



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Discriminación en los procesos de selección laboral en la Unión Europea

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

JAVIERA ALVAREZ VERA

FRANCISCA ZAMORANO SARIEGO

PROFESOR GUÍA: ANA MARÍA MOURE PINO

SANTIAGO DE CHILE
2018

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE ABREVIATURAS	4
RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA EUROPEO.....	10
1. Principio de Igualdad de Trato.....	10
1.1. Delimitación del concepto de Igualdad en la Unión Europea.....	10
1.2. Principio de igualdad de trato: evolución y regulación en países europeos.....	12
1.3. Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo.....	20
2. Fuentes Normativas en materia de Igualdad de Trato y No discriminación.....	24
2.1 En el derecho de la Unión Europea. Normativa aplicable.....	24
2.1.1. Tratado de la Unión Europea.....	25
2.1.2. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.....	25
2.1.3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	26
2.1.4 Pilar Europeo de Derechos Sociales.....	27
2.1.5. Análisis sobre la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.....	29
2.2 En materia laboral y de derechos de los trabajadores.....	30
2.2.1. Convenio 111- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo.....	30
3. Tratado de la Unión Europea. Normativa aplicable.....	33
3.1. Prohibición de discriminación por género.....	33
3.2. Prohibición de discriminación por origen racial o étnico.....	36
3.3. Prohibición de discriminación por religión o convicciones personales.....	40
3.4. Prohibición de discriminación por discapacidad.....	45

3.5. Prohibición de discriminación por edad.	48
3.6. Prohibición de discriminación por orientación sexual.	51
CAPÍTULO II: LOS PROCESOS DE SELECCIÓN LABORAL Y SU INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS ANTIDISCRIMINATORIAS.....	55
1. Conceptos Básicos sobre la Discriminación Laboral en los Procesos de Selección.....	55
1.1. Etapa de Preselección.....	56
1.2 .Etapa de Selección.....	57
1.3. Contratación y desarrollo profesional dentro de la empresa.....	58
2. Prácticas Discriminatorias en las Etapas de Selección de Personal.	59
2.1. En ofertas de Trabajo.	59
2.1. En entrevistas profesionales: Actos arbitrarios por parte de los empleadores.	62
2.2 Exámenes médicos solicitados en etapas previas a la selección laboral.....	64
2.3. Pruebas y test profesionales utilizados como mecanismos de exclusión infundados en la contratación de personal.	68
3. Nuevas Formas de Discriminación por parte de los Empleadores.....	69
3.1. E- recruitment o reclutamiento 2.0: moderno mecanismo de búsqueda de candidatos para un puesto de trabajo.	69
3.1.1. Obtención de datos personales vía Facebook.....	71
3.1.2. Agencias intermediarias en la relación laboral: agencias de colocación y selección de personal.	80
4. Mecanismos adoptados por la Unión Europea para luchar contra la Selección de Personal Sesgada.....	82
4.1. Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.	82
4.2. Oficina Europea de Selección de Personal (EPSO).....	85
4.3. Estrategia Europea sobre el Empleo (EEE).	86
4.4. Fondo Social Europeo (FSE).	89
4.5. El Defensor del Pueblo Europeo.	91

CAPITULO III: ¿CÓMO REACCIONA EL DERECHO ANTE TALES DISCRIMINACIONES? 93

1. Libertad de Circulación Laboral en la UE.	93
1.1 Movilidad laboral y normativa que la ampara.	93
1.2 Excepciones legales a la movilidad laboral ¿Pueden considerarse arbitrarias?.....	100
1.3 Restricciones prácticas a la movilidad laboral.....	106
1.3.1. Barreras lingüísticas en las ofertas laborales y en el ejercicio de un empleo.	106
1.3.2 La problemática de la diferencia en la calidad de los sistemas de educación y el reconocimiento de títulos profesionales.	107
1.3.3 Diferencias en la identidad cultural como impedimento a la migración de trabajadores.	109
2. Jurisprudencia. Casos fallados por el Tribunal de Justicia Europea (TJUE) sobre discriminación en los procesos de selección laboral y normativa aplicable.	111
2.1. Breve acercamiento sobre la función del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).	111
2.2 Breve acercamiento sobre la función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).	115
2.3 Normativa sobre Discriminación en procesos de selección laboral: Aplicación en fallos emitidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).	118
2.3.1. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-566/10. República Italiana/ Comisión Europea- República de Lituania- República Helénica.	118
2.3.2. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-416/13. Mario Vital Pérez/ Ayuntamiento de Oviedo.	121
2.3.3 Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-414/16. Vera Egenberger/ Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV.....	125
REFLEXIONES FINALES	129
BIBLIOGRAFÍA.....	135
ANEXO 1	154
ANEXO 2	158
ANEXO 3	161

TABLA DE ABREVIATURAS

AUE	Acta Única Europea
CE	Consejo de Europa
CECA	Comunidad Europea del Carbón y el Acero.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CNUDPD	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
CT	Código del Trabajo
EEE	Estrategia Europea sobre el Empleo
EEES	Espacio Europeo de Educación Superior
EPSO	Oficina Europea de Selección de Personal
EUROTAM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FRA	Agencia de Derechos Fundamentales
FSE	Fondo Social Europeo
HISPACOOOP	Confederación Española De Cooperativas De Consumidores Y Usuarios.
ILO	Oficina Internacional del Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
SPE	Servicios Públicos de Empleo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TPE	Tarjeta Profesional Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

TABLA DE ABREVIATURAS EN BIBLIOGRAFÍA

<i>Et al.</i>	Y otros autores.
Ibíd	Mismo autor, obra y página que la cita inmediatamente anterior, variando sólo la página.
Ídem	Mismo autor, obra y página que la cita inmediatamente anterior.
Nº/ nº	Número.
Ob. Cit.	Obra ya citada, siempre y cuando no sea la inmediatamente anterior.
P./ pp.	Página/ Páginas.

RESUMEN

Una de las maneras más tradicionales de analizar la discriminación laboral es vislumbrando los acosos que muchas veces deben sufrir las/los empleados, o analizando los despidos injustificados. Sin embargo, la discriminación también puede concurrir en etapas previas a la selección de personal. El presente trabajo tiene como finalidad abordar desde una perspectiva jurídica la discriminación en las etapas previas a la contratación de trabajadores dentro de la Unión Europea, a través de datos y estadísticas empíricas. En el primer capítulo abordaremos el principio de igualdad de trato y la normativa respectiva aplicable a nuestro caso en concreto. Además, haremos un breve análisis de los distintos tipos de discriminación sufridos por los empleados. En el segundo capítulo veremos la forma de cómo se segrega a los trabajadores por parte de los empleadores en las distintas etapas de selección laboral, y el conjunto de medidas o herramientas institucionales que ha creado la Unión Europea para combatir la desigualdad de trato. En el tercer capítulo, trataremos las restricciones que se han impuesto a determinados grupos de personas, para luego, averiguar si se encuadran como casos de discriminación laboral. Por último, repasaremos jurisprudencia que se ha fallado por los Tribunales europeos al respecto para verificar cómo han respondido éstos frente a la exclusión arbitraria de personal.

Palabras claves: Discriminación laboral – Procesos de selección – Unión Europea – Movilidad laboral – Barreras laborales.

INTRODUCCIÓN

Posterior a la Segunda Guerra Mundial y tras la devastación que significó la misma para gran parte de los países europeos, surge entre éstos la necesidad de crear un espacio económico y político común en donde primeramente existiera apoyo monetario entre los países afectados, premisa que fue evolucionando hasta alcanzar la cooperación en lo referente a medidas sociales, políticas e incluso medio ambientales.

Es así como surge la Unión Europea¹ como una organización internacional política, económica y social, compuesta por 28 países pertenecientes al continente europeo, que posee valores y principios comunes que operan como directrices para el desarrollo de la vida de sus ciudadanos. Dentro de estos se encuentra el valor de la igualdad entre todas las personas independiente del Estado miembro al cual pertenezcan, principio que se aplica a todo ámbito, incluyendo al mercado laboral.

Para llevar a cabo lo anterior, la Unión Europea, en adelante UE, establece dentro de sus objetivos la promoción del bienestar de sus ciudadanos, combatiendo la exclusión social y la discriminación. Este último fenómeno tiene un alcance amplio, ya que afecta todas las áreas de la vida de una persona en sociedad. Es así como también en el ámbito del empleo existen prácticas que afectan no solo al desarrollo profesional de una persona, sino también en su bienestar particular, el de su familia y entorno; prácticas discriminatorias que van variando según el avance del tiempo, las sociedades y la tecnología.

Por tal motivo es que se señala que *“a medida que los mercados de trabajo evolucionan, también deben evolucionar los sistemas de protección social a fin de garantizar que el modelo social europeo esté preparado para el futuro y permita a las sociedades y economías de la Unión aprovechar al máximo el mundo del trabajo en*

¹ En un principio denominada Comunidad Económica Europea (CEE). Tras la firma del Acta Única Europea en 1986 y la consiguiente reforma al Tratado de Roma pasó a llamarse Comunidad Europea. Posteriormente, el 01 de noviembre de 1993 nace oficialmente la Unión Europea al entrar en vigor el Tratado de Maastricht.

el futuro."² No obstante que las políticas de empleo correspondan a los gobiernos nacionales, la UE coordina y supervisa dichas medidas, con el objetivo de fomentar la integración entre los trabajadores europeos, su formación, capacitación, promover la movilidad laboral dentro del continente, garantizar regímenes de seguridad social y por sobre todo, velar por la correcta aplicación de la normativa de la Unión en lo relativo al respeto de los Derechos de los trabajadores, permitiendo crear en el continente europeo un sistema de protección a los trabajadores sólido y eficaz, que permita a todos sus ciudadanos ejercer de forma libre e igualitaria el derecho al trabajo.

Si bien los principios de no discriminación e igualdad de trato se encuentran amparados en la normativa europea por una serie de Tratados y Directivas, en la práctica resultan ineficientes ya que los actos arbitrarios y basados en discriminaciones injustificadas continúan ocurriendo. Es así como los trabajadores de la Unión Europea se ven enfrentados a procesos de selección laboral arbitrarios, alejados de toda legalidad y sesgados por estereotipos profesionales y sociales que se alejan de los valores defendidos por la Unión Europea. Es común que los empleadores realicen prácticas en entrevistas de trabajo, test profesionales e incluso en exámenes médicos, que atenten contra el principio de igualdad de trato e incurran en discriminaciones en base a la edad de una persona, su situación social, su nacionalidad, la raza u origen étnico, su condición sexual, estado civil, la religión que profese, si presenta algún grado de discapacidad o si es susceptible de padecer alguna enfermedad.

Como se analizará más adelante, las principales barreras a las que se enfrentan los trabajadores de la Unión son las ofertas de empleo no publicadas en todos los idiomas de los Estados miembros de la UE, solicitudes de información perteneciente a la vida íntima y familiar de los candidatos a puestos de trabajo, exigencias desproporcionadas para las funciones que debe ejecutar el trabajador en el cargo

² MONEREO, José. Ciclos vitales y Seguridad Social: trabajo y protección social en una realidad cambiante. *Revista del Ministerio del Trabajo e Inmigración*, 2008, no 74, pp 49-174. citado por: MONEREO, José. Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2018, vol. 8, no 2, p. 266.

que postula, entrevistas de trabajo sesgadas por prejuicios inherentes a las calificaciones y capacidades profesionales de un candidato, el no reconocimiento de los grados académicos obtenidos en el país de origen del postulante, como también medidas políticas tomadas por ciertos Estados miembros en contra de ciudadanos croatas, tras su reciente incorporación a la Unión Europea.

La legislación europea reconoce que no toda discriminación es considerada negativa para el mercado laboral, pero sí lo es aquella que es injustificada y arbitraria. En este contexto, cabe preguntarse cuáles son las prácticas que pueden considerarse discriminatorias en un proceso de selección laboral llevado a cabo por los Estados miembros de la Unión Europea, cuáles son las causales de discriminación prohibidas por la normativa europea, y por último, cómo reacciona la UE frente a este fenómeno y a través de qué instituciones y medidas garantiza el respeto al principio de igualdad y de no discriminación. Dichas interrogantes comprenden los objetivos de este trabajo, pretendiendo sintetizar y analizar el resguardo de la Unión Europea a éstas garantías, haciendo presente que el tema de la discriminación tiene efectos amplios, no solo para la persona afectada por el acto discriminatorio, sino también tiene efectos en la creación de medidas jurídicas y políticas en el continente europeo, en miras de construir un verdadero espacio político, económico y social, en donde sus ciudadanos puedan llevar un nivel de vida adecuado y así, alcanzar el bienestar personal y social.

CAPÍTULO I: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA EUROPEO.

1. Principio de Igualdad de Trato.

1.1. Delimitación del concepto de Igualdad en la Unión Europea.

Dentro de los diversos objetivos de la Unión Europea se encuentran el proteger la paz, los valores y el bienestar de sus ciudadanos, siendo considerada una entidad geopolítica que tiene como principios rectores la unidad y la igualdad, y que emerge como una comunidad garante de paz en una Europa marcada por las guerras entre países vecinos³. Por consiguiente, la Unión surge como un espacio en donde los derechos de sus ciudadanos son resguardados con el fin de que realicen pleno ejercicio de estos, gocen de herramientas e instituciones que favorezcan el respeto a dichas garantías y no se vean expuestos a situaciones arbitrarias e injustificadas que resulten perjudiciales para el desarrollo normal de la vida de sus ciudadanos.

Se entiende que al hablar del valor de la igualdad en el modelo social de la Unión, se garantiza que todos los ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea tengan los mismos derechos ante la ley, replicándose dicha garantía en los diversos ámbitos de sus vidas. A partir de lo anterior, la igualdad resulta ser un pilar fundamental en las políticas sociales, económicas y laborales de la Unión Europea⁴.

Para un primer acercamiento, es necesario definir qué se entiende por igualdad y por sobre todo, cómo se aplica la igualdad de trato en materia laboral. Si bien se

³ BORCHARDT, Klaus-Dieter. El ABC del Derecho de la Unión Europea. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011. p. 23.

⁴ UNIÓN EUROPEA. Objetivos y valores de la UE. [En línea] <https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es> [Consulta: 04 de mayo de 2018]

considera un concepto amplísimo y hasta para algunos autores *“un concepto escurridizo y sin cristalizar, cuyo contenido y cuyo alcance varían según el país y con el paso del tiempo, debido sobre todo a la influencia de las circunstancias económicas, sociales y culturales”*⁵, es menester acotar su significado para poder alcanzar un concepto de discriminación, toda vez que dependiendo de qué se entienda por igualdad se pueden reconocer los actos arbitrarios e infundados que afectan a la ciudadanía europea y del resto del mundo.

Según el Catedrático de Derecho y Director del Clare College de Cambridge, Bob Hepple⁶, el concepto de igualdad tiene dos dimensiones: la igualdad como coherencia, en la cual quienes son iguales deben tratarse de manera igual, y por otra parte, la igualdad sustantiva o material que abarca tres enfoques diferentes relativos a la igualdad de resultados, la igualdad de oportunidades y la igualdad humana. Para efectos de este trabajo, la igualdad de oportunidades surge como la perspectiva que debe analizarse en detalle.

Freedman citado por Hepple, señala que este concepto de igualdad evoca la metáfora de los corredores de carreras, y *“afirma que la verdadera igualdad no puede lograrse si hay personas que empiezan la carrera en lugares diferentes, por lo cual, el planteamiento de la igualdad de oportunidades aboga por que los lugares de salida sean iguales”*⁷. De esta forma, se visualiza la igualdad entre los ciudadanos si cuentan con las mismas posibilidades y condiciones para desenvolverse en distintos ámbitos de su vida, sin que existan de antemano prejuicios o limitaciones que restrinjan el libre acceso a las oportunidades.

Dicha garantía fundamental se encuentra respaldada por el Derecho de la Unión Europea a través de dos vías. La primera, por medio del derecho originario, *“el cual*

⁵ TOMEL, Manuela. Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, 2003, vol. 122, no 4, p.451

⁶ HEPPLÉ, Bob. Igualdad, representación y participación para un trabajo decente. *Revista Internacional del Trabajo*, 2001, vol. 120, no 1, pp. 6-12.

⁷ FREEDMAN, Sandra. A critical review of the concept of equality in UK anti-discrimination law. En: Independent Review of the Enforcement of UK Anti-Discrimination Legislation, Working Paper núm. 3. Cambridge, Centre for Public Law, Universidad de Cambridge; párrafo 3.12. citado por: HEPPLÉ, Bob. Igualdad, representación y participación para un trabajo decente. *Revista Internacional del Trabajo*, 2001, vol. 120, no 1, p.10.

*cuenta con una serie de disposiciones expresamente dirigidas a proteger la igualdad de trato en determinados ámbitos materiales*⁸; mientras que la segunda, llamado derecho derivado, *“el cual desarrolla su contenido a través de las normas establecidas sobre dichas bases jurídicas.”*⁹ Otro método mediante el cual la UE garantiza el respeto a dicho principio, es por medio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la cual ha hecho extensiva la igualdad de trato a materias concernientes a la educación, políticas sociales y de empleo.

1.2. Principio de igualdad de trato: evolución y regulación en países europeos.

En cuanto a la regulación del principio de igualdad, cabe señalar que se desarrolló de forma paulatina, ya que en un comienzo el valor de la igualdad se relacionaba con el objetivo propio de la formación de la UE, es decir, la defensa de intereses puramente económicos. Por tal razón, no fue tema de relevancia en sus tratados fundacionales. Es así como posterior al fin de la Segunda Guerra Mundial, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)¹⁰ incluía solo la igualdad en razón de sexo y en razón de nacionalidad.

Respecto a la igualdad por razón de nacionalidad, en el artículo 69 del Tratado de París constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) se establecía:

“Los Estados miembros se comprometen a suprimir toda restricción, por motivos de nacionalidad, respecto del empleo, en las industrias del carbón y del acero, de los trabajadores nacionales de uno de los Estados miembros de reconocida capacitación profesional en el campo del carbón y del acero, sin

⁸ REQUENA, Millán. La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios. *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2011, vol. 15, no 40, p. 768.

⁹ Ídem.

¹⁰ Compuesto por Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, quienes iniciaron la construcción del proyecto comunitario que tenía por fin recuperar la economía posterior a la Segunda Guerra Mundial.

perjuicio de las limitaciones que resulten de las exigencias fundamentales de salud y de orden público.”¹¹

La norma se deriva del derecho a la libre circulación de los trabajadores, lo que demuestra la motivación económica detrás de la existencia del artículo en comento y la poca importancia otorgada a la dimensión social y política de la libertad individual de cada persona.

Respecto a la igualdad por razón de sexo, el artículo 119 del Tratado de Roma¹², constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) menciona: *“Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.”*

La referencia a la igualdad de remuneraciones tiene un alcance limitado en dicha norma, imperando motivos económicos con el fin de salvaguardar la libre competencia en el mercado, sin que resulte afectada por desigualdades laborales o condiciones de trabajo no equitativas.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa (CEDH)¹³ tiene por fin resguardar los derechos civiles y políticos propios de un Estado de Derecho tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, la libertad de expresión, la prohibición de torturas y de tratos inhumanos, el respeto a la vida privada y familiar, entre otros derechos clásicos, apareciendo el derecho a la igualdad como garantía de tales derechos.

El artículo 14 de la CEDH establece:

¹¹ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). París, Francia, 26 de julio de 1952. Art. 69.

¹² El 25 de marzo de 1957, se firmó uno de los Tratados más importantes en la Historia de la Unión Europea: el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM).

¹³ Roma, 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor en 1953.

“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”¹⁴

El mencionado artículo no establece la igualdad como Derecho fundamental autónomo sino que establece una prohibición de discriminación para el ejercicio de los derechos sociales y políticos consagrados en el Convenio, permitiendo a todos los ciudadanos miembros de la Unión Europea el goce de estos derechos sin distinción de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas, pertenencia a una minoría, fortuna, o cualquier otra característica o situación.

En 1961 el Consejo de Europa adopta la Carta Social Europea, la cual contiene derechos culturales, económicos y sociales, tales como la igualdad de trato y la prohibición de discriminación. Sin embargo, la igualdad sigue sin ser reconocida como un valor independiente, sino que se encuentra supeditada a la prohibición de discriminación arbitraria por razón de sexo y a la igualdad de trato para trabajadores emigrantes.

El Acta Única Europea (AUE), firmada el 17 de febrero de 1986 en Luxemburgo, cuya función es revisar los Tratados de Roma con el objetivo de modificar las normas de funcionamiento de las instituciones europeas y ampliar las competencias

¹⁴ CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. El texto del Convenio fue anteriormente modificado por las disposiciones del Protocolo nº 3 (STE nº 45), que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970, del Protocolo nº 5 (STE nº 55), que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971 y del Protocolo nº 8 (STE nº 118), que entró en vigor el 1 de enero de 1990. Incluía asimismo el texto del Protocolo nº 2 (STE nº 4) que, de conformidad con su artículo 5 párrafo 3, formaba parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo nº 11 (STE nº 155), a partir de la fecha de su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998. Desde esa fecha, el Protocolo nº 9 (STE nº 140), que entró en vigor el 1 de octubre de 1994, quedó derogado y el Protocolo nº 10 (STE nº 146) quedó sin objeto. El texto del Convenio se presenta tal y como ha sido modificado por las disposiciones del Protocolo nº 14 (STCE nº 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010. Roma, 4.XI.1950. Art. 14.

comunitarias¹⁵, logra reactivar el proceso de construcción de Europa y afianza el mercado interior. Dicho instrumento une las políticas netamente económicas con políticas sociales fundadas en los derechos reconocidos y amparados por las Constituciones de los Estados miembros, por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y por la Carta Social Europea.¹⁶ El logro principal del AUE es el incorporar derechos sociales y laborales a los Tratados ya existentes, promoviendo la protección social de los ciudadanos pertenecientes a la Unión Europea.

En 1989 la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, nace como herramienta para que los ciudadanos europeos se incorporen al mercado laboral, y de esta forma, logren una mejora en su calidad de vida y en sus trabajos. Además, incorpora el reconocimiento del derecho de igualdad a través de la regulación de la libre circulación de los trabajadores, el empleo y las retribuciones, la mejora de las condiciones de trabajo, la protección social, la libertad de asociación y de negociación colectiva, la formación profesional, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, la información a los trabajadores, su consulta y la participación, la protección de la salud y de la seguridad en el trabajo y la protección de los niños, los adolescentes, las personas de edad avanzada y las personas con discapacidad. A partir del reconocimiento de estos derechos sociales, se configura un conjunto de principios básicos y comunes a todos los trabajadores de los Estados miembro de la UE.

El artículo 2 del mismo Instrumento declara la libre circulación de los trabajadores, garantizando la igualdad por razón de nacionalidad:

¹⁵ OFICINA DE PUBLICACIONES. El Acta Única Europea: Summaries of EU legislation [En línea] <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0027>> [Consulta: 06 de mayo de 2018]

¹⁶ QUESADA, Rosa. La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos Del Consejo de Europa, a los Tratados y a La Carta de los Derechos Fundamentales de La Unión Europea. *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. pp. 57-64, 2007.

“El Derecho a la libre circulación permite a cualquier trabajador ejercer cualquier profesión u oficio en la Comunidad, en condiciones de igualdad de trato para el acceso al trabajo, las condiciones de trabajo y la protección social del país de acogida”¹⁷.

Mientras que el artículo 16 del mismo establece la igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo relacionado al empleo:

“Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.

Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares¹⁸”.

Con la suscripción del Tratado de Ámsterdam el 02 de octubre de 1997 y su posterior entrada en vigencia en mayo de 1999, se fortalece la idea de una Europa Social, obteniendo como resultado la cohesión de las políticas sociales de los Estados miembros, promoviendo de esta forma, el progreso social y económico de los Estados que componen la UE, garantizando la paz, la seguridad y el progreso de Europa.

En cuanto al derecho a la igualdad, el artículo 2 del Tratado de Ámsterdam reconoce:

¹⁷ CARTA COMUNITARIA DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES. Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989. Art. 2.

¹⁸ *Ibíd.* Art. 16

“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes... un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer...”¹⁹

Con la referencia realizada a la igualdad entre hombres y mujeres, se comienza a perpetrar como objetivo fundamental y transversal de la Unión Europea, garantizar la igualdad por razón de sexo, debiendo aplicarse a ámbitos comerciales, culturales, económicos y sociales, y de esta forma, promover la igualdad sustancial entre ambos sexos.

Lo anterior se fortalece con la dictación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de Europa en junio del año 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico y con la Directiva 2000/78/CE, del 27 de noviembre del mismo año, que establece un marco general en el empleo y la ocupación²⁰, las cuales permiten extender el ámbito de aplicación de las causas de discriminación prohibida, agregando el origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, orientación sexual, entre otras.

El punto de inflexión en el proceso de evolución y regulación del principio de igualdad en la UE, se produce de la mano del Protocolo Número 12 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 2000, el cual tiene como sustento el precepto fundamental de la igualdad según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual amparo ante ésta, otorgando importancia y protección a nivel internacional al derecho a la igualdad. Su objetivo fue promover la igualdad en la colectividad a través de la prohibición general de discriminación establecida en el

¹⁹ TRATADO DE AMSTERDAM. Amsterdam, Netherlands. 2 de octubre de 1997. Art. 2

²⁰ Ibid, p.60.

Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

El artículo 1º del mencionado instrumento establece la prohibición general de discriminación:

“El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública (...).”²¹

Según el Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del Boletín Oficial del Estado Español²², se menciona que:

“Aunque el principio de igualdad no aparezca explícitamente en el texto del artículo 14 del Convenio ni en el artículo 1 del presente Protocolo, conviene indicar que los principios de no discriminación y de igualdad están estrechamente ligados. Por ejemplo, el principio de igualdad exige que situaciones iguales se traten de manera igual y que situaciones desiguales de manera diferente. Toda vulneración a este respecto se considerará discriminación, a menos que exista una justificación objetiva y razonable...”²³;

De acuerdo a lo anterior, se parte de la base de que no toda distinción equivale a discriminación, sino aquella en que *“no se persigue un objeto legítimo o si no existe*

²¹ EL PROTOCOLO NÚMERO 12 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Roma, Italia, 4 de noviembre de 2000. Art. 1

²² Instrumento de ratificación del Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), Roma , 4 de Noviembre de 2000.

²³ Ídem.

*relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objeto perseguido*²⁴.

Otro efecto de establecer la prohibición general de discriminación en dicho Protocolo es el otorgar a las víctimas de situaciones en donde se vulnere el derecho a la igualdad de trato, la posibilidad de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a fin de salvaguardar sus derechos fundamentales. Por medio de este mecanismo, se empodera a los ciudadanos a reclamar ante el órgano jurisdiccional competente frente a casos que afecten sus garantías básicas y que representen un trato desigual respecto al resto de la colectividad.

El Consejo Europeo de Niza continuó fortaleciendo la idea de una Europa Social a través del Tratado de Niza²⁵ y mediante la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual carece de fuerza vinculante hasta la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa en 2009. No obstante, en el periodo en que no se establecía su obligatoriedad para los Estados miembros, se alzó como estandarte para la construcción de una Europa de los ciudadanos y sirvió como texto inspirador para los Estados y para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo invocada indirectamente en las reclamaciones ante dicho órgano.

El artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece:

*“Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”*²⁶.

²⁴ *Ibíd.*, p 4.

²⁵ Firmado el 26 de febrero de 2001, entrando en vigencia el 1 de febrero de 2003.

²⁶ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/01). Roma, Italia, 18 de diciembre de 2000. Art. 21.

Con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea pasó a ser jurídicamente vinculante. Ante esto, se impone a la Unión Europea el deber de hacerse cargo del respeto hacia los derechos fundamentales de sus ciudadanos y por sobre todo, garantizar el respeto a la Carta antes mencionada.²⁷

Los valores consagrados por dicho texto legal se agrupan en la dignidad humana, la libertad, la democracia, el Estado de Derecho, los Derechos Humanos y la igualdad de todas las personas ante la Ley, junto con la prohibición general de discriminación ya indicada. Estos objetivos constituyen los cimientos de la Unión Europea, sirviendo de directrices para la creación de planes, programas y políticas comunes que beneficien a los ciudadanos europeos.

1.3. Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo.

En materia laboral el principio de igualdad se ve reflejado en cuatro grandes pilares²⁸:

1. Educación, formación y aprendizaje permanente.
2. Igualdad de sexos.
3. Apoyo activo al empleo.
4. Igualdad de oportunidades.

En cuanto a la educación, formación y aprendizaje permanente, la Unión Europea asegura a todas las personas que estos procesos serán de calidad y se llevarán a cabo de forma inclusiva, con el objetivo de adquirir y reforzar capacidades de sus

²⁷ COMISIÓN EUROPEA. Justicia, ciudadanía y derechos fundamentales: Comprender las políticas de la Unión Europea. [en línea] <<https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/36f6c4b2-633b-413f-b776-d61127d72266/language-es>> [consulta: 15 de mayo de 2018]

²⁸ COMISIÓN EUROPEA. El pilar europeo de derechos sociales en veinte principios: Capítulo I: Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo.[en línea]<https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es#captulo-i-igualdad-de-oportunidades-y-de-acceso-al-mercado-de-trabajo> [consulta: 15 de mayo de 2018]

ciudadanos las cuales les permitan un correcto desarrollo tanto en su vida social como en su vida laboral.

Frente a la igualdad de sexos, la Unión establece la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres como uno de sus emblemas en la construcción de la Europa Social, garantizándolo en todos los ámbitos de la vida de las personas. Alguno de los tópicos sobre los cuales la Unión Europea ha legislado sobre este punto, abarca la igualdad de retribución para un trabajo equivalente, las condiciones labores, la participación en el mercado laboral y la posibilidad de desarrollar una carrera profesional.

El apoyo activo al empleo se relaciona con el esfuerzo en el que incurre la Unión Europea en fomentar las oportunidades laborales e instancias de trabajo a través de la asistencia en la búsqueda de empleo, informando a la comunidad y brindando auxilio en lo que respecta a temas laborales, centralizando dicho esfuerzo en personas jóvenes y desempleadas.

Por último, la igualdad de oportunidades hace referencia a que todos los ciudadanos de la Unión Europea puedan acceder al mercado laboral, que obtengan protección social, acceso a la educación y acceso a bienes y servicios disponibles independiente de su sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

De esta forma, la UE asegura que cualquiera de sus ciudadanos tenga derecho a trabajar en los distintos países miembros como si fuera ciudadano del mismo, es decir, bajo las mismas condiciones y sin tener que solicitar un permiso de trabajo, impidiendo que los empleadores invoquen algún tipo de restricción o aludan a criterios discriminatorios sobre la contratación de los ciudadanos de la Unión Europea²⁹. En razón de lo anterior, es que la igualdad de trato en el empleo se

²⁹ COMISIÓN EUROPEA. Igualdad de trato. [En línea]<<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=462&langId=es>> [Consulta: 23 de mayo de 2018]

considera una garantía básica para la inclusión en la colectividad europea, tanto en el ámbito social como laboral.

Las medidas tomadas por la Unión Europea para garantizar el derecho a la igualdad de trato en el empleo se ven reforzadas a partir del año 2000, con la adopción de la Directiva 2000/43/CE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ambas inspiradas en la legislación de la CEE en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Fueron creadas con el objeto de otorgar a quienes viven en la UE, protección jurídica eficaz en contra de la discriminación³⁰.

La Directiva 2000/43/CE fija una noción y a la vez una prohibición de incurrir en discriminación directa e indirecta, entendiendo a esta última como:

“Aquella producida por disposiciones o cláusulas de un convenio colectivo que, aun siendo aparentemente neutras, dan lugar a una desventaja particular a personas pertenecientes a grupos sociales con presencia demográfica relevante, definidos por los mencionados motivos de discriminación prohibida, salvo que tal decisión o práctica tenga justificación objetiva y en modo alguna motivad por móviles discriminatorios”³¹.

Prohíbe de igual forma el acoso laboral y otorga instrucciones para evitar discriminaciones por motivos raciales o étnicos. Contiene un amplio ámbito de aplicación, extendiéndose al empleo, formación, educación, seguridad social, salud, vivienda y acceso a bienes y servicios por parte de los trabajadores.

³⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Verde: Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada. Luxemburgo, Comunidades Europeas, 2004.p.6.

³¹ QUESADA, Ob. Cit., pp. 60-61.

La Directiva 2000/78/CE desarrolla específicamente la discriminación en el empleo y en la formación profesional, abarcando la discriminación directa e indirecta, la pertenencia a organizaciones de trabajadores y empresarios, el acoso en el trabajo e instrucciones para evitar la discriminación por motivos religiosos, por discapacidad, edad y orientación sexual³². Establece un marco general para la igualdad en el empleo y ocupación, incluyendo la proyección laboral.

