

LAS CAUSAS DE LA DISCRIMINACIÓN O LA MOVILIDAD DE UN CONCEPTO

MARÍA FERNANDA FÉRNANDEZ LÓPEZ

Cátedrática del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO Palabras Clave: Derechos Fundamentales, Igualdad, No Discriminación

Aborda el presente trabajo, en dos bloques principales, la construcción y evolución de los conceptos que sirven de base a la prohibición de discriminación a través de los procesos de tutela de los derechos fundamentales. Así, y de un lado, se analizan los principales tratados y declaraciones internacionales, tanto mundiales y regionales como generales o sectoriales, en los que se prevén definiciones acerca de la raza, la religión, la libertad ideológica, el sexo-género, la lengua, la posición económica, el nacimiento, la discapacidad o la edad como motivos prohibidos en los que se puede basar una desigualdad de trato, ya sea con carácter absoluto, ya relativo, en función de las restricciones de otros derechos y libertades que ello conlleva. Como conclusión principal, y fruto sobre todo de su tratamiento jurisprudencial, se colige el enriquecimiento y la movilidad de sus contenidos, más allá de su literalidad o sentido originario en el momento en que se proclamaron.

La construcción dogmática de esta primera parte sirve de base para el análisis de contraste, principalmente de las Directivas UE del año 2000, sobre igualdad y no discriminación por diferentes causas, en el sentido de verificar el estado de la cuestión en la doctrina del TJCE, así como en los textos normativos del derecho comunitario.

ABSTRACT

Key Words: Fundamental Rights, Equal, No Discrimination

The present work deals with two main aspects of fundamental rights, the construction and the evolution of the discrimination in fundamental rights tutelage. So, some of the main treaties and declarations are analyzed at an international, world-wide and regional-level, and analysed generally or by sector. Though, some definitions are included such as race, religion, ideological freedom, sex - gender, language, economic position, birth, disability, or age in which positive discrimination may occur and that could lead to unequal treatment, either absolutely or relative related to the restrictions of other rights and liberties. As main conclusion the content has been enriched and presents a sort of evolving adaptation, the judiciary treatment is beyond literacy or ordinary sense in the moment of such proclamation.

The dogmatic construction under this first part is the basis for comparison of the EU Directives from year 2000 on Equal Treatment and No-discrimination, and, in the senses, and path for verifying the status of the TJCE Doctrine as well as the EU-Law text.

ÍNDICE

1. LA ENUNCIACIÓN DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN EN LOS PRINCIPALES TRATADOS GENERALES Y PARTICULARES A ESCALA MUNDIAL O EUROPEA (EXCEPTO UE)
2. EL ALCANCE DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN ESPECÍFICAS
3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS DIRECTIVAS 43 Y 78/2000

1. LA ENUNCIACIÓN DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN EN LOS PRINCIPALES TRATADOS GENERALES Y PARTICULARES A ESCALA MUNDIAL O EUROPEA (EXCEPTO UE)

Uno de los elementos que no faltan en las definiciones de discriminación en los sucesivos Tratados internacionales que han analizado su existencia para prohibirla es, precisamente, la vinculación de la discriminación a unas causas determinadas, de modo que la conexión entre el acto peyorativo y el motivo seleccionado por el legislador es suficiente para entender prohibida esa conducta, quedando la posibilidad de justificación de la diferencia de trato limitada dentro de los márgenes del control más estricto. Es importante tener esto en cuenta, y apreciar el alcance de las valoraciones del legislador internacional e interno, para comprender el alcance de las prohibiciones que se introducen en el ordenamiento jurídico.

De ese modo, la trascendental Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) –cuyo valor en la delimitación de la prohibición no es discutible¹– enuncia como causas de la conducta prohibida, en el ejercicio de los derechos en ella reconocidos, las siguientes circunstancias diferenciadoras: Artículo 2.– *Sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.* Añadiéndose una proscricción muy propia de la época: 2.– *Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.*

El listado de causas tuvo una gran influencia: en algunos instrumentos internacionales, porque la conexión con la Declaración es notoria, sobre todo los elaborados en el seno de la ONU. De hecho, es conocido que importantes pactos “generales” incluyen una prohibición de discriminación fuertemente

¹ Sobre la evolución del concepto internacional de discriminación, sin que ello suponga eludir en más ocasiones a este origen, me remito al trabajo Rodríguez Piñero–Fernández López, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid 1986, págs. 88 y ss.

influida por la técnica empleada por la DUDH, cuyo texto en este punto reproducen sin alteraciones. Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): Artículo 2.1.— *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.* Y en una línea muy similar el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966): Artículo 2.2.— *Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Los Tratados posteriores, específicos, pese a su orientación normalmente limitada a una causa —de las manejadas en la DUDH, aunque no siempre— tienden a concretar y a explotar sus contenidos: el Convenio internacional sobre la erradicación de todas las causas de discriminación contra la mujer (1979), el Convenio internacional para la erradicación de todas las formas de discriminación por razón de raza² (1963), o el Convenio internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006), según el cual, recordando que la propia noción de discapacidad es evolutiva³, y en la línea con las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad, define el área prohibida/protegida en orden a la discapacidad, concepto que incluye *a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás* (art. 1).

En el marco de la OIT es sabido hasta qué punto el Convenio 111 es una norma clave en el devenir de la lucha contra la discriminación articulada a través de esa entidad. Pues bien en el art. 1 se puntualiza que: *a los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende, desde el punto de vista causal, las mismas circunstancias evaluadas en la DUDH: raza, sexo, religión,*

² Artículo 1.— *La discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos.*

³ Epígrafe e) de su Preámbulo.

opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Similares han sido los elencos europeos de causas de discriminación en Tratados “generales”. Para comenzar, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre (1950), en su artículo 14, reproduce buena parte de la prohibición de la DUDH, con idéntica técnica protectora del goce igual de los derechos reconocidos en el propio Tratado, pero aumenta la lista de causas prohibidas, incorporando la *pertenencia a una minoría nacional, (o) fortuna*: Prohibición de discriminación.— *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

Por su parte, la Carta Comunitaria de derechos fundamentales, de 2001, contiene una mayor lista de circunstancias que propician una discriminación (art. 21) pero, en aras de sus propios orígenes, centra el análisis con mayor detalle en la proclamación del principio de igualdad entre mujeres y hombres y en la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (art. 21.2): *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* Baste comparar el amplio precepto del art. 23⁴ frente a la casi taquigráfica proclamación de la libertad ideológica y religiosa (art. 22)⁵. Y, por supuesto, baste comparar el rango “constitucional” que a las distintas facetas de la igualdad se asigna en los textos originarios, no ya en la extinta Constitución Europea sino en los vigentes Tratados, mediante el expreso reconocimiento (art. 6), a través de una remisión, de los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2.— *La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio*

⁴ Artículo 23.— *Igualdad entre hombres y mujeres: La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.*

El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

⁵ Apartado 2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.*

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.... Una clásica doctrina del TJCE que se incorpora al derecho originario, como “disposición común” y que obviamente no enerva el reconocimiento de las igualdades clásicas de la UE: la igualdad entre hombres y mujeres y, por supuesto la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad.

