abuso de posición dominante.	Información transparente, publicidad veraz y sincera.
En lo referente a los RR. HH.	Discriminación en cualquiera de los aspectos y trato incorrecto o inapropiado.	Diálogo, consideración a las personas, formación, información. Establecimiento de normas para evitar: accidentes, enfermedades, <i>mobbing</i> , <i>burnout</i> y cualquier forma de acoso. Conciliación de la vida familiar.

Son abundantes las asociaciones, gabinetes y consultoras especializadas en ética corporativa, autoridades y celebridades o ejemplos de compañías conocidas en los países anglosajones, pudiendo extraerse de una forma sintética, los principales valores que debe contener la ética de los negocios, así tenemos la asociación *European Business Ethic Network*⁴⁹ que define a la actividad de las empresas que favorecen la ética corporativa como “aquella reflexión sobre las prácticas de los negocios en las que se implican las normas y valores de los individuos, de las empresas y de la sociedad”.

5. Código ético.

La ética, como sabemos, está constituida por unos principios y reglas de conducta que orientan la acción de un ser humano⁵⁰. Se trata de normas de carácter general, universales (Ej. primario: no matar, respetar al prójimo, etc.) que son perfectamente aplicables al ámbito del trabajo. De la ética se ha escrito mucho sobre lo qué es. Hay tantas definiciones como autores y además, como recordaremos, no es una reciente cuestión, pues desde la antigüedad los filósofos clásicos Platon (Atenas, 427-347 a. C) y Aristóteles (Macedonia 384-322 a. C.)⁵¹, ya trataban de ella. Por tanto, podemos resumir como decía un estimado profesor⁵² de economía y organización de empresas de la Universidad de Barcelona: “La ética es aquel conjunto de principios y normas morales que regulan las actividades humanas”.

1) *La ética y el Derecho*. Se dice que un código es una combinación de signos que tiene un determinado valor dentro de un sistema establecido. En Derecho, se conoce como código al conjunto de normas que regulan una materia determinada. Un código de ética, por tanto, fija las normas que regulan los comportamientos de las personas dentro de una empresa u organización. El código ético supone una normativa interna de obligado cumplimiento y puede establecer castigos o consecuencias para los que lo incumplan. Estos castigos o consecuencia no pueden superar los límites establecidos por la ley pero con ello se busca una línea de comportamiento uniforme entre los miembros y representa que no es necesario emitir cada vez instrucciones por parte de la Dirección para que se actúe éticamente. Lo mismo pasa con los códigos deontológicos para los colectivos de profesionales debidamente colegiados a los cuales no se les puede remitir constantemente información sobre el comportamiento ético que han de guardar en los encargos de sus clientes.

Estos documentos están bastante extendidos entre las empresas grandes, y en especial, en las de origen anglosajón. Así tenemos consultoras de prestigio como *The Ethics Resource Center*, en Washington y *The Institute of Business Ethics*, en Londres, que se han especializado en la redacción de estos códigos para sus clientes.

Cabría seguramente un debate importante entre filósofos, sociólogos y juristas, y posiblemente no habría pleno acuerdo sobre el ejercicio de la ética, puesto que si la ética es lo que emana de unos criterios y valores dominantes de la sociedad en cada época y espacio geográfico determinados. Entonces, la ética, en consecuencia, llega hasta donde no llega la ley, y teniendo en cuenta que lo que no está prohibido por la ley está permitido (entonces, se tiene derecho a ello). Dicho esto es deducible que para unos la moralidad sería lo determinante, para otros, lo sería la falta de regulación por la ley y, en consecuencia, permitido, aunque en determinados supuestos chocaría con la teoría del abuso del derecho, que como dice nuestro Código Civil, en su art. 7.1. “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*” (la buena o la mala fe se apoya en la valoración de conductas deducidas de unos hechos (STS, Sala I de lo Civil, nº 444/2010, de 15 de junio, que a su vez cita las de 14-2-2002; 14-12-2007 y 11-5-1992) además añadimos la S. del TS. de 21-9-87 [RJ. 1987, 6188], que interpreta el art. 7.1 del C. Civil al entender que impone la exigencia de una conducta ética en el ejercicio de los derechos y en su punto 2. “*La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*” con lo que se sobrepasaría los límites normales del ejercicio del derecho, con daño para terceros). La judicatura viene manifestando que la teoría del abuso de derecho es una institución de equidad para la salvaguarda de los intereses que todavía no alcanzan protección jurídica STS. 30-6-1988; 5-6-1972 y 28-11-1967).

2) *Aplicación de la ética en las relaciones laborales*. Es aconsejable establecer y difundir las normas en el llamado también *código de buenas costumbres, código de comportamiento, etc.*, donde quede recogido el espíritu de la diversidad para que todos los componentes de la organización lo tengan debidamente presente.⁵³ Con respecto a la evitación de la discriminación podemos referir las normas partiendo de la base de que el código ético de una empresa es un manual que describe los principios o reglas que guían las actuaciones éticas de la compañía, enuncia valores y normas para que sirvan de guía en la conducta de los distintos miembros a cualquier nivel de la organización. A esos efectos se da la consideración de “buena práctica” a aquellas cláusulas que contribuyen al avance de la igualdad entre los diferentes colectivos de riesgo en un determinado contexto. Las cláusulas generales de igualdad de trato en los convenios son instrumentos adecuados para contribuir a corregir las posibles discriminaciones:

- La adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias, que pueden incluirse como principio general o reproducirse en apartados concretos del convenio.
- La inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las personas pertenecientes a colectivos protegidos por la ley, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren sub-representados.
- Con la modificación en su día del art. 28 del TRET, que recogió la jurisprudencia, debería conllevar la revisión y, en su caso, subsanación de las diferencias retributivas que pudieran existir y el art. 17 del mismo texto legal en cuanto a definición de categorías y grupos profesionales por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor.

