

La discriminación de los y las jóvenes en el trabajo

El artículo está fundamentalmente destinado a formadores, trabajadores sociales etc., que colaboran en las redes de atención a la juventud establecidas en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales. Lo que se pretende es, a través de un lenguaje comprensible para personas ajenas al mundo del Derecho, informarles de cómo el ordenamiento jurídico dota a los ciudadanos, y también a los jóvenes, de herramientas para hacer efectivo el uso y ejercicio de sus derechos fundamentales en el marco de las relaciones de trabajo y les protege frente a conductas discriminatorias y frente al acoso. Se analizan determinados conceptos clave: derechos fundamentales, discriminación, acoso y las señas identitarias protegidas por el legislador frente a estas prácticas ilícitas. Se realiza un repaso histórico de la legislación sobre estas materias. Finalmente se exponen los mecanismos que proporciona el ordenamiento vigente para la tutela de estos derechos.

Palabras clave: Contrato de trabajo, derechos fundamentales, discriminación, acoso, tutela judicial

El ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa

Empresario y trabajadores regulan sus relaciones por el contrato de trabajo. Éste se define e identifica frente a otros tipos de contratos para la prestación de servicios o realización de una determinada actividad, en que las partes se vinculan desde posiciones de desigualdad.

El empresario hace suyo, adquiere desde el inicio, el resultado de la actividad emprendida por el trabajador y éste presta sus servicios sometido a las directrices que establece aquel

Es así el empresario quien asume la dirección de la empresa en la que se integra la actividad prestada por el trabajador conforme las instrucciones y mandatos que recibe a cambio del salario.

El trabajador por lo tanto presta sus servicios en posición de subordinación a las órdenes que recibe del empresario. Carece de potestad para fijar las pautas conforme las que debe realizar su tarea y puede ser corregido e incluso despedido si las incumple.

Este contexto constituye un caldo de cultivo para que se puedan desarrollar conductas y actitudes discriminatorias.

Hoy puede decirse que es rotunda la voluntad del legislador comunitario y nacional para que ello no sea así. Sin embargo no pueden desconocerse los pasos argumentativos que se han tenido que emplear hasta consolidar dogmáticamente esta situación.

En un primer momento hubo de resolverse el interrogante acerca de si el ejercicio de derechos fundamentales era predicable a las relaciones entre particulares, como lo son las relaciones en el marco de la empresa. Y ello porque la visión inicial de los derechos fundamentales lo era como ámbitos de protección del ciudadano frente a los poderes públicos y no frente a un poder privado como sería el del empresario.

Fue la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, la llamada *Drittwirkung*, la que asumió que también en las relaciones entre privados podían suscitarse situaciones de discriminación y desigualdad inaceptables que justificaban la intervención correctoras de los poderes públicos, intervención que por lo demás recibe plena expresión en nuestro ordenamiento jurídico desde el art. 9.2 CE cuando indica: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Y rápidamente, el Tribunal Constitucional español acepta sin reparos que los derechos fundamentales pueden ejercitarse en el marco del contrato de trabajo.

Así ya desde sus primeras sentencias, vgr. en su STC 88/1985, indicó: “La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...). Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquella por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1).”

Este argumento pronto adquirió carta de naturaleza e inspiró y sigue inspirando tanto al Tribunal Constitucional como al resto de juzgados y tribunales.

Sin embargo también el Tribunal Constitucional pronto sentó la idea de que los derechos fundamentales en su expresión y ejercicio nunca son ilimitados y que incluso en ocasiones pueden verse enfrentados en su disfrute.

Así la STC 4/1996 indica:

“ha de recordarse que aunque la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno que el trabajador quede privado de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Quiere decirse con ello que en el marco del contrato de trabajo el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador puede colisionar con los intereses empresariales y de forma más específica con el principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 CE y que es el que justifica la potestad empresarial para dirigir y organizar el proceso productivo en el que se incardina la actividad prestada libremente por el trabajador.

Se viene a razonar así que como el contrato de trabajo se suscribe desde la libertad de las partes, el trabajador acepta con ello una modulación en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

De este modo el debate del ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador en el seno de la empresa se traduce en la búsqueda de un punto de equilibrio que permita en cada caso concreto fijar unos límites razonables entre ellos y la libertad de empresa.