Los instrumentos adoptados por el Derecho de la Unión Europea tienen como efecto la introducción de nuevas definiciones y conceptos jurídicos, la creación de organismos cuya función es velar por el respeto a la igualdad y el reforzamiento de los ya existentes, obligando a los Estados miembros a actualizar su legislación en materia de lucha contra la discriminación. En su conjunto, las Directivas manifiestan la real intención por parte de la organización internacional de consagrar el derecho a la igualdad como un derecho fundamental de las personas pertenecientes a la UE. En consecuencia, a partir de la adopción de ambos instrumentos se fortalece un derecho comunitario antidiscriminatorio de alcance general³³.

Dado lo anterior, y en virtud de que el concepto de igualdad de oportunidades y acceso al empleo se encuentra más delimitado, podemos acuñar una definición de discriminación en el trabajo, específicamente aquella otorgada por Manuela Tomei:

“la discriminación en el trabajo consiste en una diferencia de trato basada en las características personales de un individuo, como la raza o el sexo, y no en su perfil profesional, que puede ser el idóneo para el empleo de que se trate. Con ello se le impone una desventaja o se le niegan ciertos beneficios, prestaciones y oportunidades de que gozan otros miembros de la sociedad”³⁴.

Conjuntamente con la implementación de la nueva legislación que otorga protección jurídica en casos de discriminación en el ámbito laboral, se hace necesario la adaptación de los procesos de selección de personal y de las obligaciones de los

³² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Ob. Cit., p.6.

³³ QUESADA, Ob. Cit., p. 60.

³⁴ TOMEL, Manuela Ob. Cit, p. 442.

empleadores respecto a los trabajadores, estableciendo la eliminación de barreras de entrada a los puestos de trabajo, la supresión de prácticas arbitrarias y estimulando a los empleadores a adoptar medidas de acción positiva para lograr la igualdad de trato entre los trabajadores. No obstante, dicha igualdad debe presentarse tanto en la formación previa para el empleo, es decir, en todas las fases de educación del trabajador (desde la educación primaria hasta la educación superior), como también en los procesos de búsqueda, postulación, selección, incorporación, desarrollo y promoción del trabajador al puesto de trabajo, incluyendo el desarrollo y promoción profesional.³⁵

2. Fuentes Normativas en materia de Igualdad de Trato y No discriminación.

2.1 En el derecho de la Unión Europea. Normativa aplicable.

Como fue mencionado anteriormente, es menester aclarar que en el Derecho de la Unión Europea existe un derecho: “primario” y un derecho “derivado”. El primero, se encuentra constituido por los Tratados, los cuales establecen las bases o reglas fundamentales de toda la actuación de la Unión Europea; mientras que del segundo, nacen los principios y objetivos establecidos en los Tratados ratificados por los países miembros. El Derecho derivado lo componen los reglamentos, las directivas y las decisiones de los órganos de la Unión Europea.

Dentro del Derecho europeo también podemos encontrar los llamados “*Instrumentos no vinculantes*”, que son aquellos compuestos por las resoluciones o dictámenes.

En este trabajo nos remitiremos a analizar solo la legislación de carácter vinculante acorde con el tema central de la investigación.

³⁵ FUNDACIÓN ONCE. La igualdad de trato en el empleo: Guía práctica. [En línea] <https://www.fundaciononce.es/sites/default/files/docs/GUIA_IGDAD_TRATO_EMPLEO_FONCE_xK5_2.pdf> [Consulta: 01 de junio de 2018].

2.1.1. Tratado de la Unión Europea.

El Tratado de la Unión Europea establece en su artículo segundo, una serie de valores en que la Unión fundamentará sus acciones tales como la democracia, la dignidad humana, el respeto a los derechos fundamentales, entre otros. Se señala también que dichos valores son consignas propias de una sociedad que se basa en la no discriminación y en el respeto por las minorías.

Resulta necesario hacer una mención a este Tratado, porque establece la base en que se asentarán las disposiciones que se nombrarán a continuación. Es decir, toda la normativa internacional que se dicte sobre un ámbito en específico –en este caso, la discriminación- deberá ser acorde con los principios formativos establecidos en el Tratado de la Unión Europea.

2.1.2. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El artículo 19 N° 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) establece una prohibición general de no discriminación:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá 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.”³⁶

Pese al avance que supuso dicho artículo, esta disposición expone una serie de limitaciones en cuanto a su aplicación normativa. En primer lugar, y a nuestro parecer, uno de sus mayores problemas, es su carácter exhaustivo, el cual no permite realizar una interpretación extensiva u aplicarlo por analogía a otros motivos

³⁶ TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. Roma, Italia, 25 de marzo de 1957. Art. 19.

de discriminación que puedan ir surgiendo con el devenir de ciertas circunstancias o con el avance natural de la sociedad humana.

Por otra parte, tal como dice Millán Requena³⁷, el artículo 19 TFUE solamente constituye una norma que faculta al Consejo para adoptar medidas legislativas para combatir la discriminación por los motivos que allí se establecen. Por tanto, la aplicación del artículo 19 TFUE carece de efecto directo, por lo que la protección frente a las discriminaciones prohibidas solo se hace efectiva a través de las acciones adecuadas que adopte el Consejo (por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo).

Es importante señalar que el artículo 157 del TFUE, es una de las pocas disposiciones internacionales a nivel europeo que establece de manera concreta en qué consiste la igualdad salarial entre hombres y mujeres. Así, establece en su numeral N° 2, inciso segundo:

“La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida.

b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.”³⁸

2.1.3. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como ya fue tratado en lo referente a la regulación del principio de igualdad de trato en el derecho de la UE, el artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea señala:

³⁷ REQUENA Ob. Cit.

³⁸ TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNION EUROPEA. Ob. Cit.

“1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.”³⁹

Este artículo establece un principio general de no discriminación de forma muy similar al artículo 19 del TFUE, prohibiendo de forma abierta cualquier tipo de discriminación social, sin especificar medidas concretas de carácter positivo que puedan reducir las desigualdades de hecho que afecten a determinados colectivos.

2.1.4 Pilar Europeo de Derechos Sociales.

El pilar europeo de Derechos Sociales se proclama en la Cumbre Social de Gotemburgo en noviembre del 2017, y se plasma a través de una recomendación⁴⁰, (instrumento jurídico sin fuerza vinculante), la cual establece veinte principios y valores esenciales que sirvan de complemento a los Derechos ya reconocidos.

El contenido del pilar se materializa en tres grandes capítulos:

- a) igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo
- b) condiciones de trabajo justas
- c) protección e inclusión social, antes protección social adecuada y sostenible.

En cuanto a lo que se refiere nuestra tesis en particular, se hace necesario mencionar los valores establecidos en el Capítulo I (Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo), en sus apartados 3 y 4.

³⁹ CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Ob. Cit. Art. 21

⁴⁰ Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, Diario Oficial de la Unión Europea. (L 113/56)

“3. Igualdad de oportunidades

Con independencia de su género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público. Deberá fomentarse la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados.

4. Apoyo activo para el empleo

a) Toda persona tiene derecho a recibir asistencia personalizada y oportuna a fin de mejorar sus perspectivas de empleo o de trabajar por cuenta propia. Esto incluye el derecho a recibir ayuda para la búsqueda de empleo, la formación y el reciclaje. Toda persona tiene derecho a la transferencia de la protección social y el derecho a la formación durante las transiciones profesionales.

b) Los jóvenes tienen derecho a educación continua, una formación como aprendices, un período de prácticas o una oferta de empleo de buena calidad en los cuatro meses siguientes a quedar desempleados o finalizar los estudios. c) Las personas desempleadas tienen derecho a recibir una ayuda personalizada, continuada y adecuada. Los desempleados de larga duración tienen derecho a una evaluación individual detallada a más tardar a los dieciocho meses de desempleo.”

Está claro que en términos de política y de Derechos sociales, la creación de un Pilar Europeo trae consigo una valoración positiva. La Unión Europea requiere de reformas para enfatizar y armonizar principios que antes la sociedad no valoraba tanto, y es así como se ha hecho a lo largo de la historia. Tal como dice José Luis Monereo:

“La construcción del proyecto de la Unión Europea ha sido compleja transitando de la unilateralidad del mercado común europeo a la dimensión social del mercado; para pasar lenta y contradictoriamente a una fase

inconclusa de creación de un espacio jurídico-social europeo basado en la apuesta por la garantía multinivel de los derechos sociales fundamentales. Esa evolución es un exponente del carácter diacrónico del proceso de institucionalización de la política y del Derecho social de la Unión Europea”⁴¹.

La creación del Pilar Europeo de Derechos sociales ha permitido que la dimensión social vuelva a cobrar protagonismo en el marco europeo, y hace que los Derechos sociales se armonicen y visibilicen en un mismo instrumento. Sin perjuicio de esto, nos parece que éste mecanismo se torna insuficiente para la tutela de los Derechos sociales Fundamentales, en ese sentido, nos hubiese gustado que se adoptara una nueva herramienta que fuera capaz, en términos jurídicos, de constitucionalizar estos Derechos.

2.1.5. Análisis sobre la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Directiva 2000/78 del Consejo de Europa una la fuente normativa que dispone un marco general para garantizar el respeto del principio de igualdad de trato, pero únicamente con lo que dice relación el empleo y la ocupación. Es así, como el Consejo señala:

“La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.”⁴²

Es decir, el Consejo de la Unión Europea entiende que para lograr una sociedad

⁴¹ MONEREO, José Luis. Ob. Cit. Pp. 253-253.

⁴² 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 Diario Oficial de la Unión Europea n° L 303. 2 de diciembre de 2000 pp. 16- 22.

caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres (objetivos que buscan promoverse en el Tratado de la Unión Europea) es necesario que se establezcan ciertas prohibiciones para así respetar el libre desarrollo de cada ciudadano. De esta manera, sigue: *“A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva”*⁴³.

Pese a que era necesaria a la época de la dictación de esta norma, una legislación que viniera a fomentar la igualdad de trato en el ámbito laboral, es necesario señalar que ésta es insuficiente porque trata a todos los tipos de discriminación como discriminaciones unitarias, pese a que en muchas ocasiones, se puede estar frente a varios tipos de discriminaciones interdependientes dentro de un ambiente específico. Esto es lo que se conoce como discriminación múltiple o efecto horizontal, el cual debiese aplicarse a las normativas referentes a la discriminación. Es decir, pareciera ser que el instrumento en comento establece una disposición taxativa o un orden jerárquico de ciertos tipos de discriminación, cuando lo verdaderamente útil para la sociedad actual sería una regulación que establezca una prohibición de manera amplia, de tal forma que pueda ir acomodándose a los diversos cambios sociales (y posibles nuevos tipos de segregaciones que puedan surgir) y también una discriminación mirada de forma horizontal, donde una persona perfectamente puede ser víctima de varios tipos de discriminación.

2.2 En materia laboral y de derechos de los trabajadores.

2.2.1. Convenio 111- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo.

⁴³ Ídem.

El Convenio 111 sobre la discriminación, específicamente en el área del empleo y la ocupación de la Organización Internacional del Trabajo, OIT⁴⁴, es también una fuente normativa útil a la hora de vislumbrar los asuntos concernientes a la discriminación en la UE.

Tras su aprobación en 1958, el Convenio establece que toda persona tiene derecho a acceder a un empleo y a elegir libremente su ocupación laboral. En este sentido, el propósito del Convenio 111 es otorgar protección a todas las personas contra la discriminación en materia de empleo y ocupación, así como la consecuente obligación de todos los Estados que lo hayan ratificado de establecer normas que garanticen a los trabajadores, la igualdad de trato y la no discriminación.

El referido Convenio en su artículo primero establece lo que se entenderá por discriminación:

“1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el

⁴⁴ Organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de los materias relacionadas con el trabajo y las relaciones laborales.

*empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.*⁴⁵

Frente a esta regulación, cabe señalar que se aleja de los problemas mencionados anteriormente respecto de la taxatividad o jerarquía de tipos de discriminación que caracterizaba a las definiciones dadas por los Tratados constitutivos de la Unión Europea, puesto que a diferencia de ellos, esta norma identifica la discriminación como un concepto amplio que puede abarcar no solo las causales allí mencionadas, sino que también se puede hacer extensiva a ámbitos no regulados por dicho instrumento y a aquellos tipos de discriminación que no son propios a la época de la dictación de la norma, pero que pueden ir surgiendo con posterioridad según el avance de las sociedades. En resumen, amplía el alcance de lo que puede considerarse como discriminación laboral.

En relación a la exigibilidad que poseen estas disposiciones, Dipillo y Ramírez, en su tesis de licenciatura, señalan lo siguiente:

*“Todo dependerá de la naturaleza que se le reconozca al Convenio, toda vez que la solución será distinta si solo se le arroga el carácter de un simple Tratado o si, por el contrario, se determina que él constituye un Tratado sobre Derechos Fundamentales de la persona humana”.*⁴⁶

Es decir, dependerá de la obligatoriedad que le otorgue cada Estado que lo suscriba, y la amplitud que se le otorgará variará según la concordancia del Convenio con sus leyes internas.

Relacionado con la normativa laboral y con este Convenio en particular, encontramos la Recomendación N° 111 de la OIT relativa a la discriminación (empleo y ocupación), adoptada en junio de 1958. Esta recomendación lo que hace es

⁴⁵ CONVENIO 111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza, 25 de junio de 1958. Art. 1

⁴⁶ DI PILLO Rafael, RAMÍREZ, Esteban. El SIDA y la Relación Laboral. Tesis (licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006. p.64 .

complementar lo regulado en el Convenio 111, estableciendo la formulación y aplicación de dichas normas relativas a la erradicación de toda forma y de todos los tipos de discriminación.

3. Tratado de la Unión Europea. Normativa aplicable.

3.1. Prohibición de discriminación por género.

Hace ya algún tiempo que el movimiento feminista ha instalado en tela de juicio la desigualdad existente entre los hombres y las mujeres, y este tema, no ha sido distinto en materia laboral. Un área donde se hace muy patente esta desigualdad, es en la brecha salarial existente entre ambos géneros, pero también puede vislumbrarse en la menor cantidad de mujeres que ocupan puestos gerenciales dentro de una empresa, o en la concepción tradicionalista que encuadra cierto tipo de empleos solo con hombres, o en las dificultades que deben sortear las madres en lo relativo a la crianza y cuidado de sus hijos, a diferencia del caso del hombre y por último, y haciendo referencia al tema que nos convoca, podemos notarlo en la menor cantidad de mujeres que son contratadas como trabajadoras, reflejándose en la existencia de una menor tasa de ocupación femenina que masculina.

Las explicaciones a este fenómeno son diversas. Algunos señalan que la maternidad y las consecuencias que ésta trae (pre y post natal, permisos de salidas, en algunos casos como en Chile es también necesaria la implementación de salas cunas cuando se cumplen los presupuestos establecidos en el Código del Trabajo) podría ser una de las causas por las cuales los empleadores prefieren no contratar mujeres.

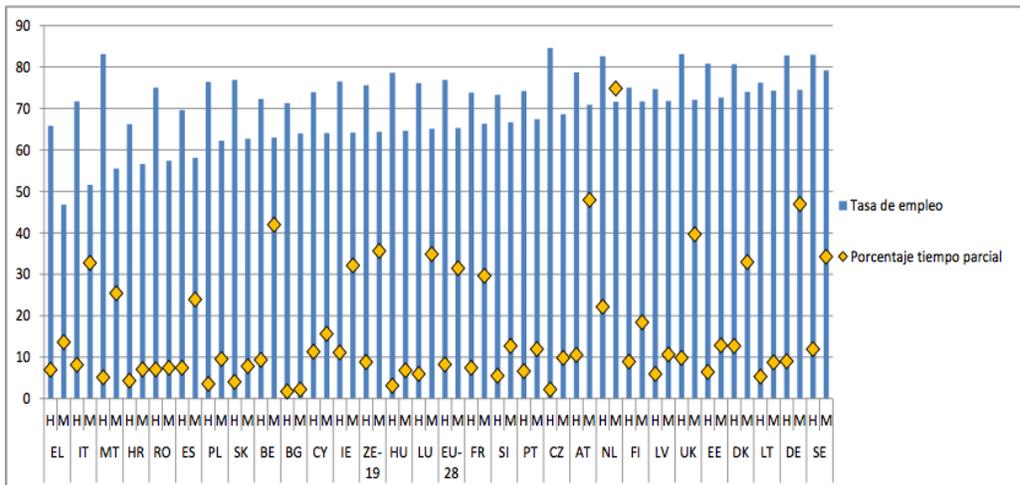
En la Unión Europea no es diferente. En los siguientes gráficos se muestra la brecha existente entre ocupación femenina y masculina. En la primera tabla se muestra la tasa de empleo de la población que va entre los 20 y 49 años, por sexo, y composición del hogar. Como puede observarse en la tabla, en la única circunstancia

en que la tasa de participación laboral se encuentra más o menos equiparada ocurre cuando las mujeres no están emparejadas y tampoco tienen hijos. En las otras tres situaciones (mujeres no emparejadas con hijos, mujeres emparejadas sin hijos y mujeres emparejadas con hijos) las tasas de participación femenina bajan rotundamente en comparación a la ocupación masculina. En la segunda tabla, se muestra la diferencia existente entre la ocupación laboral de hombres y mujeres en distintos países de Europa.

Tasa de empleo de las personas de 25 a 49 años con hijos/sin hijos según periodo. España, UE-27 y UE-28									
	2017	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009
España									
Hombres									
Con hijos	84,3 ¹	82,8 ¹	80,0 ¹	77,8 ¹	74,6 ¹	76,7 ¹	78,5 ¹	79,7 ¹	81,5 ¹
Sin hijos	74,6 ¹	72,1 ¹	70,7 ¹	67,4 ¹	66,3 ¹	66,1 ¹	71,0 ¹	72,1 ¹	73,2 ¹
Diferencia con hijos-sin hijos	9,7 ¹	10,7 ¹	9,3 ¹	10,4 ¹	8,3 ¹	10,6 ¹	7,5 ¹	7,6 ¹	8,3 ¹
Mujeres									
Con hijos	65,8 ¹	63,5 ¹	62,1 ¹	60,2 ¹	58,2 ¹	59,1 ¹	60,4 ¹	60,5 ¹	60,9 ¹
Sin hijos	73,1 ¹	72,5 ¹	69,2 ¹	68,4 ¹	68,6 ¹	69,6 ¹	70,9 ¹	72,2 ¹	74,0 ¹
Diferencia con hijos-sin hijos	-7,3 ¹	-9,0 ¹	-7,1 ¹	-8,2 ¹	-10,4 ¹	-10,5 ¹	-10,5 ¹	-11,7 ¹	-13,1 ¹
UE-28									
Hombres									
Con hijos	90,2 ¹	89,4 ¹	88,6 ¹	87,9 ¹	87,3 ¹	87,9 ¹	88,4 ¹	88,6 ¹	88,8 ¹
Sin hijos	81,2 ¹	80,1 ¹	79,4 ¹	78,6 ¹	78,2 ¹	78,9 ¹	79,9 ¹	80,1 ¹	80,6 ¹
Diferencia con hijos-sin hijos	9,0 ¹	9,3 ¹	9,2 ¹	9,3 ¹	9,1 ¹	9,0 ¹	8,5 ¹	8,5 ¹	8,2 ¹
Mujeres									
Con hijos	70,9 ¹	70,0 ¹	69,4 ¹	69,0 ¹	68,1 ¹	68,3 ¹	68,3 ¹	68,2 ¹	68,2 ¹
Sin hijos	79,0 ¹	78,3 ¹	77,6 ¹	76,9 ¹	77,1 ¹	77,3 ¹	78,0 ¹	78,4 ¹	78,5 ¹
Diferencia con hijos-sin hijos	-8,1 ¹	-8,3 ¹	-8,2 ¹	-7,9 ¹	-9,0 ¹	-9,0 ¹	-9,7 ¹	-10,2 ¹	-10,3 ¹
UE-27									
Hombres									
Con hijos	90,2 ¹	89,4 ¹	88,6 ¹	88,0 ¹	87,4 ¹	88,0 ¹	88,5 ¹	88,7 ¹	88,8 ¹
Sin hijos	81,3 ¹	80,1 ¹	79,5 ¹	78,6 ¹	78,3 ¹	79,0 ¹	80,0 ¹	80,1 ¹	80,6 ¹
Diferencia con hijos-sin hijos	8,9 ¹	9,3 ¹	9,1 ¹	9,4 ¹	9,1 ¹	9,0 ¹	8,5 ¹	8,6 ¹	8,2 ¹
Mujeres									
Con hijos	70,9 ¹	70,0 ¹	69,4 ¹	69,0 ¹	68,1 ¹	68,3 ¹	68,3 ¹	68,2 ¹	68,2 ¹
Sin hijos	79,1 ¹	78,3 ¹	77,7 ¹	77,0 ¹	77,1 ¹	77,3 ¹	78,0 ¹	78,5 ¹	78,6 ¹
Diferencia con hijos-sin hijos	-8,2 ¹	-8,3 ¹	-8,3 ¹	-8,0 ¹	-9,0 ¹	-9,0 ¹	-9,7 ¹	-10,3 ¹	-10,4 ¹

47

47 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Tasa de empleo de las personas de 25 a 49 años con hijos/sin hijos según periodo. España, UE-27 y UE-28. [En línea] <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=11173> [Consulta: 23 de abril de 2018]



Fuente: Eurostat, EPA. Nota: porcentaje de trabajadores a tiempo parcial con respecto a la población trabajadora total en cada grupo de género. Países ordenados por tasa de empleo femenino, de menor a mayor. 48

Tal como se señaló anteriormente, una de las razones que se dan para la diferencia en las tasas de ocupación entre ambos géneros se debe a las consecuencias que puede traer la maternidad. Es así como lo grafica la imagen incorporada a continuación, ya que nos presenta el impacto en la ocupación laboral que genera la paternidad o maternidad. Lamentablemente, los resultados no son favorables para las mujeres trabajadoras porque el impacto es mucho mayor en las madres que en los padres.

48 COMISIÓN EUROPEA. Fichas temáticas del Semestre Europeo. Mujeres en el mercado de trabajo. [En línea] <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_labour-force-participation-women_es.pdf> [Consulta: 12 diciembre 2018] p. 3. Gráfico obtenido de EUROSTAT basado en datos del año 2016.



49

3.2. Prohibición de discriminación por origen racial o étnico.

La discriminación por origen racial o étnico es un problema actual y que afecta de manera transversal a gran parte del mundo, incluyendo a la Unión Europea. Cabe señalar, que es una problemática que se debe enfrentar no solo desde el punto de vista de la inclusión social llevado a cabo por el Estado y los organismos públicos para fomentar la contratación, sino que también implica una lucha desde el ámbito social, es decir, promoviendo la inclusión de las personas que pertenecen a ciertas etnias, pretendiendo que ellas quieran incluirse en el mundo laboral tradicional. Sobre este punto, habla Martínez:

“Es especialmente preocupante la situación de las mujeres y los jóvenes gitanos que acuden con muy escasa formación a un mercado laboral muy competitivo. Además de la falta de formación, se carece, en muchas ocasiones, de modelos o ejemplos en las familias para acceder a otro tipo de trabajos que no sean los tradicionales o, en el caso de las mujeres, al desempeño de puestos de trabajo que exigen actividades que chocan con los

⁴⁹ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA. La Situación De Las Mujeres En El Mercado De Trabajo En 2016. [En línea] <http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/situacion_mujer_trabajo_2016.pdf> [Consulta: 23 de abril de 2018] p. 34.

patrones culturales gitanos. El trabajo se concibe como una necesidad y no como un fin en sí mismo."⁵⁰

En cuanto a la normativa aplicable en una situación donde exista este tipo de discriminación, es importante la Directiva 2000/43 ya mencionada, en particular su artículo segundo que señala que hay que distinguir entre la discriminación directa e indirecta. Directa existe cuando "*por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada en situación comparable*"⁵¹. En cambio, nos encontramos con una discriminación indirecta cuando "*una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios*"⁵².

Tal como señala Belén Alonso,⁵³ para una aplicación real de este principio anti discriminación, la Directiva contempla la aplicación de la discriminación positiva, es decir, establece que los Estados miembros pueden mantener o adoptar medidas específicas más favorables que las previstas en la legislación, para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico.⁵⁴

Una de las aristas más grades a trabajar, según las Directrices para el empleo antes tratadas y que dicen relación con la no discriminación por raza o etnia, es la de la inserción de estas personas en el mercado laboral. Ambas señalan que cada Estado ha de comprometerse a combatir todas las formas de discriminación que

⁵⁰ REY, Fernando. La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España: el caso de la minoría gitana. [En línea] *Revista de derecho político*, 2003, no 57. <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/8832/8425>> [Consulta:05 de junio de 2018]

⁵¹ DIRECTIVA 2000/78/CE DEL CONSEJO. Ob. Cit.

⁵² Ídem.

⁵³ ALONSO, Belén. El principio de no discriminación por origen racial o étnico en la Unión Europea: su aplicación al empleo ya la política social. [En línea] *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2003, no 5, pp. 127-14 <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19125&dslID=PnDorigenetnico.pdf>> [Consulta: 05 de junio de 2018]

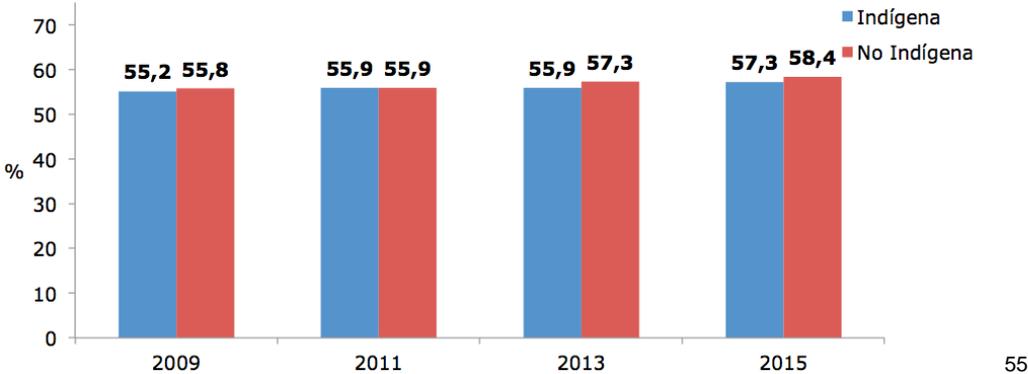
⁵⁴ Artículo 5º Directiva 2000/43/CE del Consejo de Europa, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.29 de junio de 2000.

obstaculicen el acceso al mercado de trabajo a fin de evitar la marginación y aumentar las tasas de empleo. En concordancia con esto, será necesario además, que se implementen medidas destinadas a promover la creación de oportunidades de trabajo adecuadas e incentivos a la contratación para los empresarios.

Ahora bien, desde un punto de vista interno, en Chile también podemos tener un acercamiento respecto a la discriminación racial –teniendo en consideración la gran cantidad de inmigrantes que han llegado a nuestro país en los últimos años- y étnica, debido a la gran población indígena existente en nuestro país. La encuesta CASEN, vislumbra esta problemática desde una perspectiva laboral, y se grafica a través de los siguientes datos:

Tasa de participación laboral por pertenencia a pueblos indígenas, 2009-2015

(Porcentaje, personas de 15 años o más por pertenencia a pueblos indígenas)



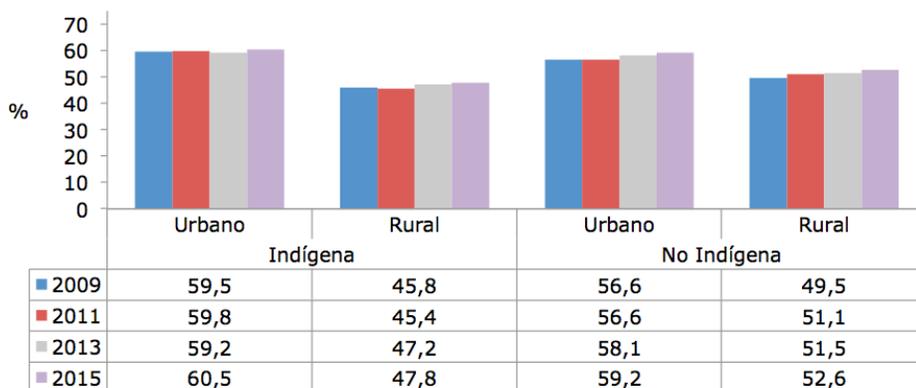
Como se puede observar, pese a que durante el año 2011 se había equiparado la participación laboral de personas no indígenas con las personas que pertenecen a grupos indígenas, hoy en día la situación ha cambiado, existiendo una menor participación en el mercado laboral de las personas indígenas. Este problema, se hace más patente aún cuando comparamos la participación laboral según el área

⁵⁵ CASEN 2015. Pueblos indígenas, síntesis de resultados. Elaborado por: Ministerio de desarrollo social, subsecretaría de evaluación social, Gobierno de Chile, 27 de Julio de 2017. [En línea] <http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casenmultidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Resultados_pueblos_indigenas.pdf> [Consulta: 25 de abril de 2018] p. 34.

donde se desempeña el trabajador, ya que como veremos en el siguiente gráfico, las personas que se identifican como indígenas tienden a trabajar en el sector rural más que en el sector urbano, a diferencia de lo que sucede con las personas que no se consideran indígenas.

Tasa de participación laboral por zona y pertenencia a pueblos indígenas, 2009-2015

(Porcentaje, personas de 15 años o más por pertenencia a pueblos indígenas y zona)

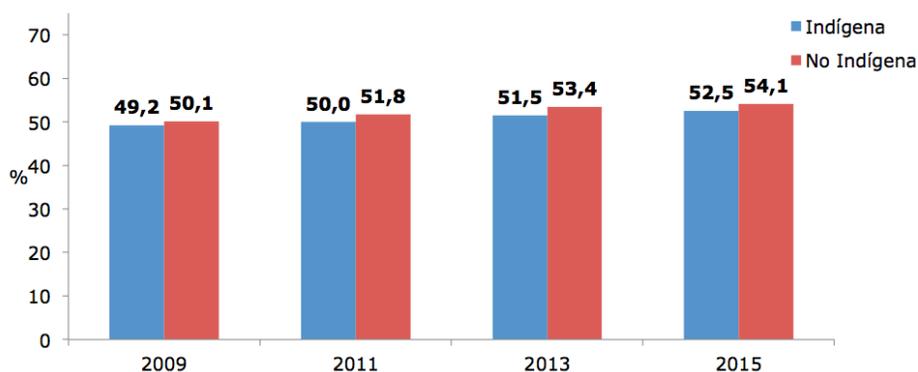


56

Finalmente, en cuanto a las tasas de ocupación y desocupación del pueblo indígena en el mercado laboral, también se encuentra en desventaja cuando lo comparamos con la población no indígena.

Tasa de ocupación por pertenencia a pueblos indígenas, 2009-2015

(Porcentaje, personas de 15 años o más por pertenencia a pueblos indígenas)



57

⁵⁶ Ibid. p. 35

⁵⁷ Ibid. p. 37

3.3. Prohibición de discriminación por religión o convicciones personales.

La protección internacional de los Derechos Humanos nace con la creación de la Organización de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1945. Como sabemos, ésta organización surge como una necesidad de traer orden social con posterioridad a los desastres humanitarios ocurridos después de las Guerras Mundiales. Hasta ese entonces, la eventual protección a los Derechos Humanos se encontraba encargada a los mismos Estados, que no habían sabido reconocerlos, y que de hecho, se mostraron como los principales infractores durante la Segunda Guerra mundial.

Sin perjuicio de que el propósito de la Carta haya sido reconocer y promover los Derechos Humanos, ésta no definió cuáles eran dichos Derechos. Como consecuencia de esta omisión, se elabora la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización el 10 de diciembre de 1948. Pese a que se valora la creación de éste primer instrumento de carácter internacional en establecer un catálogo de Derechos Fundamentales, al no ser un tratado internacional, no reviste obligatoriedad jurídica para los Estados.

Con la finalidad de garantizar la efectiva protección de los Derechos Humanos, el sistema experimenta importantes evoluciones. Una de esas evoluciones, que tiene como objetivo dotar de carácter vinculante para los Estados a los Derechos Humanos reconocidos en la Declaración Universal, se elabora el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ambos adoptados por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Sin perjuicio de esto, es importante señalar que hoy en día también existen los llamados Comités, que se implementan con el objetivo de establecer mecanismos para supervisar el cumplimiento de los Tratados Internacionales.

Por lo tanto, tal como lo señala Guillermo Serrano⁵⁸ en su Tesis de Licenciatura, en el sistema Universal de protección de los Derechos Humanos, es posible distinguir dos niveles de protección. En primer lugar, se encuentran aquellos mecanismos basados en la Carta de las Naciones Unidas, los que incluyen la antigua Comisión de Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos y los Procedimientos Especiales. Por otra parte, se encuentran aquellos mecanismos creados en virtud de tratados internacionales, los cuales supervisan la aplicación de los principales tratados internacionales de derechos humanos. Algunos de éstos son:

- Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer).
- Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares).
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad).

Ahora, bien, la libertad de conciencia, pensamiento y de religión es un Derecho Fundamental basado en la dignidad como valor inherente a las personas, y tala como mencionamos anteriormente, se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención

⁵⁸ SERRANO, Guillermo. La libertad de conciencia y de religión y su regulación en el derecho internacional de los derechos humanos. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017. P. 27.

