
Un nuevo marco jurídico europeo para la igualdad de trato

Carlos J. Moreira González*

Contenido

1. Consideraciones previas	447
2. El Tratado de Amsterdam ante el problema de la igualdad de trato	448
3. La acción institucional comunitaria	454
4. Lagunas políticas y deficiencias normativas	461
5. Conclusiones	464

Kurzfassung**

Gemäß Artikel 13 EGV kann der Rat unter bestimmten Bedingungen, „geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen“.

Nach einer reinen Wortlautauslegung dieser Norm könnte man zu dem Schluß kommen, daß die Zielsetzung dieser Norm sich an dem orientiert, was Lepape als die „Logik des Einkaufswagens im Supermarkt bezeichnet“. Das bedeutet, die Simulation eines Überflusses an Mitteln und einer Mannigfaltigkeit an Zielen. Dies gilt besonders, wenn wir Bilanz der vergangenen 50 Jahre europäischen Integrationsprozesses ziehen, welche, alleine, was die Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts anbelangt, ein positives Saldo aufweist.

Nichtsdestotrotz entfaltete sich weder die Tätigkeit der Institutionen vollständig getrennt von der Vielfalt der Faktoren, die Diskriminierungen hervorrufen, noch bezieht sich Artikel

* Prof. Dr. Carlos J. Moreira González. Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Derecho Comunitario Europeo) de la Universidad Carlos III de Madrid.

** Die Kurzfassung gibt die wesentlichen Punkte des spanischen Beitrags wieder. Der Autor dankt Herrn Rüdiger Sailer für die Erstellung der Übersetzung.

13 EGV auf die Gemeinplätze der Intentionrhetorik, die noch immer für bestimmte Leitprinzipien der Sozial- und Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft gilt (vergleiche beispielsweise das Ziel der Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus, das Art. 127 EGV vorsieht). Artikel 13 beinhaltet eine ausdrückliche Kompetenzzuweisung zur Normgebung an den Rat und geht somit weit über die - rein - symbolische Bedeutung hinaus, die das Gleichbehandlungsprinzip, obgleich in der Rechtsprechung des EuGH als grundlegendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts anerkannt, im Primärrecht hat.

Im ersten Teil des Vertrages („Grundsätze“) gelegen, weist Artikel 13 EGV der Gemeinschaft unwiderruflich spezifische Zuständigkeiten in obengenannter Materie zu. Seine Verankerung im Gemeinschaftsgefüge gewährleistet, daß die Maßnahmen der Organe, die seine Inhalte entwickeln, zum einen die dem sekundären Gemeinschaftsrecht inherente Geltungskraft haben, genauso wie es zum anderen deren effektiven Schutz und Durchsetzung durch den EuGH und die Rechtsprechungsorgane der Mitgliedstaaten sicherstellt.

Der für seine Entwicklung vertraglich vorgesehene Entscheidungsmechanismus seinerseits, auch wenn es diesem an demokratischer Legitimität fehlt, welche die Mitentscheidung durch das Parlament voraussetzen würde, ermöglicht jedoch eine institutionelle Dynamik, die, obwohl noch an das einstimmige Votum des Rats gebunden, durchführbarer und schneller erscheint, um Rechte und Freiheiten der Individuen zu erweitern, als die für andere Normen des Vertrages vorgesehenen (vergleiche beispielsweise den Art. 22 EGV).

Aufgrund des entschiedenen Impulses der Kommission entwickelt sich auf Gemeinschaftsebene eine integrierte Strategie zur Bekämpfung von Diskriminierungen. Parallel dazu werden andere Gemeinschaftsmaßnahmen mit der gleichen Zielrichtung durchgeführt, die direkt Bereiche der Erziehung, der Ausbildung und der Beschäftigung betreffen und verschiedenste gesellschaftliche Kräfte miteinbeziehen.

Unter Berücksichtigung des subsidiären und neuartigen Charakters der institutionellen Entwicklung der Gemeinschaftskompetenz in diesem Bereich ist die Strategie zu ihrer Durchführung zwangsläufig auf eine pragmatische und sich auf das Wesentliche konzentrierende Sicht angewiesen.

Es gebührt gleichermaßen dem Europäischen Parlament als auch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, diese neue Phase des unauffälligen Prozesses des demokratischen Wandels anzuführen, der die Legitimität des Handelns der Gemeinschaft verstärkt. Es geht jedoch nicht nur darum, die Geltungskraft der aktuellen oder zukünftigen Gemeinschaftsrechtsordnung abzustützen. Vielmehr muß auch die Zivilcourage der Bürger der Europäischen Union mit Hilfe der Entwicklung einer wahren Gleichheitskultur gefördert werden.

1. Consideraciones previas

Acuciada por la necesidad de paliar el “mínimo democrático” que ha caracterizado, desde su creación, a las Comunidades Europeas¹, la Unión Europea se ha dotado de nuevas competencias para desencadenar acciones en pro de la igualdad de trato.

No podía ser de otra manera dado el desequilibrio existente con relación al régimen vigente en dicho ámbito a nivel de sus Estados miembros, y la creciente importancia del acervo normativo internacional que directa o indirectamente se ocupa de la lucha contra la desigualdad. Debe subrayarse en este sentido que la destrucción de la “homogeneidad social”² por cualesquiera situaciones de hecho o de derecho discriminatorias, imposibilita la vigencia del principio de igualdad como valor central de la democracia.

Con vistas a reforzar el mencionado principio, el artículo 13 CE faculta al Consejo para que, bajo determinadas condiciones, adopte “acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Una lectura descontextualizada de esta disposición podría hacer pensar que su finalidad atiende a lo que *Lepape* califica “lógica del carrito en el supermercado”, es decir, la simulación de la riqueza por la abundancia (de medios) y de la diversidad por la acumulación (de objetivos). Máxime si ponderamos el balance de casi cincuenta años de proceso de integración comunitaria que arroja un saldo positivo sólo en lo que atañe a la lucha contra la discriminación por motivos de sexo³.

Sin embargo, ni la acción institucional ha discurrido por entero ajena a la diversidad de factores que engendran situaciones de discriminación, ni el artículo 13 CE transita por los lugares comunes de la retórica de intenciones que valen aún para ciertos principios rectores de la política social y económica de la Comunidad, (v. gr. la consecución de un alto nivel de empleo contemplada por el art. 127 CE). Más allá del componente simbólico que supone consagrar implícitamente en el Derecho originario el principio de igualdad de trato – reconocido jurisprudencialmente en tanto que principio fundamental comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴ – se trata de la atribución expresa de una competencia normativa al Consejo.

¹ Vid. *Stern, K.*, Derecho del Estado de la República Federal Alemana, CEC, Madrid, 1987, p. 892-897.

² Vid. *Heller, H.*, ¿Estado de Derecho o Dictadura?, en Escritos políticos, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 283, ss., espec. pp. 286-287.

³ No abordaré aquí el análisis del rico acervo normativo y jurisprudencial comunitario en materia de no discriminación por razón de genero. Ello no obsta las referencias pertinentes a la misma dada su estrecha vinculación con las otras causas de discriminación contempladas por el artículo 13 CE.

⁴ TJCE, As. 283/83, *Racke*, Rec. 1984, p. 3791. Siguiendo a *Mangas Martín*, “el Tratado no formula el principio, que es implícito al sistema de la UE en el ámbito de sus competencias, sino el régimen con-

Abordaré a continuación algunas cuestiones relativas a la naturaleza y alcance del citado artículo así como a los principales caracteres de la acción institucional que, con base en el mismo, se desarrolla actualmente.

2. El Tratado de Amsterdam ante el problema de la igualdad de trato

Hasta el Tratado de Amsterdam la acción comunitaria contra la discriminación a duras penas podía articularse mediante un acervo institucional que suplía con voluntarismo la evidente carencia de bases competenciales desde las que elaborar normas vinculantes de alcance general⁵.

creto de exigencia de su respeto”; en “Estudio preliminar”, Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario, séptima edición, Tecnos, Madrid, 1999, p. 42.