Ahora bien, una vez sentado que los derechos fundamentales pueden ser ejercitados en la empresa y que no obstante pueden ser objeto de modulación atendiendo a otros posibles derechos y bienes susceptibles de protección, con relación al principio de no discriminación debe sentarse con claridad la imposibilidad de que éste pueda ser objeto de modulación: no cabe admitir pequeñas dosis de discriminación en la relación de trabajo. Las conductas discriminatorias siempre son reprobables y no autorizadas por el legislador.

El art. 17.1 del RD legislativo 1/1995 por el que se aprueba la actual ley del Estatuto de los trabajadores (ET en adelante) de forma palmaria deja establecido lo siguiente:

“Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o 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, orientación 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.

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”

Cuestión distinta es que en determinadas ocasiones y supuestos, sean admisibles diferencias de trato, que por encontrar una justificación razonable, no pueden tacharse de discriminatorias.

Y así con carácter general este mismo art. 17 en su apartado 2 ya advierte de que “podrán establecerse por ley, exclusiones, reservas y preferencias para poder ser contratado libremente”.

El marco normativo antidiscriminatorio

Desarrollo histórico

El 26-10-1967 el Estado español ratificó el convenio 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.

En esta norma internacional se define en su art. 1 el término discriminación del siguiente modo:

- a) “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y

de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.”

Y por otra parte se indica que, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

Sin embargo el convenio no presentaba un contenido normativo claro pues en su art. 2 se limitaba esencialmente a recomendar pautas de conducta para los estados signatarios. Dicha norma indica: “Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.

Quedaba todo en manos del legislador nacional y el de entonces no era precisamente proclive a reconocer derechos fundamentales.

Por eso hubo que esperar a la promulgación de la Constitución en 1978 para contar con una norma positiva vinculante como la contenida en su art. 14 cuando señala que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Y ya con este bagaje normativo luego completado con el art. 17 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en su inicial versión de 1980, se empezó a contar con un armazón legal frente a prácticas discriminatorias.

Sin embargo era preciso no sólo contar con disposiciones legales que reconocieran el derecho, era también necesario fijar los procedimientos para su tutela judicial.

Norma en este sentido especialmente relevante es el RD Legislativo 521/1990 que regula la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL) y en el que se introduce por primera vez la modalidad procesal denominada “tutela del derecho de libertad sindical” que pese a su limitado nombre acoge en su seno la posibilidad de incoar acciones judiciales frente a las vulneraciones que pudieran producirse a cualquier derecho fundamental en el marco del contrato de trabajo.

Con todo ello se inicia una andadura hasta nuestros días en defensa del ejercicio de los derechos fundamentales en la empresa, ejercicio que recibe como antes se ha indicado un impulso decisivo por parte del Tribunal Constitucional y que ha caucionado

multitud de pronunciamientos judiciales en todas las instancias, Juzgados, Tribunales Superiores y Tribunal Supremo.

En este largo camino y en materia de discriminación cobra especial relevancia la normativa comunitaria que se materializa en tres directivas:

- la 2000/78 por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- la 2000/43 por la que se dispone la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- la actual 2006/54, refundición de otras anteriores, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Las directivas comunitarias son normas de la Unión Europea cuyos destinatarios son los Estados miembros a los que por ellas y en el plazo establecido se les obliga a elaborar la normativa interna precisa para que las previsiones y fines contemplados en ellas se lleven a cabo en cada Estado nacional.

Las directivas constituyen un mandato para legislar sobre una determinada materia pero dando un espacio de libertad a cada Estado miembro en la trasposición al derecho interno del derecho comunitario.

Pues bien las directivas 2000/43 y 2000/78 citadas se traspusieron al derecho nacional a través de la Ley la Ley 62/03 de “medidas fiscales, administrativas y del orden social”, mas conocida como Ley de Acompañamiento a los Presupuestos para 2004, que en el Capítulo III de su Título II, denominado “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”, reserva la Sección 3ª para regular las “Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo.

La trasposición fue bastante desafortunada. El legislador se limitó a una trasposición de mínimos, sin aportar ningún elemento añadido de relieve al acervo legislativo nacional, evidenciando con ello la ausencia de voluntad de imponer medidas de avance en la lucha contra la discriminación. Incluso en algunos aspectos se aprecian defectos y lagunas en las nuevas normas internas aún sin resolver.

Además, en lugar de aprovechar la circunstancia que imponía la obligación de trasponer para elaborar una ley integral en materia de discriminación, comprensiva de las diferencias precisas para cada seña de identidad protegida, se ha optado por “esconder” la trasposición en el revoltijo que constituyen año tras año las

leyes de acompañamiento, a través del procedimiento de modificar parcialmente diversas leyes sustantivas, entre ellas el ET y la LPL.