Hecha la breve descripción que antecede acerca de la proclamación de la prohibición de discriminación, es posible adelantar algunas orientaciones comunes:

- a) La primera, que existe una serie de causas de discriminación que constituyen lo que podría llamarse “núcleo duro” de la prohibición, que se reiteran en cada Tratado, y que constituyen ciertamente un acervo internacional en materia de lucha contra la discriminación. Tales son las prohibiciones de discriminación por raza, sexo, religión, y opinión política.
- b) La segunda, que la lista de causas de discriminación, a nivel de Tratados, no se ha quedado varada en el modelo de la DUDH, a pesar de la indiscutible influencia que ésta ha tenido en su confección. Textos posteriores matizan: origen social, origen étnico, fortuna, ó pertenencia a una minoría nacional, lengua, etc. En otras palabras: se trata de causas que sin duda están comprendidas en el listado de la DUDH –el origen étnico, por ejemplo– pero que se van desarrollando, generando nuevos matices, en aras de los cuales llegan a ser reconocidas con el tiempo como causas diversas
- c) La tercera, que el legislador internacional es consciente de que la prohibición de discriminación se proyecta sobre realidades sociales concretas, que avanzan y se modifican. De ahí que sea necesario prever la evolución de estas sociedades y el nacimiento de nuevos motivos de victimización que deben prohibirse por lo que suponen de ataque directo a la dignidad de la persona humana. El tratamiento internacional de la discapacidad es una muestra de ello. Pero desde luego esa evolución es claramente perceptible en el marco de las cláusulas clásicas de discriminación, como veremos
- d) La cuarta, que, probablemente por lo que se lleva expuesto, la lista de causas de discriminación casi nunca es cerrada: se mantiene abierta a supuestos no previstos en que la condición o la situación social de un determinado colectivo requiera la tutela antidiscriminatoria.

Finalmente, puesto de manifiesto el consenso internacional en torno a las bases de la discriminación prohibida (ya se conciba en el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Tratado que se considere, ya se trate de un reconocimiento independiente de la prohibición, como el contenido en el Convenio 111 de la OIT), se hace preciso llenar de contenido su sentido último. Se trata de destacar cuáles son los medios para luchar contra la discriminación por cualquiera de las causas prohibidas, y la forma de prevenirlas. No son los Tratados generales los que se pronuncian sobre aspecto de la cuestión. Ha hecho falta aguardar a Tratados o instrumentos internacionales específicos, que ahondan en el sentido de cada una de las causas de discriminación. En este sentido son dos las fuentes básicas que cabe mencionar: los Tratados especializados elaborados en el marco de la ONU, y, en el plano europeo, las Directivas comunitarias, ya sean las dirigidas a la discriminación por razón de sexo, ya las dirigidas a las restantes causas de discriminación, que son las que se estudiarán en especial.

2. EL ALCANCE DE LAS CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN ESPECÍFICAS

Para el análisis de las causas específicas de discriminación utilizaremos en buena medida la referencia a los textos que las contemplan aisladamente, y propenden a darles un tratamiento jurídico diferenciado.

Por su carácter pionero en la prohibición de discriminación ha de comenzarse por la discriminación por motivos de raza o de origen étnico, quizás la más antigua de las causas de discriminación aisladas en los textos internacionales. Para evaluar el alcance de la prohibición debe partirse de la Convención de Naciones Unidas de 1966 para la erradicación de todas las formas de discriminación por este motivo, que parte de un concepto amplio de la causa de discriminación prohibida: “raza, color u origen étnico”, abriendo el camino a considerar incorporada a esta causa de discriminación la raza en el sentido más estricto (el color puede reconducirse a esta primera acepción) que comprende aquellos grupos humanos dotados de características genéticas que los singularizan y que son transmisibles por la herencia. Pero también un concepto en cierta medida cultural, que permite señalar a colectivos de seres humanos diferenciados por su individualidad cultural y social, más que por rasgos físicos específicos, que pueden aparecer relativizados. Con otras palabras “lo trascendente es la percepción de una comunidad o pueblo como distinto o ajeno y en ello los rasgos físicos –más o menos generalizables– cumplirían simplemente un

papel de identificación”⁶. De este modo, para esta doctrina “raza” más que un concepto estable sería una categoría, que agruparía “a los sujetos por razón de su comunidad de origen, real o imaginaria”, con lo que el concepto mismo se acaba disolviendo en las convicciones sociales de un momento dado, como tales modificables. Velando por una noción de raza más estable, el Director General de la OIT sostiene que “el concepto de raza se utiliza a menudo de forma abusiva respecto de comunidades lingüísticas o colectivos minoritarios cuya identidad se funda en la pertenencia a una comunidad religiosa o cultural o incluso en la ascendencia nacional”⁷, cuyas tutelas se cobijan al amparo de otras causas de discriminación, más ajustadas a su verdadera naturaleza.

En este sentido, resulta sumamente valiosa la aportación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸, que en algunas de sus resoluciones ha tenido que enfrentarse a la noción de “raza” a efectos del art. 11 del Convenio. En su importante Sentencia *Timichev–Rusia*, de 13 de diciembre de 2005 (casos 55762/00 y 55974/00), y en un caso en que el ciudadano alega que ha sido discriminado por la policía rusa por ser checheno, el TEDH sostiene que “el origen étnico o la raza son nociones vinculadas, secantes. Si la noción de raza encuentra su origen en la idea de una clasificación biológica entre seres humanos en subespecies según sus particularidades morfológicas (color de la piel, rasgos del rostro), el origen étnico se funda sobre la idea de grupos sociales que tienen en común una nacionalidad, una pertenencia tribal, una reli-

⁶ Álvarez del Cuvillo, A., “Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo” en VVAA “La igualdad ante la Ley y la no discriminación en las relaciones laborales”, MTAS, Madrid, 2003, pág. 97. Sobre la elasticidad del concepto de raza, vid., Bueno Arus, F “La discriminación racial y el Código Penal español” en Eguzkilore, número extraordinario 11/97, pág. 198.