⁵ Cabe reseñar entre las más relevantes en materia de discriminación racial o étnica la Acción Común del Consejo, de 15 de julio de 1996, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia (DOCE L 185 de 24.7.1996); el Reglamento (CE) n° 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (DOCE L 151 de 10.6.1997); las resoluciones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 29 de mayo de 1990, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia (DOCE C 157 de 27.6.1990) y de 23 de julio de 1996, sobre el Año Europeo contra el Racismo (DOCE C 237 de 15.8.1996); la Resolución del Parlamento Europeo sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo y los resultados del Año Europeo contra el Racismo (1997), (DOCE C 56 de 23.2.1998); las declaraciones del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 24 de noviembre de 1997, sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia y el antisemitismo en el ámbito de la juventud (DOCE C 368 de 5.12.1997), y de 16 de diciembre de 1997, sobre el respeto de la diversidad y la lucha contra el racismo y la xenofobia (DOCE C 1 de 3.1.1998); la comunicación de la Comisión, Plan de acción contra el racismo, COM (98) 183 final, etc. En materia de discapacidad las decisiones del Consejo relativas al programa de acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (*HELIOS*), v. gr. la decisión 93/136/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción (DOCE L 234 de 17.9.1993); la resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los minusválidos (DOCE C 17 de 22.1.1996); la resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías (DOCE C 12 de 13.1.1997); la resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías (DOCE C 186 de 2.7.1999); la comunicación de la Comisión, COM (96) 406 final, etc. En materia de edad, la decisión 93/512/CEE del Consejo, de 21 de septiembre de 1993, sobre una iniciativa tecnológica comunitaria para las personas mayores y las personas con discapacidades (*TIDE*), (1993-1994), (DOCE L 240 de 25.9.1993); la recomendación del Consejo, de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación (DOCE L 357 de 18.12.1982); el informe de la Comisión, SEC (92) 2288 final, etc. En materia de orientación sexual, las resoluciones del Parlamento Europeo sobre la discriminación de los transexuales (DOCE C 256 de 9.10.1989) y sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea (DOCE C 61 de 28.2.1994); la declaración del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, sobre la aplicación de la recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de

Un acervo testimonial y fragmentado que encontró en el recurso a las “cláusulas generales antidiscriminatorias” el único instrumento eficaz de prevenir y perseguir la discriminación más allá de las razones de género en el ámbito del empleo⁶.

Algo similar se puede decir de los esporádicos pronunciamientos del Tribunal de Justicia, en los que se denota la prioridad por controlar la adecuación del acto controvertido a los objetivos y parámetros de la legalidad comunitaria frente a la garantía del derecho fundamental presuntamente conculcado. Así, en el asunto *Prais* el reconocimiento del derecho a la profesión de las propias creencias religiosas queda subordinado al ejercicio diligente de las respectivas obligaciones de la institución comunitaria y la interesada en el caso concreto, de forma que no se menoscabe el principio de igualdad de oportunidades de los participantes en unas pruebas de reclutamiento de funcionarios comunitarios⁷; en el asunto *P/S*, el hecho que considera discriminatorio es el despido por razones de sexo (contrario al artículo 5.1 de la Directiva 76/207/CEE) y no las connotaciones ligadas a la identidad u orientación sexual del perjudicado⁸ que indujeron al empresario a practicar dicho despido; la imposición del domingo como día de descanso laboral por las legislaciones de los Estados miembros es juzgada a partir de su efecto sobre la libre circulación de mercancías⁹ o de su adecuación al requisito de motivación suficiente del Derecho derivado¹⁰, etc.

Este reduccionismo pretoriano, que excepcionalmente ha garantizado de forma efectiva el derecho fundamental lesionado¹¹, evidencia la necesidad de dotar a la Comunidad de una base competencial desde la cual activar la lucha jurídica, política y cultural contra la discriminación.

El artículo 13 CE reúne un conjunto de caracteres que palian en buena medida dicha necesidad. Ubicado en la Primera Parte del Tratado, los Principios, atribuye a la Comunidad competencias específicas en la materia con carácter irreversible. Su anclaje en el pilar comunitario asegura que los actos institucionales que desarrollen su contenido gozarán, principalmente en lo que atañe a sus efectos, de la especificidad inherente al Derecho comunitario derivado, a la par que garantiza su

la mujer y del hombre en el trabajo, incluido el código práctico encaminado a combatir el acoso sexual (DOCE C 27 de 4.2.1992), etc.

⁶ V. gr. la propuesta de la Comisión en la revisión modificada del Reglamento (CEE) n° 1612/68; vid. en este sentido en el punto 2 de la comunicación de la Comisión sobre algunas medidas comunitarias de lucha contra la discriminación, (DOCE C 369 de 11.12.1999).

⁷ TJCE, as. 130/75, Sentencia de 27 de octubre de 1976, Rec. p. 1589, espec. puntos 16-19.

⁸ As. C-13/94, Rec. 1996, p. I-2143, espec. puntos 19-22.

⁹ V. gr. TJCE, as. 145/88, *Torfaen Borough c. B & Q plc*, Rec. 1989, p. 3851; TJCE, as. C-332/89, *André Marchandise*, Rec. 1991, p. I-1027; TJCE, as. C-169/91, *Stoke-on-Trent/Norwich c. B & Q plc*, Rec. 1992, p. I-6635, etc.

¹⁰ TJCE, as. C-84/94, *Reino Unido c. Consejo*, Rec. 1996, p. I-5755, espec. punto 39.

¹¹ V. gr. TJCE, as. C-404/92 P, *X c. Comisión*, Rec. 1994, p. I-4737, espec. punto 17.

tutela efectiva por el Tribunal de Justicia y los órganos judiciales de los Estados miembros¹².

A su vez, el mecanismo decisorio previsto para su desarrollo, si bien adolece del refuerzo de legitimidad democrática que supondría la codecisión con el Parlamento¹³, posibilita un dinamismo institucional que, aún sujeto al condicionante del voto del Consejo por unanimidad, resulta más viable y expeditivo que el reservado por otras disposiciones del propio Tratado para incrementar los derechos y libertades de los particulares¹⁴ (v. gr. el artículo 22 CE).

La atribución explícita de competencias a la Comunidad vía artículo 13 CE no supone empero su ejercicio con carácter exclusivo, ya que del tenor del propio artículo se infiere la subsidiariedad, cuando reza, “sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo.” Sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados satisfactoriamente por los Estados miembros estará justificada su adopción por la Comunidad (artículo 5 CE).

Amén de para la consecución de sus fines específicos la base jurídica que ahora nos ocupa es igualmente útil para la optimización de acciones tendentes a la consecución de otros objetivos de la Unión (v. gr. ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia)¹⁵, y de

¹² Podría aducirse, sin embargo, que al circunscribirse estas acciones al ámbito comunitario se imposibilita la fiscalización por los interesados de los actos emanados del segundo y tercer pilar. Pueden esgrimirse dos argumentos “a contrario”. De un lado, existen pruebas evidentes del compromiso y la acción intergubernamental de los Estados miembros en al lucha contra la discriminación (v. gr. la Acción Común del Consejo de 15 de julio de 1996, op. cit., [nota 5]). Por otro lado, la inminente proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que presumiblemente se adoptará como una declaración formal de los Quince, exigirá a los Estados miembros y al funcionamiento de los mecanismos intergubernamentales de la Unión el respeto, entre otros, del Derecho Fundamental a la igualdad de trato. Se colmará con ello una carencia del Tratado que no declara este derecho, ni establece expresamente la obligación de su respeto a la UE y a sus Estados miembros.

¹³ Compárese en este sentido con el párrafo segundo del artículo 12 CE que expresamente establece que el Consejo, en su caso, actúe siguiendo el procedimiento del artículo 251 CE.

