

**Últimos  
acontecimientos  
en la política  
antidiscriminatoria  
canadiense,  
particularmente  
por razón de sexo:**

LAS NUEVAS CAUSAS Y  
LA CRISIS INSTITUCIONAL <sup>□</sup>

POR MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR.  
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.



## RESUMEN

El tema fundamental que el artículo plantea es el de la repercusión de la aparición de nuevas causas de discriminación prohibidas (de nueva generación) en el firme marco normativo e institucional en torno a la discriminación por razón de sexo que hasta ahora regía en Canadá. También plantea las consecuencias que, en la evolución del principio antidiscriminatorio, está teniendo cierta crisis institucional de las Comisiones de Derechos Humanos Canadienses, unos órganos emblemáticos que hasta la fecha han garantizado la efectividad del principio antidiscriminatorio en Canadá. El artículo destaca que el nuevo contexto puede implicar la aparición de un marco de excepciones y matizaciones al principio antidiscriminatorio general, particularmente en relación con el sexo, que el contexto anterior definitivamente no favorecía.

**Palabras clave:** discriminación, legislación canadiense, género

## ABSTRACT

### **Latest developments on the Canadian non-discrimination policy, particularly in relation to gender: new causes and institutional crisis**

The main subject of the article is on one of the consequences of the appearance of new causes for forbidden discrimination (new generation causes) in the solid legislative and jurisprudential protection against sex discrimination that has so far existed in Canada. This article also analyzes the consequences that, in the evolution of the non-discrimination principle, the Canadian Human Rights Commissions institutional crisis is producing, taking into account that up to now these Commissions have been the guardians of the non-discrimination principle in Canada. The new context could bring an extensive frame of exceptions to this principle, particularly in relation to discrimination because of gender, which could lead to a new situation in Canada.

**Key words:** discrimination, Canadian law, gender

1

El presente ha sido subvencionado por el International Council for Canadian Studies (Gobierno de Canada) -Faculty Research Program- convocatoria 2010. Mi sincero agradecimiento tanto al Gobierno Canadiense como a las profesoras Judy Fudge (University of Victoria) y Colleen Sheppard (McGill University) por sus sabias aportaciones y por haber encauzado mis pasos en esta investigación.



## 1. CONTEXTO NORMATIVO DE LA DISCRIMINACIÓN EN CANADÁ: LA REPERCUSIÓN DE LA APARICIÓN DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN PROHIBIDAS DE NUEVA GENERACIÓN EN LAS CAUSAS ANTIDISCRIMINATORIAS CLÁSICAS, PARTICULARMENTE POR RAZÓN DE SEXO

Cuando se plantea el análisis del principio antidiscriminatorio es frecuente que se tienda a centralizar la cuestión en torno a las dos causas clásicas que, desde una perspectiva histórica, en mayor medida han contribuido a configurarlo como uno de los ejes de la realidad jurídico laboral del mundo occidental: la raza y el sexo.

El primer factor, que continúa evolucionando<sup>2</sup>, fue el que desencadenó, en la década de los 60, las reivindicaciones lideradas por la comunidad negra en Estados Unidos que condujeron a la Carta de Derechos Civiles de 1964, generalmente considerada el germen del principio antidiscriminatorio, dando lugar a un desarrollo doctrinal y jurisprudencial que se ha expandido a todo el mundo<sup>3</sup>.

La segunda, el sexo, expresamente referida también en la Carta de Derechos Civiles de Estados Unidos, fue el eje de la consolidación del principio antidiscriminatorio en los años posteriores, dando lugar a una teorización intensa y a un desarrollo normativo generalizado.

Otras causas de discriminación prohibidas han ido progresivamente incorporándose a la protección dispensada por el principio antidiscriminatorio en los ordenamientos occidentales, configurando poco a poco un marco de diferencias de trato intolerables, que reflejan perfectamente el sistema de valores dominante.

Pero como consecuencia de esta configuración continuamente variable y tendencialmente expansiva de las causas de

discriminación prohibidas se produce una convivencia a veces compleja entre las causas clásicas de discriminación, particularmente por razón de género, que dispone de una doctrina antidiscriminatoria firme y consolidada, y las causas de nueva generación, algunas de las cuales admiten numerosas excepciones y configuran una evidente degradación de los firmes principios antidiscriminatorios clásicos.