En todo caso los avances más significativos consistieron en, modificar los arts. 96 y 181 de la LPL. El art. 96 para ampliar la inversión de la carga de la prueba a los procesos por discriminación por alguna de las identidades previstas en las directivas comunitarias y el art. 181 para incorporar el acoso como práctica discriminatoria tutelable a través del procedimiento específico del art. 175 y sig. LPL.

Antes de la trasposición de estas directivas, el legislador ya había incorporado al derecho interno el acervo comunitario en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo, seña identitaria, la del sexo, de mayor raigambre para las políticas de igualdad nacionales y comunitarias.

Pero con relación al sexo no cabe duda de que el mayor impulso tiene lugar con la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que incorpora fechas antes de la directiva 2006/54 las hasta entonces vigentes sobre la materia: directivas 2002/73, 76/207 y 2004/113.

Esta ley es en la actualidad la punta de lanza de las políticas en materia de discriminación y el referente desde el que se parte para contemplar su tratamiento. Establece que la igualdad de trato entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la aplicación de las normas jurídicas y por tanto deberá respetarse y tenerse en cuenta para la solución de cualquier conflicto social.

La citada ley incorpora numerosas modificaciones tanto al ET como a la LPL que conforman su actual configuración.

Actuales coordinadas

Llama poderosamente la atención que si se analizan estas disposiciones legales, directivas comunitarias, CE y ET se advierte que no existe identidad acerca de las señas identitarias protegidas frente a la discriminación.

La lectura de las directivas comunitarias y el de ulteriores pronunciamientos judiciales invitan a considerar que las señas identitarias protegidas por el legislador comunitario constituyen un número cerrado de supuestos.

En la cuestión prejudicial que tuve la oportunidad de plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Chacón Navas vs. Eurest, en el que se preguntaba si la enfermedad podía ser considerada como discapacidad a efectos de la aplicación de

la directiva 2000/78, de forma taxativa se manifestó que: “no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el art. 1 de la propia directiva”.

En cambio el art. 14 CE no cierra los supuestos protegidos de discriminación cuando la prohíbe para *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*.

Y por su parte el art. 17 ET aún cuando no introduce conceptos jurídicos tan indeterminados como la CE habla, entre otras señas protegidas, del origen, de la condición social o de los vínculos de parentesco, términos todos susceptibles de variables interpretaciones.

En cambio el art. 4.2.c) ET al establecer el elenco de derechos que ostentan los trabajadores en la relación de trabajo, el legislador reconoce el derecho “a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.”

Pues bien, en el marco del contrato de trabajo resulta adecuado concluir en el sentido de que señas identitarias protegidas frente a la discriminación lo serían todas las referidas en estos arts. 4.2.c) y 17 ET cuya redacción más arriba se ha dejado dicha.

Pero además el principio de igualdad de trato y no discriminación se refuerza con tres decisiones relevantes del legislador:

- a) se declaran nulas las órdenes de discriminar, art. 17.1 2º párrafo ET. Por lo tanto la responsabilidad se expande más allá de quien resulta ser el agente directo de la discriminación sino la persona, normalmente el empresario que curse instrucciones en este sentido.
- b) se declaran igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada por éstos en la empresa, ante la administración o judicial. Es lo que se conoce por la garantía de indemnidad que protege a quien ha hecho uso de sus derechos fundamentales y que por esta razón no puede ser objeto de represalias, art. 17.1.2º párrafo ET. Señalar al respecto que de nuevo el TC ha elaborado una sólida doctrina en este

sentido actualmente asumida por todos los juzgados y tribunales que otorga una radical protección frente a este tipo de conductas reactivas al ejercicio de derechos fundamentales y acciones en contra de actuaciones discriminatorias.

- c) Se protege frente al acoso como medida especialmente discriminatoria. El art. 4.2.e) ET indica que los trabajadores tendrán en el marco de la relación de trabajo derecho “Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.” Y por acoso debe entenderse conforme el art. 2.3 de la directiva 2000/78 un comportamiento no deseado relacionado con alguno de las señas protegidas frente a la discriminación y que tenga como objetivo o consecuencia el atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

La discriminación y los y las jóvenes

Una vez descrito el marco normativo actual en materia de discriminación la conclusión a la que habría que llegar es que no existe ninguna seña identitaria protegida frente a la discriminación específica para los jóvenes.