Americana de Derechos Humanos; mientras que en el Derecho europeo, se establece de forma específica en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“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. 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.”⁵⁹

A partir de lo anterior, se desprende que la regulación tanto internacional como europea busca que cada ciudadano tenga la libertad de profesar la religión que desee sin que operen restricciones arbitrarias las cuales limiten la libertad de pensamiento o de conciencia. Es así como se señala la labor garante que posee cada Estado respecto a este derecho *“porque la libertad religiosa, como derecho individual, supone un Estado que renuncie a toda forma de adoctrinamiento de sus ciudadanos y respete de manera igualitaria las conductas que estos adopten en el ejercicio de su derecho.”⁶⁰*

Según lo propuesto por Jesús Lahera⁶¹ podemos entender la libertad religiosa desde dos aristas distintas. Primero, desde un punto de vista interno, que se refiere al derecho de cada individuo de tener cierta creencia religiosa, así como también de mantenerla, adoptarla, no tenerla o cambiar de religión a lo largo de su vida. La

⁵⁹ Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ob. Cit.

⁶⁰ SERRANO, Guillermo. Ob.cit. p.19.

⁶¹ LAHERA, Jesús. Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe. Comunicación presentada en XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2014, Pamplona, España.

vertiente externa se refiere al derecho a manifestar la religión, por medio del culto y los ritos que propios que cada fe promueve.

Es evidente que ofrece mucha más dificultad jurídica la proyección de la vertiente externa de la libertad religiosa en el acceso al mercado laboral, que la vertiente interna. En este último caso, al empleador solo le cabe no inmiscuirse en las creencias personales de sus trabajadores, a diferencia de la vertiente externa que juega un rol fundamental a la hora de seleccionar a los candidatos para un puesto de trabajo. El empleador, en esta situación, tendrá que acceder o permitir que sus trabajadores usen cierto tipo de vestimenta, o que se ausenten en algunos momentos de su jornada laboral para orar o manifestar su fe según lo que se religión indique, entre otras cosas.

Es importante destacar que este tipo de discriminación se vuelve más relevante aún en países (como muchos de los europeos) donde la religión se vive a diario, y donde se encuentran países con un alto nivel de religiosidad, como por ejemplo, España e Italia. En estos países la mayor parte de la población se considera católica, por consiguiente, existe una alta probabilidad que las minorías religiosas se pueden ver afectadas por exigencias religiosas que sean solicitadas para entrar a un nuevo trabajo, o por la no contratación por el hecho de que los empleadores rechacen la idea de las manifestaciones religiosas propias de otras culturas que profesan otra fe. Otra cuestión muy relacionada con lo anterior, es el uso de símbolos religiosos en establecimientos públicos o privados, como por ejemplo, podría ser el lugar de trabajo. Es interesante saber, que en principio, la Unión Europea no es partidaria de la prohibición de símbolos religiosos, es más, trata de promover el respeto por las distintas religiones y el uso de símbolos como manifestaciones externas del pensamiento teniendo como principal argumento el respeto por los derechos fundamentales de toda persona. Como ya fue indicado, esto es respaldado a través de la legislación en los artículos 9 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), y en el artículo 10 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, el derecho al

uso de estos símbolos podría ser restringido, y tiene su limitación en el mismo artículo 9 que establece, en su párrafo segundo:

“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”.

Por otra parte, el Consejo de Europa, también se opone a una prohibición absoluta del uso de símbolos religiosos. El Consejo se ha enfocado principalmente en el uso del velo o de la también llamada “*vestimenta islámica*”, y ha esgrimido sus principales argumentos en la Resolución 1743/2010 “Islam, islamismo e islamofobia”, adoptada el 23 de junio de 2010, por la Asamblea Parlamentaria.

Sin perjuicio de lo anterior, tal como dicen Fernando Amérigo y Daniel Pelayo⁶², este principio propuesto por la Unión Europea no se ve tan claro en la realidad, ya que finalmente, los organismos internacionales encargan esta no prohibición de discriminación a los propios Estados. Así, Barroso, citado por Amérigo y Pelayo, reafirma *“La Unión Europea no ha dictado ninguna norma concreta sobre esta cuestión, por considerar que se trata de una competencia que corresponde a cada Estado y que, por lo tanto, como instancia supranacional no puede ejercer”*⁶³.

⁶² AMÉRIGO, Fernando; PELAYO, Daniel. El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español. *Documentos de la Fundación Alternativas*, 2013, vol. 179. [En línea] <http://www.falternativas.net/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/b6e3c3b94b34d60f979259c0bfbcbab8.pdf> [Consulta: 20 de junio de 2018] p. 291.

⁶³ “Bans on the Wearing of the Full Face Veil in Public: What Is the Impact on Human Rights?-Part I” <http://www.theinformationdaily.com/2011/01/19/bans-on-the-wearing-of-the-full-face-veil-in-public-what-is-the-impact-on-human-rights-pa-rt-i>. Citado por: AMÉRIGO, F; PELAYO, D. El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español. *Documentos de la Fundación Alternativas*, 2013, vol. 17. [En línea] <http://www.falternativas.net/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/b6e3c3b94b34d60f979259c0bfbcbab8.pdf> [Consulta: 20 de junio de 2018] p.291.

3.4. Prohibición de discriminación por discapacidad.

La Estrategia Europea sobre Discapacidad (2010-2020) señala que alrededor de ochenta millones de personas en la Unión Europea poseen discapacidades que varían de leves a severas y que cerca de una sexta parte de la población con capacidades diferentes, pertenecientes a la UE, ha sufrido algún tipo de impedimento para participar en la sociedad y economía europea. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), en su Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, la discapacidad es *“toda restricción o ausencia debida a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”*⁶⁴; mientras que la Real Academia Española la define como la cualidad de discapacitado, es decir, *“de dicha persona que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida”*.⁶⁵

La Unión Europea ha realizado diversos esfuerzos para ejecutar políticas y medidas que resguarden a las personas con discapacidad como cualquier otro sujeto de derecho a través del establecimiento de la prohibición de discriminación por dicho motivo y así evitar la discrecionalidad con la cual anteriormente se actuaba frente a este tema. A partir de la firma del Tratado de Lisboa, se reconoce como uno de los objetivos de la UE la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad, tal como lo establece el artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: *“En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

⁶⁴ MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, Héctor. La protección de los ciudadanos europeos con discapacidad. Políticas Sociales Integración e Igualdad de Oportunidades. *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2006, no 11, p. 196.

⁵⁹ En: Diccionario de la lengua española [En línea]. 22^a ed. [S.l.]: RAE, 2001. [Consulta: 5 de julio de 2018]. <<http://dle.rae.es/?id=DrrzNuK>>

A la vez, el artículo 19 del TFUE le confiere poder a la UE para adoptar todo tipo de medidas legislativas en contra de la discriminación por discapacidad. Por su parte, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, considera la discapacidad dentro de los motivos de discriminación prohibida, mientras que el artículo 26 señala: *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.”*

De esta forma asegura la participación de las personas con discapacidad en la sociedad, sin establecer limitaciones y en igualdad de condiciones. Lo anterior, se consolida como principio base de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNUDPD), siendo el primer tratado internacional de Derechos Humanos ratificado por 27 países de la Unión Europea⁶⁶. Mediante la adopción de este instrumento se han suscitado importantes cambios jurídicos y políticos en la UE, debiendo ésta cumplir con la ejecución de las medidas establecidas en dicho Convenio. Expresión de lo anterior es la Ley Europea de Accesibilidad, propuesta por la Comisión Europea en diciembre del año 2015, la cual contempla la accesibilidad como un requisito básico en diversos sectores y establece requisitos de accesibilidad obligatorios, abarcando distintos productos y servicios, incluyendo áreas como la tecnología y transporte. Tal como lo señala la European Blind Union:

“uno de los objetivos de la Ley Europea de Accesibilidad es garantizar la convergencia de las distintas legislaciones nacionales en lo que se refiere a requisitos de accesibilidad, estableciendo unas medidas mínimas armonizadas que promuevan, implementen y monitoricen la accesibilidad en toda la Unión Europea.”⁶⁷

⁶⁶ STEVENS Helga. Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad (2017/2127). En: Documento de Sesión Parlamento Europeo. Informe. Bruselas, Bélgica, Parlamento Europeo: Comisión de Empleos y Asuntos Sociales, 2017.pp 6-9.

⁶⁷ EBU. La ley europea de accesibilidad: ¿la promesa de más accesibilidad para los ciudadanos de la ue ciegos y deficientes visuales?. [En línea]. <<http://www.euroblind.org/newsletter/2017/may-june/es/la-ley-europea-de-accesibilidad-la-promesa-de-mas-accesibilidad-para-los>> [Consulta: 10 de diciembre de 2018]

La Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)⁶⁸ ha indicado en su Dictamen 10.2 del Informe sobre los derechos fundamentales 2018 que:

“La UE debería velar por la rápida adopción de una Ley Europea de Accesibilidad general, que incluya medidas de ejecución sólidas. Dicha Ley debería consagrar explícitamente normas de accesibilidad del entorno construido y de los servicios de transporte. Con el fin de garantizar la coherencia con el resto de la legislación de la UE, la Ley Europea de Accesibilidad debería incluir disposiciones que relacionen esta ley y otras leyes pertinentes, como aquellas que regulan los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos y la Directiva sobre contratación pública.”⁶⁹

Para que la inclusión sea total, deben también modificarse prácticas y actos discriminatorios en materia laboral. En esta esfera, la discriminación por razón de discapacidad es una situación común en los procesos de selección de personal, puesto que se considera a dichas personas como inoperantes, ineficientes y que incrementan los costos de producción y de mantención a las empresas, estimando que deben ser contratados en condiciones desfavorables, limitadas a su “productividad”, o simplemente son excluidos del proceso final de selección.

Entre los factores que influyen cuando se incurre en discriminación contra personas con discapacidad se encuentra la edad, el tipo de minusvalía que presenten, el origen de la deficiencia, el grado de discapacidad y con ello el nivel de autonomía y dependencia, el género del trabajador que presente una discapacidad, el ámbito de residencia, es decir, si su residencia es rural o urbana, la situación y el apoyo familiar al trabajador, el nivel educativo, las posibilidades de integración laboral, y por último, el desarrollo de actividades, centros, participación en programas y la capacidad

⁶⁸ Asesora a las instituciones de la UE y los gobiernos nacionales en materia de derechos fundamentales, concretamente en el ámbito de la discriminación, el acceso a la justicia, racismo y xenofobia, la protección de datos, los derechos de las víctimas y los derechos del niño.

⁶⁹AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Informe sobre los derechos fundamentales 2018. Dictámenes de la FRA. Viena, Austria. p. 25.

asociativa del trabajador con discapacidad⁷⁰. Todos estos factores hacen que la discapacidad sea un concepto complejo y heterogéneo, el cual impide generalizar su aplicación, toda vez que ésta se considera como parte de la condición humana. Las personas con discapacidad pertenecen a un grupo variado de hombres, mujeres y niños, los cuales hacen frente en su vida a costos adicionales de carácter social, político, personal y económico.

3.5. Prohibición de discriminación por edad.

Según datos de la Oficina Internacional del Trabajo (ILO) ⁷¹, en el año 2005 los jóvenes representaban el 44% del total de la población mundial sin empleo. Las causas de este fenómeno se deben a un trato menos favorable por parte de los empleadores a personas jóvenes, traducándose en bajos índices de ocupación y en una mayor presencia en trabajos temporales, con escasas oportunidades de crecimiento y menores beneficios tanto económicos como sociales.

En el caso de las personas con edad avanzada, surgen mayores obstáculos al momento de contratarlos debido a que según el criterio de los empleadores resultan más costosos y su productividad es limitada, toda vez que sus capacidades físicas y mentales han ido decayendo con el pasar de los años.

De este modo, la edad surge como un factor segregador que fomenta las desigualdades en una sociedad moderna, ya que se le otorga una connotación negativa si una persona tiene mayor edad, pasando a considerarse como una persona no apta para prestar servicios eficientes a los empleadores, terminando por ser expulsada del mercado laboral. Mientras que un trabajador joven, es desacreditado por su baja experiencia, siendo relegado a labores que no califican

⁷⁰ MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE. Ob. Cit., p. 197.

⁷¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Discriminación en el trabajo en Europa [En línea] http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_111_es.pdf [Consulta: 6 de julio de 2018] pp.2-3.

con sus estudios o a trabajos en condiciones menos favorables a las que objetivamente corresponden.

Respecto a esta segregación laboral, la Agencia de Derechos Fundamentales, en el último informe emitido durante el año 2018, ha mencionado un punto del cual no se había comentado en el informe del año anterior, y que se refiere específicamente al envejecimiento desde un enfoque de los Derechos Fundamentales.

En cuanto a los dictámenes que podrían ser relevantes en materia laboral, debemos señalar al 1.2, que establece:

“Para reforzar la protección de los derechos sociales, el legislador de la UE debería entablar acciones legales concretas y continuar la aplicación de los derechos y principios consagrados en el Pilar Europeo de Derechos Sociales. En este sentido, debería garantizar la rápida adopción de la propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional, y agilizar los procedimientos para la adopción de una Ley Europea de Accesibilidad general. Con el fin de garantizar la coherencia con el resto de la legislación de la UE, la Ley Europea de Accesibilidad debería incluir disposiciones que relacionen esta Ley y otras leyes pertinentes, como las que regulan los Fondos Europeos Estructurales y de Inversiones.”

Este dictamen viene a solucionar uno de las críticas que se le ha hecho al Pilar Europeo de los Derechos Sociales, ya que aporta una opinión respecto a una acción concreta para que se agilice lo propuesto en dicho instrumento. Es de mucha importancia que los Derechos Sociales tengan un sistema capaz de proteger a las personas en situación de vulnerabilidad, y particularmente en lo que respecta a las discriminaciones arbitrarias que se puedan realizar a las personas mayores de edad, se hace imprescindible que tengan una defensa real y efectiva.

Por su parte, el Dictamen 1.3 señala:

“Las instituciones de la UE y los Estados miembros deberían considerar utilizar los Fondos Estructurales y de Inversión, así como otros instrumentos financieros de la UE, a fin de promover un enfoque del envejecimiento basado en los derechos. Para reforzar las reformas que promueven una vida digna e independiente, así como las oportunidades de participación de las personas mayores, las instituciones de la UE y los Estados miembros deberían reafirmar y reforzar, en el siguiente período de programación, las condiciones ex ante, así como las disposiciones para dar seguimiento a su aplicación. Tales medidas deberían garantizar que la financiación de la UE se utilice en conformidad con las obligaciones en materia de derechos fundamentales.

Asimismo, las instituciones de la UE y los Estados miembros deberían abordar, de forma sistemática, los desafíos a los que se enfrentan las personas mayores en los mecanismos de coordinación de las principales políticas, como el Semestre Europeo”.

Destacamos también que se cuenten a las personas en situación de vejez dentro de las prioridades para gastar en materia financiera, ya que se está otorgando un solución real para la lucha en contra la discriminación por edad.

No obstante la existencia de una prohibición de discriminación por motivos de edad, la cual se encuentra expresamente formulada en el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, en su artículo 6.1, bajo el título “justificación de diferencias de trato por motivos de edad”, legitima un trato diferenciado por razones de edad cuando dicha desigualdad esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y los medios para lograr dicho objetivo sean adecuados y necesarios⁷². Las diferencias de trato pueden incluir en particular el establecimiento de condiciones especiales de acceso al

⁷² REQUENA, Millán, et al. La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia, 2013. p.2.

empleo y a la formación profesional, 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; también pueden incluir 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, como también 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.

Por lo tanto, el derecho de la Unión Europea acepta que exista diferencia de trato por motivos de edad sin que constituya un acto discriminatorio, siempre y cuando se cumplan con los supuestos indicados. En consideración a lo anterior, es que la prohibición de discriminación por razón de edad no es absoluta y presenta límites difusos, debido a que se entiende el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE como una excepción a lo estipulado en el TFUE.

3.6. Prohibición de discriminación por orientación sexual.

Parte de la doctrina entiende que la discriminación por razón de orientación sexual constituye una discriminación “por razón de género”, porque afecta a hombres o mujeres cuyo comportamiento sexual contrasta con los roles y expectativas que la sociedad asigna mayoritariamente a su género⁷³. La American Psychological Association (APA), define la orientación sexual como una atracción emocional, romántica, sexual o afectiva duradera hacia otros, distinguiéndola de otros componentes de la sexualidad como la identidad sexual que es el sentido psicológico de ser hombre o mujer, del sexo biológico y del rol social del sexo.

⁷³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Andrés. Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo. Tema 3. Las causas de discriminación. Curso 2015-2016 [En línea] Disponible en <<https://ocw.uca.es/mod/resource/view.php?id=2243>> [Consulta: 10 de julio de 2018] p.6.

Durante décadas lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, fueron objeto de discriminación en todas las esferas sociales, como la educación, el trabajo, la salud y la protección social. Esto cambia en el derecho europeo a partir del establecimiento de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual y por consiguiente, su elevación a categoría protegida por el ordenamiento jurídico. Como consecuencia de lo anterior, la Unión Europea promueve la igualdad de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros, e intersexuales (comunidad LGBTI) mediante medidas como la equiparación del estado civil de casados a parejas del mismo sexo, con limitaciones en ciertos países respecto a la adopción o reproducción asistida, la simplificación de los procesos de cambio de sexo así como también del cambio de sexo registral, entre otras medidas⁷⁴.

La FRA emite el dictamen 3.4 en el informe sobre los Derechos fundamentales del presente año, el cual promueve la adopción de medidas garantes de la igualdad para la comunidad LGBTI:

“Se alienta a los Estados miembros de la UE a continuar adoptando y aplicando medidas específicas para garantizar que las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) puedan hacer uso plenamente de todos sus derechos fundamentales. Para ello, se aliente a los Estados miembros de la UE a utilizar la lista de medidas para promover la igualdad de las personas LGBTI publicada por la Comisión Europea para orientar sus esfuerzos.”⁷⁵

Las medidas a las que se hace referencia, corresponden a una lista otorgada por la Comisión Europea para el periodo 2016-2019 la cual otorga *“directrices sobre los ámbitos y la forma en que los Estados miembros de la UE puedan trabajar para que las personas LGBTI puedan hacer uso de su derecho a la igualdad y a la no discriminación”⁷⁶*. Dicho listado incluye dotar a las personas LGBTI de más y

⁷⁴ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Ob. Cit. p. 7.

⁷⁵ Ídem.

⁷⁶ Ídem.

mejores derechos, proporcionarles protección legal a ellos y sus familias, la supervisión y aplicación de la legislación ya existente, el fomento a la diversidad y la no discriminación en la Unión Europea, el apoyo a los actores que promueven el desarrollo de los derechos de las personas LGBTI, la recolección de datos y cifras para los políticos encargados de legislar respecto al tema de la diversidad sexual en la UE, como también la educación e integración con el resto de la población europea⁷⁷.

Pese a no ser jurídicamente vinculante, presenta una gran utilidad al concretizar el interés de la Unión Europea por reformar y mejorar la legislación ya existente en esta materia, integrándose en todas las áreas relevantes para la vida de las personas LGBTI. A pesar de que la Comisión realiza un gesto valeroso al redactar dichas medidas, requiere de la colaboración de los Estados miembros por medio de la adaptación de sus políticas y de sus sociedades, para lograr una verdadera inclusión que abarque aristas como la educación, la comisión de delitos que inciten al odio, la salud y el empleo.

En lo referente a este último punto, la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, destaca la orientación sexual como uno de los factores de discriminación prohibida, ya que si se incurre en prácticas atentatorias contra la igualdad de trato en virtud de la orientación sexual de una persona dentro del contexto laboral, se estarían contradiciendo los objetivos propios de la Unión Europea, específicamente, lograr un alto nivel de empleo, asegurar la protección social de los trabajadores, elevar el nivel de la calidad de vida, propender a la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de las personas⁷⁸.

⁷⁷ OFICINA DE POLITICAS DE IGUALDAD DE GIJÓN. La Comisión Europea da un paso adelante en el impulso de la igualdad del colectivo LGBTI. [En línea] <<https://igualdad.gijon.es/noticias/show/35177-la-comision-europea-da-un-paso-adelante-en-el-impulso-de-la-igualdad-del-colectivo-lgbti>> [consulta: 10 de julio de 2018]

⁷⁸ ALVENTOSA, Josefina. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español. 2008. p.81.

No obstante los esfuerzos de la Unión Europea por garantizar la igualdad de trato a personas pertenecientes a la comunidad LGBTI, muchas veces éstos deciden no revelar su orientación sexual en las entrevistas de trabajo o una vez que ya se encuentran contratados, por el justo temor que sienten a las consecuencias negativas y discriminatorias que existan en su contra, ya que se ven expuestos a acosos físicos y verbales que terminan en la exclusión del trabajador de toda actividad social y laboral, mientras que sus posibilidades de proyectarse profesionalmente en las empresas disminuye, limitando su desarrollo como profesional.

CAPÍTULO II: LOS PROCESOS DE SELECCIÓN LABORAL Y SU INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS ANTIDISCRIMINATORIAS.

1. Conceptos Básicos sobre la Discriminación Laboral en los Procesos de Selección.

Tal como ya ha sido mencionado, existe discriminación en el mercado laboral cuando se presentan limitaciones o dificultades a determinados grupos de personas, impidiendo su desempeño en un cargo laboral, dificultando el acceso a un trabajo o su proyección como profesionales. Si bien el empleador cuenta con libertad para contratar, y por tanto, puede discrecionalmente elegir a los trabajadores que contrata en su empresa, el límite se encuentra en la prohibición de no discriminación contenida en gran parte de las legislaciones.

Dichos obstáculos impuestos por vacíos legales y por los mismos empleadores, se presentan en todas las etapas de la carrera profesional, es decir, desde las etapas de preselección de un candidato para un cargo, en la selección del trabajador que desempeñará la función y la posterior etapa de contratación y desarrollo del profesional dentro de la misma empresa.

La Unión Europea estima que es el empleo *“el área donde la discriminación resulta más evidente en todos los niveles y donde más frecuentemente afecta negativamente las posibilidades particulares de éxito en la sociedad”*⁷⁹; de ahí su preocupación por garantizar que todos los procesos que rodean la relación laboral se desarrollen de forma objetiva y libre de sesgos que puedan influir en forma negativa en ella.

⁷⁹ WINKLER, Beate. Nuevas medidas para luchar contra la discriminación en la Unión Europea. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2001, p. 99-100.

1.1. Etapa de Preselección.

En la etapa de preselección se realiza el primer filtro respecto al potencial candidato para el puesto de trabajo en virtud de sus capacidades profesionales y características personales explicitadas en el Curriculum Vitae u hoja de solicitud. Tal como lo indica la Confederación Española de Cooperativas de Consumidores y Usuarios⁸⁰, algunos empleadores prefieren evaluar un currículum de libre redacción o un cuestionario común para todos los postulantes, como también proceder a realizar una entrevista inicial en la cual se toquen temas como la experiencia previa o las calificaciones del candidato.

La preselección comienza con el requerimiento o necesidad de la empresa de cubrir una vacante respecto a un cargo en específico, luego sigue el reclutamiento del personal; etapa mediante la cual se divulga por distintos canales de difusión el requerimiento de la empresa, se comienzan a recibir Curriculum Vitae y por último, se preseleccionan los candidatos a partir de sus competencias, para posteriormente evaluarlos y proceder a la etapa de selección de personal. Se incorpora el uso de bases de datos y agencias de empleos que facilitan el primer nexo entre el candidato y el empleador.

Sin embargo, en la etapa de preselección, pueden ocurrir una serie de actos, preguntas y obstáculos que resulten discriminatorios para los candidatos preseleccionados. Como lo señala la HISPACOOOP⁸¹, dentro de dichas prácticas se encuentran que el empleador cuente con distintos formatos para las hojas de solicitud de ingreso a un puesto de trabajo, que las preguntas contenidas en dichas hojas estén orientadas a información personal del candidato o que no se relacionen con el puesto al que postula, toda vez que la información personal debe calificarse cuando finalice el proceso. Tampoco deben realizarse preguntas respecto al estado

⁸⁰CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERATIVAS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. Guía para una selección no discriminatoria [Guía electrónica] Madrid, España. HISPACOOOP.p16.

⁸¹ Ibíd. pp. 17-18.

civil de la persona, la edad (en los casos que no resulta necesario) o el estilo de vida de la misma, puesto que resultan ser intrusivas y no aportan al proceso de preselección laboral en curso. Se debe evitar caer en estereotipos y en discriminaciones por razones de sexo, edad, religión, condición de salud y cualquier otro factor no relacionado con las necesidades del cargo en particular, ya que muchas veces los empleadores se forman prejuicios sobre los candidatos sin tomar en cuenta sus capacidades profesionales. De igual forma, la redacción de la oferta de trabajo debe realizarse con un lenguaje inclusivo y deben existir canales de difusión generalizados, que impidan una postulación segregada respecto a cierto tipo de personas.

1.2 .Etapa de Selección.

Según Idalberto Chiavenato citado por Sanhueza de la Cruz⁸², la selección de personal consiste en “*escoger entre los candidatos reclutados a los más adecuados, para ocupar los cargos existentes en la empresa, tratando de mantener o aumentar la eficiencia y el rendimiento del personal*”. En esta etapa se someten a entrevistas y pruebas a los candidatos más idóneos ya preseleccionados, realizando distintas evaluaciones sobre sus calificaciones, capacidades, conocimientos y competencias tanto laborales como sociales, que permitan al trabajador adaptarse a su puesto de trabajo, a la empresa en general y al entorno laboral. De esta forma es que se realizan test, pruebas profesionales, exámenes de conocimientos, inventarios, test proyectivos, pruebas médicas y por sobre todo, entrevistas⁸³, que deben tener por objetivo medir la capacidad del candidato para ejecutar las funciones que intrínsecamente se relacionen con el cargo. La etapa de selección finaliza con la toma de la decisión sobre la persona más íntegra para cumplir con la vacante del puesto de trabajo.

⁸²CHIAVENATO, Idalberto. Administración de Recursos Humanos: El capital humano de las organizaciones. McGraw-Hill Interamericana, 2007.p. 185. citado por: SANHUEZA DE LA CRUZ, Darío. El proceso de selección laboral y los derechos fundamentales. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2007. p.34.

⁸³ CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERATIVAS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, Ob. Cit., p. 13.

Dicha etapa debe estar exenta de obstáculos infundados y actos contrarios a derecho, independiente del proceso o la empresa en que se lleve a cabo, por lo tanto, el procedimiento debe cumplir con los presupuestos legales y debe respetar la normativa legal existente sobre la prohibición de cualquier tipo de discriminación arbitraria. Para llevar a cabo lo anterior, el Boletín Igualdad en la Empresa⁸⁴ promueve que los procesos de selección deban realizarse respetando la Igualdad de oportunidades, realizar pruebas imparciales, evitando sesgos que deriven en resultados incoherentes con las capacidades del trabajador y efectuar entrevistas personales de forma objetiva. Para la HISPACOOOP, un proceso de selección libre de discriminación debe cumplir con las siguientes tres condiciones:

“El proceso tiene que organizarse a partir de la comparación objetiva entre el perfil de los candidato/a y los requisitos del puesto. Los requisitos deben estar justificados y guardar relación con el puesto. Solo se tendrá en cuenta el potencial y los méritos de los candidatos/as”⁸⁵

1.3. Contratación y desarrollo profesional dentro de la empresa.

Una vez que el empleador decide al trabajador más apto para el puesto de trabajo ofrecido, comienza la etapa de contratación o incorporación del trabajador a la empresa. Se compone de los procesos de negociación del contrato de trabajo, incluyendo la determinación de funciones, jornadas, vacaciones y remuneración, para continuar con las inducciones al trabajador y la presentación a sus compañeros de trabajo. Sin embargo, se entiende que dicha etapa se extiende por el tiempo que el trabajador se desempeñe en el cargo hasta la terminación de su contrato, ya que posteriormente a su ingreso, deben ofrecerse espacios de seguridad para el desempeño de sus funciones en un entorno propicio de trabajo y oportunidades de proyección profesional del trabajador dentro de la misma empresa.

⁸⁴ Boletín Igualdad en la Empresa. Procesos de selección con perspectiva de género en la empresa [En línea] <http://www.igualdadenaempresa.es/novedades/boletin/docs/Boletin_Igualdad_en_la_Empresa_BIE_n_20_seleccion.pdf> [Consulta: 08 de agosto de 2018]

⁸⁵ CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERATIVAS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, Ob. Cit., p. 13

La igualdad de trato y por consiguiente la prohibición de discriminación conllevan en esta etapa que los empleadores tomen medidas positivas para un desarrollo equitativo en las labores de los trabajadores, evitando distinciones entre hombres y mujeres, diferencias por orientación sexual o por la religión que profesen, entre otros factores. De la misma manera, en caso de contar con trabajadores que presenten algún grado de discapacidad, los empleadores deben eliminar barreras físicas o arquitectónicas en los puestos de trabajo y mobiliario de la empresa.

Es un derecho de todo trabajador contar con posibilidades de desarrollo y movilidad profesional dentro del mercado laboral, debiendo el empleador tomar decisiones respecto a lo anterior en base a la igualdad de oportunidades y condiciones, reflejándose en aumentos de sueldos, mayores responsabilidades, cambios de cargos de trabajo y la posibilidad de profundizar sus conocimientos en el área, estudiando en cursos y capacitaciones. Todos estos derechos son amparados por la Unión Europea al reconocerlos como principios del pilar europeo de derechos sociales anteriormente mencionado.

2. Prácticas Discriminatorias en las Etapas de Selección de Personal.

2.1. En ofertas de Trabajo.

Una de las primeras etapas donde se puede incurrir en discriminación, es en las ofertas laborales. Pese a que la lógica nos diga que en las propuestas de trabajo solo debiesen incluir requisitos propios a ciertas capacidades o conocimientos específicos, la verdad es que la realidad no se condice con aquello. Existen muchas proposiciones de empleo que mediante afiches, panfletos o documentos escritos solicitan ciertas condiciones que sobrepasan el ámbito intelectual, y se fijan meramente en características externas a la persona, tales como que el futuro empleado sea de un género determinado, que tenga cierto aspecto físico, o pertenezca a un rango etario concreto, entre otras.

En la página de la Dirección del Trabajo perteneciente al Gobierno de Chile, se indica que una oferta laboral discriminatoria es aquella que contenga ciertas condiciones:

“Se configura una infracción si se dan los siguientes elementos: a) Una oferta de trabajo efectuada por el empleador, directamente o por la vía de terceros. b) Que la oferta se realice por cualquier medio, gráfico, visual, escrito, etc. c) Que dicha oferta señale como requisito para acceder al puesto de trabajo ofrecido algunas condiciones o calidades señaladas en el inciso tercero del artículo 2º del Código del Trabajo. Es así que las ofertas de empleo formuladas a través de medios de comunicación, sean los escritos o los realizados vía Internet, incurrirían en infracción si los avisos contuvieran exigencias discriminatorias, toda vez que condicionarían la postulación y posterior contratación a la ausencia o presencia, según el caso, a condiciones o calidades expresamente calificadas de discriminatorias por el ordenamiento jurídico o, en otros casos, de condiciones o calidades que, sin ser discriminatorias, no dicen relación directa y esencial con el empleo ofrecido.”⁸⁶

Respecto a este punto, Marcelo Albornoz Serrano, Ex-Director del Trabajo, en el Ordinario 850/29 del año 2005, se refiere a este tema, y señala lo siguiente:

“Un análisis de las prácticas observadas en las ofertas de empleo formuladas a través de medios de comunicación social, particularmente los escritos, así como aquellos realizados vía Internet, permite sostener que resulta de común ocurrencia encontrar en dichos avisos exigencias discriminatorias, toda vez que condicionan la postulación y posterior contratación a la ausencia o presencia, según sea el caso, a condiciones o calidades expresamente calificadas de discriminatorias por el ordenamiento jurídico o, en otros casos, de condiciones o calidades que, sin ser discriminatorias, no dicen relación

⁸⁶ Dirección del Trabajo de Chile, Centro de consultas. ¿Qué condiciones contenidas en las ofertas de trabajo pueden estimarse como discriminatorias? [En línea] <<http://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-95023.html>> [Consulta: 20 de agosto de 2018]

directa y esencial con el empleo ofrecido. Así pueden mencionarse las siguientes, sin que tal enumeración sea taxativa: Acreditación de antecedentes penales o comerciales; apariencia física y buena presencia; ausencia de enfermedades o de una determinada condición física; fotografía en currículum; nacionalidad determinada; edad mínima o máxima; sexo determinado; estado civil determinado; nivel de experiencia establecido en la medida que no sea una exigencia determinante, esencial y directa de la calificación o capacidad personal necesaria para el puesto de trabajo específico; exigencia de herramientas de trabajo (celular, vehículo propio, etc.) y, exigencia de cartera de clientes”⁸⁷

Uno de los puntos que más ha hecho eco en Chile, es la promoción por parte del Gobierno en el año 2005 de la eliminación de las fotografías en la entrega de currículum vitae. Sobre esta materia, se emite el siguiente comunicado:

“De 7.369 avisos revisados, se detectaron 905 que incurren en infracción, de los cuales 470 solicitan fotografía; 397 solicitan edad específica para postular a determinado cargo; 80 requieren buena presencia, 41 avisos piden sexo determinado y 113 avisos otros requisitos que van desde la estatura, nacionalidad, estado civil, etc.