⁷ “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean”, *Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, Ginebra, 2007, pág. 26 en nota.

⁸ La estructura y contenidos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia de discriminación es de prever que paulatinamente experimentará cambios interpretativos importantes, a la luz de lo dispuesto en el art. 1 de su Protocolo número 12 (BOE 14 marzo 2008), entrada en vigor en España 1 de julio de 2008. Pero, pese a ello, existe una sustancial continuidad en el listado de causas (parágrafos 17 y 18) de discriminación contenidas en el art. 1 del nuevo Protocolo respecto de las del art. 14 CEDH –ambos preceptos siguen conviviendo– y, sobre todo, al menos por ahora, la propia Memoria explicativa del Protocolo expone la intención de sus firmantes de adherirse a la definición de discriminación elaborada a lo largo de los años por el TEDH y, sobre todo, de mantener las causas de discriminación actualmente listadas. La inclusión de nuevas causas, aunque empiecen confesadamente a dar problemas es “inútil...ya que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva y la inclusión de cualquier motivo adicional particular podría engendrar interpretaciones a contrario indeseables relativas a la discriminación fundada en los motivos mencionados” (parágrafo 20). En ese mismo párrafo se citan como nuevas causas potenciales “la minusvalía física y psíquica, la orientación sexual, (o) la edad”.

gión, una lengua, orígenes y medios culturales tradicionales” (parágrafo 54). Asume el Tribunal, en efecto, que es posible contraponer una noción “dura” de raza, pero concluye afirmando que igualmente “la discriminación fundada sobre el origen étnico real o percibido constituye una discriminación racial” (parágrafo 56). Una noción amplia que pretende no dejar fisuras y que se enlaza con la trascendencia que se le otorga a la prohibición de discriminación por este motivo: “la prohibición general de discriminación, y de la discriminación fundada en la raza y en el origen étnico en particular...reflejan los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa”⁹.

Aceptando esta noción amplia de raza, que comprende el origen étnico, el conjunto de derechos de tutela se enuncia con prolijidad en la Convención de la ONU en torno a una serie de puntos básicos:

- proscripción de las ideologías racistas de toda clase, previniendo las mismas a través de instrumentos como la educación o la sensibilización¹⁰.

⁹ TEDH, asunto *Celniku–Grecia*, de 5 julio 2007 (n° 21449/04).

¹⁰ (8) Artículo 4 en conexión con el art. 7. En el art. 4 se dispone que: *los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.*

Por su parte, el art. 7 dispone que: *los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención.*

- reconociendo los derechos que se han de disfrutar en igualdad y sin discriminación por este motivo (art. 5), una línea amplia, paralela a los propios contenidos de la DUDH, que, en lo relativo al régimen estrictamente laboral o económico comprende derechos tales como: i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse; iii) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; iv) El derecho a la educación y la formación profesional (art. 5 e).
- y proclamando la obligación de los Estados de alcanzar estos contenidos y de reprimir aquellos actos a través de derechos instrumentales como el de tutela judicial (art. 7), previendo indemnizaciones o reparaciones “justas y adecuadas” frente al daño sufrido, con una referencia expresa a posibles medidas de acción positiva a favor de los colectivos discriminados, que tendrán justificación y serán lícitas sólo en la medida en que la discriminación se mantenga (arts. 1.4 y 2.2), y siempre que no generen un derecho desigual para las diferentes comunidades, victimizadas, que generaría una especie de ghetto normativo inadmisibles¹¹.

Casi tan interesante como el conjunto de derechos reconocidos se presenta el ámbito de las exclusiones a las normas del Convenio, que hacen referencia al derecho de los Estados miembros de establecer distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos, y por extensión a establecer las disposiciones adecuadas en materia de nacionalidad, ciudadanía y naturalización, siempre que esas mismas normas no discriminen “contra ninguna nacionalidad en particular” (art. 1.2 y 3). Nacionalidad y ciudadanía son por tanto unos conceptos en sí mismos neutrales desde la perspectiva de la discriminación por razón de raza, pero pueden ser usados con esta finalidad, de ahí su previsión específica, y su conexión con la tutela frente a aquélla. No es, sin embargo, la ONU la sede en que se ha desarrollado más el estatuto del trabajador migrante desde la perspectiva del ordenamiento de Europa occidental, a este respecto resulta crucial, como se sabe, el ordenamiento comunitario.

El Convenio mencionado no agota la virtualidad descriptiva de los comportamientos que enumera. De hecho, el Comité de Derechos Humanos y

¹¹ Véanse Actas del III Coloquio internacional del Instituto Vasco de Criminología: “1997, año europeo contra el racismo”, en Eguzkilore, Cuaderno del IVC núm. 11, extraordinario, diciembre de 1997.

el Relator en materia de discriminación racial previene contra nuevas formas de manifestación de racismo, y xenofobia que enlazan directamente con el campo de aplicación del Convenio. Respecto del panorama ideológico actual, parte de la base de que “el análisis de la tendencia ascendente de la difamación de las religiones no puede disociarse de una reflexión profunda sobre las ominosas tendencias de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia que se desarrollan en el contexto político e ideológico actual”, precisamente al hilo de la definición amplia de raza que se maneja, en la que religión puede constituir un elemento de singular importancia para dar cohesión y perfil propio al colectivo discriminado: la islamofobia, el antisemitismo, el anticristianismo son las tendencias detectadas en este informe, pero dada la sistemática acogida, creo que deben ser examinadas en relación con la religión como causa de discriminación específica.

De todo lo anterior se desprende que, en efecto, la calificación de la raza como uno de los “conceptos duros” de causas de discriminación es patente en la medida en que su mera existencia en los textos internacionales ha derivado en la interdicción de una serie de comportamientos, de manifestaciones de la discriminación en ella basados, que dan pie a la entrada de nuevas formas de discriminación, lo que exige una tarea de revisión y actualización constante del concepto que se emplea.