¹⁴ Resulta por lo tanto sorprendente que, en la primera ocasión que ha tenido el Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre el alcance del artículo 13 CE (anteriormente 6 A TCE), se refiera con carácter expreso a las “circunstancias (voto por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo)”, en que podrá adoptar el Consejo “las medidas necesarias para la supresión de diferentes formas de discriminación”[...]; TJCE, as. C-249/96, *Grant*, Rec. 1998, p. I-621, punto 48. Parece indicar con ello el Tribunal que estaríamos ante decisiones excepcionales por cuanto muy sensibles para las tradiciones jurídicas de los Estados miembros, interpretación que, como veremos más adelante, no se ajusta al importante activismo institucional que vive actualmente la Comunidad en este ámbito, y a la línea consensuada por la CIG para introducir la mayoría cualificada en este ámbito de decisión comunitaria.

¹⁵ Vid. el párrafo primero del artículo 29 UE, y en especial su último inciso que aboga por la “prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia”, así como la Resolución del PE contra sus corolarios, la discriminación por motivos de religión o convicciones, (DOCE C 56 de 23.2.1998, op. cit., [nota 5]).

la Comunidad (v. gr. la consecución de un alto grado de empleo y de protección social, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad)¹⁶.

Una especial reseña merece también el hecho de que el artículo no establezca una jerarquía cualitativa entre las causas de discriminación a las que hace mención, lo que en principio permite al menos una doble lectura de su estructura y finalidad. De un lado, amplía sustancialmente (y no necesariamente de forma tasada) el ámbito material del principio de igualdad de trato que consagra de forma implícita. Por otro lado, engloba bajo su “paraguas protector” los casos de discriminación múltiple.

Al hilo de este último extremo, y atendiendo así mismo a la especificidad del Derecho institucional antes apuntada, cabe afirmar que se trata de una disposición cuyo alcance es mayor que el del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos que consagra el principio general de no discriminación¹⁷.

Esta característica viene abundada por el contexto actual del Derecho Comunitario dada la inminente aprobación del proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 22 “Igualdad y no discriminación” contempla diversas causas de discriminación que no debe tolerar la Unión ni sus Estados miembros¹⁸.

Independientemente del alcance jurídico que se reconozca formalmente al proyecto por el Consejo Europeo¹⁹, una vez se haya proclamado solemnemente²⁰, la

¹⁶ Considerando noveno de la directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DOCE L 180 de 19.7.2000.

¹⁷ El artículo 14 CEDH proclama el principio de no discriminación en términos generales y se limita a imponer obligaciones a los Gobiernos de los Estados Parte. Por contra, el artículo 13 CE crea derechos independientes y obligaciones de las que son también destinatarios los particulares, y que son susceptibles de tutela o control, respectivamente, por los órganos judiciales de los Estados miembros.

¹⁸ Ubicado provisionalmente con dicha numeración parece sin embargo gozar de consenso en cuanto a su contenido dentro de los trabajos de la Convención. Forma parte del bloque de Derechos civiles y políticos y derechos del ciudadano (artículos 1 a 30) y supone un reconocimiento sin ambages del principio de igualdad que es fruto del maridaje entre el artículo 13 CE y 14 CEDH, especialmente en lo que atañe a su apartado primero que dice, “queda prohibida toda discriminación por motivos de sexo, raza, color u origen étnico o social, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”; CHARTE 4284/00, Bruselas, 5 de mayo de 2000, p. 22. En este sentido cabe finalmente apuntar la similitud existente igualmente en cuanto a su estructura y contenido, con el artículo 3 de la Declaración de los Derechos y libertades Fundamentales aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989, DOCE C 120/51.

¹⁹ En favor de dotarla de fuerza vinculante se pueden esgrimir argumentos de diversa naturaleza. Primeramente, la propia redacción de la carta por la Convención que ha sido realizada de forma que, llegado el caso, pueda adoptarse como texto legislativo. En segundo lugar, el posicionamiento inequívoco del Parlamento Europeo en su Resolución de 16 de marzo de 2000 (especialmente su considerando U, y los puntos 2 y 7 [a] y [g]), que actualiza el pro-

Carta tendrá una clara repercusión sobre el funcionamiento de la Unión. De un lado, al ser refrendada por todos los actores de la reforma de los Tratados se convertirá en un referente jurídico que necesariamente informará la jurisprudencia del TJCE²¹. A su vez, y siguiendo aún en el plano institucional comunitario, adquiere por el mismo motivo un valor incitativo que aliviará la “carga de la prueba” que, por mor del respeto al principio de subsidiariedad, soportan las propuestas de la Comisión en el ámbito que nos ocupa²².

Por otro lado, habida cuenta de su alcance general²³, los Estados miembros se verán directamente involucrados en su promoción y garantía en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (artículo 46), agravándose así su deber de “respeto” a los derechos fundamentales en dicho ámbito establecido por la jurisprudencia del TJCE²⁴.

nunciamento que en idéntico sentido realizó en el considerando G de la Resolución de 12 de abril de 1989 antes mencionada. Por último, la especial significación que parece reconocer el Consejo Europeo a la existencia de dicho texto en su Decisión relativa a la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (Anexo IV de las Conclusiones del Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999), a afirmar que “la evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de derechos fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión (su) importancia sobresaliente y su alcance”, para apuntar a continuación una parte esencial de su contenido que, “deberá incluir los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales”[...].

20 Según el mandato del Consejo Europeo de Colonia, la Convención deberá presentar un proyecto de Carta que será considerado en diciembre de 2000 por el propio Consejo Europeo, y propuesto, junto con el Consejo, el Parlamento Europeo y la Comisión, para su “proclamación solemne”. Ciertamente, la mera proclamación no establece efectos jurídicos vinculantes para los Estados miembros ni atribuye derechos subjetivos susceptibles de tutela directa. Esta falta de positivización - en rigor formal - de los derechos fundamentales no impide su reconocimiento como valores superiores de la Unión Europea.

21 Ello a pesar de que no mediara una vinculación formal del Tribunal a la Carta por no incorporarse ésta al derecho originario bien integrándola directamente en el TUE, o mediante cualquier instrumento jurídico que la dote de ese rango. Sobre este extremo debe reseñarse que el procedimiento de elaboración y aprobación de la Carta resulta de todo punto excepcional si se compara con las reglas establecidas por el Tratado para la creación del derecho originario, lo cual no deja de ser un obstáculo de cara a otorgarle fuerza vinculante. Piénsese, por ejemplo, en los problemas que conllevará su futura revisión a la hora de establecer los órganos competentes o el procedimiento adecuado con tal finalidad.

22 Subráyese el relevante papel que jugó en este sentido la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, y más concretamente su Título II (apdos. 27 a 30), en las propuestas normativas de la Comisión relacionadas con el Protocolo Social - hoy ya felizmente incorporado al TCE tras ciertas modificaciones redaccionales de sus artículos 136 a 143 vía art. 2.22 del Tratado de Amsterdam -; v. gr. la Directiva 94/45/CE del Consejo de 22.9.1994 (DOCE L 254/64); la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3.6.1996 (DOCE L 145/4) etc.

23 Aunque el proyecto actual no incluye entre sus cláusulas horizontales una previsión como la establecida en el artículo 25 de la Declaración de los derechos y libertades fundamentales de 1989, especialmente en sus puntos 1 y 2, es lógico extender su ámbito de aplicación a todas las personas en línea con el estándar que deben respetar los Estados comunitarios por mor del CEDH.

24 Un ejemplo nos lo ofrece el punto 22 de la sentencia en el as. C-13/94, op. cit. (nota 8), en el que el Tribunal insta implícitamente al órgano jurisdiccional nacional a declarar la ilegalidad de una discriminación fundada en el sexo por ser contraria al Derecho comunitario, y que constituye además

Conviene finalmente referirse a los límites en el ejercicio de los derechos derivados de las acciones comunitarias adoptadas con base en el artículo 13 CE, que indirectamente contempla dicha disposición al advertir que las mismas se adoptarán “sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado”.