La igualdad ante la Ley es un factor determinante para el Gobierno y, corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios. Por ello la Dirección del Trabajo efectuará una fiscalización -a partir de este estudio realizado- con el objeto de hacer cumplir la ley en cuanto a terminar con este tipo de discriminación que se produce al exigir determinadas características, prohibidas por la ley, al momento de acceder a un empleo.”⁸⁸

⁸⁷ ALBORNOZ, Marcelo. Para el departamento jurídico de la Dirección del Trabajo en el Ordinario No 0850/29, referente a normativa laboral. Ordenanza N° 850/29, Febrero 2005. [En línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-79169.htm>> [Consulta: 15 de agosto de 2018]

⁸⁸ Comunicado Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile. Santiago de Chile, 7 de junio del 2005.

Cabe señalar que estas exigencias son propias de una sociedad democrática y respetuosa con los Derechos de sus ciudadanos. Permitir ese tipo de discriminación estaría contradiciendo no solo la legislación internacional ratificada por Chile, sino que también infringiría el artículo 19 N° 16 inciso tercero de la Constitución Política de la República, y el artículo 2 del Código del Trabajo⁸⁹.

2.1. En entrevistas profesionales: Actos arbitrarios por parte de los empleadores.

Las entrevistas de trabajo son uno de los métodos más utilizados y tradicionales en la contratación laboral. Sin perjuicio de que típicamente sea conocido como un método unitario de evaluación, Pamela Alonso⁹⁰, indica que existen distintos tipos de entrevista, como por ejemplo la “entrevista convencional sin estructura”, que es la más tradicional y se basa en una conversación informal entre empleador y posibles empleados. Las características de la entrevista y las preguntas van cambiando de acuerdo a la persona a la cual se esté entrevistando. Otro ejemplo de entrevista es la llamada “entrevista convencional estructurada”, que consiste en una conversación muy similar a la anterior, solo que en este caso las preguntas se

⁸⁹ Artículo 2 del Código del Trabajo: “(...)Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación. Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación. Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto. Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza. Lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren. Corresponde al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios.”

⁹⁰ ALONSO, Pamela; MOSCOSO, Silvia; CUADRADO, Dámaris. Procedimientos de selección de personal en pequeñas y medianas empresas españolas. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 2015, vol. 31, no 2, p. 79-89.

encuentran pautadas, y existe una organización previa respecto al orden en que se hablarán los temas propuestos.

Como ya se señaló anteriormente, las entrevistas de trabajos son uno de los métodos más usados para seleccionar a los empleados, y así se confirma por Shackleton y Newell, que realizaron en España un estudio que comprueba que las entrevistas convencionales no estructuradas son el instrumento más empleado, utilizándose prácticamente en el 100% de los procesos de selección.⁹¹

Al ser las entrevistas de trabajo uno de los mecanismos más utilizados para la contratación laboral, es necesario hacer notar que los empleadores pueden caer en factores subjetivos para tomar la decisión de seleccionar o no seleccionar a un trabajador. Uno de esos, podría ser el aspecto físico de una persona.

Karla Carmona y Hugo Véliz, señalan que la presencia física de una persona:

“Va más allá de la apariencia o de las facciones de una persona, además se discrimina por el peso, facciones, ropa, altura, deformaciones físicas, hasta por manierismos que podría presentar una persona, y que en conjunto nos pueden dar una buena o mala impresión del individuo, pero obviamente esta primera impresión basada en como se ve una persona está sesgada y tiene muy poco que ver con las capacidades reales que tiene el individuo para realizar el trabajo que se le puede encomendar.”⁹²

Según estudios de la Universidad de Texas, como “Belleza y mercado laboral”, o “Por qué la belleza importa”, se ha llegado a la conclusión de que “Los trabajadores con estándares de belleza por encima del promedio ganan entre 10 y 15 por ciento

⁹¹ Ídem.

⁹² CARMONA, Karla, VÉLIZ, Hugo. Discriminación laboral (aspectos doctrinarios y situación en Chile). Seminario (Título de ingeniería comercial, mención administración). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Escuela de Economía y administración, 2005. p.47.

*más que los trabajadores por debajo del promedio de belleza*⁹³.

En Chile, existe un estudio muy similar. La encuesta, realizada por “Chile 21”⁹⁴ en el año 2004, señala que al menos un 37% de la población encuestada se ha sentido discriminado, y dentro de ese porcentaje, ha señalado que se ha sentido de esta manera en situaciones de acceso al trabajo (44%) y en sus remuneraciones o sueldos, alrededor del 10%. En este mismo estudio, el 46% de la población discriminada asegura que la razón de ésta discriminación es socioeconómica, pero también se han visto discriminado por factores externos, como por ejemplo, alrededor del 7% se siente discriminado por su vestimenta, un 6% por su aspecto físico, entre otros muchos factores, tales como, el lugar donde se reside, el estado civil, la edad, entre otros.

Es importante poder superar estas cifras y promover a la no discriminación por apariencias físicas, sobre todo tomando en cuenta que los cánones de belleza son solo aspectos subjetivos creados por la propia sociedad y que van cambiando según la época o el lugar en que nos encontremos. Por lo tanto, además de promover medidas preventivas en los Estados para que esto no suceda (como podrían ser usar biombos en las entrevistas de trabajo) es necesario también un cambio cultural, donde cada vez sean menos relevantes los atributos externos de una persona para decidir si se le contrata o no.

2.2 Exámenes médicos solicitados en etapas previas a la selección laboral.

En un principio, los exámenes médicos como requisito previo para entrar a trabajar a un lugar se encuentran legalmente prohibidos. Sin perjuicio de eso, hay que distinguir, aquellos casos en que será una condición necesaria y permitida por el ordenamiento jurídico, cuando por ejemplo, el puesto de trabajo conlleva una fuerte

⁹³ CABRERA, Rosnery, TERIFE, Joanna. Discriminación en los procesos de selección de personal de nivel ejecutivo. Tesis (licenciatura en Relaciones Industriales). Caracas, Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Escuela de Ciencias Sociales, noviembre 2007.

⁹⁴ FUNDACIÓN CHILE 21. Encuesta sobre “Discriminación y Desigualdades”. Mayo, 2004.

actividad física o cuando el trabajador contratado estará expuesto a determinadas condiciones que pueden agravar una enfermedad preexistente.

No obstante de que sean aceptados en ciertos casos, en muchos otros se encuentran prohibidos al ser improcedentes bajo todo punto de vista, por ejemplo, cuando se solicita examen de VIH o se hacen preguntas sobre el ciclo menstrual a las mujeres.

Tal como advierte Palavecino⁹⁵, en el área legal respecto a esta materia, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, prohíbe en su artículo 11 "*toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético*" y señala, en su artículo 12 que:

*"Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado"*⁹⁶.

Normativamente, también debemos mencionar a la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Esta declaración señala, en su artículo segundo, que "*cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características (..) esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad*"⁹⁷. Además, establece el

⁹⁵ PALAVECINO, Claudio, La intimidación del trabajador y la prohibición de discriminación laboral frente a los análisis genéticos. *Revista de Derecho* Vol. XVIII N° 2 Diciembre 2005 [En línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200002&script=sci_arttext> [Consulta: 25 de agosto de 2018] pp. 27-53.

⁹⁶ CONSEJO DE EUROPA. Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Oviedo, España, 04 de abril de 1997. Art.12.

⁹⁷ UNESCO. Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. París, Francia, 10 de diciembre de 1948. Artículo 2.

derecho al consentimiento informado, a la autodeterminación informativa, y la confidencialidad de los datos genéticos referidos a un individuo identificable⁹⁸.

La Guía para una selección no discriminatoria, redactada por la Confederación Española de Cooperativas de Consumidores y Usuarios, establece ciertas recomendaciones:

“Conviene plantear preguntas neutras a todos los candidatos/as. Es lógico que nos interese por la salud física y mental en la medida en que es relevante para realizar las funciones del puesto. Sin embargo, hay que evitar las preguntas intrusivas y las que discriminan a las mujeres. En cualquier caso, debe garantizarse la confidencialidad. Evitar preguntas sobre embarazos y situaciones relacionadas. Los cuestionarios médicos no pueden preguntar sobre embarazos. Las Directivas Europeas definen un periodo de especial protección que incluye el embarazo y el permiso de maternidad/paternidad. De acuerdo con las Directivas, las leyes nacionales protegen los derechos de las mujeres en ese periodo especialmente en lo que se refiere al despido. Además, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido que es ilegal negarse a contratar a una mujer por estar embarazada, sin que sirva de excusa el posible perjuicio para la empresa durante la baja por maternidad.”⁹⁹

En Chile, la situación es muy similar. Lizama y Ugarte señalan que los exámenes preocupacionales tienen un reconocimiento normativo expreso en el Reglamento sobre Prevención de Riesgos Profesionales, Decreto N° 40 del Ministerio del Trabajo de 1967, artículo 17.¹⁰⁰

⁹⁸ *Íbid.* Artículo 5 y 7.

⁹⁹ CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERATIVAS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. Ob. Cit. p. 26

¹⁰⁰ LIZAMA, Luis y UGARTE, José. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Santiago, Chile, 1998 p. 256.

Por lo tanto, tal como se señaló anteriormente, los exámenes médicos serán aceptados siempre y cuando no infrinjan las normas antidiscriminatorias establecidas en nuestra Constitución.

Para Di Pillo y Ramírez¹⁰¹, la toma de dichos exámenes médicos tiene ciertas limitantes. En primer lugar, se dice que tiene que tomarse con el consentimiento previo del posible trabajador que está postulando al cargo, y en segundo lugar, como requisito adicional para que se encuadre dentro del ámbito legal, los resultados del examen deben ser confidenciales. Estos autores, señalan que estos límites tienen un origen constitucional. El consentimiento estaría respaldado por los artículos 19 N° 1 y N° 7 que amparan el Derecho a la integridad física y psíquica y el Derecho a la libertad personal. A su vez, la confidencialidad se encuentra garantizada por el Derecho a la intimidad personal del trabajador consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República.

Palavecino¹⁰², cree que de forma excepcional, la ley podría ordenar la realización de análisis genéticos en el trabajo, siempre que se trate de labores que signifiquen un riesgo grave para su salud por causas, como por ejemplo, la exposición a determinadas sustancias peligrosas, pero con la limitante que éstas puedan establecer la susceptibilidad del trabajador ante la acción dañina de ciertos factores ambientales o diagnosticar una enfermedad que pudiera empeorar en dicho espacio de trabajo.

En nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que no exista una regulación referente a los análisis genéticos, si hay ciertas normas que regulan algunos exámenes médicos, entre ellas el artículo 7 de la Ley 19.779 sobre Normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana, la cual crea una bonificación fiscal para enfermedades catastróficas. Dicho artículo establece:

¹⁰¹ DI PILLO, *et al*, Ob. Cit, p.83.

¹⁰² PALAVECINO, Ob. Cit.

*“No podrá condicionarse la contratación de trabajadores, tanto en el sector público como privado, ni la permanencia o renovación de sus empleos, ni su promoción, a los resultados del examen destinado a detectar la presencia del virus de inmunodeficiencia humana, como tampoco exigir para dichos fines la realización del mencionado examen”.*¹⁰³

En la misma línea y por la misma solución se ha optado respecto de los tests de embarazo; específicamente en el artículo 194 inciso final del Código del Trabajo, en el cual se prohíbe, con el fin de contratar a una mujer, la exigencia de examen o certificado médico que verifique si se encuentra o no en estado de gravidez.

2.3. Pruebas y test profesionales utilizados como mecanismos de exclusión infundados en la contratación de personal.

Es también muy usual en los procesos de selección laboral, la realización de ciertas pruebas de evaluación o test efectuados a los diversos postulantes a un puesto de trabajo, los cuales pueden ser variables y van desde pruebas que miden conocimientos o manejo de idiomas hasta pruebas de habilidades o de personalidad.

Muchas veces, el abuso de estos test puede llevar a resultados no igualitarios que fomentan el sesgo entre ocupaciones femeninas o masculinas. Por lo tanto, se hace necesario que éstos midan competencias intrínsecamente relacionadas con el trabajo. La Guía para una selección no discriminatoria¹⁰⁴ señala que, por ejemplo, se podría cuestionar la relevancia de una prueba que midiera la capacidad para llevar objetos pesados de un sitio a otro si en el taller hay máquinas que realizan esa labor.

En general, se prefieren las pruebas profesionales a los tests de inteligencia y aptitudes. En las primeras, se le pide al candidato/a que realice una tarea muy similar a la que tendría que realizar en el puesto de trabajo en que hipotéticamente podría

¹⁰³ LEY N°19.779. Establece normas relativas al virus de inmuno deficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, diciembre del 2001. Artículo 7.

¹⁰⁴ CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERATIVAS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, Ob.cit. p. 19-21.

quedar, por lo tanto, son más objetivas y acordes con una búsqueda adecuada de personal para un puesto de trabajo.

3. Nuevas Formas de Discriminación por parte de los Empleadores.

3.1. E- recruitment o reclutamiento 2.0: moderno mecanismo de búsqueda de candidatos para un puesto de trabajo.

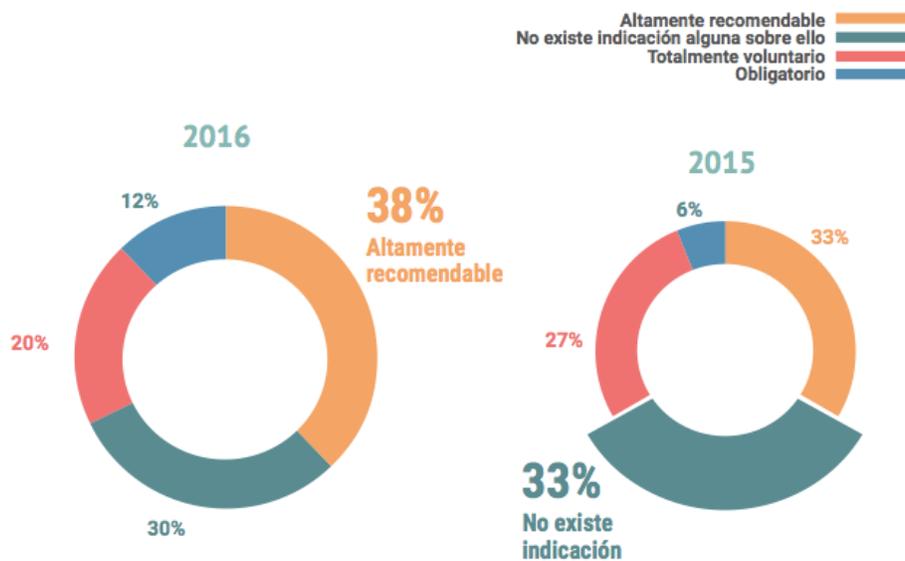
La Real Academia Española define la acción de reclutar como “reunir gente para un propósito determinado”. A grandes rasgos, en materia laboral el reclutamiento puede ser externo o interno. Es interno cuando se contrata para un cargo en específico a una persona que se encuentra trabajando para una misma empresa u organismo. Este tipo de contratación puede ser “vertical”, cuando un trabajador es ascendido a un puesto laboral de mayor jerarquía, o puede ser “horizontal” cuando la persona que ocupa el puesto vacante es un trabajador del mismo rango jerárquico, pero de otra área dentro de la “empresa”. Por otra parte, el reclutamiento externo es aquel donde cada empresa tiene que acudir al mercado laboral a reclutar a nuevos trabajadores que no sean dependientes del mismo empleador.

Como sabemos, es innegable que el Siglo XXI ha estado marcado por los grandes desarrollos científicos y tecnológicos que se han logrado a nivel mundial. Actualmente es difícil imaginar el mundo sin teléfonos celulares, sin Internet, sin redes sociales. La sociedad está muy conectada sin importar, incluso, la distancia física. El mundo está globalizado, cada vez existen más productos tecnológicos y descubrimientos que hacen de la comunicación humana una rutina diaria adquirida y de fácil acceso. Toda esta nueva “era digital” también ha traído repercusiones en el ámbito laboral, surgiendo lo que conocemos como “E- recruitment o reclutamiento 2.0”. Sobre esta evolución, Muñoz la define como “*El reclutamiento 2.0 es también conocido como Social Recruiting y se basa en una serie de procedimientos que se*

utilizan para conseguir candidatos activos y pasivos ideales para un puesto de trabajo por medio del mundo de Internet.”¹⁰⁵

Un estudio llamado “Redes Sociales y Mercado de Trabajo” realizado en España es indicativo de la gran cantidad de reclutamiento de empleados a través de las páginas de internet. Es así como se confirma en la siguiente tabla la cual comprueba que es una herramienta que ha ido creciendo con el paso de los años.

3.3 En tu empresa, el uso de las redes sociales para captar y atraer talento es...

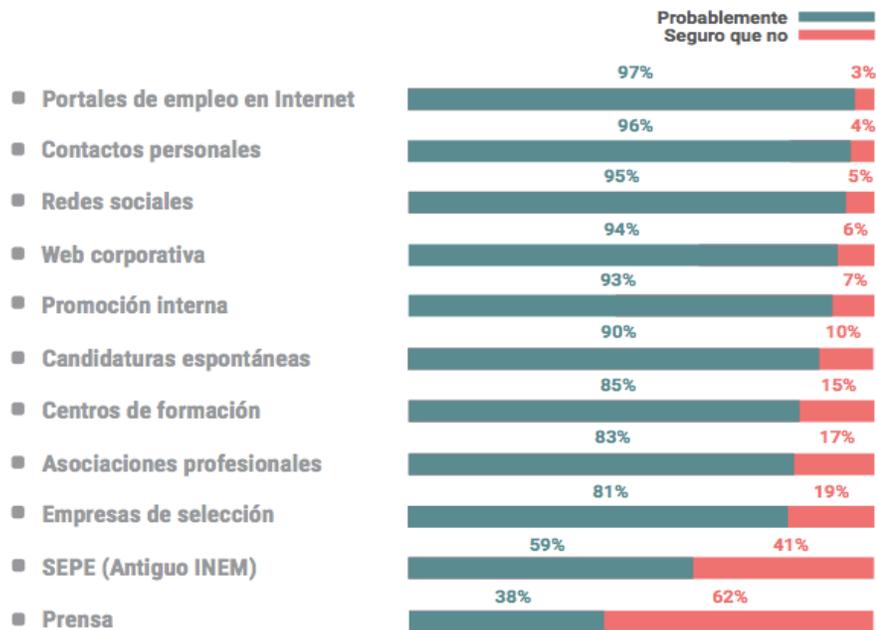


106

Relacionado con el incremento de las redes sociales, los empleadores ante la pregunta “¿Qué medios consideras que vas a utilizar dentro de 2 años para buscar candidatos?” responden de la siguiente manera:

¹⁰⁵ MUÑOZ, Manuel. Reclutamiento 2.0. Tesis (Grado en Relaciones Laborales). Tenerife, España. Universidad de la Laguna, Facultad de Derecho, Curso 2013/2014. p.15 .

¹⁰⁶ Informe 2016 Infoempleo-Adecco “Redes Sociales y Mercado de Trabajo”. España, 2016. [En línea] <<https://www.adeccorientaempleo.com/webwp/wp-content/uploads/2017/02/Informe-2017-Empleo-y-Redes-Infoempleo-Adecco-2.pdf>> [Consulta: 17 de agosto de 2018] p.50.



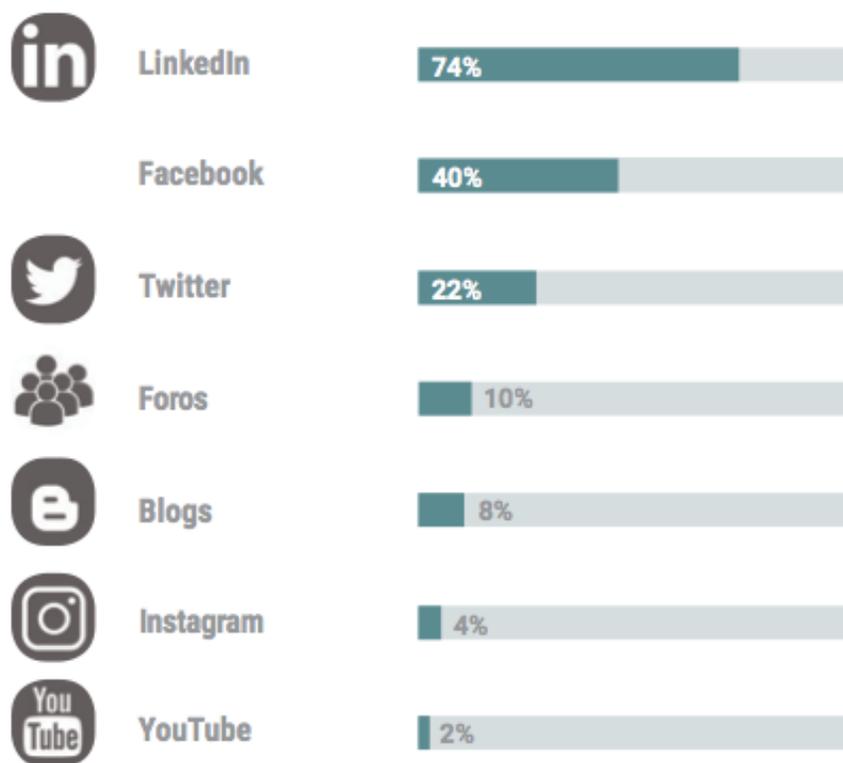
107

La contratación a través de las redes sociales o por otras páginas de internet sería realmente ventajosa ya que las ofertas de trabajos llegan a un mayor número de personas debido al alcance y la masividad que Internet tiene el día de hoy. Además, ahorra costos (no es necesario contratar a empresas externas de empleo o de pagar avisos publicitarios en los diarios) y tiempo, ya que es posible hacer una pre-selección por medio de los datos enviados electrónicamente, y solo será necesario realizar entrevistas a aquellas personas que ya hayan pasado esa etapa previamente.

3.1.1. Obtención de datos personales vía Facebook.

En la actualidad existe una gran diversidad de plataformas sociales a través de las cuales las personas introducen sus datos personales para intercomunicarse con los demás. En España, la red social más utilizada para la contratación de personal es LinkedIn, seguida por Facebook y Twitter.

¹⁰⁷ Ibid., p. 62.



108

Respecto a este punto, una investigación realizada por el portal de empleo online Careerbuilder, señala que casi la mitad de los profesionales encuestados y que trabajan en el área de recursos humanos, afirman haber buscado a los candidatos a trabajadores por las redes sociales. Y ante los posibles factores que terminaron en la no contratación de ellos, los más frecuentes eran: fotos provocativas o inapropiadas (49%), evidencias del candidato consumiendo alcohol u otras drogas (45%), la demostración de escasas habilidades comunicativas (35%), hablar mal sobre anteriores jefes (33%), comentarios discriminatorios, racistas o sexistas (28%), y mentir sobre sus cualidades profesionales (22%).¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 52.

¹⁰⁹ Estudio llevado a cabo por Harris Interactives© para Careerbuilder.com, sobre 2.303 profesionales de recursos humanos, entre el 9 de febrero y el 2 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.careerbuilder.com/JobPoster/Resources/page.aspx?pagever=2012SocialMedia&template=none&sc_cmp2=JP_Infographic_2012SocialMedia>. Citado por: "el uso de facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos"

La problemática de la extracción de datos por páginas de internet no está dada cuando esos antecedentes son sacados de medios como LinkedIn, ya que son páginas creadas exclusivamente para la búsqueda de empleos. Sin embargo, la obtención de datos se vuelve preocupante cuando los empleadores consiguen trabajadores a través de páginas personales, como Facebook o Instagram, ya que son redes donde la gente suele plasmar posturas políticas, preferencias personales o fotos cotidianas que podrían llegar a afectar en la decisión sobre si contratar a alguien o no, impidiendo que el resultado final se tome en base a los conocimientos y aptitudes del postulante.

Tal como dice Llorens:

*“Facebook ha llegado a convertirse para mucha gente en una herramienta de expresión indispensable, rozando en ocasiones lo patológico, sobre la que verter y difundir las propias opiniones, vivencias, afinidades, emociones, y en definitiva, crear un perfil bibliográfico personalizado dentro de la comunidad virtual. Ello ha generado que el perfil personal de cada usuario, y el modo en el que se interactúa, se conviertan en una “huella digital”, un escaparate del propio ser, pudiendo otorgarnos el gozo de nuestras mejores fantasías o el padecimiento de las peores pesadillas”*¹¹⁰

En este punto hay que distinguir dos formas de obtención de datos a través de Facebook. En primer lugar, Facebook como herramienta social, por medio del cual cualquier persona que sea usuario de esta red social puede entrar al perfil de otra persona, y ver lo que ha publicado de manera “pública”. A este, lo llamaremos, “Facebook social”. En segundo lugar, existe Facebook como prestador de servicios, al cual los consumidores y usuarios le proporcionan datos personales los cuales son utilizados en “sus términos y condiciones”. A este, lo llamaremos “Facebook empresa”. Esta segunda arista no ha estado exenta de discusión, primeramente

¹¹⁰ LLORENS, Julen. El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos. Comunicación presentada Ponencia I “Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pamplona, mayo 2014. p. 2.

respecto a si podría ser un contrato o no, y consecuentemente si la contravención del “contrato”, como por ejemplo, a la venta, entrega o filtración de esos datos personales podría ser una infracción contractual con posibles repercusiones legales, tal como ocurrió a principios de este año con el llamado “escándalo de Facebook”, donde Mark Zuckerberg de forma particular, tuvo que asumir la responsabilidad de no proteger debidamente a sus usuarios, por la obtención de datos personales por la empresa Cambridge Analytica, datos que fueron compartidos y utilizados para crear perfiles psicológicos que influyeron fuertemente en la campaña presidencial de Estados Unidos.

Dentro del “Facebook social” Juan Llorens¹¹¹, afirma que Facebook puede ser de utilidad en dos ámbitos del proceso de selección de laboral. En primer lugar, referido como a un espacio virtual donde concurren muchos de los candidatos y por lo tanto, pueda ser efectivo para la búsqueda de individuos y selección de personal, y en segundo lugar, para la obtención e información personal sobre cada candidato.

Asimismo, en esta arista de Facebook, podemos volver a hacer una distinción entre aquello que las personas comparten como “público” para que cualquier persona pueda ver, y entre la “parte privada” donde las publicaciones son restringidas solo para aquellas personas que el usuario tenga como “amigo”. Es menester aclarar, de todos modos, que la línea entre lo público y lo privado se torna muy difusa, por lo que un comentario o una foto sobre el que hayamos decidido restringir su grado de divulgación, puede convertirse en “público” si un “amigo” que no tenga una configuración de privacidad restrictiva, decide “compartirlo”.

De esta forma, se produce un choque entre “Derechos”. Por una parte, el Derecho a la intimidad personal, que ligado a las relaciones laborales, se impone el deber a los empleadores o compañeros de trabajo de no inmiscuirse en la vida privada de cada persona, y mucho menos, cuando pueden incluir un menoscabo a la dignidad personal. Por la contraparte, estaría el Derecho a la libertad de empresa y la libertad

¹¹¹ Íbid. p. 3

de contratación, que se caracteriza por el legítimo interés del empleador en averiguar las características personales de sus postulantes. En este sentido, el considerando cuarto del Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos menciona: *“El tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad. El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad”*¹¹².

En esta misma línea, y con el avance de las tecnologías y de la globalización digital, ha nacido el Derecho a la protección de datos también conocido como el habeas data o la “libertad informática”. Sin perjuicio de que este nuevo derecho sí tenga influencias en otras áreas jurídicas como en la propiedad intelectual o en el área mercantil o penal, se encuentra poco desarrollada en el ámbito laboral, pese a que debiese regularse con presura todo lo relativo a la protección del trabajador y su vida privada.

Respecto a este punto cabe señalar también que la protección de datos se encuentra garantizada en la normativa internacional:

Por una parte, el artículo 8, apartado primero, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen. De la misma forma lo menciona el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Tal como hemos señalado anteriormente, hoy en día el Internet en general cumple un rol fundamental en nuestras vidas. En las propias palabras del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea en la Directiva 2016/1148 relativa a las

¹¹² REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea (L 119/1), 4 de mayo del 2016.

medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, se señala: *“Las redes y sistemas de información desempeñan un papel crucial en la sociedad. Su fiabilidad y seguridad son esenciales para las actividades económicas y sociales, y en particular para el funcionamiento del mercado interior.”*¹¹³

De esta forma, y estando al tanto de lo que significan los datos obtenidos de forma electrónica, la Agencia de Derechos Fundamentales, ha establecido en el informe del año 2018 en su dictamen N° 7.1 lo siguiente:

*“Los Estados miembros de la UE deberían evaluar a fondo los recursos humanos y financieros, incluidos los conocimientos técnicos, que son necesarios para llevar a cabo las operaciones que han de realizar las autoridades de protección de datos a la vista de sus nuevas responsabilidades derivadas de las mayores facultades y competencias establecidas en el Reglamento General de Protección de Datos.”*¹¹⁴

Es destacable la labor que ha realizado la FRA en esta materia, debido a que el campo digital ha ido avanzado de forma exponencial, por lo que muchas veces resulta casi imposible poder limitar o sancionar lo que se obtiene a través de internet. Se valora una regulación de un organismo internacional que proponga nuevas soluciones a un campo desconocido y poco reglamentado.

A modo de conclusión, para determinar cuándo la obtención de información sería ilegítima por parte del empleador deberíamos distinguir. Respecto a la información que es “pública” no cabría ninguna ilicitud si el empleador obtuviera los datos a través de la red social, sin perjuicio, de lo éticamente reprochable. Ahora bien, en cuanto a la información privada o semiprivada, la respuesta que se otorga en España (de la misma forma que sucede en Chile) es establecer una prohibición de

¹¹³ Directiva 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea (L 194/1). 19 de julio de 2016.

¹¹⁴ AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Ob.cit. p. 16.

intromisión del empleador a las aptitudes que puedan ser útiles para el empleo pero que éste los mantenga en su orden privado, con la excepción de que el candidato otorgue su consentimiento para la obtención de datos.

Sin embargo, por la gran cantidad de datos que ofrece Facebook, resultaría ilusorio intentar separar cuáles de esos podrían contribuir en la aptitud de un profesional y cuáles no, el ordenamiento jurídico debería proteger estos espacios prohibiendo a los empresarios toda práctica dirigida a obtener acceso a los perfiles de Facebook.¹¹⁵ Es imperante la prohibición de intromisión a la vida privada del trabajador por parte del empleador, ya que debemos recordar que el Derecho laboral, no es estrictamente una relación de contratación igualitaria como podría o debería suceder por ejemplo, en el área civil, sino que es una relación asimétrica donde el empleador se encuentra en una mejor posición para obtener información, y muchas veces, los candidatos pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad, resultando el posible consentimiento ficticio, y solo sería obtenido por coacción.

En ese sentido, recalcar que es imperante una nueva regulación jurídica debido a las malas prácticas de empleadores que empiezan a exenderse por el mundo. Muchos de los empresarios están solicitando las contraseñas privadas de Facebook de los candidatos para tener así acceso directo a la información personal, práctica que resulta a todas luces intrusiva de la esfera de inviolabilidad personal, y por tanto digna de tutela legal. No obstante la falta de regulación en materia laboral, el artículo 6 de Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece una norma general que igualmente se podría aplicar en casos laborales. Así, el artículo señala:

“1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos

¹¹⁵ *Ibíd.* p. 11.

personales para uno o varios fines específicos;

b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;

c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;

d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;

e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;

f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea”¹¹⁶

En la misma línea, han surgido técnicas tales como el “shoulder surfing”, consistente en solicitar durante la entrevista que el candidato entre en su perfil de Facebook de modo que el empresario pueda supervisarlos en su presencia; o el solicitar la “amistad” en Facebook, para evitar las barreras de privacidad establecidas en los perfiles de los candidatos, con la presión obvia a la que el aspirante es expuesto, de aceptar o no esas prácticas y siendo consciente de su posición asimétrica ante la capacidad del empresario para desechar su solicitud y escoger a otro candidato ¹¹⁷.

Respecto al rol de Facebook como empresa, cabe mencionar lo señalado en Chile, por Iñigo de la Maza y Rodrigo Momber, que hacen un interesante análisis respecto a la existencia o inexistencia de contrato en los sitios web y consecuentemente la legalidad o ilegalidad del uso que éstos le otorgan a nuestros datos personales. Señalan que hay que hacer una distinción relevante entre dos tipos de contratos

¹¹⁶ REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Ob.cit.