- El estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género.
- La eliminación de denominaciones sexistas o excluyentes en la clasificación profesional (categorías, funciones, tareas).
- A efectos de lo anterior, resultaría de utilidad el análisis y aplicación, en su caso, de sistemas de valoración de los puestos de trabajo, que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional.
- La incorporación de medidas sobre jornada laboral, vacaciones, programación de la formación, que permitan conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar.

3) *La ética en los negocios*. En EE.UU. como consecuencia de la presión de las leyes el 90% de las empresas optaron por un código de ética y conducta⁵⁴. Aunque tener publicitado un código de este tipo no es garantía de éxito, lo difícil es inculcar a todos los empleados los principios y valores (en todos los niveles). Sobre todo es absolutamente necesario creer en ello y la dirección cuidar de que se respete. A pesar del código ético ciertos directivos habían descubierto la “ingeniería contable” o la “contabilidad creativa” pues es de sobras conocido lo que sucedió con demasiadas compañías. Ejemplos relativamente recientes, han sido el caso Enron, que arruinó los fondos de pensiones de miles de empleados y también a los inversores en 2002; más tarde Andersen, la famosa compañía de auditoría que certificaba la veracidad y salud de importantes cuentas financieras cuando sabía que no era así tuvo que responder de su actuación; Worldcom también en 2002 sus directivos tuvieron que responder por fraude, conspiración y falsificación, —en su publicidad aireaban con orgullo que tenía un código ético—. En nuestro país vecino muy recientemente ha sido condenado a 10 años de prisión y a compensar los perjuicios creados “por ingeniería financiera mágica” al bróker, Jérôme Kerviel del banco Société Générale imputándole cohecho, malversación de caudales y falsedad documental en los años 2007 y 2008, provocando pérdidas que alcanzaron los 4.900 millones de euros cuya magnitud en Francia repercutió en todos los continentes. En fin, en materia de finanzas, como decía un profesor de escuela de negocios, “los números convenientemente torturados pueden declarar cualquier cosa”⁵⁵. Pues en el ámbito de la discriminación también se ha de estar vigilante porque no es suficiente cumplir aparentemente con las leyes.

En vista del aumento de la falta de escrúpulos, el Congreso de los EE.UU. aprobó ya en el 2002 la llamada Ley Sarbanes-Oxley, que además de regular las cuestiones financieras de las empresas, trata de la discriminación, acoso y represalias a los empleados que informen de actuaciones corporativas sospechosas⁵⁶. Una encuesta realizada en noviembre de 2002 en aquel país reveló que el 61% de sus ciudadanos creían que la gente de Wall Street está dispuesta a quebrantar la ley si con ello pueden generar mucho dinero sin ser atrapados por la justicia⁵⁷. No sabemos con exactitud que pensarán actualmente con lo que ha caído desde entonces y especialmente desde el 2008 con la crisis originada en los EE.UU. con las hipotecas de alto riesgo, las *subprime*, los valores de grado especulativo *bonos basura*, la bancarrota de *Lehman Brothers*, etc... detonante de una crisis financiera y económica mundial de la cual todavía se desconoce cómo acabará.

Como en tantas ocasiones los hechos que se producen en aquel gran país, se repiten en el resto del mundo con sus propias peculiaridades. En España también se ha extendido la tendencia a formalizar algún tipo de código ético, probablemente este interés por la autorregulación provenga de sonados escándalos que hemos padecido, valgan por todos los ejemplos: Gescartera, en Madrid el 2001 por fraude a los participantes del fondo financiero en el que desaparecieron unos 120 millones de euros afectando a unos dos mil inversores, y muy recientemente, en 2009 el caso descubierto del Palau de la Música Catalana (Barcelona), con apropiación continuada durante décadas de fondos de la institución por parte de sus principales directivos de la entidad. En definitiva, que las leyes pueden castigar una actuación ilegal o negligente, pero parece que previenen poco y no evitan comportamientos antisociales y faltos de ética.

Hay otra forma de ver la actividad empresarial fundamentada en el convencimiento de que la empresa, además de justificar su existencia como creadora de riqueza, empleo, bienestar y progreso, precisa de un reconocimiento, justificación y legitimación de carácter social, que no conseguirá si no cumple determi-

nados deberes éticos, cada día más numerosos, variados y exigentes. Conviene tener claro que la mayoría de quienes comparten esta postura la adoptan no por razones exclusivamente idealistas o filantrópicas, sino por el convencimiento de que resulta conveniente y práctico para la empresa desarrollar un comportamiento ético y respetuoso con los intereses sociales o comunitarios y que sea reconocido públicamente como tal.

4) *Objetivos del código ético.* Básicamente podemos resumirlos en: a) Orientará a los empleados evitando, discriminación de los mismos, además de evitar vulneración de la confidencialidad, conflictos de intereses, sobornos, etc.; b) Informar al personal y valores propios de la empresa, y c) Ayudar a la integración de los recientemente incorporados. Este código además de configurarse como instrumento de autocontrol para las empresas, contribuye a la autorregulación de los sectores empresariales y profesionales.