La discriminación por motivos religiosos e ideológicos es otra de las causas clásicas de discriminación prohibidas en todos los Tratados internacionales de forma nominada desde la DUDH, lo que pone de relieve la singular importancia del derecho vinculado a ella y su consideración como “primera libertad” en terminología norteamericana. Como primer dato a señalar ha de destacarse que, al igual que sucederá con otras causas de discriminación, ésta descansa sobre una elección del ser humano, no necesariamente sobre una característica incorporada a él físicamente, aunque puede condicionar su vida, sus costumbres y su relación con la sociedad de tal manera que, en ciertos casos, puede enlazar con otras causas más “fisiológicas” en su origen, como acabamos de ver que sucede con la raza¹².

¹² La dificultad de obtener una noción de raza mínimamente uniforme a efectos de valorar el estado de la cuestión en el plano internacional, tal como han sucedido las cosas está presente en el informe de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU GE-05-10046 (S) 140205 150205 sobre “El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación: aplicación y seguimiento cabales de la Declaración y Programa de acción de Durban”. En la Declaración (2001), apartado 2, se afirma que: 2.- *Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexas, como el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de otra índole, el origen social, la situación económica, el nacimiento u otra condición.*

Al estar vinculada la discriminación por motivos religiosos a un derecho fundamental y a sus manifestaciones básicas, la discriminación por motivos religiosos puede vincularse directamente a la pertenencia a un determinado credo o a una determinada fe, y también a sus manifestaciones exteriores, señaladamente el proselitismo y la libertad de culto. En los términos en que se ha enunciado su ámbito entre nosotros: “la religión, tal como está contemplada en los distintos textos legales, puede ser definida como creencia concerniente a lo sobrenatural, sagrado o divino y a los códigos morales, prácticas, rituales, valores e instituciones relacionadas con la misma, incluyendo todos los aspectos de la observancia y práctica religiosa”¹³. Así descrita resulta obvio que, con esta noción, se pueden proyectar las consecuencias de las creencias religiosas sobre todas las manifestaciones de la vida del individuo. Ciñendo el análisis a la realidad laboral, en principio son posibles puntos de fricción entre las manifestaciones internas o externas de la libertad religiosa y las obligaciones derivadas de la relación laboral en numerosos aspectos: el aspecto externo del trabajador; el contenido mismo de su prestación; requerimientos de descansos y jornadas determinadas para oración y culto, etc. Esta potencial colisión se tiende a suavizar a través de nociones como la de “adecuación razonable”, de origen norteamericano, que permita ajustar los requerimientos empresariales y las creencias del trabajador si no se impone al empleador una “indebida carga”¹⁴, introduciendo una noción que se encuentra también en otros textos internacionales (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 5.3, referido a las obligaciones de los Estados pero proyectado en sus efectos sobre los ciudadanos). Comoquiera que sea, la libertad religiosa, al ser concebida como un derecho fundamental autónomo, no requiere otra tutela que la propia de éste, salvo cuando el tratamiento peyorativo tiene una dimensión social, esto es, responde a corrientes sociales de represión o menosprecio, verdaderas “fobias” respecto de determinadas creencias religiosas, que generan grupos “ajenos” a los que se debe proteger especialmente

¹³ Fernández Fernández, R. y otros, *Inmigración, religión y trabajo en Andalucía*, CESA, Sevilla, pág. 17. Sobre el alcance de la libertad de religión y su protección como derecho fundamental, también contra las discriminaciones, vid. el informe de la Relatora General del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre la libertad de religión “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos y culturales, incluido el derecho al desarrollo”, GE.07-13445 (S) 170807 200807, de 20 de julio de 2007.

¹⁴ Que se produce cuando se imponen “costes superiores a los de administración ordinaria, disminuye la eficiencia en otros trabajos, infringe los derechos retributivos de otros empleados, obstaculiza la prevención en el puesto de trabajo, carga de trabajo a otros empleados...o si la acomodación propuesta entra en conflicto con otras normas o leyes”, US Equal Employment Opportunity Comisión, en la interpretación del Capítulo VII de la Civil Rights Act de 1964. Vid www.eeoc.gov/types/religion.html.

para evitar fenómenos de segregación religiosa, tan asociada a las nociones de raza o de origen étnico.

En buena medida los problemas expuestos –salvo quizás el de la adecuación razonable– pueden predicarse de la libertad ideológica, en cuanto tiene su origen en la decisión individual y se proyecta sobre la cosmovisión del individuo, señalando su papel en el seno de la sociedad y la potencial evolución de ésta. Como en el caso anterior, la libertad ideológica comprende no sólo la creencia íntima del individuo, sino también los actos de ejercicio de la misma, a través, normalmente, del recurso a otros derechos fundamentales, como las libertades de reunión, asociación o expresión. Desde la perspectiva de la discriminación, pues, no todo acto contrario a estas libertades es discriminatorio, sino en la medida en que responde a una valoración social sistemática y negativa de los grupos sociales que profesan determinada ideología. Por eso no es este el momento de hablar de las dimensiones de la libertad ideológica en relación con el ejercicio de determinadas profesiones (periodistas o medios de comunicación, por ejemplo, en combinación con la libertad de expresión e información). Sólo de recordar que las limitaciones legalmente imponibles a estas libertades se encuentran bajo una profunda sospecha en el texto de las normas internacionales que las reconocen –basta pensar en las referencias del CEDH–, como las de su Artículo 9.– *1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los terceros.*

Desde la perspectiva laboral las manifestaciones de los derechos de que se está hablando alcanzan su máxima expresión en las llamadas “empresas de tendencia”, que son cristalizaciones de las libertades religiosa y de opinión en el plano colectivo, y que plantean un supuesto de colisión de derechos de la misma raíz frente a las propias del individuo que forman parte de estos grupos. El problema de las empresas de tendencia ha tenido, sin embargo, una repercusión especial en el marco europeo, al que se remite desde ahora.

Una causa a mitad de camino de las anteriormente citadas, es la generada por los fenómenos migratorios y la eventual respuesta en los países de acogida con el temor, la ignorancia o los prejuicios que conducen a generar en torno a estos colectivos raciales, religiosos o étnicos categorías de personas sobre las que hacen especial estrago las causas comunes de discriminación. Así lo pone

de manifiesto la OIT: “los trabajadores migrantes suelen sufrir discriminaciones por su color o su raza, su religión real o supuesta o por una combinación de estos motivos, pero también pueden ser objeto de trato desfavorable sencillamente por su condición de migrantes”, un trato que, en el plano laboral se suele manifestar en forma de trabajos irregulares, especialmente sucios o penosos y en condiciones de trabajo potencialmente inferiores a las de los trabajadores nacionales. A hacer frente a esta situación dedica sus preceptos el Convenio 143 de la OIT, de 1975, ratificado por 23 países entre los que no se encuentra España. Básicamente, el Convenio se ordena en torno a tres ejes:

- la lucha contra las migraciones clandestinas y contra quienes las promuevan.
- la proclamación del derecho del trabajador migrante regular a la igualdad de trato con los trabajadores nacionales (arts. 8¹⁵ y 10¹⁶).
- y el aprovechamiento de los derechos nacidos al amparo de contratos anteriores en supuestos en que el migrante se encuentre irregularmente en un país y no sea posible la regularización de su situación (art. 9¹⁷).