Sirva como ejemplo de esta degradación causal el tratamiento otorgado a la edad, pese a que es una de las causas de discriminación prohibida más generalmente admitida tanto en el ámbito de los ordenamientos internos como en la normativa de la Unión Europea. Un referente suficientemente significativo de esta compleja concepción es el actual art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que, tras la reforma operada por el Tratado de Amsterdam en 1997, configuró, como causas susceptibles de actuación comunitaria, las siguientes: sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En la formulación de este precepto comunitario la edad parece una causa de discriminación tan reprobable como las otras, pero a poco que se profundice en el tratamiento jurídico aportado por la propia normativa comunitaria es fácil advertir que la edad no tiene el mismo rango que el resto de causas: de un lado, la discriminación por razón de sexo dispone de una formulación específica más intensa (siquiera por su aplicación directa) en el mismo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 157); de otro lado, el art. 6 de la Directiva 2000/78 (Directiva antidiscriminatoria general en desarrollo de algunas de las causas prohibidas por el art. 157 del Tratado de Funcionamiento) contiene un gran número de excepciones al principio antidiscriminatorio por razón de la edad que no existen para las otras causas<sup>4</sup>. Finalmente, la jurisprudencia del TJUE ha centrado la cuestión de la legitimidad de la jubilación obligatoria en su virtualidad como instrumento de política de empleo<sup>5</sup>, sin entrar en ulteriores consideraciones acerca de su legitimidad intrínseca.

2

THORNTON Y LUKER, "The New Racism in Employment Discrimination: Tales from the Global Economy", *The Sydney Law Review*, vol. 32, No 1, 2010, analizan el modo en que ha evolucionado el principio antidiscriminatorio en el empleo por razón de la raza con posterioridad a los atentados del 11 de Septiembre.

3

Por ejemplo, el propio concepto de discriminación indirecta, que actualmente forma parte del concepto de discriminación prohibida en la Unión Europea y en la mayoría de los países occidentales, nació a partir de un conflicto suscitado por una discriminación étnica. *Griggs v. Duke Power*, 401 US 424.

4

Analizaba la degradación de la edad como causa discriminatoria comunitaria en BALLESTER PASTOR, "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar", en BALLESTER PASTOR (Coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio al ordenamiento jurídico laboral español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2010, pp. 26 y ss.

5

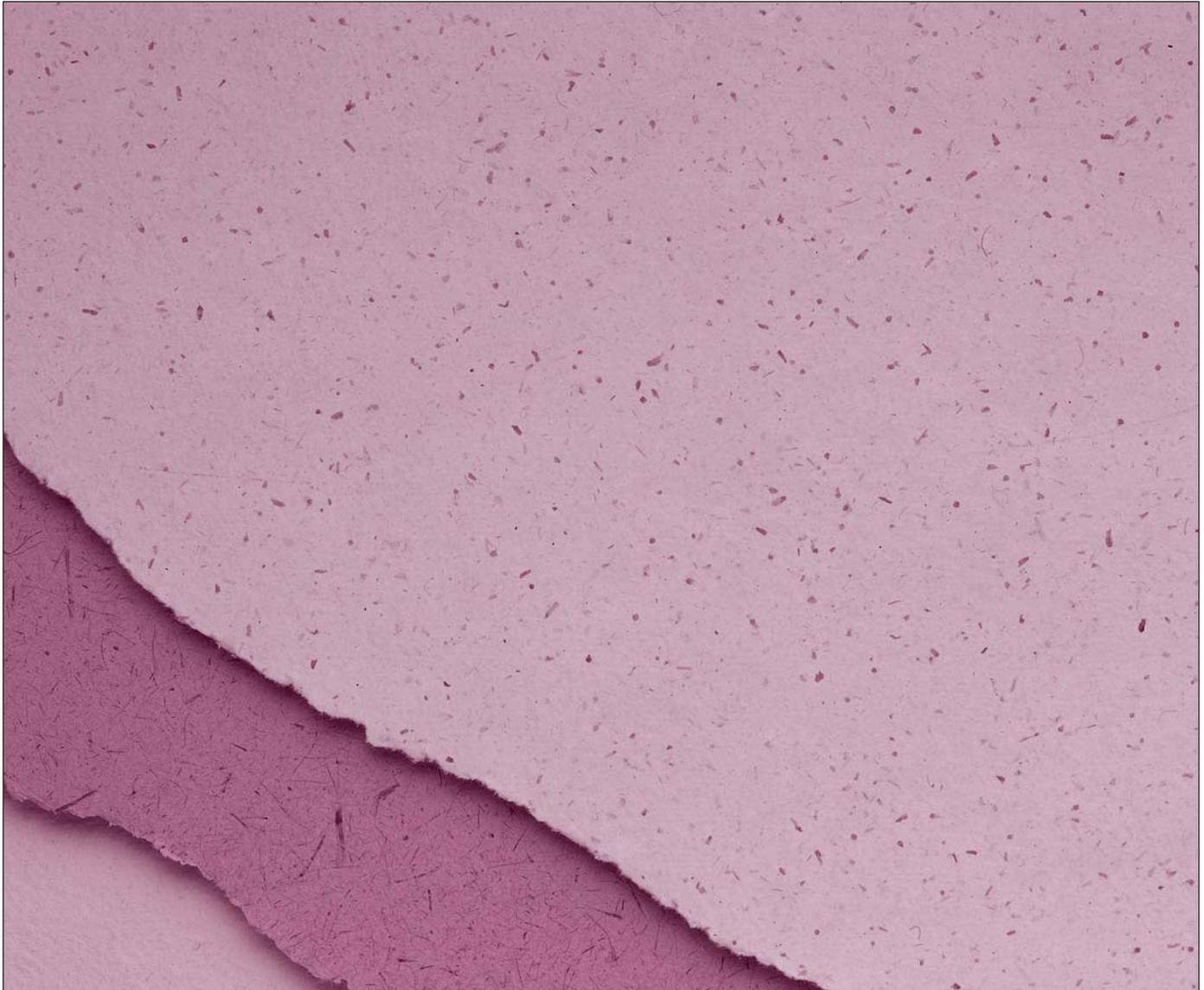
Por ejemplo, SSTJUE dictadas en los asuntos Petersen, STJUE de 12 de Enero de 2010, C-341/08 y Rosenbladt STJUE de 28 de Abril de 2010, C45/09). Un comentario sobre el alcance de la doctrina jurisprudencial comunitaria sobre la discriminación por razón de la edad, entre otros, por TAPIA HERMIDA, "La edad como criterio normativo. Conculcación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo", *Trabajo y Seguridad Social* -CEF-, 326, 2010, pp. 82 y ss.