Debe contener una serie de principios que dimanen de la propia ética y que derivan hacia la responsabilidad social corporativa:

a) *Respeto a la legalidad.* Entendiéndose por ello, no solamente la consideración de las leyes que emanan de los poderes públicos, sino también, las normas internas que la propia organización ha establecido que deban respetarse.

b) *Profesionalidad.* En este sentido, no queda limitada la profesionalidad al “buen hacer” de las cosas que un empleado de nivel medio o inferior, sino muy especialmente al alto directivo que debe realizar su actividad con pericia y honestidad, sino también al sentido de la prudencia, que hoy día en el ámbito de las finanzas y la bolsa, ha brillado por su ausencia en demasiados casos, buscando sólo el más elevado beneficio y que ha culminado en una situación muy grave conocida sobradamente por todos.

c) *Confidencialidad.* Los que por razón de su cargo pueden acceder dentro de su organización a cuestiones confidenciales, tienen el deber de actuar con cautela y hacer uso de esa información dentro de unos límites razonables y para los fines que se supone deben utilizarse. A título de ejemplo, podemos referirnos al Director de Recursos Humanos de cualquier compañía, al cual llegan hasta su conocimiento infinidad de situaciones particulares de los empleados, de sus familias, etc., o bien, el Director de una oficina bancaria que conoce perfectamente el estado de cuentas de particulares y empresas.⁵⁸

d) *Actuar de buena fe.* La vida profesional se desarrolla en buena parte en el ámbito de la negociación, naturalmente, ello viene determinado por el nivel de responsabilidad que el empleado tenga adjudicada, por lo que cuando más elevado sea su cargo, mayor grado de negociación le afectará. En esa negociación deberá imperar el principio de la buena fe. Se trata de que fluya la franqueza y la honestidad en el trato y el acuerdo, expreso o tácito, y evitar promesas compromisos engañosos o poco claros que permitan multitud de interpretaciones que después al que se encuentre en mejor posición la interprete como mejor le convenga burlando a otros. Cabe señalar, que no nos estamos refiriendo únicamente a la negociación de los convenios colectivos de trabajo, sino en todo el ámbito laboral: entre otras, promesas de incremento de categoría, mejoras de salarios, contratación para ocupar puestos de trabajo con un futuro brillante, etc.

e) *Evitar los conflictos de interés.* La existencia de un gran elenco de posibilidades de que aparezcan los conflictos de intereses, requiere una gran concienciación del personal de la organización para que se tomen decisiones estrictamente relacionadas con los anteriores principios y no de carácter personal o privado. En muchas ocasiones, existen puestos “clave” en la compañía que genera la tentación de una forma más aguda y a veces la propia imagen o marca de la empresa es un trampolín para desarrollar actividades paralelas sin el consentimiento de la misma y perjudicándola. Un ejecutivo ha de concienciarse de que su labor ha de ser objetiva, imparcial y con elevada dosis de sinceridad.

f) *Respeto a la integridad de las personas.* Respetar la integridad de las personas significa, en primer lugar, una apelación a los aspectos físicos y, al mismo tiempo, a las dimensiones espirituales (emocionales, morales, etc.) de aquellas. Problemas tan frecuentes y graves como el coito sexual, la discriminación por razón de raza, sexo o creencia, mobbing, etc., deben ser tenidos en cuenta y escrupulosamente reprimidos.⁵⁹

g) *Igualdad de oportunidades*. Aunque el término *oportunidades* es realmente muy amplio en el ámbito de la gestión de los recursos humanos, las líneas fundamentales se han de basar en políticas de selección, formación y promoción. Pero es necesario delimitar, en la medida de lo posible, estos términos. Seguidamente intentaremos establecer, a nuestro juicio al amparo de la experiencia profesional:

a') *En la selección de las personas*. Por selección podemos definirla como aquella actividad organizada que, una vez especificados los requisitos y cualidades que han de tener los candidatos para determinadas labores, identifica y mide las cualidades actuales y potenciales, las características de su personalidad, los intereses y las aspiraciones de los diversos participantes en el proceso, para elegir al candidato que más se aproxima al perfil deseado.

b') *En la formación*. Por tal, se entiende aquel incremento del potencial de la empresa a través del perfeccionamiento profesional y humano de las personas que forman la organización, a cuyo proceso se llega gracias a la aplicación de un conjunto de técnicas para facilitar el aprendizaje de tal manera que resulte útil a los objetivos de la organización.

c') *En la promoción*. Por promoción hemos de entender, aquella proyección profesional del empleado hacia niveles de mayor responsabilidad gracias a su capacidad de aplicar conocimientos y tomar decisiones. Lo que en definitiva comprende el reconocimiento por parte de la organización de un estatus o categoría profesional superior acompañada paralelamente de una retribución también superior.

A lo que se acaba de citar, cabe añadir que por supuesto, cualquiera de los procesos ha de estar investido, sobretodo, de objetividad y justicia, basado en que el empleado/a debe alcanzar las metas previstas y cuyo perfil se adecúa más al puesto de trabajo, a sus deseos de desarrollo mediante la formación o los anhelos de mejora profesional, estando el proceso liberado de cualquier influencia discriminatoria o contaminación de favoritismo influenciado por la injusticia. Hay que reconocer que en la práctica, no resulta fácil seguir estos criterios, puesto que quien gestiona a las personas no se halla completamente aislado de las posibles influencias de los grupos que constituyen la organización, cuando no otros externos, y que de una manera u otra, conscientes o inconscientemente interfieren en el libre desarrollo del proceso.

h) *Aceptación del pluralismo*. Consistente en que después de un proceso de aprendizaje los diferentes grupos heterogéneos que constituyen los recursos humanos de la organización cedan en sus posiciones (estereotipos) y acepten algunos grados de cultura y hábitos sociales de otros, y viceversa, sin que la meta, por parte de los gestores, sea tender al igualitarismo en este sentido (cultural, creencias, costumbres sociales, circunstancias físicas, etc.) o suprimir la singularidad. Mientras que el principio de igualdad de trato, retribución y oportunidades ha de cumplirse.