¹⁵ Artículo 8.– 1. *A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo. 2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación.*

¹⁶ Artículo 10.– *Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio.*

¹⁷ Artículo 9.– 1. *Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios. 2. En caso de controversia sobre los derechos a que se refiere el párrafo anterior, el trabajador deberá tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, ya sea personalmente o por intermedio de sus representantes. 3. En caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían éstos correr con los costos de la expulsión. 4. Nada en el presente Convenio impedirá a los Miembros la concesión, a las personas que residen o trabajan de manera ilegal en el país, del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas.*

Obviamente, dado su escaso número de ratificaciones, este Convenio tiene escasa fuerza para alterar las capacidades estatales en materia de integración de los trabajadores migrantes y la tendencia a la parificación con los trabajadores nacionales. A esta escala mundial, obviamente, son las causas genéricas de discriminación las que pueden invocarse a favor de esa igualdad de ciudadanos más que de trabajadores. Por supuesto, en el ámbito de la Unión Europea el fenómeno adquiere unas connotaciones distintas. En el marco del Convenio del Consejo de Europa resultan de interés las consideraciones del TEDH en el asunto «*Syssoyeva y otras contra Letonia*», 26482/95, de 16 de junio 2005, en un caso de restricción por el Estado de los derechos de reagrupamiento familiar de los trabajadores migrantes, en el que nuevamente es el art. 8 del Convenio, y no el 14, el eje de la decisión. Según la Corte (apartado 101) “las decisiones tomadas por los Estados en materia de inmigración pueden, en ciertos casos, constituir una ingerencia en el ejercicio del derecho al respeto a la vida privada y familiar... especialmente cuando los interesados poseen, en el Estado de acogida, vínculos personales o familiares suficientemente fuertes que corren grave riesgo de ser afectados en el caso de una medida de alejamiento. Esta ingerencia afecta al art. 8”, salvo las consabidas excepciones –prevista por la ley la medida, persecución de fin legítimo, y necesidad de la misma en una sociedad democrática–.

Debe subrayarse cómo, en el marco del TEDH, es el art. 8 del Tratado, que versa sobre la tutela de la vida privada, la base normativa de la que se ha partido para el resultado favorable al reclamante, no siendo necesario, por lo general, que el Tribunal descienda a examinar la posible violación conjunta de dicho artículo y el art. 14 CEDH. Tal técnica se ha reiterado en varias causas de discriminación y de alguna manera conduce a una absorción de la prohibición de discriminación por la propia norma que consagra el derecho de que se trate. Como veremos, esta argucia interpretativa no ha sido acogida todavía en el marco del TJCE.

La discriminación por razón de sexo es de sobra conocida en el juego de la experiencia de las instituciones europeas, especialmente. Por ello no requiere una referencia pormenorizada, como necesitan otras causas de discriminación menos conocidas. Aquí sólo quiero hacer referencia a la evolución que se ha producido en torno a este concepto polivalente. Una evolución que ha tendido a superar el aspecto puramente biológico del concepto, para extenderse también a las manifestaciones “de género”, como situación social de subordinación de la mujer que posee un trasfondo cultural, no inevitable, que ha extendido notablemente los contenidos de la prohibición de discriminación, generando una multiplicidad de áreas en que combatirla, en especial, en aras de posibilitar la conciliación del trabajo y la vida familiar. Pero, siendo éstas las más conocidas manifestaciones, en el panorama internacional, la evolución del significado de

lo que sea “sexo” como causa de discriminación no se ha detenido ahí. No cabe duda de que esta evolución está asumida en nuestras sociedades, pero no lo está al menos expresamente en los instrumentos internacionales en materia de discriminación, que, por la propia fecha en que fueron redactados, no contemplaron siquiera esta posibilidad, circunscribiéndose la interdicción de discriminación a la noción fisiológica de que se acaba de hablar¹⁸. De ahí que haya sido necesario el apoyo de las instancias interpretativas que vienen adscritas al Tratado –cuando están previstas– para ampliar, a veces¹⁹, la restrictiva letra del Tratado.

En este sentido, resulta paradigmática la evolución experimentada en el marco del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, precursor de las reformas que habrían de tener lugar en el marco de la Unión Europea. El TEDH, en aras de su propia doctrina acerca de que “el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales”²⁰ tuvo desde el principio una posición neutra frente la ampliación a estas otras causas de discriminación vinculadas con el sexo, reconociendo la evolución de su doctrina a raíz de la modificación de esas circunstancias. Y ello en relación con la tutela de la intimidad de los homosexuales como manifestación de su derecho a ordenar su vida privada²¹ y sin embargo deteniéndose ante el problema de la tutela de los

¹⁸ Resulta típica la redacción del art. 1 del Convenio para la erradicación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ya viene propiciada por el propio título del Tratado: *A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menos-cabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*

¹⁹ Sobre las dificultades que se encuentran a veces estos esfuerzos, vid., en relación con la Comisión de Derechos Humanos, examinando con la orientación sexual, Chacartegui Vega, C “La tutela de la discriminación por la orientación sexual”, en VVAA: “La igualdad ante la ley...”, cit., pág. 540 en nota.

²⁰ Caso Mizzi–Malta 12 enero 2006, asunto 26111/02, FJ 132, entre otros muchos.