Interesan aquí principalmente las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas establecidas en los artículos 39.3 y 46.1 CE²⁵. Como es sabido, la jurisprudencia del TJCE se caracteriza por su especial severidad a la hora de realizar el control de adecuación de los actos adoptados por los Estados miembros con base en dichas razones que menoscaban derechos y libertades comunitarias, tutelando así el patrimonio jurídico de los particulares frente al mal uso o el abuso de esta reserva de soberanía por los poderes públicos nacionales²⁶. Lógicamente, este conjunto de garantías pretorianas se hará extensible al ejercicio de los derechos y libertades que se deriven de las acciones adoptadas por la Comunidad para luchar contra la discriminación²⁷, singularmente en lo relativo a los motivos de religión o convicciones²⁸.

un atentado “contra el respeto a la dignidad y la libertad a que esa persona tiene derecho”. Recientemente, un lacónico “*dictum*” del propio Tribunal parece recabar un mayor celo de los Estados miembros al respecto al afirmar que están obligados, en lo posible, a aplicar la normativa comunitaria de modo que no se menoscaben las exigencias derivadas de la protección de los DF en el ordenamiento jurídico comunitario, TJCE, as. C-292/97, *Karlsson*, sentencia de 13 de abril de 2000, punto 37, no publicada aún en la Recopilación.

25 Cabe igualmente mencionar el artículo 55 CE, que subsume en el régimen del artículo 46.1 CE las limitaciones a la libre prestación de servicios. Debe subrayarse en este sentido que el TJCE ha declarado el carácter subsidiario de las disposiciones referentes a dicho ámbito respecto de las relativas al derecho de establecimiento; v. gr. TJCE, as. C-55/94, *Gebhard*, Rec. 1995, p. I-4165, punto 22, y TJCE, as. C-3/95, *Broede*, Rec. 1996, p. I-6511, punto 19.

26 Con carácter general, el Tribunal exige que las medidas nacionales fundadas en estas tres excepciones deben reunir cuatro requisitos: que no sean discriminatorias, que atiendan a razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar el objetivo que persiguen y que sean proporcionales; vid., entre otros, TJCE, as. C-55/94, op. cit., (nota 25), punto 37; TJCE, as. C-265/88, *Messner*, Rec. 1989, p. I-4209, punto 14; TJCE, as. C-350/96, *Clean car*, Rec. 1998, p. I-2522, punto 31, etc. No obstante el requisito de la no discriminación se atempera en el ámbito de la circulación de personas y del derecho de establecimiento por mor de la distinta situación jurídica que el Derecho internacional establece para los nacionales y extranjeros en relación con el acceso y permanencia en el territorio nacional; TJCE, as. 41/74, *Van Duyn*, Rec. 1974, p. 1337, punto 22; TJCE, as. 115 y 116/81, *Adoui y Cornuaille*, Rec. 1982, p. 1665, punto 7, etc.

27 Fundamentalmente en lo que atañe a la salvaguarda del orden y la salud públicas, dado que no existe un régimen jurídico comunitario relativo a la invocación de razones de seguridad pública que sea aplicable en los ámbitos de la circulación de personas y el derecho de establecimiento, y tan sólo en una ocasión ha abordado su análisis el TJCE sin llegar a atribuirle un contenido y alcance específicos; TJCE, as. 67/74, *Bonignore*, Rec. 1975, p. 297, puntos 4 a 6.

28 La autonomía que el Derecho comunitario reconoce a sus Estados miembros para establecer y preservar (en su caso) el estatuto jurídico de las iglesias y de las organizaciones no confesionales (Declaración n° 11 aneja al TUE, añadida por el Tratado de Amsterdam [1997]), no exime a los poderes públicos nacionales de la tutela del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 9 CEDH, y artículo 14 del proyecto de Carta de DF de la UE). En este sentido, del propio ordenamiento comunitario se derivan exigencias que constriñen su margen de discrecionalidad a la hora de invocar razones de orden público o de salvaguarda de la identidad nacional que menoscaban el ejercicio del derecho por los particulares.

3. La acción institucional comunitaria

Con el impulso decidido de la Comisión se está desarrollando una estrategia integrada a nivel comunitario de lucha contra la discriminación²⁹, capaz de pertrechar a las instancias supra-nacionales con armas y bagajes suficientes para hacer de esta algo más que humo de pajas.

Todo apunta, por contra, dados los caracteres que revisten a los elementos que conforman dicha estrategia, a una progresiva evolución hacia la creación en el medio plazo de una política comunitaria de igualdad de trato. La base normativa está constituida por la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico³⁰, la propuesta de Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación³¹, y la propuesta de Decisión relativa al establecimiento de un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)³². Su implementación creará un sustrato jurídico mínimo de reconocimiento y salvaguardia de la igualdad en el territorio comunitario³³,

Tal es el caso del abundante acervo jurisprudencial del TJCE que colocaría virtualmente fuera de las causas de invocación del orden público la mera pertenencia de una persona a una iglesia, asociación o comunidad religiosa, o a una organización filosófica y no confesional, ya que ello supondría la ilegalidad, por discriminatoria, de la medida en cuestión al fundarse exclusivamente en razones de “prevención general”; vid, por ejemplo, los asuntos *Adoui* y *Cornuaille*, op. cit., (nota 26); el as. 36/75, *Rutili*, Rec. 1975, p. 1219; el as. 30/77, *Bouchereau*, Rec. 1977, p. 1999, el asunto *Clean Car*, op. cit., (nota 26), p. I-2522, etc. que suponen una revisión implícita de los criterios establecidos en sentido contrario por el Tribunal en el asunto *Van Duyn*, op. citado (nota 26), espec. puntos 17-24, ambos inclusive.

El efecto útil del Derecho comunitario exige igualmente, a mi entender, que dicha tutela se produzca en el caso de que no existiera un reconocimiento jurídico expreso de naturaleza interna que de carta de legalidad a una iglesia, comunidad, asociación u organización, - vid. las Conclusiones del Abogado General *Tesouro* en el as. C-13/94, op. cit., (nota 8), p. I-2145, espec. las pp. I-2148 a 2151, ambas inclusive; o si estas fueran objeto de controversia social, dado que en ningún caso podría fundarse la medida en consideraciones de carácter moral, v. gr. TJCE, as. C-159/90, Rec. 1991, p. I-4685; igualmente, los puntos 39 a 42, ambos inclusive, de las Conclusiones del Abogado General *Elmer* en el as. C-249/96, op. cit., (nota 14).

²⁹ Un ejemplo lo ofrece la iniciativa comunitaria *EQUAL* que apoya la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo; sobre las orientaciones de la Comisión relativas a su implementación, de fecha 14.4.2000, vid. DOCE C 127 de 5.5.2000.

³⁰ Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, op. cit., (nota 16).

³¹ Propuesta de Directiva del Consejo presentada por la Comisión, de 25 de noviembre de 1999, COM (1999) 565 final.

³² Propuesta de Decisión del Consejo presentada por la Comisión, de 25 de noviembre de 1999, COM (1999) 567 final.

³³ Conviene subrayar dos elementos relevantes en relación con este extremo. De un lado, que los Estados miembros quedan vinculados en todo caso por la obligación de “no regresión”, es decir, que cuando se aplique la normativa comunitaria, no deberá disminuir el nivel de protección contra la discriminación garantizado previamente por su normativa interna. Por otro lado, y a diferencia de ciertos instrumentos internacionales vigentes que se limitan a sentar principios generales para luchar contra

capaz de ajustar las irregularidades que aún se detectan en los cimientos constitucionales y legislativos sobre los que se asienta la lucha de los Estados miembros contra la discriminación³⁴.

Paralelamente, se llevan a cabo otras acciones comunitarias con idéntica finalidad que inciden directamente en los ámbitos de la educación, la formación y el empleo³⁵, e involucran a diversos agentes sociales³⁶.

Es menester realizar una valoración positiva de los ambiciosos objetivos que establece el acervo normativo antidiscriminatorio antes apuntado, y muy especialmente del significado y contenido de ciertas disposiciones presentes tanto en la Directiva como en la propuesta de Directiva que lo conforman³⁷. Destacan en este sentido, la exhaustividad con la que se regula el concepto de discriminación y el amplio alcance del ámbito de aplicación de dicha normativa³⁸, así como la definición de las políticas o acciones de diversa naturaleza, y de los procedimientos y medidas jurídicas que los Estados miembros habrán de adoptar para cumplir con las obligaciones que de ella se derivan.

la discriminación, la normativa comunitaria establece vías de recurso directas para que los afectados obtengan resarcimiento, circunstancia esta ya apuntada con anterioridad.