6

En el asunto *Age Concern England*, STJUE de 18 de Diciembre de 2008, C-306/07, el Tribunal de la Unión Europea admitió la legitimidad comunitaria de una edad máxima de terminación contractual configurada normativamente como instrumento de política de empleo.

7

Configurado en la DA 10 ET. El mecanismo español fue declarado acorde al derecho comunitario por el TJUE, incluso en el supuesto de que la finalidad de generación de empleo no constara expresamente en el convenio colectivo. Asunto *Palacios de la Villa*, STJUE de 16 de Octubre de 2007, C-411/05.



Si se traslada la cuestión a los ámbitos de la regulación interna la situación es semejante. La legislación británica (legitimada por el TJUE)<sup>6</sup> autoriza el trato diferenciado para los mayores de 65 años. También la legislación española autoriza las diferencias de trato por razón de la edad a través de la negociación colectiva cuando tienen como objetivo la generación de empleo<sup>7</sup>. Otros indicios más sutiles dan cuenta asimismo, en el ordenamiento español, de la degradación de la edad como causa de discriminación prohibida. Así, existe una prohibición de discriminación general en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores que se refiere tanto a la edad como a la discapacidad, el sexo, el origen, incluido el racial o étnico, el estado civil, la condición social, la religión o

convicciones, las ideas políticas, la orientación sexual, la adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, los vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y la lengua. Pero a poco que se profundice se advierte, como en el caso comunitario, que la norma laboral española otorga también una mayor protección frente a la discriminación por razón de sexo (tanto por lo establecido en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva –ley 3/2007–, como por otras referencias en el propio texto del Estatuto de los Trabajadores –por ejemplo, art. 28 ET, sobre igualdad de remuneración por razón de sexo–). Asimismo, en la propia formulación del art. 17 ET se advierte que el legislador ha querido otorgar un tratamiento diferenciado a la edad, puesto que solo para esta cau-

sa y para la discapacidad admite la validez de discriminaciones “favorables”. Pese a lo que pudiera parecer resulta evidente que esta equiparación a la discapacidad en el art. 17 del texto estatutario español no significa que la edad adquiera el mismo rango que la discapacidad en el ámbito de la protección antidiscriminatoria: Al contrario, puesto que la edad es una causa sin adscripción clara la posibilidad de discriminación favorable que se establece en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores español, es en realidad, una especie de patente de corso que legitima prácticamente cualquier acción diferenciadora por razón de edad.