²¹ Asunto Smith y Grady–Reino Unido, 27 septiembre de 1999, 33985 y 33986/1999. En su párrafo 97 sostiene: « La question pour la Cour est de savoir si les attitudes négatives susmentionnées constituent une justification suffisante aux ingérences litigieuses. La Cour remarque, sur la foi du rapport du GEPH, que ces attitudes, même si elles reflètent sincèrement les sentiments de ceux qui les ont exprimées, vont d’expressions stéréotypées traduisant de l’hostilité envers les homosexuels à un vague malaise engendré par la présence de collègues homosexuels. Dans la mesure où ces attitudes négatives correspondent aux préjugés d’une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle, la Cour ne saurait les considérer comme étant en soi une justification suffisante aux ingérences dans l’exercice des droits susmentionnés des requérants, pas plus qu’elle ne le ferait pour des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, origine ou couleur différentes. » En el caso, el derecho vulnerado se conectaba con la vinculación

transexuales, que constituye un ejemplo magnífico de la tutela evolutiva que se predica del propio Tribunal y de su conexión con las soluciones mayoritariamente adoptadas en los ordenamientos de los Estados miembros²². El cambio de doctrina relativo a los transexuales tiene lugar en la importante Sentencia «*Christine Goodwin vs. Reino Unido*», de 11 de julio de 2002 (28957/95), para un caso en que la reclamante, transexual, ve denegada su pretensión de celebrar matrimonio con su pareja, al pertenecer ambos al mismo sexo, sin acceder a los derechos derivados del estado matrimonial. La doctrina de la Corte puede resumirse como sigue (párrafo 90): “sin minusvalorar las dificultades técnicas que su doctrina puede crear al estado demandado, la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. En el plano del art. 8 en particular, en que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace a la interpretación de las garantías de esta disposición, la esfera personal de cada individuo está protegida, comprendido en ella el derecho de cada uno a definir su identidad como ser humano («*Pretty c. Royaume-Uni*», n° 2346/02, § 62, CEDH 2002–III, et «*Mikuli? c. Croatie*», n° 53176/99, § 53, CEDH 2002–I). En el siglo XXI la facultad para los transexuales de gozar plenamente como sus conciudadanos del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral no podría ser una cuestión controvertida exigiendo tiempo para que se comprendan más claramente los problemas en juego. En síntesis, la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente ni a un sexo ni al otro no puede durar más”²³.

La discriminación por razón de lengua es otro de esos supuestos en que el motivo diferencial participa de elementos secantes con otras circunstancias ya mencionadas, en especial la raza y el origen étnico. Evidentemente se refiere a un colectivo de sujetos cuya peculiaridad es precisamente, entre otros elementos, la posesión de una lengua distinta de la mayoritaria, que contribuye

de los reclamantes a las FAS en Gran Bretaña. Vid. también «STEDH L y V c. Austria», 9 de enero 2003, 39392 y 39829/98, FJ 45: Les requérants se plaignent d’une différence de traitement fondée sur leur orientation sexuelle, notion qui – la Cour le rappelle – tombe sous l’empire de l’article 14 (*Salgueiro da Silva Mouta*, arrêt précité, § 28). A l’instar des différences fondées sur le sexe (*Karlheinz Schmidt*, arrêt précité, *ibidem*, et *Petrovic c. Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998–II, p. 587, § 37), les différences fondées sur l’orientation sexuelle doivent être justifiées par des raisons particulièrement graves (*Smith et Grady*, arrêt précité, § 90)”.

²² Asunto C–Francia 25 marzo 1992 (13343/87), reflejando las dudas científicas en torno a la naturaleza de la transexualidad, aunque el pronunciamiento final es favorable desde la perspectiva, no tanto de la igualdad, sino de la intromisión ilegítima en la vida privada de la reclamante.

²³ En el mismo sentido, Sentencia I–REINO UNIDO, de la misma fecha.

a dotarlos de especificidades culturales que no es lícito tomar como base para la diferenciación. “Los prejuicios en contra de los que poseen determinada lengua pueden ir desde la falta de oportunidad de aprenderla y usarla normalmente, hasta prejuicios específicos en materia de empleo, uso de medios de comunicación, etc., lo que supone tanto un *hándicap* para quien no posea a la perfección la lengua dominante, como además un deseo de privar a la persona de un elemento íntimo de identificación cultural y social”²⁴. Dicho esto, en el plano de la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, el tratamiento de la lengua como causa de discriminación ha recibido respuestas matizadas en razón de las peculiaridades del propio reconocimiento de la prohibición de discriminación en el Convenio, vinculada al ejercicio de otros derechos. Resulta característica de esta forma de operar –cada vez más utilizada– la Sentencia *sobre algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, de 23 de julio de 1968 (asuntos 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64). Se trata de una Sentencia valorada como una de las primeras en que va conformándose la jurisprudencia del TEDH en materia de discriminación, pese a que en términos generales el fallo endurece los requisitos para estimarla concurrente, aproximándose su noción a la de igualdad formal, por eso una vez más el análisis versa más sobre el derecho fundamental invocado –el derecho de los padres a escoger la lengua de enseñanza para sus hijos– que sobre la presunta discriminación existente entre la dualidad lingüística de la escuela belga. En relación con el tema de la lengua el Tribunal observa lo siguiente: primero, que “según el art. 14 del Convenio, el goce de los derechos y libertades reconocidos en aquél debe ejercitarse sin distinción alguna, fundada en la lengua” (FJ 8); segundo, que el art. 14 no tiene existencia independiente al margen de los derechos reconocidos en el Convenio (FJ 9); y tercero, que cuando “las Partes contratantes han querido reconocer a toda persona sometida a su jurisdicción derechos específicos en materia de uso de una lengua o de su comprensión, como el art. 5.2 y el art. 6.3.a) y e);...lo hubieran precisado expresamente en el texto, incluido el art. 2 del Protocolo en

²⁴ Rodríguez Piñero–Fernández López, “Igualdad...” pág. 241. Sobre la relevancia del uso del lenguaje como factor de selección y de promoción de trabajadores, vid. Solé C., Alarcón A., Terrones, A., Garzón L., “Eficiencia y discriminación lingüística en la empresa”, en REIS núm. 109, 2005, “la selección y la promoción del personal, cuando se establecen mediante criterios lingüísticos, implican formas de estratificación ocupacional por la que se ven afectados los grupos lingüísticos (pág. 32) porque “las organizaciones eligen entre idiomas alternativos el idioma de trabajo que ofrece las tasas más eficientes de creación de conocimiento y gestión en un contexto competitivo” (pág. 13), de ahí que se incremente “la brecha entre aquellos que, por medio de sus competencias lingüísticas pueden participar en una posición ventajosa de la cogenración de conocimiento en los ámbitos internacionales y aquellos que no” (pág. 32).

que se centraba el enjuiciamiento” (FJ 11). Teniendo enfrente un planteamiento que gira sobre el derecho a la enseñanza en la lengua materna de los niños –que no recoge el Protocolo– el análisis de la eventual discriminación por este motivo queda básicamente soslayado desde el momento en que la Corte estima que el derecho material citado no viene reconocido como tal, y por tanto no es preciso el estudio conjunto con el art. 14 CEDH.