34 Si bien todos ellos establecen en sus textos constitucionales disposiciones contra la discriminación, los términos difieren sensiblemente, v. gr. prohibiendo en unos casos factores concretos de discriminación, o haciéndolo mediante listas abiertas con cláusulas que prohíben la discriminación en general. A su vez, la legislación ordinaria no cubre en todos los Estados miembros factores discriminatorios como la edad y la orientación sexual, etc.; vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre algunas medidas comunitarias de lucha contra la discriminación, DOCE C 369 de 21.12.1999, espec, pp. 3 y 4. Obviamente el alcance y la eficacia jurídica de las distintas disposiciones nacionales varían sustancialmente, con la consiguiente repercusión en la tutela pública de los derechos de los particulares.

35 Una relación de las mismas se encuentra en el punto 4 de la Comunicación de la Comisión citada en la nota precedente, si bien cabe resaltar la directriz n° 9 de las Directrices para el Empleo de 1999 – un mercado de trabajo abierto a todos – cuya finalidad es derribar las barreras que obstaculizan la adquisición de cualificaciones y el acceso al mercado laboral de los discapacitados, de grupos étnicos minoritarios, y de otros grupos e individuos discriminados.

36 Dado que el problema trasciende el ámbito del mercado laboral, requiere un enfoque integrado y coordinado para erradicar prácticas y actitudes discriminatorias mediante acciones transnacionales que sean sinérgicas respecto de las realizadas a nivel local, regional y nacional, así como con respecto a las propias actuaciones comunitarias en dicho ámbito (v. gr. las iniciativas *INTEGRA* y *EQUAL*), o en los ámbitos de la educación, la formación y la juventud (v. gr. los programas *SOCRATES* y *LEONARDO*), o de la justicia e interior (políticas de migración y cooperación policial); vid. COM (1999) 567 final, op. cit., (nota 32), espec. pp. 2-7.

37 Ello se traduce a nivel puramente terminológico en el título que reciben ambos instrumentos normativos que se refieren a la “igualdad de trato”, en vez de a la lucha contra la discriminación, con las connotaciones positivas que conlleva y que tiene como antecedentes, entre otros, a la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

38 El ámbito material de la Directiva y del proyecto en cuestión coincide en la medida en que ambos instrumentos cubren la discriminación por origen racial o étnico en el empleo. Dado que aquella ya ha sido adoptada, es lógico pensar que éste se modifique en consecuencia.

El concepto de discriminación engloba a cualquier trato desventajoso de que sea objeto una persona directa o indirectamente, respecto a otras, por alguno de los motivos establecidos en el artículo 13 CE, si bien el régimen regulador de dicha situación prevé excepciones. Así, la ausencia de discriminación directa³⁹ no admite más excepción que la expresamente prevista por la propia normativa comunitaria⁴⁰, mientras que la ausencia de discriminación indirecta⁴¹ puede justificarse “objetivamente con una finalidad legítima”, si se respeta el principio de proporcionalidad⁴². También se tipifican como actos discriminatorios el acoso y toda orden de discriminar a personas fundada en dichos motivos⁴³, aunque no se conforma el tipo en su totalidad ya que la definición de las formas en que pueda producirse el acoso se remite a las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro⁴⁴.

La normativa se aplicará a todas las personas, físicas o jurídicas⁴⁵, de naturaleza pública o privada, y en relación con ámbitos diversos en los que se desarrolla su participación en la vida económica y de los que depende en buena medida su integración social, (v. gr. el acceso a los bienes y servicios, especialmente a los recursos financieros; a los sistemas de protección social; a la educación, etc.)⁴⁶. Conviene

³⁹ La letra (a) del artículo 2.2 de la Directiva 200/43/CE del consejo (a partir de ahora “la Directiva”), op. cit., (nota 16), establece que existe discriminación directa 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 otra en situación comparable” [...]. Una fórmula similar se establece en la letra (a) del artículo 2.2 de la propuesta COM (1999) 565 final, op. cit., (nota 31), (a partir de ahora “la Propuesta”).

⁴⁰ Concretamente en su artículo 4 – requisitos profesionales esenciales y determinantes, que merece a mi entender una oportuna crítica en la que me detendré más adelante. Previsiones similares se encuentran en los artículos 4 – cualificaciones profesionales genuinas, y 5 – justificación de diferencias de trato por motivos de edad, de “la Propuesta”.

⁴¹ La letra (b) del artículo 2.2 de “la Directiva”, op. cit., (nota 16), establece que existe discriminación indirecta “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe 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 adecuadas y necesarios”. Vid., finalmente, la letra (b) del artículo 2.2 de “la Propuesta”, op. cit., (nota 31).

⁴² Vid. en este sentido la sentencia del TJCE en el as. C-237/94, *O’Flynn*, Rec. 1996, p. I-2417. Debe subrayarse que la dificultad de prueba de la discriminación indirecta exige que concurren los dos elementos justificativos contemplados en “la Directiva”, en el bien entendido de que la protección del fin que se persiga ha de ser más importante que el principio de igualdad de trato.

⁴³ Respectivamente, apartados 3 y 4 del artículo 2 de “la Directiva”, y artículo 2.3 de “la Propuesta”.

⁴⁴ La Directiva se concentra en la definición de las causas y los efectos al establecer su carácter discriminatorio “cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante, u ofensivo”. Procede especificar no obstante que la índole de este comportamiento deberá ser grave y manifestarse a través de palabras, gestos y actos de cualquier tipo.

⁴⁵ Considerando número 16 y artículo 3.1 de “la Directiva”.

⁴⁶ Letras (a)-(h) del artículo 3.1 de “la Directiva” que contemplan aspectos tales como las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional; a todos los tipos y nive-

subrayar que en el caso concreto de la discriminación basada en la raza o la etnia (máxime si es acumulativa) resulta acuciante su implementación para erradicar los denominados “ciclos de marginación”, en los que la precariedad de las condiciones de vida de un grupo específico se transmite de generación en generación⁴⁷.

Los poderes públicos de los Estados miembros están llamados a desempeñar un papel decisivo en la aplicación del principio de igualdad de trato mediante la ejecución de acciones de diversa naturaleza.

Junto con la consagración y tutela de dicho principio en su derecho interno, que abordaré más adelante, deben crear las condiciones o la atmósfera socio-cultural que garantice la igualdad real. A esa finalidad atienden, de un lado, el carácter incitativo de las disposiciones que les facultan para adoptar o mantener medidas de “acción positiva”⁴⁸ – que deberán aplicarse con cautela al derogar de hecho el principio de igualdad⁴⁹, y, por otro lado, las disposiciones que les exigen adoptar políticas informativas que divulguen su aplicación interna⁵⁰, y a promover el diálogo con los interlocutores sociales⁵¹ y las organizaciones no gubernamentales⁵²

les de orientación y formación profesional; las condiciones de empleo y trabajo, la afiliación sindical o empresarial – supuestos igualmente previstos por las letras (a)-(d) del artículo 3 de “la Propuesta”; la protección social y las ventajas sociales; la educación; la vivienda; etc. Vid., igualmente, las letras (a)-(g) del punto I del Anexo de la Propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006), op. cit, (nota 32), p. 15.

⁴⁷ Vid. el doc. COM (1999) 566 final, pp. 22-23.

⁴⁸ El artículo 5 de “la Directiva”, (y el artículo 6 de “la Propuesta”) permiten a los Estados miembros mantener o adoptar “medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas” padecidas por las personas o grupos en razón de las causas discriminatorias mencionadas. Estas disposiciones constituyen un “plus” para la salvaguardia del principio de igualdad de trato que se añaden a la cláusula de “no regresión” antes aludida y que expresamente establecen los artículos 6 y 7 de “la Directiva” y “la Propuesta”, respectivamente.