Puede por ello decirse que ser joven no constituye una seña identitaria protegida frente a la discriminación o, dicho de otro modo, un ciudadano no puede invocar su juventud como causa de discriminación.

No obstante lo que se acaba de indicar no significa que no existan de las señas identitarias protegidas algunas de ellas que puedan afectar más a los jóvenes trabajadores ni tampoco que la edad como causa de discriminación no sea un elemento que de algún modo les concierna.

Discriminaciones en el acceso al empleo

Los estadios previos a la contratación: formación y selección de personal

Las directivas comunitarias en materia de discriminación presentan un ámbito de aplicación más extenso que el contrato de trabajo pues expanden su garantía a los estadios previos a la contratación incluidos los estadios formativos orientados a la consecución de un empleo.

Así las directivas 2000/78 y 2000/43 en su art. 3.1.a) indica que “su contenido se aplicará a las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción”. Y en su art. 3.1.b) protege frente a la discriminación en “el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica. En los mismos términos se pronuncia la directiva 2006/54 al reivindicar la igualdad de trato entre hombres y mujeres.”

El art. 4.2.c) ET como hemos visto habla del derecho *a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo*.

La norma nacional no es tan explícita como la comunitaria al referir todos aquellos estadios formativos previos al empleo, pero sin duda y dado que las disposiciones nacionales deben ser interpretadas del modo que mejor se correspondan con las normas comunitarias, cuando se habla de no ser discriminados directa ni indirectamente para el empleo debe entenderse que la protección abarca dichos estadios educativos o formativos aún cuando en la mayor parte de las ocasiones no los organice el empresario sino las diversas autoridades administrativas con competencias sobre la materia.

La protección frente a la discriminación también abarca los criterios y procesos de selección de personal. Por criterios de selección deben entenderse los requisitos personales y habilidades que se exigen para acceder a un empleo. Procesos selectivos son por su parte las pruebas que los candidatos a un empleo han de superar. Criterios y procesos deben encontrar una justificación lógica y razonable que proporcionarán las exigencias mismas que impone el puesto de trabajo al que se pretende acceder.

Sin embargo la realidad acredita que en muchas ocasiones las ofertas de empleo se condicionan a parámetros poco razonables. Así suele ser habitual que en anuncios en los medios se demanden directamente personas de un determinado sexo y/o edad y deberán acompañar una fotografía reveladora de su aspecto físico, raza, costumbres en el vestir y peinado etc. La preferencia por un determinado sexo constituye una exclusión del sexo preterido, habitualmente el femenino que encierra prejuicios inaceptables como que el hombre está más capacitado que la mujer para determinadas tareas o que contratar mujeres es menos productivo. Recabar “buena presencia” es sinónimo de que se buscan personas que cumplan los cánones de belleza imperantes en la sociedad, de modo que quienes no los cumplan ven preterido su legítimo derecho a un empleo. La edad también en ocasiones es una barrera que carece de razonabilidad. Y por supuesto cualquier otra exclusión por otro tipo de motivos, que siquiera los

ofertantes son capaces de publicar: raza, ideas, orientación sexual etc., resultan particularmente odiosas.

El problema en estos casos radica no tanto en conseguir la protección de los poderes públicos que vienen obligados por el ordenamiento jurídico a prestarla, como en poder acreditar el hecho discriminatorio cuando éste se oculta en la oferta de empleo pero existe en el ánimo del empleador al momento de proceder a la selección. Es evidente que ningún ofertante de empleo va a reconocer que no contrata a mujeres, a homosexuales o a personas de una determinada raza etnia o convicciones políticas o religiosas y sostendrá que quienes con estas señas identitarias se presentaron a un empleo fueron rechazados por no dar el perfil que el puesto de trabajo exigía.

En estos casos lo que se recomienda es acudir a novedosos medios probatorios como la estadística y los test de situación.

Con análisis estadísticos se puede demostrar que una determinada empresa no cuente entre su personal con una proporción equivalente de trabajadores del grupo preterido (vgr. mujeres, homosexuales, magrebíes o cualquier otro término de referencia) que los que existen en el núcleo de población donde se asienta. Si se acredita una desproporción llamativa ello obligaría a quien contrata a tener que demostrar, aplicando las reglas de inversión de la carga de la prueba, que su selección se basó en criterios razonables ajenos a todo propósito discriminatorio.