5) *Comisión de ética*. A pesar de la importancia que significa estas declaraciones de principios éticos y manifestación de valores, como señalan Koontz y Weihrich⁶⁰, el simple hecho de exponer un código de esta naturaleza, no es suficiente, la creación de un comité o comisión de ética se considera como algo esencial para la institucionalización del comportamiento ético. En esta comisión deberían estar representados miembros de los grupos que representan la diversidad existente en la organización en que deberían cuidar los siguientes puntos:

- a) Celebración de reuniones regulares para analizar los aspectos éticos.
- b) Que el contenido del Código ético llegue a todos los participantes de la organización empresarial.
- c) Verificar las posibles violaciones del código.
- d) Realizar las gestiones necesarias para que se respete.
- e) Establecer algún sistema de compensación para los que con interés lo cumplan y un sistema de denuncia para los infractores.
- f) Revisar y actualizar el código.

No obstante, pueden crearse comités o comisiones para el desarrollo de otras cuestiones específicas del ámbito al que nos estamos refiriendo. Así tenemos el *Comité permanente de igualdad de hombres y mujeres* como señala la Ley Orgánica 3/2007, siendo definidos como aquellos órganos paritarios, formados por

representantes de la empresa y representantes de los trabajadores y trabajadoras. Debe estar compuesto de mujeres y hombres, ya que es un tema que interesa y beneficia a todo el personal. Además, es recomendable que por parte de la empresa lo integren personas en puestos influyentes, con capacidad de decisión y que estén ubicados en diferentes departamentos, no sólo en RRHH, para que las aportaciones sean lo más diversas posibles.

El número de miembros oscila en función de las características y dimensiones de la empresa. Frecuentemente están formados por 4 o 5 personas designadas por la empresa entre diferentes departamentos y el mismo número de personas designadas por el comité de empresa. El objetivo es crear un espacio de diálogo y comunicación fluida, de tal manera que todos los acuerdos y medidas que se adopten a lo largo del desarrollo del programa se lleven a cabo con el consenso de ambas partes. Todos los pasos que se van dando a lo largo del desarrollo del programa son informados al Comité.

6. *Ayudas sociales.*

En lo material es conveniente que los colectivos a los cuales nos estamos refiriendo, se sientan arropados por la organización mediante aspectos como, concesión de créditos blandos, gestión de trámites administrativos (*Ej.*: de permisos de conducir y para la homologación de títulos académicos, etc.), enseñanza del idioma del país, fomento para la participación de actos culturales y deportivos, especialmente si se desarrolla con miembros de la propia empresa, etc., al objeto de conseguir su plena integración en la organización y en el país.

También es muy importante tener algún servicio de asesoramiento, interno o externo, expreso o compartido puntualmente, que comprenda la atención de especialistas en psicología, derecho y medicina para aconsejar sobre cuestiones familiares, fiscales y de enfermedad, como existen en los EE.UU. y Reino Unido con sus *Employee Assistance Programs*.⁶¹ Con éstos programas que en principio son para todos los empleados de la empresa, parece ser que consigue la disminución del absentismo laboral.

De lo contrario sin un sistema de ayudas, esos colectivos encuentran muchas dificultades para la adaptación al nuevo mundo laboral y privado además del perjuicio que genera a todas las ausencias al trabajo, que como sabemos éstas si son excesivas, representan el principio del fin, puesto que fomenta el distanciamiento con la organización primero, después le sucede lo mismo a la organización con respecto al empleado, hasta que la relación laboral se enfría tanto que puede finalizar de la peor manera.

– *Conciliación de la vida familiar i laboral.* Buena parte de los colectivos desfavorecidos tienen generalmente más *dificultades familiares* que el resto del personal de la empresa y puede ayudar mucho a su integración el cambio de turno o un horario flexible, si es posible, y no perjudique el buen funcionamiento de la organización, así como permisos de ausencia al trabajo para trámites necesarios. En este sentido ya se han pronunciado varios tribunales, STSJ de Galicia, 25-01-2008 [Rev. Técnico Laboral, nº 117, pág. 604] sobre la elección de turno más favorable cuando existen varios y si se constata que no representa perjuicio para la mejor organización del trabajo en la empresa.

7. *Acuerdos con instituciones apropiadas.*

a) *Fundaciones.* Existen muchas fundaciones de prestigio cuya actividad es el favorecimiento del empleo para personas discapacitadas, cuya participación no es nada despreciable, *ej.*: La Fundación Adecco (Constituida por la empresa de trabajo temporal, Adecco, ETT) establece acuerdos con compañías para la inserción de personas con las características físicas o psíquicas disminuidas. Tal es el caso concreto publicado⁶² sobre el denominado “Plan Familia” en la compañía Danone, S.A. en Barcelona, dirigido a familiares de los empleados hasta primer grado de consanguinidad y afinidad, que tengan algún tipo de discapacidad. Después de un proceso de selección la Fundación que es la que presenta los candidatos, se compromete a formarlos adecuadamente para el trabajo, teniendo en cuenta sus condiciones de aptitud y actitud, para el encaje en el puesto de trabajo vacante. Dentro del sistema establecido por la fundación, el proceso consiste en varias etapas de análisis, autoevaluación y formación, y no queda limitado a una sola empresa solicitante, sino que entra dentro de una rueda de varias empresas ofertantes de puestos de tra-

bajo que al mismo tiempo han establecido relación con la repetida fundación para dar ocupación a personas de las características ya indicadas. Parece que la satisfacción es múltiple, puesto que beneficia a la persona que han encontrado empleo adecuado, al empleado de la compañía que ha solicitado incluir en el programa un familiar suyo, a la propia empresa y a la Fundación por haber contribuido a un fin social.