La cuestión que inevitablemente queda planteada es hasta qué punto la aparición de estas causas tibias de dis-



crimación prohibidas de nueva generación es susceptible de alterar un marco normativo e institucional tan firme como el que se había configurado hasta ahora en torno a la discriminación por razón de sexo. La experiencia canadiense es particularmente valiosa, porque su ordenamiento tiene tanto influencias de la consolidada e intensa doctrina norteamericana en torno al principio antidiscriminatorio (con su firme desarrollo conceptual de origen jurisprudencial) como de la doctrina europea (con su configuración normativa más desarrollada). La evaluación que han sufrido las instituciones clásicas antidiscriminatorias con la aparición y desarrollo de las causas de discriminación prohibidas de nueva generación es particularmente interesante, porque puede indicar la dirección en que avanza (o tal vez retrocede) la protección antidiscriminatoria por razón de sexo. Esta es la perspectiva del presente trabajo: se toma como referencia la causa de la edad porque es, de las nuevamente

configuradas, la que más quiebras plantea con relación al tratamiento otorgado hasta ahora a la discriminación por razón de género. Se sitúa, asimismo, en el ordenamiento canadiense, porque permite una comparación de ordenamientos y de estrategias que difícilmente se encuentra en otros países. Y, finalmente, pretende configurar un marco comparativo entre causas de discriminación prohibidas, poniendo en el centro la discriminación por razón de sexo, a la luz de instituciones antidiscriminatorias que, hasta la fecha, han tenido una eficacia indudable en la lucha antidiscriminatoria pero que actualmente se enfrentan a momentos críticos: las Comisiones de Derechos humanos canadienses.

Podría decirse que en Canadá tradicionalmente la edad era una causa menor de discriminación prohibida que admitía numerosas excepciones en las legislaciones de Derechos Humanos de las provincias canadienses (que son los textos normativos en los que se regula el principio antidiscrimi-

minatorio). La diferencia legítima más llamativa era la posibilidad de que la protección antidiscriminatoria desapareciera con el cumplimiento de los 65 años, lo que venía a legitimar todo tipo de jubilaciones obligatorias a instancia empresarial. Pero en los últimos años en Canadá se asiste a una interesante alteración de estos planteamientos: de un lado, la tendencia normativa actual ha eliminado cualquier vestigio legitimador de la jubilación obligatoria a instancia empresarial mediante la alteración de los textos de las legislaciones de Derechos Humanos de las provincias canadienses; de otro lado, la jurisprudencia canadiense, que antes de la reforma normativa de dichos textos ya se había pronunciado acerca de la necesidad de que las diferencias de trato atendieran a criterios de razonabilidad, ha adoptado recientemente una postura mucho más rotunda, exigiendo para la justificación de diferencias la concurrencia de los factores necesarios para aplicar la doctrina de la *Bo-*



na *Fide Occupational Requirement* (en términos de la normativa comunitaria “requisito profesional esencial y determinante”) incluyendo la necesidad de que se agoten todos los mecanismos razonables de acomodación del puesto al trabajador/a –por ejemplo en 2009 asunto *Vilven v. Air Canada*<sup>8</sup>. No faltan, sin embargo, las matizaciones jurisprudenciales a la posibilidad de la jubilación obligatoria que se niegan a abandonar definitivamente su legitimidad y autorizan consiguientemente la jubilación a instancia empresarial si viene formulada en el correspondiente plan de pensiones –por ejemplo, en 2008 *Asunto Potash*<sup>9</sup>. Los pronunciamientos jurisprudenciales son muy recientes y está pendiente la consolidación doctrinal de sus presupuestos pero no hay duda de que, en este momento en el ordenamiento canadiense, la edad como causa de discriminación prohibida es objeto de un profundo debate normativo y social. Particularmente interesante es el tratamiento otorgado a la cuestión en las legislaciones de Derechos Humanos canadienses (las trece jurisdicciones provinciales y la jurisdicción federal). Con el sonido de fondo de una doctrina jurisprudencial diletante los órganos de Derechos Humanos (particularmente las Comisiones de Derechos Humanos) van evolucionando en torno a la cuestión y sufriendo sus propias crisis institucionales.

## 2. LA PROTECCIÓN DISPENSADA POR LAS LEGISLACIONES DE DERECHOS HUMANOS CANADIENSES

Las Comisiones de Derechos Humanos canadienses han sido, desde su configuración, los baluartes del principio antidiscriminatorio en Canadá tanto por su tarea educativa como por su actividad resolutoria mediante sus procedimientos informales de gestión extrajudicial de conflictos. La actuación de las Comisiones de Derechos Humanos se complementa con la de los Tribunales de Derechos Humanos (con poderes dirimientes) cuya intervención, hasta hace poco, estaba reservada exclusivamente a la iniciativa de la propia Comisión de Derechos Humanos. El sistema confi-

gurado, tanto en la fase de intervención de la Comisión como, en su caso, del Tribunal de Derechos Humanos correspondiente tiene naturaleza extrajudicial. La principal virtualidad del sistema de protección antidiscriminatoria configurado en torno a la legislación de Derechos Humanos ha sido tradicionalmente la gran fuerza que en el mismo adquirirían las Comisiones para promover el acuerdo entre las partes (fundamentalmente porque la intervención del Tribunal de Derechos Humanos correspondiente hasta hace poco sólo se producía a instancia de la Comisión, lo que servía como instrumento promocional de la solución autónoma generalmente propuesta por la propia Comisión) así como la agilidad que imprimían al proceso (lo que garantizaba asimismo el acceso de todas las personas) y la diversificación de sus funciones (investigación, educación, asesoría...)<sup>10</sup>. Actualmente los temas que, con relación a la discriminación por razón de la edad, más interés están mostrando son los criterios configurados al respecto por las Comisiones de Derechos Humanos y la propia crisis institucional que sufren las Comisiones.