Los test de situación son un recurso probatorio consistente en presentar dos grupos de candidatos a un empleo que cuenten con identidad de requisitos de idoneidad: curriculares, de edad etc., pero que uno de ellos presenta la seña identitaria proscrita. Si estos no son nunca contratados se coloca al empleador en la tesitura de tener que justificar razonablemente su decisión basándose en razones objetivas que puedan disipar toda voluntad discriminatoria.

La naturaleza pública o privada del empleador influye en la existencia de prácticas discriminatorias. En ambos casos la discriminación no encuentra soporte ni justificación posible, pero en el ámbito del empleo público las coordinadas legislativas establecen un marco más garantista. La ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, en desarrollo del art. 103.3 CE, impone que la selección del personal de las administraciones públicas se llevará a cabo por procedimientos reglados en los que imperan los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, constituyéndose de este modo una dinámica, que cumpliéndose, hace imposible las prácticas discriminatorias.

En cambio el empleo en el sector privado no está con carácter general regido por reglas tan estrictas. Existe sin duda un espacio

más abierto para la toma de decisiones libres por parte de quien contrata, libertad que debe valorarse de forma positiva hasta el punto de admitir que el empresario privado tenga el derecho a equivocarse en su selección contratando incluso a un aspirante menos capaz. Sólo el respeto al principio de no discriminación constituye el límite a su toma de decisiones. Lo habitual será que el empresario privado contrate con libertad y sin necesidad de exteriorizar las razones que la motivaron. No existirá tampoco ningún órgano de selección para llevar a cabo la contratación y si existe estará sometido en todo a su personal decisión. En este contexto los prejuicios del empresario, más allá de su derecho a equivocarse en la persona elegida, pueden dar lugar a prácticas discriminatorias.

La edad como límite de acceso al empleo

Con la mayoría de edad a los 18 años el joven se emancipa y adquiere plena capacidad de obrar, art. 314 y 315 Código Civil.

Desde ese momento el joven puede libremente contratarse en el trabajo, art. 7 a) ET.

No obstante entre los 16 y 18 años los jóvenes emancipados, es decir aquellos independizados del hogar familiar, a los que por este motivo el art. 319 CC reputa como tales, también podrán contratar tal como prevé el art. 7 b) ET, dado que se presume autorización paterna para ello.

Y por supuesto, también pueden contratarse los menores entre 16 y 18 años no emancipados del hogar familiar, siempre que cuenten con autorización expresa de sus padres, art. 7 b) ET.

En ambos casos, la autorización expresa o tácita para trabajar se expande a toda toma de decisiones que el trabajador menor tenga que adoptar en el transcurso de su contrato de trabajo así como las referidas a su cesación.

No obstante existen determinadas tareas que por presentar riesgos específicos en materia de seguridad y salud laborales pueden encontrarse prohibidas a los menores o deben ser objeto de especial atención. Así el legislador:

- a) prohíbe en todo caso el trabajo a los menores en determinadas actividades productivas, las establecidas en el aún vigente Decreto de 26-7-1957 que puede encontrarse en <http://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1957/217/B00785-00797.pdf>
- b) en las demás actividades autorizadas para menores el empresario deberá evaluar el puesto de trabajo a desem-

peñar y si se aprecian riesgos específicos, contemplando como tales la falta de experiencia e inmadurez personal, impone la norma una detallada información al joven y a sus padres o representantes de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas frente a ellos.

Excepción al límite de edad para acceder al trabajo se encuentra en las actividades artísticas para las que, con autorización de sus padres o representantes legales, pueden ser prestadas por niños de cualquier edad, si bien será preciso que se cuente con expresa autorización administrativa para ello (art. 2.1 del RD 1435/1985).

En todo caso debe indicarse que los límites para trabajar por razón de edad no pueden ser considerados como causa de discriminación pues responden a la obvia necesidad de atender los intereses del menor y precisamente erradicar la explotación que supone situarles en el mercado de trabajo en un periodo de su vida destinado a su formación y desarrollo personal. En este sentido debe citarse el Convenio 138 de la OIT que fija la edad mínima de acceso al trabajo.

Y de modo más general debe de nuevo invocarse la directiva 2000/78 que en su art. 6.1 indica que:

“los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

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

Puede apreciarse por lo tanto que la edad en ocasiones actúa como seña identitaria que no puede justificar un trato desigual sin incurrir en discriminación, pero que en otras ocasiones:

- a) la edad interviene como elemento legitimador de un trato no igualitario por existir razones que así lo justifiquen. Es el supuesto analizado en la sentencia Wolf del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera que no constituye causa de discriminación el requisito de no cumplir 30 años a las personas que pretendan optar a un puesto de bombero establecido en la normativa del Estado Federal de Hessen.
- b) o bien se convierte incluso en argumento para que los poderes públicos ejerzan medidas de acción positiva para favorecer a determinados colectivos que por su edad precisamente se consideren más desfavorecidos en el acceso al empleo.