¹¹⁷ Ibíd. p. 12.

electrónicos, estos son los contratos clic, y los contratos browse. Por una parte, los contratos clic:

“Se caracterizan porque requieren del usuario una acción positiva de manifestación de consentimiento para acceder a los servicios ofrecidos por el proveedor a través de la página web. Esta acción consiste habitualmente en pulsar o «hacer clic» en un botón, cuadro de diálogo o casilla que contiene la palabra «Acepto» u otra expresión similar”¹¹⁸.

En cambio, en los contratos browse, los términos y condiciones se encuentran disponibles en enlaces distintos, y no se necesita de ninguna acción positiva del usuario para utilizar los servicios.

Pese a que el caso de Facebook encuadraría doctrinariamente dentro de esta idea de “contrato por clic”, lo que implicaría que existe contrato entre el usuario y la página web y por ende, el consumidor aceptaría el uso que la empresa Facebook le otorgue a los datos que la persona ingrese. Generalmente estos sitios web no contienen detalladamente el uso que la página de le dará a estos datos. Así lo señala también Jared S. Livingston:

“Whether the privacy policy to which a user is directed is actually an agreement is “speculative,” but because case law finds enforceability when users click to indicate their agreement, as they must do to sign up with Facebook, courts would probably find that Facebook’s privacy policy is an enforceable contract. So while a contract may be formed, there may be no guarantee that it will contain any terms about privacy. In fact, sellers are leery of making any representations that they include in the contracts about

¹¹⁸ DE LA MAZA Igiño y MOMBORG, Rodrigo. Términos y condiciones: Acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web. *Revista chilena de Derecho y Tecnología*. Volúmen 6 (Número 2). pp.25-55. Diciembre, 2017. [En línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdt/v6n2/0719-2584-rchdt-6-02-00025.pdf>> [Consulta: 28 de agosto de 2018] p. 44

privacy."¹¹⁹

Si bien legalmente se pueda hablar de un contrato, por tanto, el usuario estaría hipotéticamente de acuerdo con el uso que Facebook pueda darle a sus datos personalmente, habría que analizar detalladamente “el contrato” porque las cláusulas introducidas por Facebook no señalarían nada acerca del uso de los datos personales, y por consiguiente, no sería legal que una tercera persona pueda obtener datos de la cuenta personal de un individuo. Estaríamos hablando entonces, desde nuestro punto de vista, de una doble ilegalidad. Por una parte, la ilegalidad del uso de esos datos personales, y de una ilegalidad indirecta que es el posible uso que los empleadores podrían darle a esos datos, discriminando a un trabajador, en base a criterios meramente emocionales, físicos, socioculturales, y no respecto a las capacidades intelectuales o laborales que tenga una persona.

3.1.2. Agencias intermediarias en la relación laboral: agencias de colocación y selección de personal.

Dichas agencias son organismos encargados de desarrollar programas que promuevan la intermediación entre empleadores y trabajadores, las cuales contribuyen de gran manera a obtener altos niveles de empleo y movilidad laboral de trabajadores.

Las agencias intermediarias pueden ser públicas y privadas. En el ámbito público, se enmarcan los Servicios Públicos de Empleo (SPE). Este servicio consiste principalmente en la recopilación de ofertas y demandas de trabajo, para luego crear ciertos “perfiles de búsqueda” y “perfiles de trabajadores” para proponer adecuadamente a cierto personal de determinadas características psicológicas y habilidades para el puesto de trabajo que mejor le corresponda según dichas características.

¹¹⁹ LIVINGSTON, Jared. Invasion contracts: the privacy implications of terms of use agreements in the online social media setting. Julio, 2011. p. 28

El SPE en los países de la Unión Europea, corresponden a las agencias de colocación más utilizadas por los trabajadores europeos, a diferencia de las empresas privadas (SPRE), que como método de búsqueda tiene un menor índice de utilización a excepción de Bélgica y Luxemburgo. Así, puede ser confirmado en la siguiente tabla:

Principales métodos de búsqueda de empleo y tasa de paro. 2006
(en %)

	SPE	SPRE	Solicitud directa a empresa	Amigos y parientes	Publicar o responder anuncios	Estudio anuncios	Tasa de paro
UE-15	62,7	22,2	45,8	53,7	43,3	63,8	7,8
Bélgica	65,3	39,0	28,7	32,5	24,1	53,4	8,2
Dinamarca	40,6	3,0	61,1	47,1	63,3	80,5	3,9
Alemania	91,5	17,7	19,6	38,1	56,6	58,1	8,5
Irlanda	53,5	29,8	80,3	83,4	28,5	91,9	4,4
Grecia	61,9	8,7	84,9	86,8	29,0	70,5	8,9
España	53,5	29,3	62,7	71,8	31,5	52,3	8,5
Francia	59,3	30,7	58,0	57,7	44,8	79,5	9,1
Italia	28,4	15,9	55,2	74,6	23,5	56,4	6,8
Luxemburgo	63,8	22,8	47,3	59,8	19,6	73,1	4,7
Países Bajos	50,2	44,6	57,9	52,5	51,2	72,5	4,5
Austria	75,3	14,7	67,7	78,3	47,3	86,3	4,7
Portugal	61,0	8,7	45,8	38,2	15,2	24,1	7,7
Finlandia	61,7	13,8	49,3	36,0	36,6	84,4	7,7
Suecia	66,0	3,8	39,6	22,4	17,5	48,5	7,1
Reino Unido	63,8	23,9	52,8	52,0	59,1	79,7	5,3

Fuente: Labour Force Survey. EUROSTAT.

120

Por lo tanto, pese a que las agencias de colocación públicas o privadas (SPE y SPRE) son una gran alternativa para buscar trabajo, hoy en día no son utilizadas de manera general, y han ido perdiendo espacio frente a nuevas metodologías más competitivas, modernas y cómodas de utilizar, como lo son por ejemplo, las redes sociales.

¹²⁰ ALUJAS, Joan. Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en la Unión Europea. *Ekonomiaz* N.º 71, 2.º cuatrimestre, 2009. p. 212.

4. Mecanismos adoptados por la Unión Europea para luchar contra la Selección de Personal Sesgada.

Para que un proceso de selección laboral se encuentre libre de arbitrariedades y falencias, es deber de los Estados miembros de la Unión Europea y del mundo adaptar sus legislaciones, instituciones, programas de gobierno y políticas de Estado, para evitar que se cometan actos discriminatorios en este tipo de procesos, y de esta forma, no incurrir en vulneraciones de los principios de igualdad de trato y oportunidades entre los trabajadores. Como ya se ha mencionado, la Unión Europea tiene como uno de sus ejes que sus ciudadanos puedan alcanzar el éxito personal mediante el libre acceso al mercado laboral, en condiciones equitativas para todos; premisa que se refleja en que los procesos de selección deban asegurar un trato justo e imparcial a la hora de realizar contrataciones.

Si bien la Unión Europea resguarda la igualdad entre sus ciudadanos por medio de la prohibición de discriminación contenida en su legislación, con el pasar de los años ha orientado sus políticas y recursos en la creación de instituciones que protejan el valor de la igualdad en el escenario europeo y ha impulsado una serie de normas y programas que forman el actual modelo social de la UE.

4.1. Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Tal como fue analizado respecto a las fuentes normativas relativas a la no discriminación en la Unión Europea¹²¹, la Directiva N°2000/78/CE significa un avance para la protección a la igualdad de los trabajadores en el sistema jurídico europeo. Si bien replica la estructura de la Directiva N°2000/43/CE sobre la prohibición de discriminaciones fundadas sobre la raza y el origen étnico, viene a establecer la tutela en los Estados miembros de la Unión respecto a la adopción de medidas necesarias para velar por la igualdad de trato en la ocupación, en las condiciones de

¹²¹ Ver Apartado 2 Capítulo I.

trabajo y en la formación profesional de sus ciudadanos, prohibiendo la discriminación por motivos como la religión o las convicciones de una persona, la discapacidad, edad u orientación sexual que presente un trabajador.

En su artículo primero, la Directiva N°2000/78/CE menciona su objetivo:

“La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.”¹²²

A lo anterior se suma lo establecido en el considerando 7° cuyo texto dispone que otro de los objetivos es el *“desarrollar una estrategia coordinada europea a favor de la ocupación, y en particular a favor de la promoción de una fuerza de trabajo competente, cualificada y adaptable”¹²³.*

Como ya fue mencionado, la Directiva se encarga de establecer las pautas que deben seguir tanto empleadores como trabajadores, para proporcionar el respeto a la igualdad de trato y oportunidades en lo relativo 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, el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional y formación profesional, las condiciones de empleo y trabajo, incluidas el despido y la remuneración, y por último, la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios.

¹²² DIRECTIVA 2000/78/CE DEL CONSEJO. Ob. Cit.

¹²³ARRIGO, Gianni. Las Fuentes Del Derecho Antidiscriminatorio De La Unión Europea. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Volúmen IV, N°2, Año 2016 [En línea] <<https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b0000016525ece551a6afc58d&docguid=i4F29A81FD88BDA3C178660DC535EBFCA&hitguid=i4F29A81FD88BDA3C178660DC535EBFCA&tocguid=&spos=4&epos=4&td=7&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1ACD7B5&searchFrom=&savedSearch=false&context=7&crumb-action=append&fromSH=true>> [Consulta:10 de agosto de 2018]

En cuanto a su ámbito de aplicación, la Directiva se aplica a todas las personas ya sea del sector público o del sector privado, procurando que no exista diferencia de trato por motivos de nacionalidad y sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en territorio de los Estados miembros. Tampoco se aplica a los pagos efectuados por regímenes públicos, incluidos los regímenes de seguridad social o de protección social. En lo relativo a las fuerzas armadas, la Directiva permite que los Estados miembros tengan la posibilidad de estimar si se les aplica o no el contenido de la misma, en lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad.

La Directiva N° 2000/78/CE es clara en señalar que mediante su aplicación no pretende obligar a contratar, mantener o ascender a una persona que no sea competente o no esté capacitada para ejercer la labor que se le encomienda o para seguir una formación dada, incluso en el artículo 4° señala que:

“(…) Los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”¹²⁴

Es decir, permite a los Estados miembros realizar un trato desigual basado en la religión o convicciones de una persona, discapacidad, edad o de orientación sexual, cuando esta constituya un requisito proporcionado para el trabajo a desarrollar y se persiga un objetivo legítimo con dicha acto.

¹²⁴ DIRECTIVA 2000/78/CE DEL CONSEJO. Ob. Cit.

De igual forma, en el artículo 6º legitima un trato diferenciado por razones de edad cuando dicha desigualdad esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y los medios para lograr dicho objetivo sean adecuados y necesarios.

Para el caso de Irlanda del Norte, en virtud de sus condiciones particulares en lo relativo a la religión, las diferencias de trato en materia de contratación de servicios policiales no constituirán discriminación, en la medida que dichas diferencias estén expresamente autorizadas por la legislación nacional, mientras que las disposiciones en materia de religión o convicciones no se aplicarán a la contratación de docentes en las escuelas, siempre y cuando se encuentren expresamente autorizadas por la legislación nacional.

4.2. Oficina Europea de Selección de Personal (EPSO).

La Oficina Europea de Selección de Personal (EPSO) comienza a funcionar en enero del año 2003 y se define como:

“Una oficina interinstitucional responsable de la selección de personal para todas las instituciones y agencias de la Unión Europea, es decir, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Cuentas, el Servicio Europeo de Acción Exterior, el Comité Económico y Social, el Comité de las Regiones, el Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Defensor del Pueblo Europeo.”¹²⁵

La función principal de la EPSO es llevar a cabo procesos de selección adecuados y eficientes, que permitan encontrar al candidato idóneo para un puesto de trabajo. A partir de una lista de candidatos previamente seleccionados por la EPSO, las

¹²⁵ EPSO. Acerca de la EPSO [En línea] <https://epso.europa.eu/about-epso_es> [Consulta:13 de agosto de 2018]

instituciones mencionadas contratan trabajadores que cumplan con sus estándares en cuanto a capacidades y calificaciones.

Dentro de sus premisas se encuentra el desarrollar procesos de selección actualizados y transparentes de excelencia, tomando en consideración el mercado laboral, las regulaciones propias de cada país y de las organizaciones internacionales. Prueba de lo anterior es que actualmente la EPSO tramita una media de 70.000 candidaturas al año para aproximadamente 1.500 plazas¹²⁶ de empleo, realizando pruebas de selección en 24 lenguas distintas, facilitando de esta manera la inclusión laboral.

Esta oficina ha cumplido con un rol fundamental en la sociedad actual, y que consiste en armonizar en un sistema unitario la búsqueda de trabajos en la Unión Europea. Es de gran importancia destacar la labor que realiza este organismo, ya que se desarrolla a la par de la modernización actual, facilitando el acceso laboral a una colectividad moderna y que posee la tecnología al alcance de su mano. Además, el objetivo de la EPSO (selección de puestos de trabajo) fomenta una gran cantidad de pilares fundamentales promovidos por la Unión Europea, tales como la movilidad laboral, siendo ésta una condicionante para el incremento de la diversidad cultural y sentimiento de pertenencia a la Unión Europea.

4.3. Estrategia Europea sobre el Empleo (EEE).

Los orígenes de la Estrategia Europea sobre el Empleo se remontan al año 1997, a partir de un acuerdo entre los Estados miembros de la UE para resolver de forma conjunta objetivos comunes en lo que concierne a las políticas de empleo. Su función se resume en coordinar las políticas laborales entre Estados miembros, países asociados y candidatos, consiguiendo crear más empleos y mejorar las condiciones de éstos en la Europa actual.

¹²⁶ Ídem.

Según lo indicado por Álvarez¹²⁷, dentro de los objetivos adoptados por los Estados miembros se encuentran el desarrollo de los recursos humanos mediante la formación profesional, la promoción de inversiones productivas a través de políticas salariales moderadas, la identificación de nuevas fuentes de empleo a través de iniciativas locales, el aumento de la eficacia de las instituciones del mercado de trabajo y por último, el fomentar la incorporación al mundo del trabajo de algunos grupos específicos como jóvenes, personas con discapacidad y mujeres.

La Estrategia Europea sobre el Empleo, actualmente se denomina 'Estrategia Europea 2020', centrada en delimitar políticas laborales y de otras áreas desde el año 2010 hasta el año 2020. La Comisión Europea hace referencia a que la estrategia Europa 2020 "*señala el crecimiento inteligente, sostenible e integrado como manera de superar las deficiencias estructurales de la economía europea, mejorar su competitividad y productividad y sustentar una economía social de mercado sostenible.*"¹²⁸ Dentro de sus objetivos se encuentra el empleo, la investigación y desarrollo, el cambio climático y energía, la educación, la pobreza y la exclusión social. De esta manera, dichos objetivos se establecen como parámetros fundamentales que debe lograr la Unión Europea para el año 2020.

Lo anterior se aplica a través del Semestre Europeo, proceso mediante el cual anualmente se coordinan las políticas entre los Estados pertenecientes a la Unión Europea y sus instituciones. Según la propia Comisión Europea¹²⁹, el semestre se compone de 4 fases:

1. Orientaciones para las políticas de empleo, las cuales son propuestas por la Comisión y acordados por los Gobiernos nacionales, siendo adoptados por el Consejo de la Unión Europea.

¹²⁷ ÁLVAREZ, David. Estrategia Europea de Empleo: Estrategia 2020. Tesis (Grado Relaciones Laborales y Recursos Humanos). Palencia, España: Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias del Trabajo, 2013. p.6.

¹²⁸ COMISIÓN EUROPEA. Estrategia Europea de Empleo [En línea]
<<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=es>> [Consulta: 17 de agosto de 2018]

¹²⁹ Ídem.

2. Informe Conjunto sobre Empleo, publicado por la Comisión y adoptado por el Consejo de la UE. Se basa en la situación del empleo en dicho continente, la aplicación de las orientaciones para las políticas laborales y la evaluación de los indicadores sociales y de empleo clave.

3. Programas Nacionales de Reforma, los cuales son presentados por cada Gobierno que participa en la UE. Dichos programas son revisados por la Comisión para determinar si son adecuados y atinentes a lo establecido en la Estrategia Europea 2020.

4. Luego de la evaluación de los programas, la Comisión procede a la realización y publicación de informes sobre los Estados miembros de la Unión Europea, analizando políticas económicas y sociales, y formulando recomendaciones para cada uno de ellos, en consideración a su panorama individual.

Como bien hemos señalado, el empleo genera, a nivel personal un alto grado de independencia y autoestima, ayudando a los individuos a integrarse en la sociedad. Las autoridades tienen conocimiento que si se incrementa el número de personas con mayores y mejores ingresos, habría más integración social y menos pobreza. Y para que estos fines se puedan alcanzar dentro de la Unión Europea, es primordial que todos los Estados miembros trabajen juntos y coordinen sus políticas¹³⁰. En esta misma línea y con el fin de promover estos objetivos se van creando distintos sistemas que promueven el acceso en forma más sencilla a puestos de trabajo. Los años han ido dando la razón a estos nuevos mecanismos, lo que se demuestra con el siguiente gráfico:

¹³⁰ COMISIÓN EUROPEA. Estrategia Europea de empleo objetivo: mejorar el empleo en Europa. [En línea] <http://publications.europa.eu/resource/ellar/214dd8b1-be8e-442f-ae94-28a34fd9846b.0017.02/DOC_1> [Consulta: 27 de octubre de 2018]

Tasa de empleo de 20 a 64 años. Total. Cataluña, España y Unión Europea. 2003-2017



4.4. Fondo Social Europeo (FSE).

El Fondo Social Europeo (FSE) es creado en 1957, como parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Actualmente se reconoce como “*el principal instrumento con el que Europa apoya la creación de empleo, ayuda a las personas a conseguir mejores puestos de trabajo y garantiza oportunidades laborales más justas para todos los ciudadanos de la UE*”¹³². Su función principal es financiar proyectos que tengan por objetivo fomentar la empleabilidad en Europa.

Abarca proyectos locales, regionales y nacionales dentro de la Unión Europea que tengan por fin formar y capacitar a las personas mediante cursos de formación y

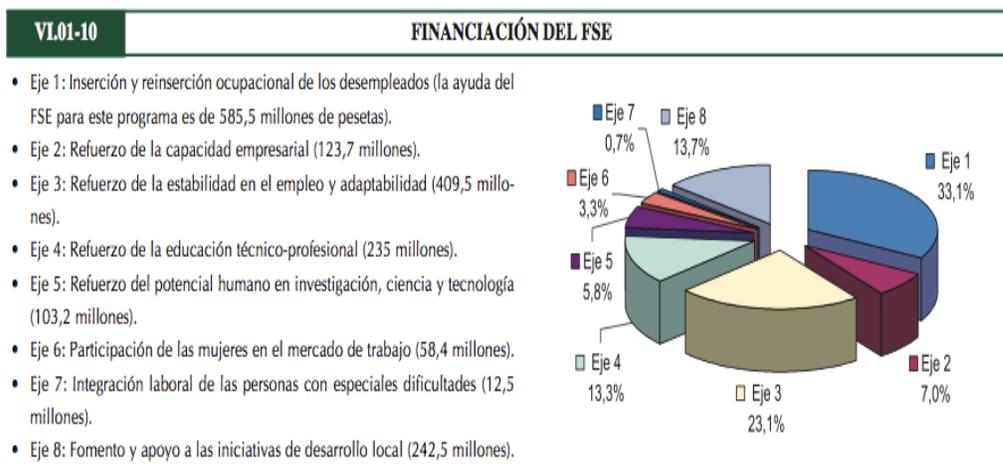
¹³¹ WEB DE LA ESTADÍSTICA OFICIAL DE CATALUÑA, Idescat. Fuente España, zona euro y Unión Europea: Eurostat. Tasa de empleo de 20 a 64 años. Total. Cataluña, España y Unión Europea. 2003–2017. [En línea] <<https://www.idescat.cat/indicadors/?id=ue&n=10111&lang=es>> [Consulta: 27 de octubre de 2018]

¹³²COMISIÓN EUROPEA.Fondo Social Europeo[En línea] <<http://ec.europa.eu/esf/main.jsp?catId=35&langId=es>> [Consulta: 17 de agosto de 2018]

desarrollo de carreras laborales. El FSE no produce ofertas nuevas de trabajo, sino oportunidades de crecimiento laboral. Según información proporcionada por la propia institución, el FSE *“invierte más de 10.000 millones de euros al año en todos los Estados miembros, lo que equivale a más del 10 % del presupuesto total de la Unión Europea”*.¹³³

Pese a que es destacable la labor que realiza el Fondo Social Europeo, y el evidente avance que ha significado dentro del ámbito laboral, creemos que no es justificable que su área de enfoque sea aportar desde un punto de vista económico (más trabajadores ocupados implica un mayor desarrollo del país, y por tanto de la Unión Europea) y no se haga hincapié desde una arista social, como sería aportar monetariamente para que las instituciones contrataran a personas que han sido víctimas de discriminación, o que pertenezcan a una minoría o presenten problemas de reinserción social, al igual que aquellas que han sido perjudicadas por una segregación arbitraria por parte de los empleadores .

El siguiente gráfico vislumbra los destinos a los que son reservados las platas del FSE en España.



134

¹³³COMISIÓN EUROPEA. Fondo Social Europeo: Invertir en personas. Folleto [En línea] <http://empleoyformacion.jccm.es/fileadmin/user_upload/Fondo_Social_Europeo/Que_es_/FSE_Invertir_en_las_personas.pdf> [Consulta: 17 de agosto de 2018]

¹³⁴JUNTA DE ANDALUCÍA. La Unión Europea a través de los Fondos Sociales. [En línea] <https://www.juntadeandalucia.es/educacion/vscripts/w_cea/pdfs/FP/FP-06.pdf> [Consulta: 30 de octubre de 2018] p. 238.

4.5. El Defensor del Pueblo Europeo.

La propia institución define al Defensor del Pueblo Europeo como un órgano independiente e imparcial que tiene como misión vigilar el funcionamiento de la administración de la Unión Europea, investigando reclamaciones de mala administración relativas a instituciones, órganos y organismos que la conforman.¹³⁵ Cabe mencionar, que se entiende que existe una mala administración cuando una institución perteneciente a la Unión Europea no respeta los derechos fundamentales, las normas o principios jurídicos, o los principios de buena administración¹³⁶; siendo innecesario que dicha actuación lesione personalmente a un sujeto para que éste pueda realizar una reclamación ante el órgano ya mencionado.

El cargo de Defensor del Pueblo o conocido también como Ombudsman, nace en 1992 a partir del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht). Es elegido por el Parlamento Europeo y la duración del cargo es por un periodo renovable de 5 años.

Dentro de los temas conocidos por el Defensor del Pueblo se encuentran la falta de servicio, la negativa a informar, la discriminación, situaciones de lobby entre organismos pertenecientes a la UE, retrasos injustificados de la administración, el abuso de poder, problemas relativos a contratos o licitaciones, retraso en pagos provenientes de fondos de la UE, entre otros. Sin embargo, se excluyen de su competencia las reclamaciones dirigidas contra autoridades nacionales, regionales o locales de la UE, las actividades de los tribunales y de los propios Defensores del Pueblo de cada país; tampoco conoce de las reclamaciones contra privados.

¹³⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. ¿Problemas con la UE? ¿Quién puede ayudarle? [folleto] 2011 p.5.

¹³⁶ Ídem.

Quienes se encuentran legitimados para presentar reclamaciones son los ciudadanos o residentes, los particulares, empresas, ONG's y asociaciones de la Unión.

En cuanto a la discriminación en los procesos de selección laboral, el Defensor del Pueblo Europeo ha denunciado a organismos como la Comisión Europea por casos de discriminación por edad¹³⁷, proponiendo soluciones como abandonar dichas prácticas atentatorias contra los derechos y normas existentes e indemnizar a los denunciados. No obstante, la Comisión ha rechazado en diversas ocasiones las propuestas hechas por el Defensor, lo que ha derivado en que el Ombudsman proceda a informar de los actos discriminatorios al Parlamento Europeo, solicitando su apoyo por medio de la adopción de medidas oportunas para paralizar la situación discriminatoria.

¹³⁷ EUROPA PRESS. El defensor del pueblo europeo denuncia un caso de discriminación por edad de un traductor en la CE. Europa Press en Internet. 15 de diciembre, 2008 [En línea] <<http://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-ue-defensor-pueblo-europeo-denuncia-caso-discriminacion-edad-traductor-ce-20081215183555.html>> [Consulta: 20 de agosto de 2018]

CAPITULO III: ¿CÓMO REACCIONA EL DERECHO ANTE TALES DISCRIMINACIONES?

1. Libertad de Circulación Laboral en la UE.

1.1 Movilidad laboral y normativa que la ampara.

Uno de los medios a través del cual la Unión Europea garantiza la no discriminación entre trabajadores es mediante el establecimiento de la libertad de circulación laboral. Ante fenómenos como la migración y la búsqueda de mejores oportunidades laborales, el sistema europeo debió tratar dicho tema y a la vez, facilitar la concreción del mercado único, el cual surge como uno de los propósitos de la Unión Europea desde la creación del mismo en el año 1993. Cabe señalar que el concepto de “mercado único o mercado interior” comprende la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas, facilitando que los ciudadanos de la UE puedan vivir, trabajar, estudiar y hacer negocios dentro del territorio de la Unión con plena libertad¹³⁸.

Según estadísticas otorgadas por el Tribunal de Cuentas Europeo¹³⁹ en su Informe Especial del año 2018 sobre Libre circulación de trabajadores, en el año 2015, cerca de 11,3 millones de trabajadores móviles en edad de trabajar (entre los 20 y 64 años) de la Unión Europea vivían en un Estado miembro distinto de su país de ciudadanía, lo que equivale al 3,7% del total de la población en edad laboral. De igual forma:

“Para los 11,3 millones de trabajadores móviles, los principales países de destino fueron Alemania —que acogió al mayor número de trabajadores móviles en edad laboral (2,7 millones o el 22 % de todos los trabajadores

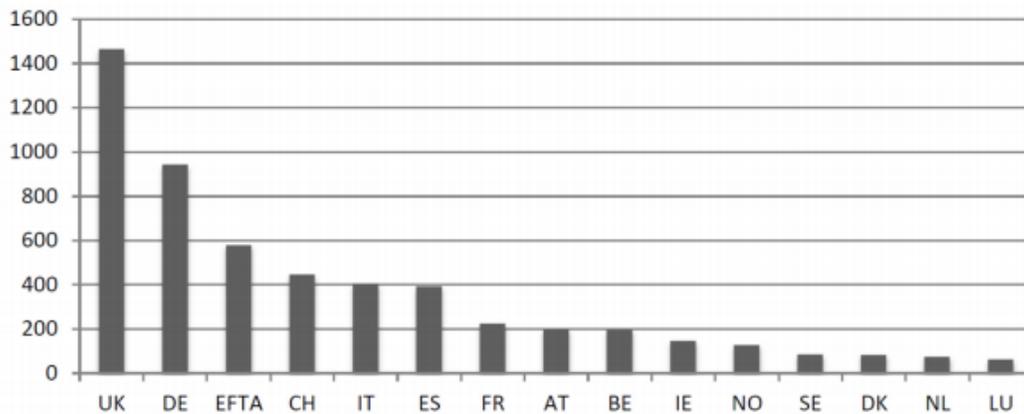
¹³⁸ EUR-LEX. Mercado Interior. [En línea]

<https://eurlex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D24> [Consulta: 01 de octubre de 2018]

¹³⁹ TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. Informe Especial N° 06/2018: Libre circulación de trabajadores: la libertad fundamental está asegurada, pero una mejor orientación de los fondos de la UE contribuiría a la movilidad de los trabajadores. Febrero, 2018, p. 7.

móviles)—, seguida de cerca por el Reino Unido, con 2,1 millones. Los países con la mayor proporción de trabajadores móviles en su grupo de población en edad laboral eran Luxemburgo (43 %), Suiza (19 %), Chipre (15 %) e Irlanda (10 %).¹⁴⁰

Ilustración 1 - Trabajadores móviles recientes activos de la Europa de los Veintiocho en edad laboral (20-64 años), por país de residencia, datos correspondientes a 2015 (miles)



Nota: No se incluyen las cifras de trabajadores móviles recientes inferiores a 50 000.

141

Los trabajadores móviles activos se definen como aquellos trabajadores que viven en un país distinto al de su país de ciudadanía durante un plazo de 10 años como máximo; como muestra la figura anterior, es en el Reino Unido donde habitan la gran mayoría de los trabajadores europeos que emigran en búsqueda de mejores oportunidades laborales.

El principio de libre circulación de los trabajadores es una de las piedras angulares del sistema social y económico de la Unión Europea, y pertenece a una de las cuatro

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p.12.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p.13.

libertades¹⁴² que poseen los ciudadanos de la UE. Mediante su reconocimiento, se considera a cada ciudadano como titular de este derecho, permitiéndole a cualquier trabajador de la UE un trato igualitario con los nacionales del país miembro al cual decida ir a trabajar en lo relativo al acceso al empleo, el desarrollo de su carrera laboral y las condiciones bajo las cuales realice su trabajo, incluyendo leyes sociales y previsionales. Constituye un mandato el cual debe ser cumplido tanto por los Estados como también para el sector privado.

La prohibición de discriminación entre trabajadores por razón de su nacionalidad, abarca un concepto amplio de discriminación, por tanto, según Henar Álvarez:

*“Deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que aunque se apliquen de forma independiente a la nacionalidad afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes; así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes; incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes”.*¹⁴³

La consagración del principio de libre circulación de los trabajadores en el Derecho de la UE, podemos encontrarla en diversos cuerpos normativos que serán analizados a continuación, así como también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un primer acercamiento a dicho principio podemos encontrarlo en el Tratado de la Unión Europea (TUE), específicamente en su artículo 3, apartado segundo en donde se señala:

“La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de

¹⁴² Junto con la libre circulación de servicios, la libre circulación de capitales y la libre circulación de bienes.

¹⁴³ ÁLVAREZ, Henar. Políticas de empleo en la Unión Europea y desplazamiento de trabajadores. Unión Europea Aranzadi, 2015, no 11, pp. 73-98.

las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.”

De tal norma se desprende que el establecer la libre circulación de personas en el territorio europeo comprende la necesidad de ejecutar medidas que permitan y faciliten la integración de los ciudadanos europeos; resultando ser una obligación para los Estados miembros y de paso, permitiendo consagrar la movilidad laboral de los trabajadores.

Por otra parte, el artículo 4 apartado 2, letra a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que las competencias compartidas entre la UE y sus Estados miembros se aplican en el ámbito del mercado interior, que tal como fue explicado anteriormente, entre otros factores, está compuesto por la libre circulación de personas. Lo anterior establece responsabilidades compartidas en dicha materia, siendo concordante con la normativa previamente analizada.

Asimismo, el TFUE en su artículo 20 señala que es ciudadano de la Unión Europea toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro y reconoce dentro de otros Derechos, aquel que les permite circular y residir libremente en el territorio de dichos Estados; lo que se ve complementado con el artículo 26, el cual consagra el mercado interior y el deber de la Unión de adoptar medidas necesarias para su establecimiento, garantizando de esta forma su funcionamiento.

No obstante las referencias anteriores, el Título IV del mismo Tratado denominado “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, específicamente en lo relativo a normas para los trabajadores, en sus artículos 45 a 48, consagran el principio de la libre circulación de los trabajadores. Es así como el artículo 45 recoge dicho principio:

“1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.

3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:

- a. de responder a ofertas efectivas de trabajo;*
- b. de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;*
- c. de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;*
- d. de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.*

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública.”¹⁴⁴

Según lo indicado en el artículo anterior, es de manifiesto que el numeral segundo recoge una protección a la igualdad entre los trabajadores, reconociendo el valor de la igualdad de trato y de oportunidades en el empleo; mientras que el numeral tercero, establece el Derecho de los trabajadores a buscar empleo en los diversos países de la UE, a trabajar en un país distinto al propio sin contar con permiso de trabajo, a residir en otro país mientras desarrolle su trabajo, como también a permanecer en dicho país una vez finalizada la relación laboral, sin hacer distinción entre los nacionales de un país con aquellos trabajadores pertenecientes a la Unión Europea que emigran a otro Estado miembro en búsqueda de mejores oportunidades laborales.