⁴⁹ Esta exigencia se deriva de la jurisprudencia del TJCE en materia de discriminación por motivos de sexo; v. gr. TJCE, as. C-450/93, *Kalanke*, Rec. 1995, p. I-3051, y TJCE, as. C-409/95, *Marshall*, Rec. 1997, p. I-6363.

⁵⁰ El artículo 10 de “la Directiva”, (y el artículo 11 de “la Propuesta”) agravan la obligación en cuestión al exigir que se asegure su conocimiento por las personas a las que sea aplicable, “por todos los medios adecuados, (y) en todo su territorio”. Subsidiariamente se pretende sensibilizar al conjunto de la sociedad para asegurar la eficaz implementación del principio de igualdad de trato.

⁵¹ Artículo 11 de “la Directiva” (artículo 12 de “la Propuesta”).

⁵² El papel de las ONG, que se entiende sin perjuicio de las prerrogativas de los interlocutores sociales, no se encuentra definido con mucha claridad en el texto de “la Directiva” dado que el artículo 12 se limita a identificar los caracteres que habrán de reunir estas para ser llamadas a dialogar por los poderes públicos; concretamente se refiere a las que tengan, “con arreglo a (la) legislación y práctica (de los Estados miembros), un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación (por motivos de origen racial y étnico)”. Esta carencia puede explicarse por la tardía incorporación de la disposición al procedimiento de adopción de “la Directiva”, que se introdujo en la propuesta modificada de la Comisión de 31.5.2000 – COM (2000) 328 final, a instancias del comité Económico y Social, vid. el punto 4.11.2 del Dictamen 25.5.2000, DOCE C 204 de 18.7.2000, p. 82.

con vistas a generalizar su puesta en práctica y el control de su aplicación a través de múltiples vías⁵³.

Acierta igualmente la normativa comunitaria en el diseño de los procedimientos y medidas destinados a garantizar la tutela efectiva de los derechos de las víctimas de actos discriminatorios, incluido el derecho a un resarcimiento personal efectivo, mediante el ensamblaje de una amplia panoplia instrumental que se nutre de disposiciones vigentes del Derecho comunitario derivado y de la jurisprudencia del TJCE, así como del contexto normativo internacional más progresista en materia de igualdad de trato.

La reintegración del derecho o derechos lesionados, y la satisfacción moral y material de la víctima, queda garantizada por los cauces judiciales y administrativos ordinarios, pero también, en su caso, por los procedimientos de conciliación, previa excitación por la propia víctima, o por asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas⁵⁴, incluso tras finalizar la relación que impuestamente dio origen a las discriminación⁵⁵.

La situación jurídica del interesado es objeto de una regulación específica, fundamentalmente en lo que atañe a la carga de la prueba y la protección de sus intereses frente a posibles represalias. Dada la dificultad que generalmente supone recabar pruebas que demuestren el trato discriminatorio la normativa establece un cambio, que no una inversión, en la carga de la prueba⁵⁶, correspondiendo a la parte demandada demostrar su inexistencia cuando el demandante alegue, en un procedimiento civil o administrativo⁵⁷, hechos que permitan presumir la existencia de dicho trato⁵⁸.

⁵³ Se establecen métodos novedosos (v. gr. el control de las prácticas en el lugar de trabajo, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas), junto a otros ya implementados en algunos Estados miembros (acuerdos marco y códigos de conducta que incluyen disposiciones para resolver conflictos mediante ventanillas de reclamación o mediadores de empresa), sin menoscabo de la autonomía de empresarios y trabajadores para celebrar convenios antidiscriminatorios, puntos 1 y 2, respectivamente, del artículo 11 de “la Directiva”.

⁵⁴ Vid. el artículo 7 de “la Directiva”, así como el artículo 8 de “la Propuesta”. Esta posibilidad, que refuerza el derecho a la protección jurídica de la víctima, tiene como antecedente la ley modelo de NU contra la discriminación racial - Programa de acción del tercer milenio -, y debe interpretarse extensivamente para permitir la defensa de grupos de personas.

⁵⁵ Vid. la Sentencia del TJCE de 22.9.1998, en el as. C-185/97, *Cooté*, Rec. 1998, p. I-5199. En lo que atañe al recurso a los procedimientos de conciliación, debería especificarse, dado el silencio del artículo 7 de “la Directiva”, que en el caso de que los Estados miembros prevean su existencia no serán obligatorios ni obstarán el derecho del demandante a recurrir a las vías judiciales o administrativas ordinarias.

⁵⁶ Sigue en este sentido la línea de los artículos 3 y 4 de la Directiva 97/80/CE del consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Estos artículos reproducen la jurisprudencia del TJCE que, en síntesis, hace recaer dicha carga sobre el demandado cuando el demandante acredite la existencia de un trato menos favorable consecuencia de una discriminación manifiesta; TJCE, as. C-109/88, *Danfoss*, Rec. 1989, p. I-3199; TJCE, as. C-127/92, *Enderby*, Rec. 1993, p. I-5535, y TJCE, as. C-400/93, *Royal Copenhagen*, Rec. 1995, p. I-1275.

Este beneficio procesal del demandante viene en todo caso acompañado de la obligación de fijar, a través de la normativa interna, las medidas que le garanticen una protección jurídica eficaz frente a cualquier forma de disuasión en el ejercicio legítimo de sus derechos; v. gr. el despido, la pérdida de categoría profesional, etc.⁵⁹

Cabe finalmente reseñar el conjunto de obligaciones relativas al cumplimiento de la normativa en cuestión de las que son destinatarios directos los Estados miembros. En cuanto hace a su control interno se recaba de estos una especial diligencia que cualifica el deber de eliminar las disposiciones legales o administrativas, o las incluidas en convenios colectivos o contratos laborales individuales, contrarias al principio de igualdad de trato que está presente en otras directivas comunitarias en el ámbito social⁶⁰. En este sentido, se extiende el deber de supervisión con carácter específico, entre otras, a las normas que rijan las asociaciones con o sin ánimo de lucro⁶¹, y se exige el establecimiento de sanciones aplicables en caso de violación de la normativa interna de transposición que pueden ser de naturaleza penal si la motivación es racial o étnica⁶², junto con la posibilidad de incluir indemnizaciones a las víctimas⁶³.

⁵⁷ Los apartados 3 y 5 del artículo 8 de “la Directiva”, respectivamente, excluyen esta posibilidad en los procedimientos penales y en los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisprudenciales o a otro órgano competente. Por su parte, el artículo 9.3 de “la Propuesta”, sólo excluye la misma en los procedimientos penales, “salvo disposiciónen contrario por parte de los Estados miembros”.

⁵⁸ El artículo 8.4 de “la Directiva” establece, al igual que lo hace el artículo 9.4 de “la Propuesta”, el cambio en la carga de la prueba en idénticas condiciones cuando la demanda haya sido interpuesta, en nombre del demandante y con su aprobación, por una asociación, organización u otra persona jurídica.

⁵⁹ El artículo 9 de “la Directiva” (artículo 10 de “la Propuesta”), obliga a adoptar las medidas necesarias que protejan a los interesados frente a “cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción” (a su demanda). Garantía que habrá de extenderse en su caso a cuantos participen a título individual o colectivo en apoyo del demandante, o ejerzan la demanda en su nombre y con su aprobación.

⁶⁰ V. gr. los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE, op. cit., (nota 37).

⁶¹ Letra (b) del artículo 14 de “la Directiva”. Esta previsión no aparece en la disposición que con idéntica finalidad se establecen en “la Propuesta” (letra (b) del artículo 13), que sólo se refiere a otros supuestos también contemplados en “la Directiva” - los reglamentos internos de las empresas y los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales. Resulta por lo tanto significativa la inclusión de las asociaciones sin ánimo de lucro dentro del ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato por cuanto supone una nueva derogación a la excepción prevista en el último inciso del párrafo segundo del artículo 48 CE. En este sentido, el Tribunal de Justicia ya había establecido en su sentencia de 29 de junio de 1999, as. C-172/98, *Comisión c. Bélgica* (Rec. 1999, p. I-3999), la obligación de respeto del principio de no discriminación por razón de nacionalidad por dichas asociaciones.