Discriminaciones en el empleo

Una vez contratado el joven para un determinado trabajo e integrado en la actividad productiva, debe indicarse que no existen para él, en comparación al resto de trabajadores, señas identitarias específicas por las que pueda ser discriminado.

Dicho de otro modo, la discriminación en el seno de la empresa opera por las mismas causas para los trabajadores jóvenes que para los de más edad.

Cuestión distinta es que su falta de experiencia en el trabajo y en su desarrollo personal les propicien como sujetos pasivos frente a determinadas conductas discriminatorias.

La empresa en su definición clásica es el conjunto de elementos materiales y humanos integrados y organizados por el empresario para la dispensa de bienes y servicios al mercado.

La empresa por ello es una unidad de convivencia entre personas, como también lo es la familia, el vecindario, la escuela etc.

En esa unidad de convivencia surgen conflictos interpersonales y también conductas discriminatorias y en unos y otros se podrá ver inmerso el joven trabajador.

Los conflictos interpersonales si su consecuencia son disputas puntuales, aún de gravedad, podrán ser objeto de corrección y represión a través del ejercicio del poder disciplinario por parte del empresario, sancionando incluso con el despido a la persona que las haya injustificadamente provocado.

Pero existen otro tipo de conflictos interpersonales que van más allá de una mera disputa, discusión, insulto, riña o pelea. Me estoy refiriendo al acoso.

Este tipo de conducta es especialmente odiosa por cuanto encierra una dosis relevante de intencionalidad de dañar a otra persona que adquiere por ello la connotación de víctima y que se lleva a cabo mediante actos continuados de hostigamiento que pretenden dañar la integridad personal del acosado.

Las directivas 2000/43 y 2000/78 definen el acoso del siguiente modo: “el acoso constituirá discriminación cuando se produzca o comportamiento no deseado relacionado con el (origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual), que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”

Y el art. 7 de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres establece que:

- 1) “Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
- 2) Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
- 3) Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
- 4) El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.”

Dichas normas definen el acoso como causa de discriminación por tener su origen en un acto de hostigamiento ante una persona que presenta una determinada seña identitaria y que es el motivo por el que resulta acosada.

Pero junto a este tipo de acoso genuinamente discriminatorio existe otro acoso que se podría sin más calificar de laboral en el que la víctima no presenta ninguna seña identitaria que pudiera ser el origen del hostigamiento. Se trata de aquellos casos en los que las relaciones interpersonales en la empresa llegan a tal punto de deterioro que derivan en situaciones que como acoso laboral podrían calificarse del siguiente modo: “toda conducta no deseada, que en el marco de una relación de trabajo tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

Obviamente el acoso va más allá que las disputas interpersonales caracterizándose por ser tal su intensidad que lo que se construye es un entorno espacial, social y temporal de hostigamiento capaz de mermar la dignidad de la persona acosada.

Y un dato relevante del acoso es que puede manifestarse en la relación entre el empresario y el trabajador pero también entre compañeros de trabajo. Por lo tanto así como los conflictos laborales finalmente quedan siempre reconducidos a una disputa del trabajador frente al empresario con motivo de la relación de trabajo, el acoso en cambio puede tener lugar:

- a) en las relaciones entre empresario y trabajador. Puede darse incluso la circunstancia de que el acosado sea el mismo empresario (así se deduce del art. 54.1.g) ET que califica como causa de despido el acoso tanto al empresario como a las personas que trabajan en la empresa). No obstante lo más habitual será que el acosador sea el empresario de forma directa o bien dando órdenes de acosar
- b) en las relaciones interpersonales establecidas en el seno de la empresa en las que el empresario no ocupe una posición de agente activo de la controversia. Así ocurre cuando el acosador es un compañero de trabajo. En tales casos la imputación de responsabilidad recaerá en ese compañero acosador sin perjuicio de las posibles responsabilidades del empresario cuando sabedor de ello lo consintió o cuando no adoptó las medidas precisas para atender los riesgos psicosociales que pudieran existir en su empresa.