### 2.1

**Los criterios adoptados por las Comisiones de Derechos Humanos canadienses en torno a las causas de nueva generación y particularmente ante la edad: el avance**

El alcance real del principio configurado en las legislaciones de Derechos Humanos ha quedado tradicionalmente en manos de las Comisiones de Derechos Humanos que, habilitadas por las propias legislaciones de Derechos Humanos, tienen competencia para la elaboración de directrices y guías interpretativas que en la práctica han tenido una gran importancia en la interpretación dispensada por los Tribunales de Justicia canadienses<sup>11</sup>. Resalta particularmente en la actuación de las Comisiones mediante estas directrices su tendencia a aplicar sin restricciones relevantes los mismos conceptos antidiscriminatorios configurados fundamentalmente para la discriminación por

8

En este asunto la Corte de Apelación Federal consideró discriminatorio por razón de la edad el establecimiento de los 60 años como edad de jubilación obligatoria de los pilotos en líneas aéreas, si no se habían agotado las posibilidades de traslado a puestos compatibles con los requerimientos de la asociación de navegación aérea internacional (que en la fecha en que se planteó el litigio establecía la edad máxima de 60 años en los vuelos internacionales). *Vilven v. Air Canada*, (2009) FC, 367; y *Vilven v. Air Canada* (2009), CHRT, 24 (éste se corresponde con la posterior resolución del Tribunal Federal de Derechos Humanos al que se devolvieron las actuaciones para nueva Resolución).

9

*New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.* (2008) 2, SCR, 604.

10

Describe estas interesantes aportaciones a la efectividad del sistema de protección antidiscriminatoria de las Comisiones de Derechos Humanos en Canadá MENDELZON, “Rights, Remedies and Rhetoric: on a Direct Access Model for Human Rights Complaints in Ontario”, *Journal of Law and Equality*, Vol. 6, n° 1, 2008, p. 56.

11

Por ejemplo, estas directrices han sido referidas por la Corte Suprema de Ontario en *Assn. Of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, (2008), 92 OCR (3d) 16, par. 45.



género (por ejemplo, discriminación indirecta) y para las otras causas de discriminación prohibidas (por ejemplo, adecuación razonable). Esta equiparación conceptual resulta particularmente importante porque refuerza el alcance de los conceptos integrantes de la identificación y protección por actos discriminatorios en general, evitando que se justifiquen eventuales quiebras tanto en las causas nuevas como en las clásicas. Entre las varias jurisdicciones canadienses (las provinciales y la federal) destacan las directrices sobre edad publicadas por la Comisión de Derechos Humanos de Ontario<sup>12</sup> (en adelante OHRC) –*Policy on discrimination against older people because of age*<sup>13</sup>– que, en su momento, tuvieron una importancia fundamental para la modificación de la legislación de Derechos Humanos de Ontario y del resto de provincias canadienses sobre la jubilación obligatoria (que hasta hace menos de diez años legitimaban en su mayoría el trato diferencial para personas mayores de 65 años). Su contenido esencial se sintetiza a continuación:

1

El ámbito material de las Directrices abarca un espectro muy amplio: empleo, acceso a bienes y servicios, vivienda, contratos y pertenencia a asociaciones. El ámbito subjetivo se refiere al colectivo de personas mayores, pero sin establecer una edad de referencia a partir de la cual se considera existente la posible concurrencia de causa discriminatoria<sup>14</sup>. En las Directrices de la OHRC se diferencia entre *ageism* y discriminación por razón de edad: el primer concepto se refiere a actitudes ambientales contra las personas mayores, el segundo a actuaciones contrarias por discriminatorias a la legislación de Derechos Humanos. Las Directrices también destacan la frecuente concurrencia de varias causas de discriminación prohibidas que pueden producirse simultáneamente con la edad. La configuración de la edad como causa de discriminación prohibida tiene una trascendencia social ambiental y una conexión cruzada con otras causas de discriminación

prohibida de alcance similar a la que se produce en el caso de discriminación por razón de género.

2

Las Directrices reproducen la interpretación de la Corte Suprema de Canadá para que prospere un caso de discriminación por razón de la edad. Esta jurisprudencia requiere la concurrencia de tres elementos:

- I existencia de un tratamiento diferenciado;
- II por alguna de las causas prohibidas (entre las que se encuentra la edad);
- III provocando una discriminación sustancial por cuanto atenta a la dignidad de las personas al fundarse en estereotipos.