Pero Sentencias posteriores llevan a la lengua como causa de diferencias ilegítimas al centro del razonamiento, al hilo del ejercicio de otros derechos. Uno de ellos, el de defensa derivado del art. 6 CEDH. Es el caso de la Sentencia *Hermi-Italia*, de 28 junio 2005 (asunto 18114/02), que analiza la invocación por el reclamante de la infracción su derecho a proceso equitativo fundada en la ausencia de un adecuado sistema de traducción que le permitiese formular su defensa en un juicio penal. Remitiendo a lo dispuesto en el art. 6 CEDH la Corte recuerda que el derecho a este sistema de traducción vulnera en efecto el art. 6.3 del CEDH atendida la naturaleza del proceso “que no se concibe apenas sin su (del reclamante) presencia” (FJ 33)²⁵.

Pero también es el caso del derecho a participar en elecciones políticas, vulnerado cuando se excluye de las listas a una candidata²⁶ que no demuestra su dominio del idioma Letón [asunto *Podkolzina-Letonia*, de 9 de abril de 2002 (46726/99)]. La Corte, nuevamente, incorpora el juicio de igualdad formal, más que una prohibición de discriminación, considerando legítima la opción estatal de aceptar sólo una lengua para los trabajos parlamentarios para facilitar el funcionamiento de éstos. Siendo razonable la diferencia de trato, sin embargo la violación del principio de discriminación se detecta en la desproporción de la medida acaecida en el caso, en que se rechaza que la candidata pudiera comparecer en las elecciones acreditando su dominio del letón a través de la totalidad de la prueba aportada por ella, y no basando el Tribunal *a quo* su resolución en la no aportación de dominio superior del letón expedido por un organismo oficial cuyas pruebas se realizaban sin adecuadas garantías (FJ 37).

Así las cosas, en el marco de los países de Europa occidental, el tratamiento de la lengua como causa potencial de discriminación se encuentra estrechamente ligado al incremento de los fenómenos migratorios, en un contexto de diferenciación por motivos complejos, que suele complicarse más por el ejercicio de las competencias de los Estados en materia de nacionalidad y ciudadanía.

²⁵ La Sentencia es interesante, además, por el resumen de doctrina que incorpora en relación con este tema: asuntos «Colozza c. Italia», sentencia 12 febrero 1985, serie A n° 89, p. 14, § 27 ; «T. c. Italia», de 12 octubre 1992, serie A n° 245-C, p. 41, § 26 ; «F.C.B. c. Italia», de 28 agosto 1991, serie A n° 208-B, p. 21, § 33 ; «Belziuk c. Polonia, de 25 marzo 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-II, p. 570, § 37, y «Sejdovic c. Italia», n° 56581/00, § 29, 10 noviembre 2004.

²⁶ Perteneciente a la minoría ruso parlante de Letonia.

La posición económica es otro de los motivos de discriminación expresamente mencionados en la DUDH que no siempre se encuentra reflejado en otros textos internacionales. A esta regla se exceptúan los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2), sin duda bajo la influencia de la propia Declaración. Y el Convenio europeo para la protección de los derechos del hombre (art. 14), si bien aparece enunciada esta causa con el término “fortuna”, que puede considerarse equivalente. Y en el TEDH se encuentran algunas resoluciones que precisan las consecuencias de esta causa de discriminación. Una larga serie de resoluciones –sintetizadas y resumidas en el asunto *Loncke–Bélgica*, de 25 de septiembre de 2007 (20656/03)– estima excesiva, desde la perspectiva del art. 6 CEDH, la ejecución provisional de una multa tributaria, ignorando el Tribunal la escasez de recursos del afectado, tesis que ha de mantenerse no ya sólo en casación, supuesto al que se refiere la Sentencia citada, sino en relación con todas las instancias. Un planteamiento éste que el Tribunal recuerda que ya ha sido objeto de enjuiciamiento en otras resoluciones, en especial frente a Francia²⁷. La perspectiva de requisitos de acceso a la justicia contemplada desde el plano de la escasez de medios de fortuna del reclamante es también la base de una de las primeras Sentencias en la materia, el caso «*Airey–Irlanda*», 9 octubre 1979 (6289/73). Y tanto en éste como en los demás casos, no es la fortuna como causa de discriminación en sí considerada, sino su impacto sobre la efectividad de la respuesta procesal.

La discriminación por nacimiento puede tener una doble aproximación²⁸, una primera, referida a la pertenencia originaria a castas o grupos sociales marginados, con lo que esta causa específica enlaza con las referencias internacionales al origen social como causa de discriminación. Desde una perspectiva estrictamente laboral, sostiene la OIT que “hay discriminación basada en

²⁷ “46. La Cour rappelle qu’elle a déjà examiné, à plusieurs reprises et surtout dans le cadre d’examen des requêtes françaises, la question de savoir si une mesure de retrait du pourvoi du rôle de la Cour de cassation française ou de refus de réinscription prononcée en application de certains articles du code de procédure civile, était susceptible de restreindre l’accès à un tribunal ouvert à un individu d’une manière ou à un point tel que le droit s’en trouve atteint dans sa substance même (voir notamment, *Annoni di Gussola et autres c. France*, n° 31819/96 et 33293/96, § 53, CEDH 2000–XI; *O’Neil c. France* (déc.), n° 40869/98, 9 janvier 2001; *Mortier c. France*, n° 42195/98, §§ 36–37, 31 juillet 2001; *Sté Matrot c. France*, n° 43798/98, 13 décembre 2001; *Pages c. France*, n° 50343/99, 25 septembre 2003; *Bayle c. France*, n° 45840/03, 25 septembre 2003; *Durreche c. France* (déc.), n° 59521/00, 7 septembre 2004; *Carabasse c. France*, n° 59765/00, 18 janvier 2005; *Cour c. France*, n° 44404/02, 3 octobre 2006; *Ong c. France*, n° 348/03, 14 novembre 2006; *Marcos Irlas c. France* (déc.), n° 29423/03, 7 juin 2007)”.

²⁸ Rodríguez Piñero–Fernández López, “Igualdad...”, pág. 195.

el origen social cuando, por su clase, categoría socio-profesional o casta, se deniega a una persona la posibilidad de llevar a cabo ciertas actividades económicas o cuando se le ofrecen sólo determinados empleos... el tener un origen social determinado es aún una traba importante a la igualdad de oportunidades no sólo en las sociedades muy jerarquizadas, sino también en aquéllas en que la estratificación se atenúa”²⁹.