Otro ejemplo⁶³ es el de la empresa de servicios de mensajería y paquetería MRW, que tiene establecido un convenio con Fundosa, que es el *consulting* de la Fundación ONCE en Madrid. La ocupación en la empresa no es muy específica, pues hay colocaciones en los departamentos de calidad, almacenes, plataformas operativas, conductores, recepcionistas, inspectores de imagen corporativa, atención al cliente, cartografía y administración, entre otros. La publicación que relata de forma mucho más extensa este ejemplo, afirma que no solamente no ha afectado positivamente la productividad, sino que aspectos como el absentismo o la rotación del personal en los servicios centrales (en el momento de la publicación 460 trabajadores), representan el 0,85% y el 0,005%, respectivamente. En cuanto al clima laboral, el ambiente de las relaciones interpersonales ha experimentado una potenciación positiva a través de una inserción normalizada y una conciencia de camaradería y trabajo en equipo.

Otra forma de alcanzar los mismos objetivos es la de la fundación de La Fageda (Cooperativa de iniciativa social sin ánimo de lucro de la provincia de Girona que produce y distribuye 35 millones de yogures). La referida fundación integra personas discapacitadas psíquicas mediante convenios con cajas de ahorros y grupos de empresas, consiguiendo esos recursos humanos trabajo en diferentes lugares de la actividad empresarial.⁶⁴ En este mismo sentido pero con diferente forma de organización podemos incluir la Fundación Integralia del grupo asegurador DKV, que prepara personas discapacitadas en sus centros de El Prat de Llobregat, Madrid y próximamente Jerez de la Frontera.⁶⁵

b) Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Tampoco es despreciable los planes de inserción laboral para discapacitados como consecuencia de accidentes de trabajo para las empresas asociadas en las principales mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como Fremap, Asepeyo y Universal, entre otras, o bien las federaciones de la misma actividad, Corporación Mutua y Suma Intermutual, también entre todas, o los servicios municipales para la inserción laboral de discapacitados de las principales ciudades del país que generalmente se hallan constituidos en fundaciones sin ánimo de lucro para estos fines.

8) Planes de igualdad.

Como resulta absolutamente necesario para conseguir uno o varios objetivos hace falta establecer un plan el cual debidamente observado a diario conducirá a alcanzar esos objetivos a la vista de lo escaso que ha venido resultando su realización de forma voluntaria, los poderes públicos han establecido las normas necesarias para evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, su art. 46 establece que un plan de igualdad es “un conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación...” para ello es necesario tener un inventario del personal con el máximo de detalle para poder establecer un plan. Además establece que se deberán fijar los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

Además aconseja, cuando dice “podrán contemplar” entre una lista no cerrada de supuestos, para la consecución de los objetivos fijados en los planes de igualdad, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Los agentes implicados que comprenderá a toda la empresa, son los siguientes:

Alta Dirección	Voluntad e impulso. La voluntad de la Alta Dirección y la aprobación de los objetivos de igualdad son imprescindibles para el desarrollo de la experiencia.
Equipos técnicos de RRHH	Ejecución. Integrar la igualdad en los procedimientos de la empresa. Los equipos técnicos necesitan integrar el programa en los procesos habituales de la empresa y que las acciones sean lo más concretas posi-

	bles para favorecer su viabilidad y la visibilidad de sus resultados.
Representación legal de trabajadores y trabajadoras	Propuestas, asesoramiento, formación, sensibilización, participación, identificación de necesidades e intereses. Deben ser protagonistas activos durante todo el proceso, pudiendo formar parte del grupo o comisión de igualdad creada en la propia empresa que inicia y ejecuta un plan de estas características. Su actividad podrá desarrollarse con trabajo en red, animación a la formación y al fomento de buenas prácticas. Las organizaciones sindicales tienen un papel determinante, tanto en la negociación como en el posterior desarrollo de las acciones.
Comité permanente de igualdad	Espacio de diálogo y comunicación fluida para llevar a cabo el programa con el consenso de ambas partes (empresa y representación legal de la plantilla)
Plantilla	Es el principal agente implicado en el programa y el colectivo destinatario, por tanto: propuestas, participación, etc. No es un grupo homogéneo dado que lo que interesa es analizar la situación de los hombres y de las mujeres de la forma más personalizada posible. Igualmente conviene conocer la cultura general de la empresa, sus valores y la influencia que tiene en la igualdad de oportunidades para las mujeres en la organización. Para asegurar la participación del personal en todas las fases del programa es necesario crear una estructura específica, como por ejemplo las Comisiones permanentes de igualdad.
Personas expertas (técnicos internos y consultores)	Asistencia técnica. Papel formador, asesor y de apoyo. Cada agente implicado necesitará una formación e incluso cada fase del programa. La formación es básica desde los niveles de dirección y gestión más altas hasta la última persona comprometida con la organización.
Comunicación	Informar y comunicar las acciones y los cambios a favor de la igualdad entre mujeres y hombres. El tratamiento de la comunicación y de la imagen que la empresa proyecta, tanto interna como externamente, contribuirá al avance y buen funcionamiento del programa. La imagen juega un papel destacado y por tanto habrá que cuidarla.
Organismos de igualdad (Ej.: Comisiones de seguimiento y comités específicos)	Propuestas, impulso, asesoramiento, apoyo, acompañamiento, formación, difusión, sensibilización, seguimiento.

Fuente: Manual para la elaboración de un Plan de Igualdad en la empresa. Aspectos básicos, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y A. Sociales, Madrid, refª. NIPO: 207-08-056-X. y nuestra elaboración.

Podemos citar como ejemplos de planes de igualdad, en ocasiones denominados planes de buenas costumbres, los firmados por compañías de relevante importancia como Grupo Repsol, Endesa, Danone, S.A. Grupo Inditex y Mutua Asepeyo, tratando entre otras circunstancias, la protección de la maternidad y la lactancia, la conciliación de la vida familiar, la ordenación del tiempo laboral, acción frente al acoso y la violencia, así como el lenguaje sexista, entre otros. Algunos aparecen publicados en el BOE y otros se localizan también íntegramente en webs.