Resulta particularmente interesante que la estrategia de lucha antidiscriminatoria por razón de la edad que sintetizan las directrices de las Comisiones de Derechos Humanos es la que generalmente se aplica, para cualquier causa de discriminación prohibida, por la doctrina judicial canadiense. Resalta también la referencia a la dignidad, que actúa como parámetro de referencia de todas ellas.

3

Tan solo las diferencias discriminatorias por razón de la edad son contrarias a la legislación de Derechos Humanos de Ontario, pero no aquellas diferencias que tienen como objetivo establecer beneficiosas preferencias para las personas mayores de 65 años. Esta formulación viene a ser una forma de acción afirmativa como mecanismo para la consecución de la igualdad real, con un alcance similar al que resulta aplicable en la protección antidiscriminatoria por razón de sexo.

4

Es posible que la diferencia de trato hacia las personas mayores resulte justificada, sin constituir por tanto trato discriminatorio, cuando constituya un *bona fide occupational requirement* (en adelante BFOR), esto es, cuando la edad requerida venga exigida por el

desarrollo de la actividad. Para ello resulta necesario que el requisito de la edad se haya establecido con un propósito que esté racionalmente conectado con la función a desarrollar; que se adopte con buena fe, con el convencimiento de que es necesario para satisfacer el objetivo del trabajo; y que no sea posible la acomodación del trabajo a la situación del trabajador/a sin exigir un sacrificio desproporcionado (*to accommodate without undue hardship*). Resulta particularmente interesante que el BFOR tan solo puede ser alegado en caso de imposibilidad de acomodación del puesto de trabajo. De hecho en las Directrices elaboradas por la OCHR se dedica una especial atención a la necesidad de que el empresario/a agote las posibilidades de acomodación. Es la misma doctrina que encuentra apoyo jurisprudencial en el asunto *Vilven* (*supra*). Gran interés adquiere en el texto de las Directrices que la jubilación parcial gradual se describa como una posibilidad

12

En el presente trabajo se refieren como “directrices” porque el concepto de “policies” con el que se denominan resulta de difícil traslación al idioma castellano (porque propiamente no se identifican con “políticas”, pese a lo que pudiera parecer).

13

Aprobado por la Ontario Human Rights Commission el 26 de Marzo de 2002. Existieron cambios posteriores en Febrero de 2007 y en Diciembre de 2009 (estos últimos para adecuar las Directrices al cambio en la legislación de Derechos Humanos de Ontario que se produjo en 2006 –con efecto a partir del 30 de Junio de 2008– sobre prohibición de la jubilación obligatoria).

14

Esta configuración se diferencia de la protección antidiscriminatoria por edad dispensada por la legislación de Estados Unidos (*Age Discrimination in Employment Act* de 1967), que aplica la protección a los mayores de 40 años. Sobre su alcance, por todos, NEUMARK, “Age discrimination legislation in the United States”, *NBER Working Paper Series*, working paper 8.152, Marzo 2001, pp. 5 y ss.

15

Los casos paradigmáticos de la Corte Suprema canadiense durante la década de los 90 fueron los siguientes: *Mc Kinney v. University of Guelph*, (1990), 3 SCR 229; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, (1990), 3 SCR 483; *Harrison v. University of British Columbia*, (1990), 3 SCR 451; *Douglas/Kwantlen Faculty Association v. Douglas College*, (1990), SCR 570; *Dickason v. University of Alberta*, (1992), 2 SCR 103.



de acomodación, junto a la configuración de jornadas flexibles y otras adecuaciones temporales del trabajo. El derecho a la acomodación obliga al empresario/a a un diseño de los puestos de trabajo que evite la exclusión de las personas trabajadoras mayores. (No puede olvidarse, sin embargo que pese a la configuración establecida en estas Directrices de la OHRC la jurisprudencia de la Corte Suprema Canadiense ha admitido la posibilidad de que los planes de pensiones establezcan jubilaciones obligatorias, sin necesidad de que, en tal caso, su configuración siga los criterios de la BFOR).

**5**

Las Directrices de la OCHR establecen la prohibición de conductas discriminatorias indirectas por razón de la edad, por ejemplo consistentes en el rechazo de candidatos/as por excesiva experiencia, por hipercualificación o por excesiva especialización, a me-

nos que estén estrictamente relacionados con el desarrollo del trabajo. También advierte de la posibilidad de conductas discriminatorias en caso de despidos por reorganización empresarial o por crisis, que pueden implicar discriminación por razón de la edad detectable a partir de datos estadísticos. Otros elementos que pueden conducir a discriminaciones indirectas por razón de la edad son la utilización de criterios subjetivos, como el entusiasmo, la flexibilidad o la voluntad de adaptación, en lugar de criterios objetivos derivados de la calidad del trabajo y de las cualidades individuales de la persona.