Los medios de defensa frente a conductas discriminatorias

Las personas que sufren discriminación por cualquiera de las señas identitarias dignas de protección se sienten extremadamente desvalidas y son en muchas ocasiones reacias a hacer valer sus derechos a un trato digno porque consideran que no van a ser creídas y no van a poder acreditar su posición.

No les falta razón desde el momento en que nunca quien discrimina o quien acosa reconoce su conducta sino que intenta ocultarla o disfrazarla mediante las más variadas razones exculpatorias. Nadie es racista o misógino y son siempre otras las razones que “avalan” su conducta.

Por eso el principal escollo que encontramos a la hora de solventar este tipo de problemas es la existencia soterrada de muchos de ellos que no reciben la respuesta adecuada porque quien sufre

la discriminación o el acoso es incapaz de salir al exterior demandando ayuda.

Esta situación ha sido conocida y reconocida institucionalmente al punto de que una de las medidas que impulsaban las directivas 2000/43 y 2000/78 era su divulgación en todo el territorio incluidos los lugares de trabajo, para que fueran conocidas por las personas a las que están destinadas.

La actuación del legislador nacional cuando se traspusieron estas normas no pudo ser más desastrosa al ser el silencio y la correlativa falta de información la pauta dominante. Tampoco los agentes sociales colaboraron activamente en su publicitación.

La situación cambió con la LO 3/2007 de Igualdad que si recibió un tratamiento mediático e institucional relevante.

Resulta por lo tanto preciso que los poderes públicos sigan asumiendo el mandato de divulgación de estos derechos que imponían las directivas comunitarias y hagan saber a los ciudadanos que la discriminación por cualquiera de las señas identitarias dignas de protección, está prohibida y que quien haya sido víctima de discriminación o de acoso va a encontrar respaldo en estos poderes públicos.

Y con relación a los jóvenes que acceden a un empleo este deber es aún más acuciante. Sin duda el objeto de estas reflexiones presenta como finalidad última contribuir a que así sea proporcionando pautas a quienes por su relación con la juventud pueden transmitir estas reflexiones.

¿De qué se debe informar al joven en materia de discriminación?

- 1) De que toda conducta discriminatoria, incluido el acoso, esta absolutamente prohibida por la ley.
- 2) De que para resolver estas situaciones de discriminación tienen derecho y pueden efectivamente recabar la protección de los poderes públicos.
- 3) De que los poderes públicos: las administraciones locales, autonómicas y estatal y el poder judicial cuentan con los instrumentos precisos para dar una respuesta positiva a sus demandas.
- 4) De que si reclaman no pueden por ello sufrir ningún tipo de represalias.

En este iter, desde que el joven es discriminado hasta que se ve amparado en sus derechos, lo ideal es que además de recibir la información precisa cuente con el apoyo de las organizaciones de la sociedad civil, se llamen sindicatos o se trate de organizacio-

nes no gubernamentales que tengan como fines la lucha contra algún motivo de discriminación, tal como preconizan las directivas comunitarias antes referidas. Es importante que el joven no esté solo en el camino que emprende y pueda contar con el consejo y la experiencia de otros que pueden ayudarle a configurar la estrategia más adecuada al caso.

Y en este camino deberán valorarse la toma de decisiones de variado signo. En ocasiones quizá baste con la apertura de un marco de diálogo entre quien discrimina y la víctima, en otras será preciso buscar la mediación de terceros (las administraciones públicas quizá pueden jugar un importante papel en ello) y finalmente en otros casos será preciso recabar la tutela directa de los poderes públicos.

Si es ésta la solución que se dibuja más adecuada deberán entonces valorarse las que ofrece la legislación que en el marco de las relaciones laborales son esencialmente dos, no por ello excluyentes: formular una denuncia ante la Inspección de Trabajo o presentar una demanda ante la jurisdicción social.

Corresponde a la Inspección de Trabajo vigilar y exigir el cumplimiento de las normas laborales de todo tipo, art. 3.1 Ley 42/1997 y cuenta para ello con facultades y medidas de advertencia y requerimiento al sujeto responsable de las mismas así como para iniciar procedimiento administrativo que finalizará con resolución de la autoridad laboral impositiva de la correspondiente sanción.

Debe tenerse en cuenta que el RD Leg. 5/2000 sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social considera faltas muy graves, art. 8.11 y 12, tanto los actos del empresario contrarios a la intimidad y consideración debida de los trabajadores, como las decisiones empresariales que impliquen discriminación por cualquiera de las causas referidas en el art. 17 ET. Y además en sus apartados 13 y 13 bis se consideran faltas también muy graves el acoso sexual y el acoso por cualquiera de las señas identitarias protegidas de discriminación.