Según los expertos, esta gestión se ha de efectuar con habilidad y delicadeza. Es una función que si se descuida o no se realiza adecuadamente, la diversidad puede generar incomunicación, mayor nivel de conflictividad, mayores tasas de rotación, alto absentismo y un rendimiento no aceptable.

9. Ventajas de la gestión de la diversidad.

Un estudio sobre una serie de empresas que califica de *Activas de diversidad* denominado "El coste y beneficio de la diversidad", editado por la Comisión Europea en el 2003, identifica cinco ventajas significativas:

- Fortalecimiento de valores culturales dentro de la organización. Se ha demostrado que una cultura fuerte con unos valores consolidados beneficia el trabajo en equipo y la solidaridad de los grupos, así como la implicación de la plantilla en el proyecto de empresa y ello, en definitiva, comporta mayor productividad.
- Mejora de la reputación de la compañía y que beneficia la imagen social de la organización. Para el marketing es una cuestión sensible el tema de la imagen de la empresa por lo que es conveniente cuidarla destinando algunas partidas económicas para ello.

- c) Posibilita una mayor capacidad de atraer y conservar personas con talento. La búsqueda del talento no se ha de limitar al ámbito genuinamente local, si partimos de la base de que lo que importa es el talento, entonces no importa, quien sea, de donde sea y como sea el empleado.
- d) Incremento de la motivación y la eficacia de la plantilla. Si el que vale, es el que aporta talento y no influyen decisiones subjetivas, genera sensación de justicia a los grupos. La justicia genera confianza, satisfacción y en definitiva motivación, puesto que el esfuerzo y el mérito se verá recompensado de alguna manera. La motivación en el ámbito laboral, se traduce en productividad, calidad y clima laboral positivo y reduce sensiblemente el absentismo, la rotación y los conflictos.
- e) Aumento de la innovación y creatividad entre los empleados. Sabemos que es muy importante este aspecto para el progreso de la empresa y su mantenimiento en el mercado con nuevos productos, así como nuevas formas de desarrollar la actividad que reduzcan costos de producción.

Al margen de lo anterior, podríamos añadir, ayudas y ventajas fiscales y de las cotizaciones a la seguridad social variadas y abundantes que los poderes públicos ofrecen para incentivar la contratación y formación⁶⁶ que por ser tan larga la lista, evitamos aquí reproducir.

NOTAS:

¹ AA.VV.: “La gestió de la diversitat en el mercat de treball”, Institut d’Edicions de la Diputació de Barcelona, 2005 y MAYO, Margarita: “La Gestión de la Diversidad: Implicaciones para la dirección estratégica de los recursos humanos”, Instituto de Empresa (Working Papers), Madrid, 15-07-02, WPE 34/02.

² Por todos, DÍEZ-PICAZO, L.M.: “Sistema de derechos fundamentales”, Thomson/Civitas, Madrid, 2005, pág. 197.

³ PÉREZ DEL RIO, T.: “Igualdad y género en el empleo”, CARL, Sevilla, pág. 43.

⁴ LOUSADA ARROCHENA, F.: *El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales (Un comentario a la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, R.L. nº 22/2003.*

⁵ STJUE (Sala 2ª) de 30/9/2004, as. C-319/03, caso *Serge Bribeche v. Ministre de l’Intérieur, Ministre de l’Éducation nationale y Ministre de la Justice*. Política social. Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Artículo 141 CE, apartado 4. Directiva 76/207/CEE. Requisitos de acceso al empleo público. Normas que reservan a las viudas que no se hayan vuelto a casar. La exención del límite de edad para ingresar en el empleo público. (Supuesta acción positiva contraria al Derecho comunitario).

⁶ GARGANTÉ PETIT, Sixte: “Llei Orgànica per a la igualtat efectiva entre dones i homes”, CERES, Barcelona, mayo, 2007, Pág. 52

⁷ SALA FRANCO, Tomás (Dir.): *Relaciones Laborales*; Tirant lo Blanch/Esfera, Valencia, 2009, pág. 483 y ss.

⁸ LOUSADA AROCHENA, José Fdo.: “La discriminación por edad en la jurisprudencia comunitaria...” *Rev. de Derecho Social*, nº 45, Edit Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 133-143.

⁹ El TJUE se ha pronunciado ya sobre esta cuestión en varias ocasiones: S. 22/11/2005 (Caso *Mangold*, donde se cuestionó una ley alemana) y S. 16/10/2007 (Caso *Palacios de la Villa*, donde se cuestionó una ley española).

¹⁰ GUTIN, J.C.: “End of the Rainbow”, *Discover*, noviembre, 1994, págs.. 71-75.

¹¹ Uno de los fundadores de la antropología, Johann Friedrich (Alemania, 1752-1840), definió cinco grandes razas, especialmente desde el punto de vista del color de la piel.

¹² REY MARTÍNEZ, Fdo.: “La discriminación Nacional de la justicia...”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, ene-abril, Madrid, pp. 281.

¹³ Con la reciente Sentencia del TCo. nº 8045/2006, de 28 de junio de 2010, sobre el recurso del Estatuto de Cataluña, ésta especifica que a la expresión de “Cataluña como nación” carece de eficacia interpretativa y, por tanto, negándole a los habitantes de aquella Comunidad Autónoma la consideración de ser miembros de una nación, como no sea la española, aunque no parece que sea muy compartido este criterio en dicha comunidad.

¹⁴ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, Ana Mª.: *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Edit. BOZANO, Albacete, 2007, pág. 34.

¹⁵ En esta normativa aparecen normas específicas para cada igualdad, ej.: art. 2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, sobre igualdad entre mujeres y hombres; art. 2 de la Directiva 2000/43/CE, sobre igualdad racial o étnica, entre otras, según describe el art. 2 de la Directiva 2000/78/CE en su art. 2.