**6**

Particular importancia se otorga en las Directrices elaboradas por la OHRC a la jubilación, en parte matizando la interpretación que hasta ahora se había hecho de la jubilación obligatoria por parte de los Tribunales canadienses. La postura de la OCRH sobre la

materia se manifiesta en torno a dos fenómenos, la jubilación obligatoria y la jubilación anticipada. Con relación a la jubilación obligatoria (acerca de la cual existe una voluminosa doctrina jurisprudencial en Canadá) la OHRC se manifiesta con total rotundidad estableciendo que, aunque en el pasado se había admitido la legalidad de las jubilaciones obligatorias a instancia empresarial por cumplimiento de la edad de jubilación<sup>15</sup>, en la actualidad esta posibilidad es inaceptable. Refiere la OHRC al respecto que la jurisprudencia canadiense no es tan rotunda como lo fue antaño acerca de la legitimidad de las jubilaciones obligatorias a instancia empresarial, y que actualmente exige un análisis específico de cada caso a efectos de determinar si la medida es razonable y proporcionada, en atención exclusivamente a la concurrencia de BFOR. Refiere asimismo la OCHR que no es aceptable, al respecto, justificar una jubilación obligatoria a instancia empresarial en



atención a características presuntas de un determinado grupo de edad y que es imprescindible probar que previamente se han agotado las posibilidades razonables de acomodación. Se advierte inmediatamente, pues, que el BFOR queda considerablemente merchado como mecanismo para la legitimación de jubilaciones obligatorias e instancia empresarial. Existe otro factor que refuerza, en las Directrices de la OHRC, esta dificultad aplicativa de la jubilación obligatoria a instancia empresarial: ni siquiera los convenios colectivos están legitimados para permitir jubilaciones obligatorias si no cumplen los requisitos establecidos para la aplicación de la BFOR (en los términos restrictivos que más arriba se han expuesto). Con relación al otro término de la cuestión, la jubilación anticipada integrada en paquetes de beneficios de naturaleza empresarial o convencional, su legitimidad viene condicionada a

que no traigan aparejada la amenaza de despido por causa económica o que, de cualquier modo, impliquen un trato peyorativo para el colectivo de personas trabajadoras cuya edad se acerca a la de jubilación.

La principal característica de la regulación de la prohibición de discriminación por razón de la edad en la legislación de Derechos Humanos de las diferentes jurisdicciones canadienses es su grado de compromiso y sus elevados estándares. La postura de las Comisiones de Derechos Humanos (siendo la OHRC un buen ejemplo de ello) es rotunda con relación a la identificación y represión de conductas discriminatorias por razón de la edad.

La gran trascendencia que otorgan las Comisiones canadienses de Derechos Humanos a la discriminación por razón de la edad es el mecanismo más

efectivo para garantizar su aplicabilidad real dado que las tasas de acceso a los mecanismos jurisdiccionales reclamando la aplicación del principio antidiscriminatorio por razón de la edad son bajas. Incluso la posibilidad de reclamación judicial contra las resoluciones de los Tribunales de Derechos Humanos (como órganos dirimientes de intervención posterior a las Comisiones) es escasamente utilizada porque los Tribunales de Justicia ordinarios suelen seguir los criterios de las Comisiones y Tribunales de Derechos Humanos, lo que implica que las revocaciones de sus resoluciones suelen limitarse a los errores muy evidentes y no a diferentes valoraciones de sus criterios<sup>16</sup>. La mayoría de los conflictos suele resolverse en los órganos de las Comisiones de Derechos Humanos conforme a acuerdos favorecidos por mecanismos de conciliación y mediación.



## 2.2

**La crisis institucional de las Instituciones de Derechos Humanos: una nueva etapa en los mecanismos de garantía contra la discriminación en Canadá. El retroceso**