¹⁴⁴ TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. Ob. Cit. Art. 45

En cuanto al derecho derivado, existen directivas y reglamentos que tratan el tema de la libre circulación de los trabajadores; entre ellas, la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Tal como lo mencionan Melanie Farías y Paula Sandoval, una de las medidas más importantes impulsadas por dicha normativa es:

“Aquella que consagra el derecho de los ciudadanos y los miembros de su familia a circular libremente por el espacio de la Unión y a residir en alguno de los países que la conforman, sin solicitársele ningún documento más que un pasaporte o un documento de identidad válido. Esta garantía se establece toda vez que el período de residencia no sea superior a los tres meses, caso contrario es necesario contar un seguro de enfermedad y demostrar solvencia económica.”¹⁴⁵

El Reglamento de la Unión Europea N° 492/2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, tiene por objetivo actualizar la legislación preexistente a la libertad de circulación y a la movilidad laboral de los ciudadanos de la Unión Europea, garantizando el respeto al principio de libre circulación consagrado en el artículo 45 del TFUE¹⁴⁶. Para llevar a cabo lo anterior, niega toda forma de discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de países de la Unión Europea, prohibiendo expresamente procedimientos especiales de contratación de trabajadores extranjeros, limitaciones en ofertas de trabajo que tengan por fin diferenciar arbitrariamente entre uno u otro trabajador en base a su nacionalidad, así como también el establecimiento de condiciones a aquellos trabajadores extranjeros que deseen registrarse en oficinas de empleos.

¹⁴⁵ FARÍAS, Melanie y SANDOVAL, Paula. Libre circulación de trabajadores en los procesos de integración regional Mercosur, CAN, Unasur y Alianza del Pacífico .Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017. p.67.

¹⁴⁶ EUR-LEX. Libre circulación de trabajadores. Síntesis del documento Reglamento (UE) n.o 492/2011 sobre el derecho de los trabajadores de la UE a desplazarse en la UE [En línea] < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A123013a>> [Consulta: 05 de octubre de 2018]

Resguarda la igualdad en materia de acceso al empleo, las condiciones de trabajo y el acceso a la formación profesional, incluyendo en este punto a los hijos de aquellos ciudadanos europeos que trabajen en un país distinto del suyo.

Sin embargo, existe una excepción al principio de no discriminación establecida en el Reglamento ya mencionado, referida “*al acceso a puestos de trabajo que impliquen el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los generales del Estado*”¹⁴⁷. En ese escenario, los países de la Unión Europea deben seleccionar trabajadores nacionales para ejercer cargos públicos.

En cuanto a temas de seguridad social, el Reglamento (CE) N°883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, establece que todos los nacionales de la Unión Europea y sus familiares serán beneficiarios de prestaciones relacionadas con enfermedades, maternidad y paternidad, pensiones de vejez, pensiones de prejubilación e invalidez, prestaciones de supervivencia y subsidios de defunción, desempleo, prestaciones familiares y accidentes de trabajo o enfermedades profesionales¹⁴⁸. Indica en su artículo 4 que uno de sus principios básicos es que los beneficiarios tienen los mismos Derechos y obligaciones que los nacionales del país en el que están trabajando, es decir, salvaguarda el principio de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, evitando caer en segregaciones arbitrarias en materia de seguridad social por ser de nacionalidad distinta al país en el que se habita y trabaja. El ámbito de aplicación de dicho instrumento abarca los 28 países de la Unión Europea, sumando también a Noruega, Liechtenstein, Islandia y Suiza.

El Reglamento anterior se ve complementado con el Reglamento (CE) N° 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) N° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, reforzando la cooperación entre las instituciones y organismos que componen la Unión Europea.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ EUR-LEX. Coordinación de los sistemas de seguridad social. Síntesis del Reglamento (CE) N°883/2004: sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social [En línea] <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10521>> [Consulta: 08 de octubre de 2018]

En concordancia con lo anterior, la UE crea la Tarjeta Sanitaria Europea, la cual entra en vigencia en junio de 2004 y dentro de sus beneficios:

“Permite a las personas que estén en un país de la UE que no sea su país de residencia, incluso si están de vacaciones, acceder a prestaciones médicas durante su estancia, en las mismas condiciones y por el mismo coste que las personas aseguradas en ese país. Posteriormente, el sistema de seguridad social de su país de origen abonará/reembolsará dichos costes.”¹⁴⁹

1.2 Excepciones legales a la movilidad laboral ¿Pueden considerarse arbitrarias?

No obstante los beneficios que presenta la libre circulación de los trabajadores pertenecientes a la Unión Europea, tanto para los propios trabajadores como para las sociedades que los acogen, existen restricciones a este principio cuya justificación abarca razones de orden público, seguridad y salud pública. El Parlamento Europeo, establece que *“estas medidas deben estar fundamentadas en el comportamiento personal del individuo al que se apliquen, el cual debe representar una amenaza lo suficientemente grave y real y afectar a los intereses fundamentales del Estado”¹⁵⁰.*

1.2.1 Trabajadores de los nuevos países de la UE. Disposiciones transitorias. Caso de Croacia como excepción a la libre circulación laboral.

Croacia se incorpora a la Unión Europea el 01 de julio del año 2013, convirtiéndose en el Estado miembro número 28 luego de diversos intentos que remontan al año 2004, cuando la UE reconoce a Croacia como candidato a convertirse en un país miembro. Mediante la firma del Tratado de Adhesión ¹⁵¹entre

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ PARLAMENTO EUROPEO. La libre circulación de los trabajadores. Fichas técnicas sobre la Unión Europea. 2018. p. 4.

¹⁵¹ EUR- LEX. Tratado entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino

los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea y el Gobierno de Croacia el 09 de diciembre de 2011, se determina que la nación Croata pasará a ser miembro de la Unión Europea desde julio del año 2013. Debido a la integración de Croacia a la UE, ha enfrentado un proceso de adaptación de sus políticas a los Tratados constitutivos y en general, a la legislación que posee la Unión Europea, ya que al momento de hacerse efectiva su adhesión, acepta “*el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, incluidos todos sus objetivos y todas las decisiones adoptadas desde su entrada en vigor, así como las opciones adoptadas en relación con el desarrollo y la consolidación de la Unión Europea y de la Comunidad.*”¹⁵² Sin embargo, en lo relativo al principio de libre circulación de trabajadores, se establecen ciertas disposiciones transitorias que permiten a los Estados miembros limitar la movilidad laboral de los trabajadores croatas en territorios del resto de los países que componen la Unión Europea.

El artículo 18 del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, establece las disposiciones transitorias que aplican tras la incorporación de Croacia a la Unión Europea. Específicamente, el Anexo V del mismo documento establece:

“ 1. El artículo 45 y el artículo 56, párrafo primero, del TFUE solo serán plenamente aplicables respecto de la libre circulación de trabajadores y de la libre prestación de servicios que supongan un desplazamiento temporal de trabajadores según se define en el artículo 1 de la Directiva 96/71/CE, entre Croacia, por un lado, y cada uno de los Estados miembros actuales, por otro,

de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República de Croacia, relativo a la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea. [En línea] < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012J/TXT> > [consulta: 10 de octubre de 2018]

¹⁵² Ídem.

sin perjuicio de las disposiciones transitorias establecidas en los puntos 2 a 13.

2. No obstante lo dispuesto en los artículos 1 a 6 del Reglamento (UE) nº 492/2011, y hasta el final de un período de dos años desde la fecha de adhesión, los Estados miembros actuales aplicarán medidas nacionales, o medidas que resulten de acuerdos bilaterales, para regular el acceso de los nacionales croatas a sus mercados de trabajo. Los actuales Estados miembros podrán seguir aplicando tales medidas hasta el final de un período de cinco años desde la fecha de adhesión (...)"¹⁵³

De esta forma, durante un periodo de 7 años desde la adhesión de Croacia a la Unión Europea, se establecen ciertas limitaciones al principio de libertad de circulación de trabajadores, ya sea para aquellos que provienen desde Croacia o aquellos trabajadores que deseen buscar oportunidades laborales en dicho país. Es decir, son los Estados miembros previamente adheridos quienes pueden restringir temporalmente el acceso de trabajadores croatas a sus mercados laborales.

Según información otorgada por la propia Comisión Europea¹⁵⁴, en una primera fase, que comprende desde el 01 de julio de 2013 hasta 30 de junio de 2015, los Estados de Austria, Bélgica, Chipre, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, España, Eslovenia y Reino Unido, impusieron restricciones a los nacionales de Croacia para trabajar en sus mercados laborales; mientras que los demás países permitieron su libre entrada.

La segunda fase del periodo de adaptación del principio de libre circulación de trabajadores, se llevó a cabo desde el 01 de julio de 2015 hasta 30 de junio de 2018,

¹⁵³ ACTA RELATIVA A LAS CONDICIONES DE ADHESIÓN DE LA REPÚBLICA DE CROACIA Y A LAS ADAPTACIONES DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA. Diario Oficial de la Unión Europea N° L 112/6. 24 de abril de 2012. Anexo V.

¹⁵⁴ COMISIÓN EUROPEA. Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. Ampliación de disposiciones transitorias: Croacia. [En línea] <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1067&langId=es>> [Consulta: 10 de octubre de 2018]

en el cual se permite a los Estados miembros continuar con las restricciones impuestas a los trabajadores de Croacia, siempre que informen previamente a la Comisión Europea; siendo el caso de Reino Unido, Eslovenia, Austria, Países Bajos y Malta. El último periodo comprende el 01 de julio del presente año hasta el 30 de junio del año 2020, pudiendo los Estados miembros mantener las medidas restrictivas *“en caso de graves perturbaciones en su mercado de trabajo o de que exista el riesgo de que estas se produzcan, y previa notificación a la Comisión”*¹⁵⁵. Dicha extensión debe realizarse hasta el final de un periodo de 7 años desde la fecha del Tratado de Adhesión.

Si bien las restricciones impuestas a los nacionales de Croacia se enmarcan dentro de un proceso de adaptación de los países miembros de la Unión Europea a la integración de esta nueva nación, mientras persista este periodo, en la práctica ocurren situaciones que atentan contra la igualdad de trato de los trabajadores de la Unión Europea, ya que los trabajadores croatas aún se ven sometidos a restricciones para entrar al mercado laboral en ciertos Estados miembros, como lo son Austria y Suiza, impidiendo la búsqueda de mejores oportunidades laborales y la posibilidad de desarrollar carreras profesionales que permitan brindarle una mejor calidad de vida tanto al trabajador como a su familia en esos países. Así por ejemplo en Austria se mantiene una política restrictiva estableciendo que *“Los nuevos ciudadanos de la UE que deseen trabajar en Austria seguirán necesitando un permiso de trabajo que deberá solicitar el empresario. Transcurrido un año de contratación según la legalidad vigente, el servicio de empleo pertinente concederá el derecho a la libre circulación.”*¹⁵⁶

Por otro lado, en el caso de Suiza si bien ya se finalizaron las negociaciones con la UE respecto a la libre circulación de trabajadores croatas, el instrumento mediante el cual se establece el principio de libre circulación entre ambos Estados, debe ser aprobado por el Parlamento suizo: una vez concretado lo anterior, pasa a tener

¹⁵⁵ EUR- LEX. Ob.Cit., p 68.

¹⁵⁶ EURES. El Portal Europeo de la Movilidad Social. Libre Circulación: Austria.[En línea] <<https://ec.europa.eu/eures/main.jsp?acro=free&lang=es&countryId=AT&fromCountryId=HR&accessing=0&content=1&restrictions=1&step=2> > [Consulta: 12 de octubre de 2018]

carácter de Decreto Federal, el cual debe ser sometido a Referéndum, cuya votación debe ser solicitada dentro de los 100 días siguientes a la publicación oficial del Decreto. Como el referéndum antes mencionado no se ha llevado a cabo, los ciudadanos croatas aún presentan restricciones para trabajar en Suiza, aplicándose disposiciones especiales transitorias relativas a cuotas y permisos de trabajo¹⁵⁷.

1.2.2 Puestos de trabajo en la administración pública como excepción a la libre circulación laboral.

Según lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el apartado 4, el principio de libre circulación de trabajadores no aplica a los cargos de la Administración Pública. De lo anterior se desprende que los Estados miembros pueden “*reservar puestos de trabajo del sector público para sus propios ciudadanos.*”¹⁵⁸

Sin embargo, para los expertos y para el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, surge la problemática de delimitar que se entiende por “empleos en la Administración Pública”. Ante el panorama anterior, el Tribunal ha optado por una interpretación restrictiva del concepto, que según el catedrático José Manuel Gómez “*no satisface las distintas concepciones nacionales de la Administración Pública, ni aporta una regla general que sirva para delimitar qué empleos se incluyen en el campo de aplicación de la excepción y cuáles quedan fuera*”¹⁵⁹. Dicha interpretación va en la línea en que cada Estado miembro puede restringir el acceso a cargos públicos que impliquen el ejercicio del poder público y que deban resguardar el interés general del Estado sujeto a protección constitucional, reservándolos para sus nacionales. Ejemplo de lo anterior serían cargos relacionados con la seguridad interna o externa de un Estado.

¹⁵⁷ SWISSINFO.CH. Permisos de trabajo. [En línea]<<https://www.swissinfo.ch/spa/permisos-de-trabajo/29736712>> [Consulta: 12 de octubre de 2018]

¹⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA. Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. Empleo en la Administración Pública [En línea] < <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=465&langId=es> > [Consulta: 13 de octubre de 2018]

¹⁵⁹ GÓMEZ, José. La libre circulación de trabajadores; retrospectiva y evoluciones en el contexto europeo actual. En Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. 2017. pp. 23-24.

Lo anterior implica que el “*ejercicio del poder público*” y el “*interés general del Estado*”, sean criterios que deban evaluarse casuísticamente en consideración al cargo al que se postula y a las responsabilidades y funciones que este conlleva. Según información otorgada por la propia Comisión Europea:

“a la hora de contratar y establecer la remuneración, la categoría y otras condiciones de trabajo, los empleadores del sector público deben tener en cuenta los periodos laborales previos de actividad comparable efectuados en otros países de la UE. Dichos periodos deben recibir la misma consideración que la experiencia profesional y la antigüedad adquiridas en el país de acogida¹⁶⁰.”

Las principales dificultades a las que se enfrentan los candidatos a un empleo público en un país de la Unión distinto al suyo son el reconocimiento de la experiencia profesional adquirida durante los años que ejerció su empleo en su país de origen y las barreras lingüísticas, que de acuerdo a buena parte de la doctrina, debiese ser la única dificultad a la que actualmente puedan verse enfrentados los trabajadores de otro Estado miembro de la UE.

El hecho de reservar cargos públicos de un Estado a sus nacionales e imponer limitaciones a trabajadores de otros Estados miembros puede resultar discriminatorio a la hora de asegurar el principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. A todas luces va en contra de la idea detrás de la Unión Europea como un conjunto de países europeos que comparten políticas, beneficios y un mercado único que facilita la vida de sus ciudadanos. Frente a lo anterior, si la propia UE busca fortalecer su modelo de integración, una solución efectiva sería la creación de un esquema común de Administraciones en todos los Estados miembros y un mercado único de empleos públicos entre los países que la componen¹⁶¹. En palabras de José Luis Lázaro:

¹⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA. Ob.Cit.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 23.

“Esta paulatina aplicación de la libertad de circulación de trabajadores aún no ha llegado, sin embargo, a la fase de búsqueda de empleo. Nos referimos a la posibilidad de que al amparo de aquélla un nacional perteneciente a cualquiera de los países miembros de la UE se desplace al territorio de otro para buscar trabajo¹⁶²”.

1.3 Restricciones prácticas a la movilidad laboral.

1.3.1. Barreras lingüísticas en las ofertas laborales y en el ejercicio de un empleo.

Actualmente, la Unión Europea está compuesta por 28 Estados miembros, existiendo 24 lenguas oficiales, y más de 60 lenguas regionales o minoritarias autóctonas¹⁶³. Es por este mismo motivo, que la movilidad laboral se torna un tanto ilusoria en la realidad, pese a los extensos beneficios y facilidades que se otorgan para que exista conectividad laboral entre los distintos países. En el mismo sentido, la decisión de irse a trabajar a otro país no solo pasa por factores económicos o sentimentales que pudieran unir a las personas con su país natal, sino que también por factores lingüísticos que dificultan la posibilidad de emigrar.

Por lo tanto, tal como señala Julia Graf¹⁶⁴, la barrera de lenguaje genera consecuencias en la movilidad laboral, como es por ejemplo que el flujo migratorio no esté ligado únicamente a factores que dependan propiamente del libre albedrío del ser humano, sino que la gente tome la decisión de emigrar meramente porque conoce un idioma, lo que finalmente desencadenará en un desequilibrio económico entre los países de la Unión Europea (la gente tenderá a irse a países con un idioma

¹⁶² LÁZARO, José Luis. La libre circulación de trabajadores y las dificultades de desplazamiento de los desempleados. 2001. p. 2.

¹⁶³ EUROPA.EU. Multilingüismo. [En línea] <https://europa.eu/european-union/topics/multilingualism_es> [Consulta: 16 de octubre de 2018]

¹⁶⁴ GRAF, Julia. Movilidad laboral en la Unión Europea: Factores determinantes. Tesis (Máster en internacionalización: aspectos económicos, empresariales y jurídico-políticos.) Barcelona, España. Universitat de Barcelona, abril del 2015.

más conocido o fácil de aprender, por lo que serán éstos los que tengan un mayor beneficio económico de la migración).

1.3.2 La problemática de la diferencia en la calidad de los sistemas de educación y el reconocimiento de títulos profesionales.

Según nuestro parecer las diferencias educacionales pueden traer consecuencias en dos aspectos relevantes. En primer lugar y desde un punto de vista más amplio, un empleador podría caer en discriminación a la hora de elegir a un trabajador cuando lo escoge según el país del cual proceda, y que tan bueno su sistema educativo sea. En ese sentido, la brecha educacional entre los distintos países es abismal, y tal como señala el estudio realizado por “World Economic Forum”¹⁶⁵, la Unión Europea está compuesta por países que lideran el ranking de mejor calidad educacional, como por ejemplo, Finlandia, Suiza y Alemania, mientras que otros países, como Grecia y Croacia, se encuentran en los puestos más bajos en lo referente a temas educacionales (106 y 112 respectivamente).

En segundo lugar, las diferencias educacionales también pueden conllevar barreras en cuanto a la movilidad laboral por la dificultad que implica la convalidación de título o estudios. Muchas veces para acceder a un trabajo los empleadores exigen cierta cualificación profesional, que la mayoría de las veces se encuentra respaldada por un título o un diploma. La discriminación laboral, podría ocurrir entonces cuando una profesión no es reconocida por el Estado de acogida.

La normativa que se hace cargo de este problema, es la actual Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo mediante la cual se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales. Es menester señalar que a pesar de que esta Directiva regula más de 800 profesiones, existen algunas

¹⁶⁵ Informe World Economic Forum “Quality of the education system”. Global competitiveness Index 2017-2018, competitiveness rankings. [En línea] <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=EOSQ128>> [Consulta: 10 de octubre de 2018]

profesiones específicas que no entran dentro de su ámbito de aplicación como lo son, por ejemplo, los mediadores de seguros, abogados, entre otros.

Las reglas de la Directiva 2013/55/UE cambian según si el ejercicio de la profesión en el Estado de acogida es de carácter temporal o permanente. Si es el primer caso, la mayor parte de las personas puede ejercer su profesión de forma inmediata, y no están sujetas a un control de cualificación, sin embargo, en algunas ocasiones, el país de acogida puede exigir requisitos distintos, como por ejemplo, la adhesión a una organización profesional. En cambio, si el establecimiento es permanente se está obligado a adquirir el reconocimiento de cualificaciones a través de tres sistemas diferentes¹⁶⁶:

1. Sistema de reconocimiento automático: Tal como dice su nombre, se obtiene de forma automática, pero solo es válida para las carreras de Enfermería; Obstetricia; Medicina; Odontología; Farmacéutico; Arquitectura y Veterinaria.
2. Sistema general de reconocimiento: Este sistema tiene como pilar fundamental el principio de confianza mutua entre Estados miembros, por lo que si un profesional está legitimado para el ejercicio de la profesión en su Estado de origen, también lo estará en el Estado de acogida.
3. Reconocimiento basado en la experiencia profesional: Este sistema solo se utiliza para las áreas laborales referidas a la artesanía, a las actividades industriales o comerciales y consiste en el reconocimiento automático de las cualificaciones basado en el número de años de formación.

Por otra parte, es importante señalar que la Directiva ya mencionada ha hecho un gran esfuerzo respecto a la creación de distintas organizaciones o ideas para mejorar la movilidad laboral europea. Con ese mismo fin, se crea una Tarjeta Profesional Europea (TPE), que legitima los estudios efectuados en el país de origen de una

¹⁶⁶ ESTRATEGIAS EMPRESARIALES EUROPEAS. Guía de Movilidad en la Unión Europea. [Guía electrónica] España. p. 51

persona, para que pueda ejercer una actividad profesional en cualquier país de la Unión. Pese al avance que significa, hasta el momento solo está disponible para cinco profesiones: fisioterapeutas, farmacéuticos, agentes inmobiliarios y guías de montaña¹⁶⁷.

Con la misma finalidad, nace también lo que conocemos como “El Proceso de Bolonia”¹⁶⁸, iniciado a partir de la Declaración de Bolonia en 1999, y que tiene como objetivo crear el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). La meta del EEES es aumentar la compatibilidad y comparabilidad de los sistemas de educación superior en la Unión Europea (reconocimiento mutuo de los títulos y diplomas emitidos por los Estados miembros).

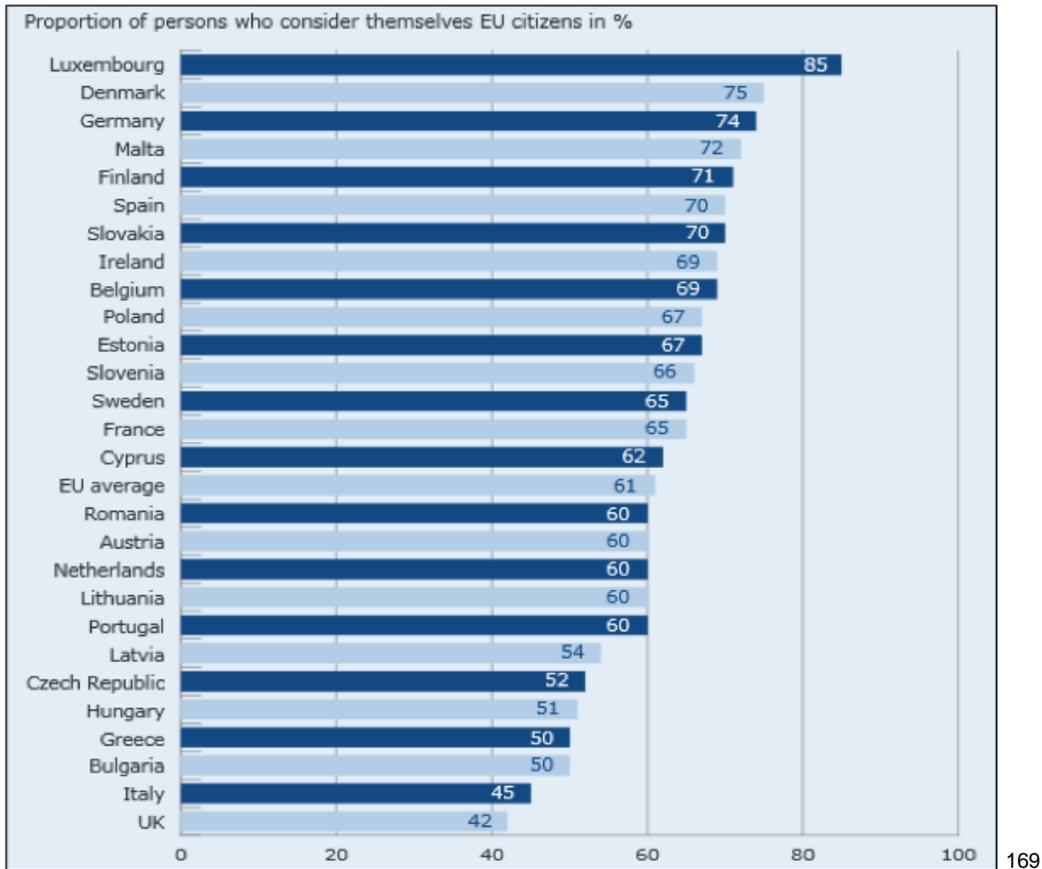
Uno de los principales compromisos adoptados por el EEES es asegurar que las cualificaciones obtenidas en un Estado miembro sean automáticamente reconocidas por otros Estados miembros del EEES al mismo nivel que las cualificaciones originarias.

1.3.3 Diferencias en la identidad cultural como impedimento a la migración de trabajadores.

Otro de los factores que pueden influir en la movilidad europea, dice relación con el factor cultural. Es evidente que cada uno de los países que componen la Unión Europea tienen elementos culturales que los caracterizan y que lo determinan, por lo tanto, para que la población decida emigrar de sus Estados, es esencial que exista una identidad cultural no solo con su país de origen, sino que también con una identidad europea. La encuesta realizada por Eurobarometer trae resultados disímiles. Por una parte, existen países donde la identidad europea es mayoría, tales como Luxemburgo o Dinamarca, mientras que en otros (como Italia), la mayor parte de la población se siente ajena a la “cultura perteneciente a la Unión Europea”.

¹⁶⁷ *Ibíd.* p.52

¹⁶⁸ *Ibíd.* p.53



169

Además de esta identidad amplia europea, debe existir un cambio cultural en los países de acogida, donde es importante crear un sistema de bienvenida hacia inmigrantes de otros países de la UE que les facilite integrarse en la sociedad del país de acogida.¹⁷⁰

Tal como dice Julia Graf¹⁷¹, ambos factores de identificación europea y de aceptación a emigrantes en países de acogida están totalmente vinculados, ya que mientras más europea se identifique y sienta una persona, más abiertos tienden a ser hacia los migrantes de otros países de la UE, porque no lo sienten ajenos a su cultura o a su propio país.

¹⁶⁹ Eurobarometer 77.Extraído de GRAF, Julia. Movilidad laboral en la Unión Europea: Factores determinantes. Tesis (Máster en internacionalización: aspectos económicos, empresariales y jurídico-políticos.) Barcelona, España. Universitat de Barcelona, abril del 2015. p. 71.

¹⁷⁰ GRAF. Ob. Cit. p. 26.

¹⁷¹ Ídem.

2. Jurisprudencia. Casos fallados por el Tribunal de Justicia Europea (TJUE) sobre discriminación en los procesos de selección laboral y normativa aplicable.

2.1. Breve acercamiento sobre la función del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea nace en 1952 bajo el alero del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA). Es el encargado de tutelar judicialmente el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de la legislación europea¹⁷². De ahí que se reconozca el valor de la jurisprudencia de dicho Tribunal, la cual permite cumplir con los objetivos constituyentes de la UE.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea posee su sede en Luxemburgo y está compuesto por dos órganos: el Tribunal General, el cual resuelve demandas presentadas por particulares, empresas y organizaciones, es decir, se ocupa de “*las legislaciones sobre competencias ayudas estatales, comercio, agricultura y marcas comerciales*”¹⁷³ y el Tribunal de Justicia, el cual “*resuelve cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales nacionales, recursos de anulación y recursos de casación*”¹⁷⁴. El Tribunal General se compone de 47 jueces, los cuales pasarán a ser 56 el año 2019, al implementarse la existencia de dos jueces por cada país de la UE; mientras que el Tribunal de Justicia está constituido por un juez de cada Estado miembro y 11 abogados generales, designados por los Gobiernos generales.

Según lo indicado por Guy Isaac, citado por Chacra, el Tribunal de Justicia posee cuatro funciones:

¹⁷²TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. La Institución [En línea] <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/> [Consulta: 20 de agosto de 2018]

¹⁷³ UNIÓN EUROPEA. Tribunal de Justicia de la Unión Europea [En línea] <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_es> [Consulta: 20 de agosto de 2018]

¹⁷⁴ Ídem.

“1) Función administrativa: para “proteger a los distintos sujetos de derecho contra las acciones ilegales o perjudiciales de las instituciones comunitarias”

2) Función de justicia constitucional: que “consiste en delimitar y defender las competencias respectivas de los Estados miembros y de las Comunidades, pero también en preservar el equilibrio de poderes en el interior de éstas”

3) Función de justicia internacional: se refiere a la facultad que tiene cada Estado miembro de interponer “un recurso ante el Tribunal para resolver las controversias que le oponen a sus asociados respecto la aplicación o la interpretación del Derecho Comunitario (...) Pero además el Tribunal también es competente para emitir un fallo sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los tratados, en cuanto los Estados decidan sometérsela, en virtud de un compromiso”

4) Función de justicia reguladora: “cuyo objeto consiste en asegurar la unidad de interpretación y aplicación del Derecho Comunitario en el conjunto de los Estados miembros. En el plano técnico, esta función está asegurada por la acción del recurso prejudicial de interpretación.”¹⁷⁵

Si bien el TJUE interpreta el derecho con el objetivo de que los Estados miembros apliquen la legislación comunitaria y resuelve conflictos jurídicos entre gobiernos nacionales e instituciones de la UE, de igual forma permite que los particulares, organizaciones y privados acudan a él en caso de vulneraciones de derechos provenientes de alguna institución perteneciente a la Unión Europea. Para llevar a cabo lo anterior, se puede hacer por dos vías distintas:

¹⁷⁵ ISAAC, Guy. Manual de Derecho Comunitario General. 2ª ed. Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., 1988, p. 243-245. citado por: CHACRA GAETE, Stephanie. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los principios del derecho comunitario. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, p.45.

1. Indirectamente: Por medio de los tribunales propios de cada Estado que podrían remitir la causa al Tribunal de Justicia.
2. Directamente: Acudiendo al Tribunal General si una decisión de una institución de la UE te afecta directa e individualmente.¹⁷⁶

De esta manera, en el Tribunal de Justicia se pueden interponer recursos directamente contra Estados miembros o contra una institución, órgano u organismo de la Unión. En el primer caso, contra los Estados miembros por haber incumplido alguna de las obligaciones que deben de respetar en virtud del Derecho de la Unión Europea, pueden ser interpuestos bien por la misma Comisión, o bien por otro Estado miembro (después de haber sometido el asunto a la Comisión). Cuando es la Comisión la que recurre al Tribunal, éste no solo puede exigir que se ponga fin a la infracción, sino que también podrá imponer el pago de una indemnización pecuniaria¹⁷⁷.

Ahora bien, cuando se interpone un recurso contra una institución, órgano u organismo de la Unión Europea, el Tribunal podrá declarar la nulidad del acto o constatar que ha habido una omisión, en cuyo caso la institución imputada estará obligada a adoptar las medidas necesarias para acatar la sentencia del Tribunal, como lo indica el artículo 266 del TFUE¹⁷⁸.

Es necesario señalar que el Tribunal de Justicia, también conoce recursos de forma indirecta, cuando se refiere a cuestiones relativas a la validez planteadas ante un

¹⁷⁶ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. La Institución. Ob. Cit.

¹⁷⁷ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su versión modificada por el Reglamento (UE, Euratom) n.º 741/2012, de 11 de agosto de 2012, el Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422, de 16 de diciembre de 2015 y el Reglamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016. Artículos 19 y ss.

¹⁷⁸ TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. Ob Cit. Artículo 266: “La institución, órgano u organismo del que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria a los Tratados, estarán obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta obligación se entiende sin perjuicio de la que pueda resultar de la aplicación del párrafo segundo del artículo 340.”

órgano jurisdiccional nacional¹⁷⁹. La regla general, es que la Jurisdicción nacional aplique por sí misma lo relativo al Derecho Internacional de la Unión Europea, sin embargo, cuando surja una cuestión relativa a la interpretación de dicho Derecho ante un Tribunal nacional, este podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma (cuestión prejudicial). Si se trata de un órgano jurisdiccional de última instancia estará obligado a someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

Finalmente, el Tribunal de Justicia es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de casación que se limiten a cuestiones de Derecho y vayan dirigidos contra las sentencias y los autos del Tribunal General¹⁸⁰.

En cuanto al conocimiento de los asuntos en el Tribunal, éste se divide en dos fases. En una primera fase (fase escrita) se le otorga a cada asunto un juez (juez ponente) y un abogado general. El juez ponente hace un resumen de las alegaciones, y en una reunión general del Tribunal se decidirá cuántos jueces se les asigna para la decisión del asunto (según la complejidad pueden ser 3, 5 o 15 jueces), si es necesaria o no la celebración con vista pública y finalmente, también se decidirá si es necesario un dictamen oficial del abogado general o no.

En cuanto a la fase oral, que consiste en una vista pública de la causa, los abogados de ambas partes deberán alegar sus motivos ante los jueces y el abogado general. Con posterioridad al alegato, los jueces darán su veredicto (es importante mencionar

¹⁷⁹ *Ibíd.* Artículo 267: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

¹⁸⁰ PARLAMENTO EUROPEO. Fichas técnicas de la Unión Europea. “Las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. [En línea] <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/12/las-competencias-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>> [Consulta: 15 de octubre de 2018]

que este puede tardar unas semanas más según si fue necesario que el abogado general emitiera un dictamen o no.)

En el Tribunal General, el procedimiento es similar a lo ya indicado, salvo que en la mayoría de los asuntos hay tres jueces y no hay abogado general¹⁸¹.

Dentro de sus competencias, el TJUE debe conocer causas relativas a la discriminación en el acceso al empleo dentro las instituciones comunitarias. Muestra de lo anterior, es que ha fallado sobre temas fundamentales para el respeto a la igualdad de oportunidades tales como “*la prohibición a un empleador de efectuar un anuncio general que implique discriminación, la definición de discapacidad o la exclusión de las parejas del mismo sexo de la percepción de prestaciones laborales reservadas a las parejas heterosexuales*”¹⁸².

2.2 Breve acercamiento sobre la función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se constituye en 1959 a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en donde se instaura como el mecanismo garante del respeto a los Derechos Humanos. Su competencia abarca el conocimiento de las demandas interpuestas por ciudadanos europeos o los propios Estados, en casos de infracciones y violaciones a los derechos civiles y políticos resguardados en el CEDH. Así, lo establece el artículo 32 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“1. La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47.”

¹⁸¹ UNIÓN EUROPEA. Tribunal de Justicia de la Unión Europea Ob. Cit.

¹⁸² COMISIÓN EUROPEA. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe conjunto sobre la aplicación 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 («Directiva de igualdad racial») y 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 («Directiva de igualdad en el empleo»). Diario Oficial de la Unión Europea, 2014, p. 8.

*2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma”.*¹⁸³

Con sede en la ciudad de Estrasburgo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos garantiza el resguardo al derecho a la vida, a un proceso equitativo, el derecho a la intimidad personal y familiar, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, religión, conciencia y convicciones y el derecho a la propiedad, entre otros. De igual forma, como lo indica Ruiloba el Tribunal *“tiene jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que se refieran a la interpretación y aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de sus Protocolos”*¹⁸⁴. Se compone de un juez por cada Estado miembro, elegido previamente por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, quienes actúan de forma individual sin representar ideológicamente a su país de procedencia.

Los procedimientos comienzan con una demanda, la cual puede ser individual (presentada por un individuo, un grupo de individuos o una organización no gubernamental) como también puede ser una demanda interestatal, las cuales son interpuestas por un Estado en contra de otro; ambas deben presentarse contra cualquiera de los Estados que haya ratificado el Convenio y que haya incurrido en algún acto contrario a los derechos antes mencionados.

Las sentencias dictadas por dicho organismo son obligatorias para los Estados miembros, siendo supervisado su cumplimiento por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. El que se condene a un Estado por violación a una disposición del Convenio trae como consecuencia que:

“El Estado debe estar atento a fin de evitar cualquier nueva violación del Convenio pues de producirse ésta se expone a ser nuevamente condenado

¹⁸³ Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales. Fundación acción pro Derechos Humanos. [En línea] <<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>> [Consulta: 17 de octubre de 2018]

¹⁸⁴ RUILOBA, Julia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Organización y funcionamiento. Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica, 2006, p. 5.

por el Tribunal. Los Estados pueden verse de este modo compelidos a adecuar su legislación a las exigencias del Convenio¹⁸⁵.”

La jurisprudencia emanada del TEDH es de gran relevancia y da paso a la modificación de normas y políticas de cada Estado miembro, lo que ha provocado una serie de cambios en las legislaciones y prácticas administrativas que por sobre todo, han colaborado con la adaptación de los sistemas jurídicos basados en un Estado de Derecho garante y protector de los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos. Según el propio Tribunal¹⁸⁶, en los últimos años, no solo ha fallado respecto a los derechos establecidos en el Convenio, sino que también ha debido conocer de temas de relevancia social como la eutanasia, el aborto, la adopción homosexual, temas medioambientales y distintos tipos de discriminaciones realizadas a las minorías de la UE.

Si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos no establece la igualdad como un derecho autónomo, si establece en su artículo 14 una prohibición de discriminación para el ejercicio de los derechos sociales y políticos ahí consagrados, por tanto, indirectamente se encarga del respeto de tales garantías en un plano de igualdad y no discriminación. Tal como lo indica la catedrática Teresa Freixes, el fallo sobre el Sindicato Nacional de Policía Belga¹⁸⁷ marca un precedente en el tratamiento que realiza el TEDH al derecho a la igualdad, ya que a partir de ésta se estima que *“la posible existencia de trato discriminatorio puede afectar a cualquier derecho. La igualdad y la no discriminación toman, en este sentido, un alcance transversal que puede predicarse del ejercicio de todos y cada uno de los derechos¹⁸⁸”*.

¹⁸⁵TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. El TEDH en 50 preguntas [En línea] <https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf> [Consulta: 27 de agosto de 2018]

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia 4464/70. Sindicato Nacional de la Policía Belga/ Bélgica. 27 de octubre de 1975.

¹⁸⁸ FREIXES, Teresa. Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 1995, no 11, p.6.

En materia laboral, ha resultado por ejemplo que el despido de personas homosexuales por motivo de su orientación sexual infringía el derecho al respeto de la vida privada¹⁸⁹.

2.3 Normativa sobre Discriminación en procesos de selección laboral: Aplicación en fallos emitidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

2.3.1. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-566/10. República Italiana/ Comisión Europea- República de Lituania- República Helénica.

Durante el año 2007, en los meses de febrero y mayo del 2012, la Oficina Europea de Selección de Personal (EPSO) publicó anuncios de concurso para la selección de nuevos funcionarios en el área de la información, la comunicación y los medios de comunicación. Estos anuncios solo fueron publicados en los idiomas alemán, francés e inglés. En los meses de junio y julio de ese mismo año, la Oficina Europea de Selección de Personal publicó una serie de modificaciones a los anuncios ya indicados, incluyendo ahora todos los idiomas oficiales existentes en la Unión Europea. Sin perjuicio de esto, las pruebas se realizaron únicamente en las tres lenguas mencionadas¹⁹⁰.

Frente a esta situación, Italia interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal General, señalando que la restricción de los anuncios y de las pruebas a solo tres lenguas oficiales constituía una “limitación arbitraria”. El tribunal desestimó el recurso, estableciendo que las modificaciones incluidas en los meses posteriores a la difusión del anuncio original, reparaban el daño causado en un principio. Ante este

¹⁸⁹ MANZANO, Iván. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género. Revista Española de Derecho Internacional, 2012, vol. 64, no 2, p. 57.

¹⁹⁰ SANCHO, Emilio. Discriminación lingüística en las pruebas de selección de la UE. Aquieuropa. 27 de noviembre, 2012. [En línea] <<http://www.aquieuropa.com/noticia/54407-discriminacion-linguistica-en-las-pruebas-de-seleccion-de-la-ue>> [Consulta: 10 de octubre de 2018]

fallo, Italia interpuso un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea divide el fallo en dos partes. En primer lugar, se refiere a los motivos reclamados relativos a la publicación de los anuncios de concurso controvertidos, y, en segundo lugar, se refiere a los últimos motivos, relativos a la designación de las lenguas alemana, inglesa y francesa como segunda jerga, y como idioma oficial de las pruebas del concurso.

Respecto al primer punto, la sentencia resuelve que los anuncios de concurso debieron haber sido publicados íntegramente en las 23 lenguas oficiales de la Unión. Según la resolución del Tribunal, la Unión no debe imponer barreras lingüísticas en la selección de los funcionarios europeos. De esta forma, establece:

“Basta señalar que, con arreglo al artículo 1, apartado 2, del anexo III del Estatuto de los Funcionarios¹⁹¹, en relación con el artículo 5 del Reglamento nº 1¹⁹², que dispone que el Diario Oficial de la Unión Europea se publicará en todas las lenguas oficiales, los anuncios de concurso controvertidos debieron haber sido publicados íntegramente en todas las lenguas oficiales.”¹⁹³

El fallo sigue, señalando que la exclusión de alguna lengua oficial en los anuncios o en las pruebas de acceso dejaría en una “situación de desventaja” a los candidatos potenciales, tanto para la comprensión de los anuncios como en lo que se refiere al plazo para preparar y enviar una candidatura a dichos concursos.

¹⁹¹ Reglamento N° 31 (CEE) 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. (DO 45 de 14.6.1962, p. 1385.) Artículo 1, apartado 2, del anexo III: “La convocatoria de los concursos generales deberá publicarse en el Diario Oficial de la Unión Europea al menos un mes antes de la fecha límite prevista para la admisión de candidaturas y, en su caso, dos meses antes de la fecha de celebración de las pruebas.”

¹⁹² Reglamento N° 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DO 1958, 17, p. 385; EE 01/01, p. 8), en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006 (DO L 363, p. 1.) Artículo 5: “El Diario Oficial de la Unión Europea se publicará en las lenguas oficiales”.

¹⁹³ Tribunal de de Justicia en el asunto C-566/10 P. Noviembre, 2012.

Cabe mencionar además, que la Comisión se defendió señalando que no había capacidad económica para tener personal que tradujera en todas las lenguas oficiales los anuncios laborales, a lo que el Tribunal menciona: *“Los problemas materiales relativos a la capacidad de traducción deben ponderarse con el derecho de todos los ciudadanos de la Unión a conocer los anuncios de concurso en las mismas condiciones”*¹⁹⁴.

En la misma línea que lo anterior, el Tribunal señala que hay que poner en práctica el principio de proporcionalidad, es decir, que si en algún caso concreto fuese necesario establecer alguna restricción que contradijera lo señalado por la ley, ésta no solo debiese estar debidamente justificada, sino que también debe ser apta para lograr el objetivo perseguido y no ir más allá de lo que es necesario para alcanzarlo. Así, señala: *“De ello se deriva que la práctica de publicación limitada no respeta el principio de proporcionalidad, y, por tanto, constituye una discriminación por razón de la lengua, prohibida por el artículo 1 quinquies”*¹⁹⁵ del Estatuto de los Funcionarios¹⁹⁶.

Respecto al segundo punto, el fallo señala que la limitación de la elección de la segunda lengua de un concurso debe basarse en *“criterios claros, objetivos y previsibles”*¹⁹⁷.

De este modo, la Corte de Luxemburgo determina que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al desestimar los recursos presentados por Italia, y procede a anular los anuncios de concursos controvertidos. Además, señala que la Comisión Europea cargará con las costas de la República Italiana y con sus propias costas en ambas instancias, condenando también en costas a la República Helénica y la República de Lituania que cargarán de forma propia sus costas.

¹⁹⁴ Tribunal de de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-566/10 P. Noviembre, 2012

¹⁹⁵ Reglamento N° 31 (CEE) 11 (CEEA) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. (DO 45 de 14.6.1962, p. 1385.) *Artículo 1 quinquies*, apartado primero: *“En la aplicación del presente Estatuto, queda prohibida toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

¹⁹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-566/10 P. Noviembre, 2012.

¹⁹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-566/10 P. Noviembre, 2012.

En cualquier caso, la resolución, con el fin de proteger la confianza legítima de los candidatos seleccionados, no cuestionó los “resultados de los concursos”, por lo que los candidatos ya escogidos pudieron seguir en sus puestos.

2.3.2. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-416/13. Mario Vital Pérez/ Ayuntamiento de Oviedo.

Con fecha 08 de abril de 2013, Mario Vital Pérez interpone ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 4 de la ciudad de Oviedo, España, recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Ayuntamiento de dicha ciudad en el cual se establecen las bases específicas en una convocatoria de pruebas selectivas, con el objeto de completar 15 puestos de agentes de Policía local. Solicita la anulación de la base 3.2 por atentar contra el principio de igualdad de trato. El texto de la base impugnada establece que los candidatos a dichos puestos no deben sobrepasar los 30 años de edad: *“3.2. Tener la edad mínima de 18 años y no sobrepasar la edad de 30 años (Ley C.P.L. 2/2007)”*¹⁹⁸

Fundamenta su petición en que la base ya mencionada se aleja de toda legalidad, ya que se vulnera el derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a cargos de función pública, establecido tanto en la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación como en la Constitución Española. Por tanto, solicita la anulación de la base 3.2 de la convocatoria alegando que el requisito establecido no se encuentra justificado ni fundado puesto que las condiciones físicas adecuadas para realizar las funciones que trae aparejado el cargo, solo pueden ser garantizadas por las pruebas físicas selectivas que exige la convocatoria y no así con la fijación de un máximo de edad.

¹⁹⁸ AYUNTAMIENTO DE OVIEDO. Anuncio. Bases específicas para la convocatoria de pruebas selectivas para la provisión de 15 plazas de Agentes de la Policía Local. Ofertas de Empleo 2008, 2009 y 2010, 3 de ellas reservadas al turno de movilidad. Boletín Oficial del Principado de Asturias. Núm. 64 . Marzo 2013, p. 1.

La base 3.5 del documento establece que los candidatos deben “poseer las condiciones físicas y psíquicas adecuadas para el ejercicio de las funciones propias del cargo a desarrollar y para realizar las pruebas físicas¹⁹⁹”

Por otra parte, el Ayuntamiento de Oviedo alega que al fijar como requisito un máximo de edad, solo está cumpliendo con el mandato establecido en la Ley 2/2007 del Principado de Asturias relativa a la Coordinación de las Policías Locales la cual determina las funciones de los agentes de la Policía Local y que se encuentra amparado bajo el artículo 6 de la Directiva 2000/78, el cual el Tribunal de Justicia ya ha fallado favorablemente en la Sentencia Wolf Asunto C-229/08²⁰⁰; artículo que establece:

“No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, 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:

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 periodo de actividad razonable previo a la jubilación”

También sostiene como fundamento que el Tribunal Supremo en litigios previos ha considerado:

¹⁹⁹ *Ibíd.* p. 2.

²⁰⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en el asunto C-229/08. Enero 2010. Fallo sobre petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Frankfurt am Main . Colin Wolf con Stadt Frankfurt am Main. Tribunal establece que el artículo 4, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que fija en 30 años la edad máxima para la contratación en el servicio técnico medio de bomberos.

“Existen medios menos restrictivos que la fijación de una edad máxima que permiten alcanzar el objetivo de que los policías locales tengan las especiales condiciones físicas necesarias para el desarrollo de su profesión. Pues bien, la realización de pruebas físicas exigentes es precisamente un requisito específico de la Convocatoria de pruebas selectivas²⁰¹”.

Teniendo en consideración lo anterior, el Juzgado Contencioso-Administrativo N° 4 de Oviedo considera que el requisito interpuesto no se condiciona con el criterio de proporcionalidad exigido y que debido a la distinta naturaleza de las funciones entre policías y bomberos, la sentencia Wolf no aplica al caso concreto. Por estos motivos es que decide suspender el procedimiento y solicitar al Tribunal de Justicia Europeo que se pronuncie sobre la cuestión prejudicial:

“¿Se oponen los artículos 2.2, 4.1 y 6.1. c) de la Directiva 2000/78 [...] y el artículo 21.1 de la [Carta], en cuanto que prohíben toda discriminación por razón de la edad, a la fijación, en virtud de una Convocatoria municipal que aplica expresamente una Ley regional de un Estado miembro, de una edad máxima de 30 años para acceder a una plaza de agente de la Policía local?”²⁰².

El Tribunal de Justicia Europeo resuelve la cuestión prejudicial, indicando que tanto los artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 6, apartado 1, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, deben interpretarse como opuestos a la normativa nacional, en este caso, la base 3.2 de la convocatoria ya indicada. Basa su razonamiento en que al conocer un litigio referente a la interpretación de un principio general como lo es el principio de no discriminación por razón de edad, entre un ciudadano y un órgano de la Administración Pública, el Tribunal considera únicamente para dictaminar el fallo la Directiva 2000/78/CE.

²⁰¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-416/13. Noviembre 2014.

²⁰² Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-416/13. Noviembre 2014.

En los considerandos 41 y 44, el Tribunal reconoce que las capacidades físicas de un candidato puedan considerarse como requisitos esenciales y determinantes para ejercer el cargo de agente de Policía Local según lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1 de la Directiva ya mencionada; así como también que exista por parte de la institución, el objetivo legítimo de preservar el buen funcionamiento del servicio de policías. No obstante, afirma que la convocatoria municipal no cumple con el criterio de proporcionalidad exigido para estos efectos, puesto que el imponer un máximo de edad no demuestra que:

“Las capacidades físicas específicas requeridas para el ejercicio de la función de agente de la Policía Local estén necesariamente vinculadas a un grupo de edad determinado y no puedan darse en personas que hayan sobrepasado cierta edad, ni que el objetivo de garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del cuerpo de agentes de Policía Local exija mantener una determinada estructura de edad en su seno que imponga seleccionar exclusivamente a funcionarios que no sobrepasen la edad de 30 años”²⁰³.

En conclusión, el Tribunal de Justicia Europeo se inclina por considerar que la Convocatoria municipal, específicamente la base 3.2, establece un requisito desproporcionado que no es apropiado ni necesario para asegurar el correcto funcionamiento de los cargos de Agentes Policiales; lo que se contrapone a lo establecido en el artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2000/78/CE, en lo relativo a 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”,* ya

²⁰³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-416/13. Considerando 56. Noviembre 2014.

que la edad de los trabajadores no asegura el máximo de su rendimiento ni tampoco garantiza un periodo de actividad razonable previo a la jubilación de los mismos.

2.3.3 Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-414/16. Vera Egenberger/ Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV.

La Sra. Egenberger, atea, postula a un puesto de trabajo publicado por la Evangelisches Werk en noviembre de 2012. La oferta de empleo indicaba los requisitos que debían cumplir los postulantes, entre los cuales se encontraba el ser practicante de una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las iglesias cristianas de Alemania. Específicamente se menciona: *“Son requisitos fundamentales la pertenencia a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania y la identificación con la misión de servicio social evangélico. Se ruega que indique su confesión en su curriculum vitae.”*²⁰⁴

Si bien la Sra. Egenberger fue reclutada en una primera selección, no fue convocada a entrevista profesional; enterándose posteriormente que el candidato finalmente seleccionado para el puesto de trabajo indicó en su curriculum vitae que era cristiano miembro de una iglesia protestante regional de Berlín. Ante dicha situación, la afectada presenta una demanda ante el Arbeitsgericht Berlin (Tribunal de lo Laboral de Berlín), indicando que no fue seleccionada para el empleo ya mencionado por carecer de confesión. En ella solicita indemnización de perjuicios por la suma de 9.788,65 euros en virtud de que la contratación en base a la religión de un candidato, contraviene la legislación alemana y el Derecho de la Unión Europea. El Tribunal Laboral de Berlín concedió parcialmente la demanda rebajando la suma de la indemnización y consideró que la demandante sufrió discriminación. La Sra. Egenberger interpuso recurso de apelación el cual fue desestimado por el Tribunal Regional de lo Laboral en Berlín-Brandeburgo, seguido de un recurso de Casación.

²⁰⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-414/16. Abril 2018.

El Tribunal Supremo de lo Laboral decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, dentro de otras cuestiones prejudiciales si:

“¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, de la Directiva (2000/78) en el sentido de que un empleador, como la Iglesia demandada en el presente asunto, puede determinar por sí mismo de forma vinculante, que, por la naturaleza de la actividad o el contexto en que se desarrolla, una determinada confesión religiosa del candidato constituye un requisito profesional, esencial, legítimo y justificado respecto de su ética?”²⁰⁵

Cabe precisar que al ser una cuestión prejudicial, en el litigio no se discutió si se incurrió en discriminación basada en la religión al no ser elegida la Sra. Egenberger para el cargo que postulaba por no profesar religión alguna, sino que más bien se centra en la interpretación del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación; dicha normativa señala:

“(…) En el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo.”

El Tribunal estima que el artículo 4, apartado 2 ya mencionado, en relación con sus artículos 9 y 10 y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse de tal forma que, si para apoyar un acto o

²⁰⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-414/16. Abril 2018.

decisión (en esta caso la selección de un candidato determinado) se alegue que según la naturaleza de las actividades o en el contexto en que se desarrollan, la religión si es considerada un requisito profesional, legítimo y justificado, dicha alegación debe poder ser objeto de control judicial efectivo, con la finalidad de asegurar que los requisitos del artículo 4 se cumplan de forma manifiesta.

Basa su argumentación en que si dicho control lo realiza la organización que pretende aplicar la diferencia de trato (en el caso concreto la Iglesia) carecería de toda virtualidad, como lo indica en el considerando 46 de la sentencia analizada. Plantea que la ponderación de los requisitos establecidos en el artículo 4 apartado segundo, deben ser objeto de control de una autoridad independiente y en último término, de un tribunal nacional. Por tanto, los Estados miembros no pueden eludir la obligación de realizar dicho control judicial y siempre deben realizar una ponderación de los mismos, garantizando el principio de proporcionalidad (considerando 80 de la sentencia en cuestión).

Indica que para interpretar una disposición perteneciente al Derecho de la UE, se debe tener en cuenta el tenor literal de la normativa, el contexto, los objetivos y la historia de la misma. Concuera la idea anterior con la obligación de los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva 2000/78/CE y con lo dispuesto en el considerando 29 de la misma:

“Las personas que hayan sido objeto de discriminación basada en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual deben disponer de medios de protección jurídica adecuados. A fin de asegurar un nivel de protección más efectivo, también se debe facultar a las asociaciones o personas jurídicas para que puedan iniciar procedimientos, con arreglo a lo que dispongan los Estados miembros, en nombre de cualquier víctima o en su apoyo, sin perjuicio de la normativa nacional de procedimiento en cuanto a la representación y defensa ante los tribunales.”²⁰⁶

²⁰⁶ DIRECTIVA 2000/78/CE DEL CONSEJO. Ob. Cit.

El Tribunal deja en claro que la Directiva 2000/78/CE tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación, y de esta forma aplicar el principio de igualdad de trato y el principio de no discriminación resguardado por el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. No obstante lo anterior, reconoce en el artículo 4, apartado 2 de la misma Directiva, reconoce el derecho a la autonomía de las iglesias y demás organizaciones públicas o privadas que basan su ética en convicciones o en su religión; tal como lo indica en el considerando 51:

“Tiene por objeto garantizar el justo equilibrio entre el derecho a la autonomía de las iglesias y de las demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o las convicciones, por un lado, y, por otro lado, el derecho de los trabajadores a no ser objeto, en particular durante su selección, de una discriminación basada en la religión o las convicciones, en situaciones en las que pueden concurrir esos derechos”²⁰⁷.

En conclusión, el Tribunal considera que a partir de una interpretación del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 2000/78/CE, en relación con el artículo 9 , 10 y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, si se pretende alegar que la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado para rechazar una candidatura a un empleo en el ámbito religioso, resulta indispensable que la decisión tomada por la entidad sea sometida a control judicial efectivo, a fin de evitar arbitrariedades y de supervisar que se cumplan los criterios señalados en dicha normativa. Lo anterior, con el objeto de que dichas razones obedezcan a la ética de la iglesia u organización en cuestión o al derecho a su autonomía reconocido por el derecho de la Unión Europea, a efectos de controlar la proporcionalidad y objetividad del requisito que se indica para llevar a cabo la selección y posterior contratación de un candidato.

²⁰⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-414/16. Considerando 51. Abril 2018.

REFLEXIONES FINALES

No es posible terminar la presente investigación sin realizar un breve recuento de las principales conclusiones que se pueden derivar de todo lo que hemos expuesto hasta acá. Para efectos de orden y buena comprensión, nos permitimos ordenarlas numéricamente:

1. Dentro de los diversos objetivos de la Unión Europea se encuentran el proteger la paz, los valores y el bienestar de sus ciudadanos, siendo considerada una Organización Internacional y entidad geopolítica, que tiene como principios rectores la unidad y la igualdad, y que emerge como una comunidad garante de paz en una Europa marcada por las guerras. Por esa misma razón, lo que hicimos en una primera instancia fue identificar las reglas normativas que se involucraran de forma directa en la discriminación laboral dentro de la Unión Europea. Así, nos enfocamos en el Tratado de la Unión Europea, en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Comunidad Europea, en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, en la Directiva 2000/78 del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y en el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación). Los valores consagrados en estos textos se agrupan en la dignidad humana, la libertad, democracia, el Estado de Derecho, los Derechos Humanos y la igualdad de todas las personas ante la Ley, junto con la prohibición de discriminación. Estos objetivos constituyen los cimientos de la Unión Europea, sirviendo de directrices para la creación de planes, programas y políticas comunes que beneficien a los ciudadanos europeos.

2. En materia laboral, el principio de igualdad se ve reflejado en cuatro grandes pilares: 1) Educación, formación y aprendizaje permanente, 2) Igualdad de sexos, 3) Apoyo activo al empleo, e 4) Igualdad de oportunidades. Todas las normas y la

aplicación de programas tendientes a este punto dicen relación principalmente con la prohibición de discriminación y la promoción de inclusión en la Unión Europea, que conlleve a una movilidad laboral y a un sentimiento de pertenencia.

3. También analizamos de forma detallada distintos tipos de discriminación que se generan en el ámbito laboral, no solo desde un punto de vista jurídico, sino que también a través de datos y estadísticas empíricas. Mediante éstas se hizo una comprobación de lo que actualmente está ocurriendo en la sociedad Europea. Así ahondamos en la discriminación por género, por origen racial o étnico, la discriminación por religión o convicciones personales, la discriminación que existe respecto a las personas discapacitadas, la discriminación por edad, y finalmente la discriminación por orientación sexual.

4. En nuestro segundo capítulo, hablamos de algunos conceptos básicos sobre la discriminación laboral en los procesos de selección. Ésta discriminación se puede manifestar en la etapa de preselección que generalmente se realiza por medio de un currículum u hojas de solicitudes, que pueden incluir preguntas o exigencias personales que expresan ciertos atisbos discriminatorios. Posteriormente, viene la etapa de selección en la que se realizan test, pruebas profesionales, exámenes de conocimientos, inventarios, test proyectivos, pruebas médicas solicitadas como requisito previo al entrar a trabajar y entrevistas, que tienen como objetivo medir la capacidad del candidato para ejercer las funciones que intrínsecamente se relacionen con el cargo. Dicha etapa debe estar exenta de obstáculos infundados y actos contrarios a Derecho, independiente del proceso en que se lleve a cabo. Es por este motivo que el procedimiento debe cumplir con los presupuestos legales respetando la normativa existente sobre la prohibición de cualquier tipo de discriminación arbitraria. Finalmente, viene la etapa de contratación y desarrollo profesional dentro de la empresa, que ocurre cuando el empleador decide quién será el postulante más idóneo para ejercer el cargo. Avocándonos en la etapa de selección laboral, que es el tema principal de nuestro trabajo, ahondamos en distintos momentos donde se hace evidente la discriminación a través de ciertas

circunstancias. Esto ocurre en: las ofertas de trabajo donde muchas veces se incluyen requisitos arbitrarios para optar al puesto de trabajo, también en las entrevistas profesionales donde se hacen preguntas extremadamente personales que pueden incluir rasgos discriminatorios e intrusivos, en la solicitud de exámenes médicos como requisitos previos para entrar a trabajar, y en pruebas que pueden o test que a veces incluyen preguntas o decisiones segregadoras. Así como analizamos los mecanismos tradicionales de selección laboral, también abarcamos las nuevas formas de contratación de personal y cómo éstas llevan envueltas de la misma manera, cierta preferencia a un grupo determinado de personas en desmedro de las excluidas. Estas nuevas formas de discriminación son el reclutamiento 2.0, la obtención de datos personales a través de las redes sociales, y particularmente Facebook.

5. En el segundo capítulo, analizamos, además, cuáles son los mecanismos que ha adoptado la Unión Europea para luchar contra la selección de personal sesgada. Si bien la Unión Europea resguarda la igualdad entre sus ciudadanos por medio de la prohibición de discriminación contenida en su legislación, con el pasar de los años ha orientado sus políticas y recursos en la creación de instituciones que protejan el valor de la igualdad en el escenario europeo y ha impulsado una serie de normas y programas que forman el actual modelo social de la UE. De esta manera, nos encontramos con la Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Oficina Europea de Selección de Personal (EPSO), Estrategia Europea sobre el Empleo, el Fondo Social Europeo, el Defensor del pueblo europeo, y los Tribunales de Justicia de la Unión Europea y el Europeo de Derechos Humanos.

6. Uno de los medios a través del cual la Unión Europea garantiza la no discriminación entre trabajadores es mediante el establecimiento de la libertad de circulación laboral. Ante fenómenos como la migración y la búsqueda de mejores oportunidades laborales, el sistema europeo debió tratar dicho tema y a la vez, facilitar la concreción del mercado único, el cual surge como uno de los propósitos de

la Unión Europea desde la creación del mismo en el año 1993. Cabe señalar que el concepto de “mercado único o mercado interior” comprende la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas, facilitando que los ciudadanos de la UE puedan vivir, trabajar, estudiar y hacer negocios dentro del territorio de la Unión Europea con plena libertad

No obstante los beneficios que presenta la libre circulación de los trabajadores pertenecientes a esta organización internacional, tanto para los propios trabajadores como para las sociedades que los acogen, existen restricciones a este principio cuya justificación abarca razones de orden público, seguridad y salud pública. Así, analizamos el caso de Croacia y los puestos de trabajo en la administración pública como excepciones a la libertad de circulación laboral.

7. En la misma línea que lo mencionado anteriormente, tal como estudiamos las prohibiciones que provienen de un rango institucional en la movilidad laboral, también ahondamos en las barreras prácticas que pueden surgir al momento de tomar la decisión de emigrar, tales como las barreras lingüísticas y las diferencias en la identidad cultural y en los sistemas de educación.

8. En la última parte del desarrollo de nuestra tesis, y con la finalidad de agrupar todo el trabajo realizado, expusimos tres sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia Europeo que tratan los temas de discriminación en la selección laboral (el primer fallo trata sobre una supuesta discriminación por idioma, el segundo, se refiere a una segregación por edad, y el tercero, a una oferta de trabajo que excluía a personas según la edad de los postulantes) y se demuestra cómo el Tribunal aplica la normativa de la Unión Europea.

9. En cuanto a la hipótesis de nuestro trabajo, creemos que la Unión Europea ha ido instalando a lo largo de los años una serie de instituciones que han combatido fuertemente contra una sociedad discriminatoria. Pese a la gran cantidad de mecanismos de lucha, creemos que aún hace falta que se le otorgue un valor más

real a estas instituciones en los Estados miembros, que se valoricen las instancias establecidas, y que los Tribunales Internacionales puedan aplicar directamente medidas positivas o sanciones frente a un caso concreto. Además, estos organismos internacionales deberían posicionarse como instancias más directas donde la gente común pueda concurrir de manera fácil y sencilla, y que no sean mirados como órganos superiores o lejanos que solo pueda acudir una vez que se hayan agotado las instancias nacionales. Estimamos que solo de esta manera podría fomentarse la idea de una verdadera “Unión Europea”.

10. Finalmente, a modo de conclusión nos gustaría realizar una comparación del sistema europeo con el sistema actual chileno, a través de una mirada crítica. La Unión Europea posee una gran cantidad de mecanismos que pueden luchar contra la discriminación en distintos ámbitos y en los diversos Estados que la componen. En comparación con el sistema chileno, podríamos señalar que nuestro país se encuentra en una situación de desventaja, ya que, pese que nuestro sistema laboral reformado se caracteriza por su rapidez frente a los requerimientos de los trabajadores ante la justicia, no tenemos instituciones que puedan combatir contra la discriminación en distintos ámbitos sociales, como sí existen en la Unión Europea. Nuestro país solo cuenta con las clásicas garantías judiciales y con la Dirección del Trabajo para hacer reclamos de eventuales discriminaciones infundadas en el ámbito del empleo. Además, tampoco existe en nuestro país un sentimiento de comunidad latinoamericana como sí existe en Europa, lo cual impide que se fomente la cooperación entre países en beneficio de los ciudadanos migrantes, ni tampoco tenemos relaciones burocráticas que nos unan como sección geográfica, por consiguiente tampoco existen organismo que promuevan la movilidad laboral entre los distintos países. Cabe mencionar que Chile ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se encarga de la protección de los Derechos Humanos frente a actos vulneratorios de Derechos por parte de un Estado y es quien supervisa el cumplimiento de sentencias, por lo que se alza como el organismo internacional garante similar a la función que ejerce la Corte Europea de Derechos Humanos.

De lo anterior se desprende que nuestro país tiene aún un largo camino por recorrer en la búsqueda de protecciones efectivas a los derechos de los trabajadores, en específico en situaciones de discriminación laboral, las cuales presentan consecuencias para los distintos ámbitos de desarrollo humano. Si bien el sistema de la Unión Europea no es perfecto, presenta un carácter más articulado el cual permite servir de guía para países como el nuestro que se encuentran en proceso de dotar a sus instituciones, organismos y normativas de un carácter garantista en materia de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Informe sobre los derechos fundamentales 2018. Dictámenes de la FRA. Viena, Austria.
2. ALBORNOZ, Marcelo. Para el departamento jurídico de la Dirección del Trabajo en el Ordinario No 0850/29, referente a normativa laboral. Ordenanza N° 850/29, Febrero 2005. [En línea] <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-79169.html>> [Consulta: 15 de agosto de 2018]
3. ALONSO, Belén. El principio de no discriminación por origen racial o étnico en la Unión Europea: su aplicación al empleo ya la política social. [En línea] *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2003, no 5, p. 127-141. <<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:19125&dsID=PnDorigenetnico.pdf>> [Consulta:05 junio 2018]
4. ALONSO, Pamela; MOSCOSO, Silvia; CUADRADO, Dámaris. Procedimientos de selección de personal en pequeñas y medianas empresas españolas. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 2015, vol. 31, no 2, p. 79-89.
5. ALUJAS, Joan. Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en la Unión Europea. *Ekonomiaz* N.o 71, 2.o cuatrimestre, 2009. P. 200-2019.
6. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Andrés. Derechos Fundamentales en la Relación de Trabajo Tema 3.Las causas de discriminación. Curso 2015-2016 [En línea] p.6. <<https://ocw.uca.es/mod/resource/view.php?id=2243>> [Consulta: 10 julio 2018]
7. ÁLVAREZ, Henar. Políticas de empleo en la Unión Europea y desplazamiento de trabajadores. *Unión Europea Aranzadi*, 2015, no 11, p. 73-98.