¹⁶ Informe anual de la Comisión Europea sobre igualdad y no discriminación, 2003 y MERCADER UGUINA, Jesús R.(Dir.): “Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social”, LEX NOVA, (Col. Derecho Social-Universidad Carlos III) Octubre, 2009.

¹⁷ CASAS, Mª., Emilia; DURAN, Federico y CRUZ, Jesús (Coords.): “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española”, Estudios Homenaje al prof. Rodríguez-Piñero, LA LEY, Madrid, 2006, pág. 312.

¹⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel: —El empleo de las personas con discapacidad; de la asistencia a la igualdad—(Prólogo) en “Empleo de colectivos desfavorecidos y responsabilidad social empresarial”, Pearson Educación, Madrid, 2006, pp. IX-XXXVI.

¹⁹ DE LORENZO GARCÍA, Rafael: —La contribución de la responsabilidad social empresarial a la inserción sociolaboral de las personas con discapacidad— en “Empleo de colectivos desfavorecidos y responsabilidad social empresarial” (Serie Biblioteca Aedipe), Pearson Educación/Prentice Hall, Madrid, 2006, pág. 125 y ss.

²⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD: En 1980 estableció una clasificación sobre la Discapacidad y la Salud. En 2001, la citada clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud fue revisada y amplió el concepto de discapacidad a cualquier alteración en la condición de salud de un individuo que puede generar dolor, sufrimiento o interferencia con las actividades diarias. (CIF), Publicación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

²¹ COLECTIVO IOÉ (Carlos Parada, Miguel Ángel de Prada y Walter Actis): “La inserció laboral de les persones amb discapacitats”, Fundació “la Caixa”, Barcelona, 2003, pág. 20 y ss.

- ²² PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás: —“Enclaves laborales” y personas con discapacidad—, Informe accesible en internet, “Bufete Abdón Pedrajas, Abogados asociados”, Madrid, Febrero de 2004.
- ²³ QUIRÓS HIDALGO, José Gustavo: “La cuota de reserva a favor de las personas con discapacidad en el empleo público. Análisis de la regulación estatal y autonómica”. Rev. Trabajo y Seguridad Social, nº 324, CES, Madrid, Marzo 2010, págs. 31-58.
- ²⁴ CES, Informe 5/1995, de 26 de octubre, sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación, Madrid, 1995, pág. 69 y ss.
- ²⁵ CARDONA LLORENS, Jorge: —La protección de los derechos de los discapacitados en Europa—, en MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. (dir.); FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. (coord.): “La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho europeo”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 336-337.
- ²⁶ MUÑOZ, S. y DE LORENZO, R. (Dirs.): “Código europeo de las minusvalías”, Escuela Libre Edit., Madrid, 1996.
- ²⁷ PÉREZ CAMARERO, Santiago y CALDERÓN MILÁN, M^a. José: “La Discriminación laboral de la mujer una década a examen”, Universidad Castilla-La Mancha, Instituto de la Mujer, Madrid, 30-10-2007, ref. 730-41/04.
- ²⁸ RIPOL CARULLA, Santiago: “Incidencia en la jurisprudencia del TCo. de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que declaran la vulneración por parte del Estado español del CEDH.
- ²⁹ APARICIO, M.A.: “La cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución Española como cláusula de integración y apertura constitucional de los derechos fundamentales”, Jueces para la Democracia, nº 6, 1989 y SAIZ ARNAIZ, A.: “La apertura constitucional al derecho interno y europeo de los derechos humanos: art. 10.2 de la Constitución Española”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, entre otros autores.
- ³⁰ La dignidad humana tiene un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión del respeto por parte de los demás (STCo. 53/1985, RTC, 1985, 53), citada y comentada por PACHECO ZERGA, Luz: “La dignidad humana en el Derecho del Trabajo”, Thomson/Civitas, Navarra, 2007, pág. 128.
- ³¹ [STJ. de las CE, Sala Quinta de 27 de febrero de 2003, as. C-320/01, [caso *Wiebke Busch vs. Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, art. 2, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE sobre protección de la mujer embarazada. No obligación de la embarazada a informar de su embarazo al empresario)]
- ³² BADIOLA SANCHEZ, Ana M^a.: “La nulidad de la extinción del contrato de trabajo”, Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 277 y ss.
- ³³ Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, sobre los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil.
- ³⁴ Vigor para los Estados signatarios a partir del 23-3-1976. Fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se hace referencia a ambos con el nombre de Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York. A su vez, éstos, junto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, comprenden lo que algunos han llamado Carta Internacional de Derechos Humanos.
- ³⁵ CHINCHILLA, N. y LEON, C.: *La ambición femenina*, Edit. Aguilar, Madrid, 2004, pág. 25.
- ³⁶ BOKOVA, Irina: Informe de la Directora General de la UNESCO, París, Septiembre de 2010.
- ³⁷ THOMAS, D.A. y ELY, R.J.: “Making differences matter: a new para digm por managing diversity”, Harvard business review on managing diversity HBR, Boston, Massachusetts, 2002; págs. 33-66.
- ³⁸ DRUCKER, Peter.: “The age of discontinuity”, Harper & Row, 2000, pág. 12
- ³⁹ DE ANCA, Celia y VÁZQUEZ VEGA, Antonio: “La gestión de la diversidad en la organización global”, Pearson Educación, Madrid, 2005, pág. 68-69.
- ⁴⁰ SCHEIN, Edgar.: “La cultura empresarial y liderazgo”, Plaza & Janés, Barcelona, 1988.
- ⁴¹ PUIG, Pilar: “Gestión de la Diversidad” en — L’aplicació de la responsabilitat social a la gestió de persones—, AEDIPE-Cat./MEDIARESPONSABLE, Barcelona, 2008, op. cit. Pág. 81 y ss.
- ⁴² GONZÁLERZ-ESPEJO, M^a. Jesús: “Gestión de las Personas en Despachos de Abogados”, THOMSON-ARANZADI, Navarra, 2007, pág. 155.
- ⁴³ PHILIPS, Nicola: “Nuevas técnicas de gestión”, Edit. Folio, Barcelona, 1994 y GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago: “Cultura corporativa y competitividad de la empresa”, Díaz de Santos, Madrid, 1993, entre otros.
- ⁴⁴ MEGIAS, Eusebio (Dir.): “Els valors de la societat espanyola i la seva relació amb les drogues”, nº 2 de Colección Estudios Sociales, Fundación “laCaixa”, Barcelona, 2000.
- ⁴⁵ Capital Social: “Confianza, redes y asociacionismo en 13 países”, Unidad de Estudios de Opinión (Fund. BBVA).
- ⁴⁶ GARCÍA, S. y DOLAN, S.: *La Dirección por Valores*, McGraw-Hill/IESE, Madrid, 2001
- ⁴⁷ ELZO, Javier: Conferencia del 24-3-2010 en el “Saló de Cent de l’Ajuntament de Barcelona” en la entrega de premios de la “Societat Econòmica Barcelonesa d’Amics del País”. Catedrático de Sociología de la Universidad de Deusto.
- ⁴⁸ WILLIAM, George: (Academy address), *Academy of Management Executive*, 2001, vol. 15, nº 4, pág. 42.
- ⁴⁹ EUROEPAN BUSINESS ETHIC NETWORK. Es una asociación sin ánimo de lucro fundada en Lovaina (Bélgica) dedicada a la promoción de la ética empresarial, en sentido amplio, para concienciar el mundo de la empresa en un mercado global y permitir el diálogo sobre el papel que ha de tener la empresa en la Sociedad.
- ⁵⁰ KANT, Emanuel.: “Crítica de la razón práctica”, Mestas, Madrid, 2001 y CORTINA, Adela: *Ética de la empresa*, Trotta, Madrid, 1994, entre otros.
- ⁵¹ LUÑO PEÑA, Enrique: “Historia de la Filosofía del Derecho”, La hormiga de Oro, Barcelona, 1962, págs. 133 y ss.
- ⁵² TARRAGÓ SABATÉ, Francisco: *Apuntes de la Facultat de Ciències Econòmiques i Empresariales de la Universitat de Barcelona*, 2000.
- ⁵³ PORRET GELABERT, Miquel: “Recursos Humanos. Dirigir y gestionar personas en las organizaciones”, ESIC, Madrid, 2008, págs. 575 y ss.
- ⁵⁴ BARNETT, Rebecca: “Character Leadership”, *Executive Excellence* 19 (Octubre de 2002), pág. 20.
- ⁵⁵ Frase referida por José Ramón PIN: —El reto de dirigir. Los nuevos retos éticos en la empresa— en “Ética en la dirección de personas”, fascículo nº 8, IESE, La Gaceta de los Negocios, pág. 3.
- ⁵⁶ BEARD, Deborah F.: “Represalias ¿Son ilegales, no éticas o sólo hay que esperarlas?”, Conferencia en el Colegio de Contadores Públicos de México, Abril 2007 (Resumen en internet) y NONDY, R. Wayne y NOE, Robert M.: “Administración de Recursos Humanos”, 9ª edic. PEARSON/Educación, México, 2005, págs. 27 y ss.
- ⁵⁷ FONTRODONA, J.: “Clima ético de la empresa española”, Documento de la División de Investigación del IESE, Barcelona, 2003.
- ⁵⁸ PORRET GELABERT, Miquel: “Gestión de Personas. Manual para la gestión del capital humano en las organizaciones”, ESIC, Madrid, 2010, págs. 579-580.
- ⁵⁹ PORRET GELABERT, Miquel: “Recursos Humanos. Dirigir y gestionar personas en las organizaciones”, ESIC, Madrid, 2007, pág. 577.
- ⁶⁰ KOONTZ, H. y WEHRICH, H.: “Elementos de administración”, MCGRAW-HILL, México, 1993.

⁶¹ CHINCHILLA, Núria y LEÓN, Consuelo: —Problemas y soluciones en la armonización entre trabajo y familia— en “El reto de dirigir. Ética en la dirección de personas”, fascículo nº 5, IESE, La Gaceta de los Negocios, pág. 20 y ss.

⁶² MARTÍNEZ RIUS, Francesc: “Plan familia Danone”, en —Empleo de colectivos desfavorecidos y responsabilidad social empresarial—(Mariano Ballesteros, Coord.), (Biblioteca AEDIPE de Recursos Humanos), edit. Pearson Educación, Madrid, 2006, págs. 97-107.

⁶³ SOSA FERNÁNDEZ, Francisco: “Inserción de personas con discapacidad “El modelo MRW”, en —Empleo de colectivos desfavorecidos y responsabilidad social empresarial—(Mariano Ballesteros, Coord.), (Biblioteca AEDIPE de Recursos Humanos), edit. Pearson Educación, Madrid, 2006, págs. 109-112.

⁶⁴ CORBINOS, Josep M^a.: “Integració de persones amb discapacitat psíquica”, en —L’aplicació de la responsabilitat social a la gestió de persones—, AEDIPE-Cat./MEDIARESPONSABLE, Barcelona, 2008, págs.. 61-64.

⁶⁵ AA.VV.: “L’aplicació de la responsabilitat social a la gestió de persones”, op. cit., págs.. 57 y ss.

⁶⁶ LEVI, Eva: “Ventajas de la diversidad”, Expansión & Empleo, 28 y 29 de mayo de 2005.