En los últimos años las Comisiones de Derechos Humanos canadienses han sido objeto de críticas en algunos medios de comunicación que les han achacado radicalismo en sus planteamientos así como falta de garantías procesales mínimas. Desde la doctrina se han contestado estas críticas<sup>17</sup>, que en parte parecen haber surgido de incorrectas interpretaciones de las cifras y de cierto desconocimiento de la informalidad que rige el proceso de reclamación (lo que constituye precisamente uno de sus principales atractivos). Existe también, en el fondo, un debate ideológico más o menos interesado que, desde ámbitos conservadores (los que actualmente rigen el Gobierno canadiense) consideran que las Comisiones de Derechos Humanos canadienses se han radicalizado demasiado en sus planteamientos antidiscriminatorios (aunque lo que estos sectores consideran radicalización puede también ser considerado rigor y acceso generalizado de todos los colectivos a la protección dispensada). En todo caso resulta evidente que el sistema tenía defectos<sup>18</sup> fundamentalmente porque el gran volumen de casos planteados ante las Comisiones ha hecho que se resintiera gravemente su

agilidad. Al final, la intervención de las propias Comisiones ha llegado a verse no propiamente como un mecanismo facilitador de la resolución, sino como un trámite hacia la resolución dirimente de los Tribunales de Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, la actual configuración resultaba ciertamente frustrante, porque solo la Comisión correspondiente tenía competencia, conforme a la legislación de Derechos Humanos, para instar el oportuno procedimiento dirimente ante el Tribunal de Derechos Humanos.

Esta situación explica los cambios esenciales que se han producido en los últimos años en el ámbito de la actividad resolutoria de los órganos de Derechos Humanos canadienses. La principal novedad es que se han introducido en algunas jurisdicciones (por ejemplo British Columbia en 2002 y en Ontario en 2006) reformas en los textos legislativos de Derechos Humanos que posibilitan que los casos de discriminación se planteen directamente ante los Tribunales de Derechos Humanos, sin que dicha instancia tenga que hacerse forzosa a través de la Comisión de Derechos Humanos. De este modo se pretende imprimir agilidad al sistema y eliminar de raíz las críticas a la arbitrariedad por la exclusividad en la instancia de las Comisiones. Pero también resulta evidente que este cambio implica una renuncia al principal mérito del sistema clásico de preeminencia de las Comisiones: el sistema de resolución de controversias de Derechos Humanos pasará a ser fundamentalmente contradictorio (o adversarial en terminología inglesa), lo que implicara una disminución del ámbito de la protección dispensada, tanto en su vertiente subjetiva (siquiera porque los más desfavorecidos dejaran de estar representados y asesorados por la propia Comisión ante el Tribunal) como material (porque la Comisión en el proceso garantizaba la intervención neutral de la sociedad en el mismo y aseguraba que no se perpetuaran estereotipos). La reforma, en definitiva, fomenta el formalismo cuasi procesal de la actuación litigiosa

ante el Tribunal de Derechos Humanos en lugar de fomentar verdaderamente la eficacia de los mecanismos informales de resolución mediante una mayor inversión en los mismos<sup>19</sup> susceptible de revertir la tendencia gubernamental en los últimos años caracterizada por una disminución de fondos públicos que, inevitablemente, ha desencadenado problemas de efectividad.

Resulta interesante destacar que las críticas frente a la actuación de las Comisiones de Derechos Humanos se han producido simultáneamente al surgimiento de las causas discriminatorias de nueva generación y parecen una reacción de los sectores más reaccionarios frente a la extensión de sus presupuestos, en identidad de términos, a causas consideradas menores, como la edad. Resalta particularmente que, de un lado, las Comisiones de Derechos Humanos, en la configuración de su estrategia de actuación a través de sus directrices, tienden a extender la protección antidiscriminatoria configurada por razón de género a las nuevas causas de discriminación prohibidas pero que, de otro, ven restringido su poder efectivo mediante su alejamiento del sistema de resolución de controversias vinculadas a actuaciones discriminatorias, permitiendo que las demandas se dirijan directamente a los Tribunales de Derechos Humanos. El riesgo que esta nueva situación plantea es indudable: si hasta ahora la homogeneidad de la protección antidiscriminatoria ha sido debida fundamentalmente en Canadá a la decidida y firme actuación de las Comisiones de Derechos Humanos que no han admitido quiebras ni con relación al género ni con relación a las nuevas causas de discriminación prohibidas, es previsible que la pérdida de homogeneidad que va a provocar el cambio de escenario (por la actuación litigiosa que más arriba se refería) pueda implicar la aparición de un marco de excepciones y matizaciones al principio antidiscriminatorio general, particularmente en relación con el sexo, que el contexto anterior definitivamente no favorecía.

## 16

Así lo refiere GUNDERSON, "Age discrimination...", op. Cit., p. 321.

## 17

MOON, "The Attack on Human Rights Commissions and the Corruption of Public Discourse", *Saskatchewan Law Review*, vol. 73, No 1, 2010, pág. 95.

## 18

Un interesante trabajo acerca de la crisis del sistema y del alcance de las reformas por HART Y SANSON, "Getting not of the Gatekeeper: A practical model for Human Rights Reform", en PINTO (Ed.) *Human Rights Update*, Toronto, 2005.

## 19

Estas y otras críticas a la reforma por MENDELZON, "Rights, Remedies...", op. cit. págs. 60 a 76.