⁶² Esta posibilidad no se establece en el texto de la normativa que se limita a exigir que las sanciones sean “efectivas, proporcionadas (respecto de la infracción) y disuasorias”, (artículo 15 de “la Directiva”). Sin embargo, es una consecuencia de la aplicación por los Estados miembros de la Acción Común del Consejo relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, op. cit., (nota 5), que ha contribuido a que las normativas internas tipifiquen como delito penal los comportamientos de tal

A su vez, el habitual deber de informar a la Comisión dentro de un plazo determinado acerca de las medidas adoptadas en cumplimiento de la normativa comunitaria en cuestión se ve completado con el deber de comunicarle periódicamente toda la información necesaria para que esta elabore informes sobre su aplicación⁶⁴.

Se aprecian no obstante diversas singularidades dentro del marco normativo que nos ocupa, que responden a la necesidad de atender con medios y enfoques diferentes a las causas que engendran el trato discriminatorio.

La situación de las personas con discapacidad es por ello objeto de una regulación exclusiva en el artículo 2.4 de “la propuesta” que propugna que se realicen “los ajustes razonables, allí donde sean necesarios, para que estas personas puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente [...]”. No se trata, empero, del reconocimiento incondicional de un derecho a los interesados⁶⁵, circunstancia corroborada por el propio texto del artículo que exige de su cumplimiento a los destinatarios de esta obligación cuando “suponga dificultades excepcionalmente gravosas”⁶⁶.

índole que se contemplan en una lista establecida en dicha Acción común; vid. el punto 2.3.3 de la Comunicación de la Comisión sobre algunas medidas Comunitarias de lucha contra la discriminación. Por contra, el artículo 14 de “la Propuesta” no obliga a los Estados miembros a introducir sanciones penales en el resto de los supuestos; vid. COM (1999) 565 final, op. cit., (nota 31), p. 15.

⁶³ Artículo 15 de “la Directiva”, op. cit., (nota 16). Este extremo no se contempla en el artículo 14 de “la Propuesta”, op. cit., (nota 31).

⁶⁴ Artículos 16 y 17, respectivamente, de “la Directiva” y, 15 y 16 de “la Propuesta”. Cabe subrayar la diligencia con la que habrán de cumplir esta obligación los Estados miembros, que, por mor del principio de lealtad comunitaria, deberán proporcionar a la Comisión toda la información que les sea solicitada y dentro de los plazos que se les señale con tal finalidad. Así lo establece el Tribunal de Justicia en constante jurisprudencia, v.gr TJCE, as. 240/86, *Comisión c. Grecia*, Rec. 1988, p. 1852, TJCE, as. 68/88, *Comisión c. Grecia*, Rec. 1989, p. 2979, TJCE, as. C-375/92, *Comisión c. España*, Rec. 1994, p. I 923.

⁶⁵ Aunque este artículo hace sin duda más onerosa la obligación de los empresarios de adaptar el lugar de trabajo a los trabajadores con discapacidad prevista en la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, (DOCE L 183, de 29.6.1989), así como en la Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, op. cit., (nota 5), la obligación no vincula a sus destinatarios respecto a las personas que no puedan desempeñar las tareas esenciales de un trabajo determinado, una vez realizados los “ajustes razonables” Concepto este, por otro lado, que remite a una obligación indeterminada y, en todo caso, limitada puesto que se refiere sólo a lo que es razonable, si bien incluye adaptaciones que atienden a necesidades especiales (v. gr. introducir ordenadores con control vocal).

⁶⁶ Se garantiza así un equilibrio necesario entre el respeto del principio de igualdad de trato y los costes que ello supondría para el conjunto de la sociedad y las empresas en particular, ya que muchas de ellas (v. gr. las PYMES) no están preparadas para atender a las demandas de los discapacitados. Cabe recordar en relación con este extremo, que los Estados miembros no quisieron elaborar un Protocolo durante la negociación del Tratado de Amsterdam y se limitaron a redactar la Declaración n.º 22 relativa a las personas discapacitadas, aneja al TUE, que recaba de las Instituciones comunitarias, de forma incitativa, que al elaborar medidas armonizadoras relacionadas con el mercado interior tomen en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad.

A “sensu contrario” se contempla la posibilidad de justificar diferencias de trato por motivos de edad (artículo 5 de “la Propuesta”)⁶⁷, o en atención a cualificaciones profesionales genuinas (artículo 4 de “la Propuesta”⁶⁸, y artículo 4 de “la Directiva” del que haré alguna observación crítica más adelante). Estas excepciones a la aplicación del principio fundamental de la igualdad de trato se admitirán solo en determinadas circunstancias y en la medida en que sean adecuadas y necesarias para alcanzar un fin legítimo.

Las connotaciones especialmente nocivas que acarrea para la convivencia democrática la existencia del racismo y la xenofobia justifican igualmente que los casos de discriminación por motivo del origen racial o étnico de una persona sean perseguidos penalmente, y que los Estados miembros estén obligados a designar uno o más organismos de defensa y promoción del derecho a la igualdad de trato frente a este tipo de discriminación⁶⁹. Dichos organismos tendrán, entre otras, las competencias de prestar asistencia a las víctimas en sus reclamaciones por discriminación, realizar estudios y publicar informes independientes al respecto, así como formular recomendaciones sobre cualquier cuestión de esta índole⁷⁰.

4. Lagunas políticas y deficiencias normativas

Habida cuenta del carácter subsidiario y novedoso del desarrollo institucional de la competencia comunitaria en este ámbito, la estrategia de implementación es necesariamente deudora de un enfoque pragmático y minimalista.

Ello desluce, bien que de manera muy puntual, la brillantez de su marco normativo, que está afectado por notables carencias y contradicciones.

⁶⁷ El artículo establece una lista no exhaustiva de supuestos que no suponen discriminaciones directas – admitidas sólo de forma restrictiva –, siempre que estén justificadas objetivamente; v. gr. garantizar la protección de los jóvenes y de los trabajadores de mayor edad; establecer edades mínimas para conceder prestaciones de jubilación o invalidez; o establecer edades máximas para la contratación de nuevos trabajadores fundadas en los requisitos de formación de los puestos en cuestión, etc.

⁶⁸ Siempre que la naturaleza o el contexto en el que se desarrolla un trabajo justifiquen que se posea unas determinadas características (v. gr. la profesión de una creencia religiosa, para desempeñar puestos vinculados a la difusión de una religión en una organización confesional).

⁶⁹ No es necesario crear, con carácter autónomo, organismos especializados en la materia ya que el régimen establecido por el artículo 13 de “la Directiva” prevé que puedan formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los DF, sean estos preexistentes o de nueva creación. Es igualmente competencia de los Estados miembros decidir que se implanten a otros niveles (v. gr. regional o local), siempre que se abarque la totalidad de su territorio.

⁷⁰ Se echa en falta una previsión que establezca las bases para la coordinación de las funciones desempeñadas por estos organismos con la labor del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (y el Antisemitismo), con sede en Viena.

Así, lejos de respetarse la horizontalidad que refleja el artículo 13 CE al establecer los motivos que engendran discriminación, se da paso a un desarrollo selectivo de los medios de acción para su erradicación que jerarquiza injustificadamente dichos motivos⁷¹ y aumenta el déficit existente a nivel comunitario en materia de protección de los grupos vulnerables a la discriminación por razón de edad u orientación sexual⁷².

En lo que hace referencia a los medios previstos para el control del cumplimiento del marco normativo en cuestión se dejan notar algunas carencias significativas. Por ejemplo, y a diferencia de lo previsto por la normativa comunitaria vigente en otros ámbitos⁷³, no se exige directamente a las empresas que registren⁷⁴, controlen y evalúen su cumplimiento, o que, subsidiariamente, dicho control sea realizado por los sindicatos. En este sentido, el papel que juegan los propios poderes públicos tanto a nivel comunitario como nacional queda igualmente en entredicho por su falta de concisión. La creación de un índice de equiparación por la Comisión que informe anualmente de los progresos de toda índole que tengan lugar en los Estados miembros en la lucha contra la discriminación; o la elaboración de códigos de conducta e inventarios de buenas prácticas aplicables al conjunto de las administraciones públicas y entes asimilables, ajustarían sin excesivos costes la función de los poderes públicos en este ámbito, que ha de mantener ineludiblemente un cariz vanguardista.

Por idénticos motivos no existe una explicación razonable al hecho de que “la Propuesta”, a diferencia de lo que establece el artículo 13 de “la Directiva”, no prevea la designación por los Estados miembros de organismos de promoción de la igualdad de trato, dadas las ventajas que su existencia reportaría para luchar contra todos los fenómenos de discriminación y en especial contra la discriminación múltiple en el empleo y la ocupación⁷⁵.

⁷¹ La normativa sólo comprende en esencia una directiva vertical (la de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico), y una propuesta de directiva que limita la protección de los grupos vulnerables por los motivos establecidos en el artículo 13 CE al ámbito del empleo y la ocupación, lo cual no les protege en otros ámbitos esenciales para su integración social como el acceso a los servicios, la educación, etc.

⁷² El valor añadido que aporta aquí la acción comunitaria es mínimo ya que, en su actual estado, reduce sus efectos al marco específico de la propuesta de directiva en el ámbito del empleo y la ocupación. Incluso esta última adolece de una perspectiva más progresista que extienda la prohibición de trato discriminatorio a las parejas de los empleados, independientemente de su sexo, y a su situación familiar, lo cual supondría una “revisión institucional” de la jurisprudencia *Grant* y a todas luces plausible.

⁷³ V. gr. la Directiva 91/308 del Consejo CEE de 10.6.1991 relativa a la prevención del uso del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

⁷⁴ En el ámbito de aplicación de “la Propuesta”, op. cit., (nota 31), deberían registrarse las decisiones sobre contrataciones, ascensos, acceso a la formación, y el resto de las condiciones laborales para demostrar la ausencia de trato discriminatorio en cada una de ellas.

⁷⁵ Fenómeno del que es plenamente consciente la Comisión cuando afirma en la propia exposición de motivos de “la Propuesta” que, [...] “frecuentemente, las desigualdades estructurales vinculadas al sexo

Paradójicamente, las mismas connotaciones negativas pueden derivarse del hecho contrario, es decir, que se reproduzca una disposición – plenamente justificable en el ámbito de aplicación material de una normativa concreta, en otra de ámbito diferente. Es el caso del artículo 4 de “la Directiva”, relativo a los requisitos profesionales esenciales y determinantes, cuyo contenido es idéntico al del artículo 4.1 de “la Propuesta”. Ambos artículos establecen, en síntesis, una excepción a la aplicación del principio de igualdad de trato cuando, debido a la naturaleza de una concreta actividad profesional o al contexto en que se lleva a cabo, se exija a la persona una característica que sea esencial y determinante para su desempeño.

A pesar de las cautelas con que deberá aplicarse esta excepción⁷⁶, no parece del todo adecuado reproducir textualmente la fórmula en “la Directiva” por cuanto los destinatarios de la obligación de no discriminar son, además de los poderes públicos, los particulares, de quien puede esperarse menos rigor a la hora de respetar dichas cautelas. Máxime si no se establece en la normativa comunitaria una relación ya que no tasada cuando menos indicativa de los supuestos en que pudiera ser lícita su aplicación⁷⁷.

Una última observación crítica para lamentar el empobrecimiento del ámbito de aplicación material de “la Directiva” que no incluye disposiciones relativas a la violencia racista y a la incitación al odio racial⁷⁸, y solo incide en el aspecto pasivo de la educación⁷⁹.

y a los roles masculinos y femeninos son aún mayores en el contexto de una doble, triple o múltiple discriminación por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el artículo 13 del Tratado.” [...] COM (1999) 565 final, op. cit., (nota 31), p. 3.

⁷⁶ El considerando decimotercero de “la Directiva” sólo la admite “en muy contadas circunstancias” y siempre que “el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”, extremo éste que también establece el último inciso del artículo 4.

El citado considerando prevé, igualmente, que las circunstancias “deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión”, pero “la Directiva” no establece ninguna referencia acerca de la tipología admisible.

⁷⁷ La Comisión ventila esta espinosa cuestión aduciendo que se inspira en preceptos similares de las legislaciones nacionales (DK, IRL, NL, UK) y en la Directiva sobre igualdad de trato de 1976 y que, en todo caso, se trata de supuestos “completamente excepcionales”, citando como ejemplos, “el caso de las personas de origen racial o étnico concreto que resultan necesarias en aras de la autenticidad de una representación teatral” (sic), o “el caso de los asistentes sociales que proporcionan sus servicios a individuos pertenecientes a un grupo étnico específico, cuya labor de asistencia personal puede ser más eficaz si ellos mismos forman parte de dicho grupo”; COM (1999) 566 final, op. cit., (nota 47), p. 8.

⁷⁸ Se habría establecido una base desde la cual abordar este fenómeno dado que en la actualidad las medidas de ejecución de la Acción común de 1996 sobre el racismo varían sustancialmente de un Estado miembro a otro; vid. Dictamen del CES de 25.5.2000, DOCE C 204 de 18.7.2000, p. 82.

⁷⁹ No se contempla el diseño de políticas pro-activas que fomentan una educación orientada hacia una sociedad multicultural y que se transmita, entre otros, a través de los medios tecnológicos que proporciona la sociedad de la información.

5. Conclusiones

Corresponde por igual al Parlamento europeo y la Comisión CE liderar esta nueva fase del discreto proceso de mutación democrática que refuerza la legitimidad de la acción comunitaria. Se trata de algo más que apuntalar la eficacia del marco normativo vigente o de próxima implantación. Es preciso también alimentar el coraje cívico de los ciudadanos de la Unión Europea mediante el fomento de una auténtica cultura de la igualdad.

Los objetivos del programa de acción comunitario de lucha contra la discriminación (2001-2006), contribuyen con algunas ideas a la creación de esa nueva atmósfera cultural, principalmente por lo que se refiere a la promoción y difusión de los valores y las prácticas que subyacen a dicha lucha⁸⁰. En idéntico sentido apunta la propuesta relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2001⁸¹, que, en consonancia con la exigencia del modelo social europeo de crear empleo de calidad, propugna la instauración de un entorno laboral más igualitario⁸².

Para evitar que estas y otras acciones de índole similar terminen siendo sólo fenómenos metajurídicos, debe impulsarse sin demora a nivel supranacional el debate pendiente de la solidaridad. Sin eufemismos que reduzcan a meras políticas redistributivas la misión que, en este sentido, tienen asignada la Unión (artículo 1 UE) y la Comunidad Europea (artículo 2 CE). Se avanzará con ello un estadio más en la evolución de la Europa de los Estados y de los pueblos hacia la Europa de los hombres (y de las mujeres).

⁸⁰ COM (1999) 567 final, op. cit., (nota 32), p. 11.

⁸¹ Propuesta de decisión del Consejo presentada por la Comisión el 6.9.2000.

⁸² Así, la directriz número 3 amplía las políticas en apoyo de una prolongación de la vida activa ya que, junto con las bonificaciones fiscales, establece medidas positivas para mantener la capacidad laboral y las competencias de los trabajadores de más edad - v. gr. introducir fórmulas más flexibles de trabajo - así como su acceso a la educación y formación complementarias, y exige la supresión de los efectos fiscales y de protección social de carácter disuasorio y la creación de nuevos incentivos para mantener su actividad laboral.

La directriz número 8 prevé a su vez instrumentos para fomentar la integración social mediante el acceso al empleo de los grupos e individuos que tienen dificultades para su obtención. Se hace, en este sentido, un especial hincapié en la necesidad de prevenir la aparición de “trabajadores pobres” y la deriva hacia la exclusión mediante la adopción de medidas como el establecimiento de “objetivos nacionales” que cubran las necesidades de las personas con discapacidad, las minorías étnicas y los trabajadores migrantes.