8. ÁLVAREZ, David. Estrategia Europea de Empleo: Estrategia 2020. Tesis (Grado Relaciones Laborales y Recursos Humanos). Palencia, España: Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias del Trabajo, 2013.
9. ALVENTOSA, Josefina. Discriminación por orientación sexual e identidad de género en el derecho español. 2008.
10. AMÉRIGO, Fernando y PELAYO, Daniel. El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español. *Documentos de la Fundación Alternativas*, 2013, vol. 179, p. 291. [En línea] <http://www.falternativas.net/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/b6e3c3b94b34d60f979259c0fbcbab8.pdf> [Consulta: 20 de junio de 2018]
11. ARENA, María Paz, ESPÓSITO, Tamara, GONZÁLEZ, Diego. Discriminación en el proceso de selección de Personal. Buenos Aires, Argentina. Universidad Argentina de la Empresa, Facultad de Administración y Negocios, 2016.
12. ARRIGO, Gianni. Las Fuentes Del Derecho Antidiscriminatorio De La Unión Europea. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Volúmen IV, N°2, Año 2016[Enlínea]<<https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&sruid=i0ad82d9b0000016525ece551a6afc58d&docguid=i4F29A81FD88BDA3C178660DC535EBFCA&hitguid=i4F29A81FD88BDA3C178660DC535EBFCA&tocguid=&spos=4&epos=4&td=7&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1ACD7B5&searchFrom=&savedSearch=false&context=7&crumb-action=append&fromSH=true>> [Consulta:10 de agosto de 2018]
13. AYUNTAMIENTO DE OVIEDO. Anuncio. Bases específicas para la convocatoria de pruebas selectivas para la provisión de 15 plazas de Agentes de la Policía Local. Ofertas de Empleo 2008, 2009 y 2010, 3 de ellas reservadas al turno de movilidad. Boletín Oficial del Principado de Asturias. Núm. 64 . Marzo 2013.

14. Boletín Igualdad en la Empresa. Procesos de selección con perspectiva de género en la empresa. [En línea]
<http://www.igualdadenlaempresa.es/novedades/boletin/docs/Boletin_Igualdad_en_la_Empresa_BIE_n_20_seleccion.pdf> [Consulta: 08 de agosto de 2018]
15. BORCHARDT, Klaus-Dieter. El ABC del Derecho de la Unión Europea. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011.
16. CABRERA, Rosnery y TERIFE, Joanna. Discriminación en los procesos de selección de personal de nivel ejecutivo. Tesis (licenciatura en Relaciones Industriales). Caracas, Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Escuela de Ciencias Sociales, noviembre 2007.
17. CARMONA, Karla y VÉLIZ, Hugo. Discriminación laboral (aspectos doctrinarios y situación en Chile). Seminario (Título de ingeniería comercial, mención administración). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Escuela de Economía y administración, 2005.
18. CARRIZOSA, Esther. La enfermedad del trabajador como causa de discriminación prohibida en el ámbito laboral. Comunicación presentada en XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, España. Mayo de 2014
19. CASEN 2015. Pueblos indígenas, síntesis de resultados. Elaborado por: Ministerio de desarrollo social, subsecretaría de evaluación social, Gobierno de Chile, 27 de Julio de 2017. [En línea]
<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casemultidimensional/casen/docs/CASEN_2015_Resultados_pueblos_indigenas.pdf> [Consulta: 25 de abril de 2018].

20. COLECTIVO, I. O. E., y PÉREZ, R. La discriminación laboral a los trabajadores inmigrantes en España. Oficina Internacional del Trabajo, 1995.

21. COMISIÓN EUROPEA. El pilar europeo de derechos sociales en veinte principios: Capítulo I: Igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo.[En línea] <https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es#captulo-i-igualdad-de-oportunidades-y-de-acceso-al-mercado-de-trabajo> [Consulta: 15 mayo 2018]

22. COMISIÓN EUROPEA. Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. Ampliación de disposiciones transitorias: Croacia. [En línea] <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1067&langId=es>>[Consulta: 10 de octubre de 2018]

23. COMISIÓN EUROPEA. Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. Empleo en la Administración Pública [En línea] <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=465&langId=es> > [Consulta: 13 de octubre de 2018]

24. COMISIÓN EUROPEA. Estrategia Europea de Empleo [En línea] <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&langId=es>> [Consulta: 17 de agosto 2018]

25. COMISIÓN EUROPEA. Estrategia Europea de empleo objetivo: mejorar el empleo en Europa. [En línea] <http://publications.europa.eu/resource/cellar/214dd8b1-be8e-442f-ae94-28a34fd9846b.0017.02/DOC_1> [Consulta: 27 de octubre de 2018]

26. COMISIÓN EUROPEA. Estrategia Europa 2020 [En línea] <<https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/economic-and-fiscal-policy->

coordination/eu-economic-governance-monitoring-prevention-correction/european-semester/framework/europe-2020-strategy_es#howisthestrategyimplemented> [Consulta: 17 de agosto de 2018]

27. COMISIÓN EUROPEA. Fichas temáticas del Semestre Europeo. Mujeres en el mercado de trabajo. [En línea]

<https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_labour-force-participation-women_es.pdf> [Consulta: 12 diciembre 2018]

28. COMISIÓN EUROPEA. Fondo Social Europeo [En línea] <<http://ec.europa.eu/esf/main.jsp?catId=35&langId=es>> [Consulta: 17 de agosto de 2018]

29. COMISIÓN EUROPEA. Fondo Social Europeo: Invertir en personas. Folleto [En línea]

<http://empleoyformacion.jccm.es/fileadmin/user_upload/Fondo_Social_Europeo/Que_es_FSE_Invertir_en_las_personas.pdf> [Consulta: 17 de agosto de 2018]

30. COMISIÓN EUROPEA. Igualdad de trato. [En línea] <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=462&langId=es>> [Consulta: 23 mayo 2018]

31. COMISIÓN EUROPEA. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe conjunto sobre la aplicación 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 («Directiva de igualdad racial») y 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 («Directiva de igualdad en el empleo»). Diario Oficial de la Unión Europea, 2014.

32. COMISIÓN EUROPEA. Justicia, ciudadanía y derechos fundamentales: Comprender las políticas de la Unión Europea. [En línea] <<https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/36f6c4b2-633b-413f-b776-d61127d72266/language-es>> [Consulta: 15 mayo 2018]
33. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Verde: Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada. Luxemburgo, Comunidades Europeas, 2004.
34. COMUNICADO Dirección del Trabajo, Gobierno de Chile. Santiago de Chile, 7 de junio del 2005.
35. CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERATIVAS DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. Guía para una selección no discriminatoria [Guía electrónica] Madrid, España. HISPACOOOP.
36. DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. ¿Problemas con la UE? ¿Quién puede ayudarle? [folleto] 2011.
37. DE LA MAZA, Igiño y MOMBERG, Rodrigo. Términos y condiciones: Acerca del supuesto carácter contractual de las autorizaciones para el tratamiento de datos personales en sitios web. Revista chilena de Derecho y Tecnología. Volúmen 6 (Número 2). Páginas: 25-55. Diciembre, 2017. [En línea] <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdt/v6n2/0719-2584-rchdt-6-02-00025.pdf>> [Consulta: 28 de agosto 2018]
38. DÍAZ, Iván. Ley chilena contra la discriminación: una evaluación desde los derechos internacional y constitucional. *Revista chilena de derecho*, 40(2), pp. 635-668, 2013.

39. DI PILLO, Rafael, RAMÍREZ, Esteban. El SIDA y la Relación Laboral. Tesis (licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.
40. DIRECCIÓN DEL TRABAJO DE CHILE, Centro de consultas. ¿Qué condiciones contenidas en las ofertas de trabajo pueden estimarse como discriminatorias? [En línea] <<http://www.dt.gob.cl/portal/1628/w3-article-95023.html>> [Consulta: 20 de agosto de 2018]
41. EBU. La ley europea de accesibilidad: ¿la promesa de más accesibilidad para los ciudadanos de la ue ciegos y deficientes visuales?. [En línea]. <http://www.euroblind.org/newsletter/2017/may-june/es/la-ley-europea-de-accesibilidad-la-promesa-de-mas-accesibilidad-para-los> [Consulta: 10 de diciembre de 2018]
42. ELLIS, Evelyn, y WATSON, Philippa. EU anti-discrimination law. Oxford University Press, 2012.
43. ESTRATEGIAS EMPRESARIALES EUROPEAS. Guía de Movilidad en la Unión Europea. [Guía electrónica] España.
44. EUR-LEX. Coordinación de los sistemas de seguridad social. Síntesis del Reglamento (CE) N°883/2004: sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social [En línea] <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10521>> [Consulta: 08 de octubre de 2018]
45. EUR-LEX. Libre circulación de trabajadores. Síntesis del documento [Reglamento \(UE\) n.o 492/2011 sobre el derecho de los trabajadores de la UE a desplazarse en la UE](#) [En línea] <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A123013a>> [Consulta: 05 de octubre de 2018]

46. EUR-LEX. Mercado Interior. [En línea] <https://eurlex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D24> [Consulta: 01 de octubre de 2018]
47. EUR- LEX. Tratado entre el Reino de Bélgica, la República de Bulgaria, la República Checa, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República de Estonia, Irlanda, la República Helénica, el Reino de España, la República Francesa, la República Italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Hungría, la República de Malta, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria, la República de Polonia, la República Portuguesa, Rumanía, la República de Eslovenia, la República Eslovaca, la República de Finlandia, el Reino de Suecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Estados miembros de la Unión Europea) y la República de Croacia, relativo a la adhesión de la República de Croacia a la Unión Europea. [En línea] <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:12012J/TXT>> [Consulta: 10 de octubre de 2018]
48. EURES. El Portal Europeo de la Movilidad Social. Libre Circulación: Austria. [En línea] <<https://ec.europa.eu/eures/main.jsp?acro=free&lang=es&countryId=AT&fromCountryId=HR&accessing=0&content=1&restrictions=1&step=2>> [Consulta: 12 de octubre de 2018]
49. EUROPA.EU. Multilinguismo. [En línea] <https://europa.eu/european-union/topics/multilingualism_es> [Consulta: 16 de octubre de 2018]
50. EUROPA PRESS. El defensor del pueblo europeo denuncia un caso de discriminación por edad de un traductor en la CE. Europa Press en Internet. 15 de diciembre, 2008 [En línea] <<http://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-ue->

[defensor-pueblo-europeo-denuncia-caso-discriminacion-edad-traductor-ce-20081215183555.html](https://www.defensor-pueblo-europeo-denuncia-caso-discriminacion-edad-traductor-ce-20081215183555.html)> [Consulta: 20 de agosto de 2018]

51. EPSO. Acerca de la EPSO [En línea] <https://epso.europa.eu/about-epso_es> [Consulta:13 de agosto de 2018]

52. FARÍAS, Melanie y SANDOVAL, Paula. Libre circulación de trabajadores en los procesos de integración regional Mercosur, CAN, Unasur y Alianza del Pacífico .Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017.

53. FERNÁNDEZ-PEINADO, Alicia. El principio de no discriminación en el empleo por razón de la edad en el Derecho europeo. Comunicación presentada en el XXIV Congreso XXIV Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Navarra, España, 2014.

54. FREIXES, Teresa. Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 1995, no 11.

55. FUNDACIÓN ONCE. La igualdad de trato en el empleo: Guía práctica. [En línea] <https://www.fundaciononce.es/sites/default/files/docs/GUIA_IGDAD_TRATO_EMPL EO_FONCE_xK5_2.pdf> [Consulta: 01 junio 2018].

56. FUNDACIÓN CHILE 21. Encuesta sobre “Discriminación y desigualdades”. Mayo 2014

57. GARCÍA-IZQUIERDO, Antonio, y GARCÍA-IZQUIERDO, Mariano. Discriminación, igualdad de oportunidades en el empleo y selección de personal en

España. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, 23 (1), 111-138, 2007.

58. GIMÉNEZ, Ana. El principio de no discriminación y su incidencia en la contratación privada en el marco común de referencia. *Revista Nuevas perspectivas del derecho contractual*. pp. 621-641.

59. GÓMEZ, José. La libre circulación de trabajadores; retrospectiva y evoluciones en el contexto europeo actual. En Libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. Treinta años en la Unión: XXXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. 2017.

60. GRAF, Julia. Movilidad laboral en la Unión Europea: Factores determinantes. Tesis (Máster en internacionalización: aspectos económicos, empresariales y jurídico-políticos.) Barcelona, España. Universitat de Barcelona, abril del 2015.

61. HEPPLÉ, Bob. Igualdad, representación y participación para un trabajo decente. *Revista Internacional del trabajo*, 2001, vol. 120, no 1, p. 6-12.

62. INFORME 2016 INFOEMPLEO-ADECCO “Redes Sociales y Mercado de Trabajo”. España, 2016. [En línea]
<<https://www.adeccorientaempleo.com/web/wp/wp-content/uploads/2017/02/Informe-2017-Empleo-y-Redes-Infoempleo-Adecco-2.pdf>> [Consulta 17 de agosto de 18]

63. INFORME WORLD ECONOMIC fórum “Quality of the education system”. Global competitiveness Index 2017-2018, competitiveness rankings. [En línea]
<<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=EOSQ128>> [Consulta: 10 de octubre de 2018]

64. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Tasa de empleo de las personas de 25 a 49 años con hijos/sin hijos según periodo. España, UE-27 y UE-28.[En línea] <<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=11173>>> [Consulta: 23 de abril de 2018]
65. ISAAC, Guy. Manual de Derecho Comunitario General. 2ª ed. Barcelona, España, Editorial Ariel, S.A., 1988, p. 243-245. citado por: CHACRA GAETE, Stephanie. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los principios del derecho comunitario .Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012.
66. JUNTA DE ANDALUCÍA. La unión Europea a través de los Fondos Sociales. [En línea] <https://www.juntadeandalucia.es/educacion/vscripts/w_cea/pdfs/FP/FP-06.pdf> [Consulta: 30 de octubre de 2018] p. 229-252
67. LAHERA, J. *Libertad religiosa y condiciones laborales: la fe con mutua buena fe*. Comunicación presentada en XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2014, Pamplona, España.
68. LASAOSA, Elena. *Incidencia de las libertades ideológica, religiosa y de culto en el contrato de trabajo*. Comunicación presentada en XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, España. Mayo, 2014.
69. LÁZARO, José Luis. La libre circulación de trabajadores y las dificultades de desplazamiento de los desempleados. 2001.
70. LIZAMA, Luis y UGARTE, José. Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Santiago, Chile, 1998.
71. LIVINGSTON, Jared. Invasion contracts: the privacy implications of terms of use agreements in the online social media setting. Julio, 2011.

72. LLORENS Espada, Julen. El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos. Comunicación presentada Ponencia I “Los Derechos Fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pamplona, mayo 2014.
73. MANZANO, Iván. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género. *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012, vol. 64, no 2, p. 49-78.
74. MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, Héctor. La protección de los ciudadanos europeos con discapacidad. Políticas Sociales Integración e Igualdad de Oportunidades. *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2006, no 11, p.195-214.
75. MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA. La Situación De Las Mujeres En El Mercado De Trabajo En 2016. [En línea] <http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/situacion-mujeres/situacion_mujer_trabajo_2016.pdf> [Consulta: 23 de abril de 2018] p. 34.
76. MONEREO, José. Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 2018, vol. 8, no 2, p. 266.
77. MUÑOZ, Manuel. Reclutamiento 2.0. Tesis (Grado en Relaciones Laborales). Tenerife, España. Universidad de la Laguna, Facultad de Derecho, Curso 2013/2014.
78. OFICINA DE POLITICAS DE IGUALDAD DE GIJÓN. La Comisión Europea da un paso adelante en el impulso de la igualdad del colectivo LGBTI. [En línea] <<https://igualdad.gijon.es/noticias/show/35177-la-comision-europea-da-un-paso-adelante-en-el-impulso-de-la-igualdad-del-colectivo-lgbti>> [consulta: 10 de julio de 2018]

79. OFICINA DE PUBLICACIONES. El Acta Única Europea: Summaries of EU legislation [En línea]
<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM:xy0027>> [Consulta: 06 mayo 2018].
80. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Discriminación en el trabajo en Europa. Abril 2007 [En línea] <http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_decl_fs_111_es.pdf> [Consulta: 6 julio 2018]
81. PALAVECINO, Claudio. La intimidad del trabajador y la prohibición de discriminación laboral frente a los análisis genéticos *Revista de Derecho* Vol. XVIII N° 2 Diciembre 2005 [En línea] <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502005000200002&script=sci_arttext> [Consulta: 25 de agosto 2018] Páginas 27-53.
82. PARLAMENTO EUROPEO. Fichas técnicas de la Unión Europea. “Las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. [En línea] <<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/12/las-competencias-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>> [Consulta: 15 de octubre de 2018]
83. PARLAMENTO EUROPEO. La libre circulación de los trabajadores. Fichas técnicas sobre la Unión Europea. 2018. p. 4.
84. QUESADA, Rosa. La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos Del Consejo de Europa, a los Tratados y a La Carta de los Derechos Fundamentales de La Unión Europea. *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*: pp. 57-64, 2007.

85. REQUENA, Millán, et al. La discriminación por razón de la edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia, 2013.
86. REQUENA, Millán. La tutela judicial del principio general de igualdad de trato en la Unión Europea: una jurisprudencia expansiva basada en una jerarquía de motivos discriminatorios. *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2011, vol. 15, no 40, p. 767-793
87. REY, Fernando. La prohibición de discriminación racial o étnica en la Unión Europea y en España: el caso de la minoría gitana. *Revista de derecho político*, 2003, no 57. [En línea]
<<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/8832/8425>>
[Consulta:05 de junio de 2018]
88. RUILOBA, Julia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Organización y funcionamiento. *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, 2006.
89. SANCHO, Emilio. Discriminación lingüística en las pruebas de selección de la UE. *Aquieuropa*. 27 de noviembre, 2012. [En línea]
<<http://www.aquieuropa.com/noticia/54407-discriminacion-linguistica-en-las-pruebas-de-seleccion-de-la-ue>> [Consulta: 10 de octubre de 2018].
90. SERRANO, Guillermo. La libertad de conciencia y de religión y su regulación en el derecho internacional de los derechos humanos. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017. P. 27.
91. STEVENS Helga. Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad (2017/2127). En: Documento de Sesión Parlamento Europeo. Informe. Bruselas, Bélgica, Parlamento Europeo: Comisión de Empleos y Asuntos Sociales, 2017.pp 6-9.

92. SWISSINFO.CH. Permisos de trabajo. [En línea] <<https://www.swissinfo.ch/spa/permisos-de-trabajo/29736712>> [Consulta: 12 de octubre de 2018]
93. TOMEL, Manuela. Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo. Revista Internacional del Trabajo, 2003, vol. 122, no 4, p.441-460.
94. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. El TEDH en 50 preguntas [En línea] <https://www.echr.coe.int/Documents/50Questions_SPA.pdf> [Consulta: 27 de agosto de 2018].
95. TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. Informe Especial N° 06/2018: Libre circulación de trabajadores: la libertad fundamental está asegurada, pero una mejor orientación de los fondos de la UE contribuiría a la movilidad de los trabajadores. Febrero, 2018.
96. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. La Institución [En línea] <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/es/> [Consulta: 20 de agosto de 2018]
97. UNIÓN EUROPEA. Objetivos y valores de la UE. [En línea] <https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_es> [Consulta: 04 mayo 2018]
98. UNIÓN EUROPEA. Tribunal de Justicia de la Unión Europea [En línea] <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_es> [Consulta: 20 de agosto de 2018]
99. WEB DE LA ESTADÍSTICA OFICIAL DE CATALUÑA, Idescat. Fuente España, zona euro y Unión Europea: Eurostat. Tasa de empleo de 20 a 64 años.

Total. Cataluña, España y Unión Europea. 2003–2017. [En línea] <<https://www.idescat.cat/indicadors/?id=ue&n=10111&lang=es>> [Consulta: 27 de octubre de 2018]

100. WINKLER, Beate. Nuevas medidas para luchar contra la discriminación en la Unión Europea. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2001, p. 99-100.

Sentencias citadas:

1. Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia 4464/70. Sindicato Nacional de la Policía Belga/ Bélgica. 27 de octubre de 1975.
2. Unión Europea. Tribunal de Justicia Europeo. Asunto C-229/08. Colin Wolf/ Stadt Frankfurt am Main. 12 de enero de 2010.
3. Unión Europea. Tribunal de Justicia Europeo. Asunto C-566/10. República Italiana/ Comisión Europea- República de Lituania- República Helénica. 27 de noviembre de 2012.
4. Unión Europea. Tribunal de Justicia Europeo. Asunto C-416/13. Mario Vital Pérez/ Ayuntamiento de Oviedo. 13 de noviembre de 2014.
5. Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-414/16. Vera Egenberger/ Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV. 17 de abril de 2018.

Normativa citada:

1. ACTA RELATIVA A LAS CONDICIONES DE ADHESIÓN DE LA REPÚBLICA DE CROACIA Y A LAS ADAPTACIONES DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA, EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRATADO

CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA ENERGÍA ATÓMICA.
Diario Oficial de la Unión Europea Nº L 112/6. 24 de abril de 2012. Anexo V.

2. CARTA COMUNITARIA DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES. Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989.

3. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.
Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/01) Roma, Italia, 18 de diciembre de 2000.

4. CONVENIO 111. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza, 25 de junio de 1958.

5. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Roma, 4 de noviembre de 1950.

6. CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Fundación acción pro Derechos Humanos.
[En línea] <<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>> [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2018]

7. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LA UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos: De los principios a la práctica. París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

8. DIRECTIVA 2000/43/CE del Consejo de Europa, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, 29 de junio de 2000.

9. DIRECTIVA 2000/78/CE del Consejo de Europa, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación. Diario Oficial de la Unión Europea N° L 303, 2 de diciembre de 2000.
10. Directiva 2016/1148 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión. Diario Oficial de la Unión Europea (L 194/1). 19 de julio de 2016.
11. ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, en su versión modificada por el Reglamento (UE, Euratom) n.º 741/2012, de 11 de agosto de 2012, el Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422, de 16 de diciembre de 2015 y el Reglamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016.
12. INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN del Protocolo numero 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), Roma , 4 de Noviembre de 2000.
13. LEY 19.779. Establece normas relativas al virus de inmuno deficiencia humana y crea bonificación fiscal para enfermedades catastróficas. Ministerio de Salud. Santiago, Chile, diciembre de 2001.
14. PROTOCOLO N° 12 AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. Roma, Italia, 4 de noviembre del 2000.
15. Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017, sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, Diario Oficial de la Unión Europea. (L 113/56)

16. REGLAMENTO N° 1 DEL CONSEJO, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DO 1958, 17, p. 385; EE 01/01, p. 8), en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006 (DO L 363, p. 1.)
17. REGLAMENTO N° 31 (CEE) 11 (CEE) por el que se establece el Estatuto de los funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. (DO 45 de 14.6.1962, p. 1385.)
18. REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea (L 119/1), 4 de mayo del 2016.
19. TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL CARBÓN Y DEL ACERO (CECA). París, Francia, 26 de julio de 1952.
20. TRATADO DE AMSTERDAM. Amsterdam, Netherlands, 2 de octubre de 1997.
21. TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. Diario Oficial de la Unión Europea (C 202/1), 7 de junio de 2016.

ANEXO 1

Tribunal	Tribunal de Justicia (gran sala)
Rol	Asunto C-566/10 P
Fecha	27 de noviembre de 2012
Materia	Recurso de Casación
Integración	Vassilios Skouris, Koen Lenaerts, Antonio Tizzano, Marko Ilešič, Allan Rosas, George Arestis, Jiří Malenovský, Anthony Borg Barthet, Uno Lõhmus, Camelia Toader, Jean-Jacques Kasel, Marek Safjan y Daniel Šváby
Previsiones	-
Considerandos Relevantes	<p>71º: Por consiguiente, sin que sea necesario pronunciarse sobre si un anuncio de concurso es un texto de alcance general en el sentido del artículo 4 del Reglamento nº 1 basta señalar que, con arreglo al artículo 1, apartado 2, del anexo III del Estatuto de los Funcionarios, en relación con el artículo 5 del Reglamento nº 1, que dispone que el Diario Oficial de la Unión Europea se publicará en todas las lenguas oficiales, los anuncios de concurso controvertidos debieron haber sido publicados íntegramente en todas las lenguas oficiales.</p> <p>74º: Tal candidato se encontraba en una situación de desventaja en relación con un candidato cuya lengua materna fuera una de las tres lenguas en las que se publicaron íntegramente los anuncios de concurso</p>

controvertidos, tanto por lo que se refiere a la correcta comprensión de estos anuncios como en lo que se refiere al plazo para preparar y enviar una candidatura a dichos concursos.

75° Esta desventaja es consecuencia de la diferencia de trato por razón de la lengua, prohibida por el artículo 21 de la Carta y por el artículo 1 quinquies, apartado 1, del Estatuto de los Funcionarios, creada por dichas publicaciones.

Este artículo 1 quinquies establece en su apartado 6 que, sin perjuicio de los principios de no discriminación y de proporcionalidad, toda limitación deberá estar objetivamente justificada y responder a objetivos legítimos de interés general en el marco de la política de personal.

76°: La Comisión explicó en la vista que la nueva práctica de publicación limitada de los anuncios de concurso devino necesaria por la carga de trabajo resultante de las adhesiones de nuevos Estados a la Unión Europea en 2004 y en 2007, y, en particular, por el incremento repentino del número de lenguas oficiales, siendo así que la EPSO no disponía de la suficiente capacidad de traducción (...) en consecuencia, no debe constituir una carga de trabajo insuperable, y que los problemas materiales relativos a la capacidad de

	<p>traducción deben ponderarse con el derecho de todos los ciudadanos de la Unión a conocer los anuncios de concurso en las mismas condiciones.</p> <p>77°: De ello se deriva que la práctica de publicación limitada no respeta el principio de proporcionalidad, y, por tanto, constituye una discriminación por razón de la lengua, prohibida por el artículo 1 quinquies del Estatuto de los Funcionarios.</p> <p>103°: (...) a fin de proteger la confianza legítima de los candidatos seleccionados, no es preciso poner en tela de juicio los resultados de dichos concursos.</p> <p>107°: (...) En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) decide:</p> <ol style="list-style-type: none">1) Anular la sentencia del Tribunal General de 13 de septiembre de 2010, Italia/Comisión (T-166/07 y T-285/07).2) Anular los anuncios de concursos generales EPSO/AD/94/07, para establecer una lista de reserva para proveer puestos vacantes en el seno de las instituciones de administradores (AD 5) en el campo de la información, la comunicación y
--	---

	<p>los medios de comunicación, EPSO/AST/37/07, para establecer una lista de reserva para proveer puestos vacantes en el seno de las instituciones de asistente (AST 3) en el campo de la comunicación y la información, y EPSO/AD/95/07, para establecer una lista de reserva destinada a proveer puestos vacantes de administradores (AD 5) en el campo de la información (Biblioteca/Documentación).</p> <p>3) La Comisión Europea cargará con las costas de la República Italiana y con sus propias costas en ambas instancias.</p> <p>4) La República Helénica y la República de Lituania cargarán con sus propias costas.</p>
--	--

ANEXO 2

Tribunal	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Asunto	C-416/13
Fecha	13 de noviembre de 2014
Materia	Petición de Decisión Prejudicial
Integración	Rosario Silva de Lapuerta, Koen Lenaerts, Alexander Arabadjiev, Jean Claude Bonichot, José Luis da Cruz Vilaça.
Previsiones	-
Considerandos Relevantes	<p>41°: De ello se deriva que el hecho de poseer capacidades físicas específicas puede considerarse un «requisito profesional esencial y determinante», en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE, para el ejercicio de la profesión de agente de la Policía Local.</p> <p>44°: Por consiguiente, el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía constituye un objetivo legítimo a efectos del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 (véase, en este sentido, la sentencia Wolf, EU:C:2010:3, apartado 39).</p> <p>48°: Sobre este particular, debe comprobarse si, habida cuenta de lo expuesto en los apartados 39 a 41 de la presente sentencia, las capacidades físicas específicas requeridas para el ejercicio de la función de agente de la</p>

	<p>Policía Local están necesariamente vinculadas a un grupo de edad determinado y no pueden darse en personas que hayan sobrepasado cierta edad.</p> <p>56°: Además, nada en los autos en poder del Tribunal de Justicia ni en las observaciones escritas que le han sido presentadas permite afirmar que el objetivo de garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del cuerpo de agentes de Policía Local exija mantener una determinada estructura de edad en su seno que imponga seleccionar exclusivamente a funcionarios que no sobrepasen la edad de 30 años.</p> <p>57°: Se desprende de estas consideraciones que, al fijar dicho límite de edad, la Ley 2/2007 impuso un requisito desproporcionado.</p> <p>70°: Ahora bien, ningún documento transmitido al Tribunal de Justicia permite considerar que el límite de edad de contratación sea apropiado y necesario a la luz del objetivo de garantizar la formación de los agentes de que se trata.</p> <p>72°: De ello se desprende que no puede considerarse que una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que fija en 30 años la edad máxima de</p>
--	---

	<p>contratación de los agentes de la Policía Local sea necesaria para garantizar a dichos agentes un período de actividad razonable previo a la jubilación a efectos del artículo 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78. El que la edad «normal» de jubilación establecida en el régimen general de la Seguridad Social esté fijada en 67 años carece de pertinencia a este respecto.</p> <p>74º: En estas circunstancias, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que los artículos 2, apartado 2, 4, apartado 1, y 6, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que fija en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de la Policía Local.</p>
--	---

ANEXO 3

Tribunal	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Asunto	C-414/16
Fecha	17 de abril de 2018
Materia	Petición de Decisión Prejudicial
Integración	Koen Lenaerts, Antonio Tizzano, Rosario Silva de Lapuerta, Thomas von Danwitz, José Luis da Cruz Vilaça, Allan Rosas, Endre Juhász, Marek Safjan, Daniel Šváby, Maria Berger, Alexandra Prechal, Egidijus Jarašiūnas, François Biltgen, Michail Vilaras y Eugene Regan.
Previsiones	-
Considerandos Relevantes	<p>46°: Pues bien, es preciso señalar que si el control de la observancia de estos criterios, en caso de dudas al respecto, no correspondiera a una autoridad independiente, como un órgano jurisdiccional nacional, sino a la iglesia o a la organización que pretende aplicar una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones, tal control quedaría desprovisto de virtualidad alguna.</p> <p>50°: Si bien la Directiva 2000/78 pretende de esta manera proteger el derecho fundamental de los trabajadores a no ser discriminados por razón de su religión o convicciones, no es menos cierto que, mediante su artículo 4, apartado 2, dicha Directiva también toma en consideración el derecho a la autonomía de</p>

las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o las convicciones, reconocido en el artículo 17 TFUE y en el artículo 10 de la Carta, que corresponde al artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

51º: El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, por lo tanto, tiene por objeto garantizar el justo equilibrio entre el derecho a la autonomía de las iglesias y de las demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o las convicciones, por un lado, y, por otro lado, el derecho de los trabajadores a no ser objeto, en particular durante su selección, de una discriminación basada en la religión o las convicciones, en situaciones en las que pueden concurrir esos derechos.

53º: No obstante, en caso de litigio, dicha ponderación debe poder ser objeto, si llega el caso, del control de una autoridad independiente y, en último término, de un tribunal nacional.

58º: Además, debe observarse que el artículo 17 TFUE expresa la neutralidad de la Unión respecto a la organización por parte de los

	<p>Estados miembros de sus relaciones con las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas. En cambio, dicho artículo no puede dispensar del control judicial efectivo del respeto a los criterios señalados en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78.</p> <p>80°: Esta conclusión no queda cuestionada por el hecho de que, en un litigio entre particulares, un tribunal tenga que ponderar los derechos fundamentales concurrentes que las partes en el litigio invocan de acuerdo con el Tratado FUE o con la Carta, y que incluso esté obligado, al efectuar el control que le corresponde, a garantizar que se respete el principio de proporcionalidad. En efecto, tal obligación de ponderar los diferentes intereses presentes no afecta en modo alguno a la posibilidad de invocar los derechos de que se trate en un litigio como ese (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de junio de 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, apartados 77 a 80, y de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, C-438/05, EU:C:2007:772, apartados 85 a 89).</p>
--	---