Si se aprecia la existencia de infracción la sanción que por falta muy grave corresponde oscila entre 6.251 euros en su grado mínimo y 187.515 euros en su grado máximo, art. 40.1.c) de esta ley.

Corresponde a la jurisdicción social conocer de las controversias entre empresarios y trabajadores que traigan causa en el contrato de trabajo, art. 2 a) LPL y por lo tanto le corresponde conocer de todos los litigios en los que se cuestione por parte del trabajador haber sido objeto de discriminación o acoso tanto por parte del empresario como por parte de algún compañero de trabajo.

Y dentro del marco competencial de esta jurisdicción las soluciones que pueden encontrarse son variadas dependiendo de la materialización del acto discriminatorio o del acoso ya que:

- Puede ocurrir que se haya discriminado al trabajador procediendo a su despido. Vgr. trabajadora que es despedida al conocer el empresario que está embarazada. En tales casos lo que se reivindicará es la nulidad del despido y la reposición del trabajador en su puesto de trabajo y mismas condiciones que disfrutaba con anterioridad incluyendo el abono de los salarios de tramitación dejados de percibir.

- Puede ocurrir que el trabajador se vea discriminado en las condiciones de trabajo incluido el salario. En tal caso el objeto de su reclamación consistirá en que además de declararse la nulidad de tal situación se le coloque en paridad de condiciones que a los demás empleados. Pero alternativamente podrá pedir que su contrato se vea resuelto con derecho a indemnización.

- Puede también ocurrir que el trabajador haya sido sujeto pasivo de acoso, sexual por razón de sexo o laboral. En tal caso además del reconocimiento del acoso podrá optar entre pedir que cese el acoso o la resolución indemnizada de su contrato.

Por lo tanto, lo que el legislador pretende es que ante cualquier supuesto de discriminación incluido el acoso se obtenga del juez un pronunciamiento que, conforme el art. 180 LPL:

- Reconozca el hecho discriminatorio o el acoso sufrido, lo que ya de por sí constituye una victoria moral importante para la víctima.
- Ordene al causante de la discriminación o del acoso el cese inmediato en su conducta.
- Reponga a la víctima en la situación anterior a ser discriminada o acosada.
- Le indemnice por los daños morales y materiales causados con la indemnización que corresponda, indemnización que además es compatible y adicional a la que le pudiera corresponder en caso de despido o de resolución de contrato.

Y además como garantía adicional el legislador, como ya hemos visto reconoce, art. 17.1 ET, que serán nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada por éstos en la empresa, ante la administración o judicial. Lo que significa que

nadie por el hecho de reclamar sus derechos frente a la discriminación o el acoso, puede ser objeto de represalia de ningún tipo, lo que le blindará frente a futuras conductas en tal sentido del empresario en su contra, pudiéndose decir que aquel que ha sido objeto de discriminación o acoso y reclama sus derechos, está sin duda más protegido que aquel que fue discriminado o acosado y nunca denunció.

Conclusiones

Este artículo ha pretendido esencialmente dar a conocer cómo en el seno de la empresa es posible para los trabajadores ejercitar sus derechos fundamentales y obtener reales medidas de protección frente a los actos discriminatorios que puedan verse obligados a soportar.

En este marco se han analizado las diversas señas identitarias protegidas frente a la discriminación y el acoso así como éstas pueden afectar a los jóvenes que acceden a su primer empleo. Tras ello se han fijado las pautas identificativas de lo que debe entenderse por discriminación y acoso para finalmente indicar las distintas alternativas que ofrece el ordenamiento jurídico para alcanzar una adecuada protección para estos derechos.

Se ha hecho también hincapié en que una de las mayores dificultades que encuentra la lucha contra la discriminación y el acoso es precisamente la falta de información que los ciudadanos, y en este caso los jóvenes, tiene de sus derechos.

Se considera por ello primordial que todos colaboremos desde nuestra posición y posibilidades a informar y formar en estas cuestiones y especialmente en alentar a todo aquel que ha sufrido episodios de discriminación y/o acoso, que no está solo y que cuenta con el respaldo de las instituciones obligadas a su protección.

Abreviaturas

CC	Código Civil
CE	Constitución Española
ET	Estatuto de los Trabajadores
LO	Ley Orgánica
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
OIT	Organización Internacional del Trabajo

RD	Real Decreto
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea