

RECENSIONES

REVIEWS-REZENSIONEN

M. MECAT-BRUNS, *Discrimination at work: Comparing European, French and American Law*, Oakland, University of California Press, 2016, 362 pp.

Discrimination at work es un diálogo, a modo de entrevistas, entre una académica franco-americana y sus colegas de Estados Unidos, que trata de proporcionar una perspectiva global y comparada sobre el derecho antidiscriminatorio usando como hilo conductor del estudio la comparación entre el ordenamiento jurídico norteamericano y el europeo, con especial referencia al Derecho francés. Por ello, proporciona un marco de análisis trasatlántico que pretende revisar la cuestión de la discriminación en el trabajo y el empleo de una manera pragmática y crítica.

Comienza con una advertencia: hoy, la discriminación no es un término popular, refleja los errores pasados, presentes y futuros. En nuestra sociedad posmoderna —y, presumiblemente, posracial— los conceptos que la inspiran son igualdad, libertad, empoderamiento y capacidad. Sin embargo, es innegable que siguen existiendo situaciones de discriminación a las que los ordenamientos jurídicos deben dar

respuesta: el acoso sexual, la discriminación por raza, religión, género, orientación y/o identidad sexual.

Discrimination at work pone de manifiesto que la naturaleza de las discriminaciones ha cambiado, transformándose en sesgos de raíz más subconsciente y profunda. En este sentido, la discriminación directa por parte de los empleadores se ha reducido; sin embargo, existe una discriminación sistémica, arraigada en causas estructurales y ambientales, y en las formas en que cada Estado ha tratado, en general, la diferencia.

A pesar de que Estados Unidos y Francia son ambas democracias posindustriales, las estrategias constitucionales y legales que se han adoptado para combatir las distintas manifestaciones de la discriminación son divergentes. Mientras que la legislación de Estados Unidos se ha centrado en el mantenimiento de las políticas de «*color-blind*», que podrían definirse como normas «ciegas o ajenas» a la raza, en Francia el esfuerzo normativo se ha centrado en la cuestión religiosa,

tratándose de garantizar el carácter secular de la República.

En este contexto, el centro de trabajo es un lugar estratégico para enfrentar la discriminación. Para ello, este estudio se divide en cinco capítulos, relativos a la historia del derecho antidiscriminatorio: la Constitución y la búsqueda del paradigma de la igualdad; los diferentes modelos de derecho antidiscriminatorio y sus sistemas de aplicación; el distinto tratamiento de la discriminación, así como intención, sesgos y carga de la prueba; el «*Disparate Impact*» de los sistemas de discriminación, y los múltiples motivos de discriminación.

El primer capítulo, relativo a la historia de la normativa antidiscriminatoria, pone de manifiesto que en Estados Unidos jugó un papel determinante la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la configuración y evolución de esta normativa, en la medida en que su intervención ha sido decisiva en el desarrollo del movimiento por los derechos civiles. A pesar de que inicialmente su actividad fue restrictiva respecto de la aplicación de la normativa antidiscriminatoria, acelerando al país hacia la guerra civil tras la histórica decisión de *Dred Scott* y legitimando luego las leyes de segregación racial con su sentencia «*separada pero igual*» en 1896, sin embargo, allanó el camino para la protección contra las desigualdades con la sen-

tencia *Brown v. Board Education* en 1954, que declaró que las leyes estatales que establecían escuelas separadas para estudiantes de raza negra y blanca negaban la igualdad de oportunidades educativas. Las organizaciones activistas estadounidenses también han impulsado iniciativas antidiscriminatorias, mientras que el apoyo de la *Equal Employment Opportunity Commission* y los sindicatos ha sido irregular, promoviéndola a veces, pero en otras ocasiones dificultando su expansión y aplicación.

En Europa, el reconocimiento de la discriminación surgió de un trasfondo diferente, pero las lecciones aprendidas de la experiencia estadounidense pueden enriquecer el actual debate sobre la igualdad. En Francia se ha introducido una revisión judicial que permite a los individuos impugnar las leyes que atentan contra sus derechos constitucionales, entre los que se engloba la antidiscriminación. Esta tendencia no se limita en exclusiva a los Estados nacionales, sino que es una cuestión esencial para la Unión Europea, que a través de sus órganos legislativos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está desarrollando e interpretando los derechos humanos, en especial la igualdad de trato y la no discriminación.

En el segundo capítulo se analizan los diferentes modelos de dere-

cho antidiscriminatorio y sus sistemas de aplicación. En esta parte del estudio se dedica un especial esfuerzo a la descripción de las diferentes funciones que cumplen las leyes antidiscriminatorias. Así, se pone de manifiesto que en Europa el derecho antidiscriminatorio surgió vinculado al objetivo económico original de eliminar las barreras del mercado, prohibiendo la discriminación basada en el sexo o la nacionalidad y, por consiguiente, tratando de garantizar la libre circulación de las personas. Esta fue una preocupación fundamental en un momento en que se estaban estableciendo las instituciones europeas y se aprobaron leyes básicas de funcionamiento de la Unión.

En la actualidad, la ley sigue desempeñando este papel instrumental a nivel europeo, pero con el tiempo ha ido ganando una función más social que trata de garantizar un acervo normativo de respeto a la dignidad humana. Esta es la dirección que ha adoptado el TJUE, que ha ido avanzando en la configurando del principio de igualdad hasta considerarlo un derecho fundamental.

Por último, las normas antidiscriminatorias también contribuyen a la transformación de las normas sociales. Sin embargo, a juicio de los distintos académicos entrevistados, esta última función aún no ha sido asumida por las leyes europeas,

que a menudo delegan la resolución de los conflictos entre la normativa antidiscriminatoria y la aplicación de las políticas sociales a los Derechos nacionales propios de cada Estado miembro.

El tercer capítulo, relativo al distinto tratamiento de la discriminación, alude a los diferentes problemas que se plantean para determinar si las conductas empresariales están o no motivadas por una causa de discriminación. Aunque el acusado puede admitir abiertamente una intención discriminatoria, en la mayoría de los casos tratará de ocultar el citado motivo, sabiendo que el sistema obliga a la otra parte a aportar las pruebas del acto ilícito. Así, en el Derecho francés, el art. 1.315 del Código Civil atribuye la responsabilidad de la carga de la prueba al demandante. Sin embargo, en el Derecho europeo las actuaciones discriminatorias configuran una nueva categoría en el orden procesal, en la que estas no se consideran como una simple infracción, sino que de concurrir causas de discriminación directa puede llegarse a una inversión de la carga de la prueba e, incluso, se puede apoyar una pretensión en este orden sin una víctima designada.

En Estados Unidos, la prohibición de la discriminación directa es una norma que los empleadores han tenido que cumplir desde

1960 y prevé la posibilidad de una carga de la prueba cambiante, en atención a la dificultad de obtener pruebas directas que constaten la intención discriminatoria. La idea de la carga de la prueba abarca dos realidades diferentes: la carga de la producción y la de persuasión. La primera recae en el demandante, que debe establecer una presunción *prima facie* mediante la presentación de pruebas que permitan concluir que existía la intención de discriminar. La de persuasión, denominada también de la evidencia, se atribuye al empresario, que debe demostrar, una vez aportada la carga de producción, que en su actuación adversa o controvertida no concurría ninguna razón discriminatoria.

El capítulo cuarto se dedica al «*Disparate Impact*» o impacto desigual de los sistemas de discriminación. En este punto debe aclararse que la expresión *Disparate Impact* alude, en la legislación laboral de Estados Unidos, a prácticas o políticas de empleo que, a pesar de estar formuladas de manera neutra, tengan un efecto desproporcionadamente adverso sobre los miembros de un determinado grupo o colectivo (ya sea racial, de edad, género...) en comparación con los no miembros de ese grupo o clase. Esta teoría permite al afectado por estas prácticas aducir una vulneración de la Ley de Derechos

Civiles, impidiendo, por tanto, que los empleadores utilicen prácticas laborales neutras que *de facto* tengan un impacto adverso injustificado sobre colectivos especialmente vulnerables.

Este método de discriminación indirecto ha sido un tema muy debatido tanto en Estados Unidos, especialmente tras la sentencia del caso *Ricci v. De Stefano* en 2009, como en Europa, en concreto en Francia, donde la Corte Suprema ha dictado en los últimos tiempos varias sentencias que reconocen la discriminación indirecta por sexo, en un esfuerzo por identificar y evitar formas de discriminación más sutiles. Para ello, la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, distingue entre la discriminación directa, es decir, cuando se procesa un trato discriminatorio de manera intencionada a una persona por una característica personal protegida por el ordenamiento jurídico, y la discriminación indirecta, que se produce cuando una medida general que, en teoría, trata a todas las personas por igual, tiene un efecto desproporcionadamente negativo en personas con unas características protegidas.

Como se puede observar, la regulación de esta cuestión se acerca mucho en ambos continentes, si bien es verdad que en Estados Uni-

dos se regula la discriminación sistémica o estructural, principalmente a través de la intervención de la Comisión para la Igualdad de Oportunidades de Empleo (EEOC), que, sin embargo, no se define específicamente en la legislación francesa o, más en general, a nivel europeo, aunque sí se menciona cada vez más en el debate público sobre la igualdad, como, por ejemplo, en diversos informes procedentes de las diversas instituciones europeas en las que se alude al problema del «techo de cristal» que pesa sobre el colectivo femenino en el mundo laboral.

Por último, el capítulo quinto analiza los distintos motivos de discriminación. La legislación antidiscriminatoria de los distintos países contiene enumeraciones, más o menos prolijas, sobre los motivos o causas de discriminación proscritas. Estas listas no son cerradas e inamovibles y es habitual que se vayan incrementando y perfilando con el paso del tiempo. Este hecho está en correlación con la lógica de las leyes antidiscriminatorias, en las que está arraigada la prohibición de diferencias de trato en base a determinadas categorías, a diferencia de las normas que se derivan del principio de igualdad.

A pesar de los muchos motivos enumerados —más en Francia que en Estados Unidos—, rara vez vienen acompañados de definiciones precisas, como ocurre, por

ejemplo, respecto de categorías tan habituales como son la «edad» y el «sexo». En efecto, una vez considerados como rasgos objetivos, ha ido surgido un debate sobre lo que se entiende exactamente por estos términos y sus perfiles como posibles elementos de discriminación: ¿Debe atenderse al sexo biológico o al género social? ¿Qué se entiende por juventud y vejez? En la delimitación de las causas antidiscriminatorias es necesario examinar cómo los tribunales las han aplicado, tanto en los supuestos de discriminación directa como indirecta. Así, atendiendo al acervo jurisprudencial se pueden establecer con mayor precisión los contornos de estos motivos en los diferentes países.

Aun así, todavía queda un largo camino de estudio. En concreto, *Discrimination at work* interroga al lector sobre la necesidad de adoptar un nuevo paradigma de actuación contra la discriminación. En este sentido se cuestiona si el planteamiento actual del derecho antidiscriminatorio, que considera los motivos y causas de manera individualizada, realmente protege y garantiza la liberación de todas las formas de discriminación en el lugar de trabajo. De esta manera se plantea una nueva vía de actuación a través de una normativa que abarque una perspectiva global de todas las causas de discriminación, así

como respecto de los métodos de identificación y estudio de sus distintas manifestaciones.

Además, cabe preguntarse si es posible luchar contra la discriminación sin incurrir en una paradoja de estigmatización: la búsqueda, identificación y prevención de la discriminación indirecta puede afectar de manera negativa a los individuos

pertenecientes a los colectivos discriminados, que sin ser —en todos los casos y necesariamente— alcanzados por la actuación discriminatoria, sí son señalados como distintos por el propio ordenamiento jurídico que trata de protegerlos.

Alba GARCÍA TORRES
Dpto. de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. UCM

A. MONTOYA MELGAR (coord.), *Semblanza de grandes laboristas. Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Gobierno de España, 2016, 245 pp.

La obra que aquí se presenta corresponde al tercer volumen de la colección «Semblanzas de grandes laboristas» publicada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y está dedicada tanto al conocimiento de la obra de Manuel Alonso Olea como de su persona. Se presenta como un trabajo colectivo coordinado por Alfredo Montoya Melgar, que cuenta con las aportaciones de relevantes juristas españoles y extranjeros en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El libro, que se inicia con una presentación de Fátima Báñez García y un prólogo de Alfredo Montoya Melgar, consta de dos partes bien diferenciadas, donde la primera de ellas está dedicada a la personalidad de Manuel Alonso Olea

(semblanzas) y la segunda a su obra (estudios). En la parte dedicada a la personalidad del profesor Alonso Olea han participado un conjunto de juristas que tuvieron la fortuna de conocerle personalmente, entre los cuales se encuentra uno de sus hijos, Ricardo Alonso García.

Otros juristas que han compartido con el lector en esta parte de la obra sus experiencias junto a Manuel Alonso Olea han sido el propio Alfredo Montoya Melgar, Eduardo García de Enterría, Jesús González Pérez, José Luis Villar Palasí, Landelino Lavilla Alsina, Luis Gil Suárez, Franz Gamillscheg y Mozart Víctor Russomano. Algunas de estas menciones, inéditas hasta el momento, fueron expuestas en la sesión académica que, en la Facultad de Derecho de la Uni-