En el marco europeo la noción de nacimiento está más vinculada, sobre todo, en la jurisprudencia del TEDH a las distinciones fundadas en la filiación, y a su impacto sobre el status jurídico del sujeto. Ya en la sentencia *Marckx* el TEDH sostuvo que el “derecho a la vida familiar... implica que, dentro de ciertos límites, y para permitir el desarrollo de la vida familiar el Estado debe evitar cualquier discriminación basada en el nacimiento en el sentido de filiación legítima o ilegítima”³⁰, a la luz de Convenios específicos en el ámbito internacional –muy especialmente de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del Niño o el Convenio europeo sobre los derechos de los niños nacidos fuera del matrimonio, de 1975³¹–, pero sobre todo a la luz de la evolución de los ordenamientos de los países miembros del Consejo en relación con esta materia en el sentido de equiparar derechos de los ciudadanos con independencia de su filiación. El problema, sin embargo, se sigue presentando, y el TEDH sigue sentando la doctrina *Marckx*, por ejemplo, en el caso «*Mazurek–Francia*», de 1 de febrero de 2000 (34406/97), para un supuesto de diferencia entre los derechos sucesorios de hijos naturales y adulterinos, pues “sólo razones muy fuertes podrían llevar a estimar compatible con la Convención una distinción fundada en el nacimiento” (FJ 49).

La ya mencionada conexión de las diferencias por razón de nacimiento con el derecho a la vida privada del art. 8 del CEDH ha provocado uno de los giros más originales en el tratamiento del nacimiento como causa de discriminación. En efecto, la ha ido alejando de las diferenciaciones entre sujetos por su nacimiento a otros aspectos no asociados a una diferencia de trato, sino, por ejemplo, a la eventual relación del hijo nacido con sus padres biológicos. Así, ha cubierto la pretensión del reclamante de investigar, en un caso de adopción, su familia biológica en el caso «*Odievre–Francia*», 13 febrero de 2003 (42328/98), siempre que el derecho no se conciba en términos absolutos y la legislación establezca un adecuado equilibrio entre el derecho del adoptado a conocer su origen y el de la madre a salvaguardar su vida privada. Y derivando

²⁹ Informe del Director General “La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean...”, cit., pág. 38.

³⁰ Rodríguez Piñero–Fernández López, cit., pág. 192.

³¹ Por cierto, no ratificado por España.

con cierta rapidez a la tutela, en aras del art. 8 del CEDH, del derecho de investigación de la paternidad³² incluso en casos de inseminación artificial³³. O a proteger el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos nacidos fuera del matrimonio a tener visitas con su hijo, derecho que sí se reconoce a los padres separados [«*Sahin-Alemania*», 11 octubre 2001 (30943/96)]. Creo que esto sólo es posible entendiendo que “nacimiento” es, para el TEDH en esta segunda línea, status de la relación paterno-filial, de cuya garantía de igualdad no sólo gozan los hijos, sino también los padres.

La discapacidad es ciertamente una causa de discriminación emergida en el acervo internacional, pero el creciente interés por ella ha compensado esta inicial desatención. En esta línea resulta fundamental el Convenio elaborado en el seno de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, así como su Protocolo facultativo³⁴. Se trata de una norma que se alinea con experiencias anteriores de la ONU de concentrarse en causas concretas de discriminación a través de Tratados específicos, y que tiene una considerable extensión, a la que ha de añadirse la experiencia, también a nivel ONU, de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, de 1993, no vinculantes, pero que abrían el camino a un compromiso mayor en el seno de la organización internacional.

Una primera, e importante, función del Convenio es la definición del término “discapacidad”, que en buena parte resulta de la refundición de los significados que a la “discapacidad” y a las “minusvalía” reconocían las normas de 1993. En este momento, el art. 1.2 de la convención define a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”. Un primer paso definitorio que tiende a deslindar el concepto de la “enfermedad”, invalidante por sí misma, pero, en principio no generadora de discapacidad hasta que la deficiencia física, mental, intelectual o sensorial generada por ella se haya estabilizado.

La tarea esclarecedora del Convenio no se agota en la definición de discapacidad. También se extiende a la propia definición de discriminación por este motivo, de modo que “por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el

³² «MIKULIC-CROACIA», asunto 531176/99.

³³ «X, Y, Z-GRAN BRETAÑA», 22 abril 1997.

³⁴ Ambos ratificados por España, Inst. Rat. 30 marzo 2007, BOE 21 de abril; así como el Protocolo Facultativo, Inst. Rat. De la misma fecha, BOE 22 abril.

reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas la denegación de ajustes razonables³⁵, que se definen como “(las) modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran para un caso en particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2). Claro es que con una extensión material como la que se propone, sólo podemos hacer referencia a la dimensión laboral del Convenio.

La norma proclama, entre sus principios generales (art. 3) la “no discriminación” (apartado b); la “igualdad de oportunidades” (apartado e); la “igualdad entre el hombre y la mujer” (apartado g), de modo que los Estados firmantes deberán comprometerse (art. 4) a adoptar las medidas de toda índole necesarias, desde una perspectiva transversal³⁶, para “que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad”. Y, en relación con los derechos económicos, sociales o culturales, a “adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos” (art. 4.2). Los arts. 24.3 –formación–; 25 –salud–, 26 –habilitación y rehabilitación–; 28.2.e) –adecuado nivel de vida y protección social– constituyen un conjunto de preceptos próximamente referibles a instituciones laborales, que tienen como referente directo de sus normas al Estado parte en el Convenio. Hasta cierto punto es parecido el enfoque del art. 27, dedicado monográficamente al trabajo y el empleo, que diseña una amplia serie de objetivos y las políticas públicas en materia de promoción de los derechos de los discapacitados, vinculando la creación directa de empleo al sector público (art. 25.1.g), en tanto que en el sector privado ha de operar la promoción, si es necesario a través de “programas de acción afirmativa” (art. 25.1.h), y el control por los poderes públicos, cuando se haga necesario, de que “se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo” (art. 25.1.f).

³⁵ El art. 5 del Convenio desarrolla este principio en términos claramente relacionados con los empleados en otros Convenios específicos de la ONU, en especial cuando, en su apartado 3, sostiene que *no se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.*

³⁶ Art. 4.1.c): *tener en cuenta en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad.*

Finaliza el Convenio estableciendo la creación de organismos específicos de análisis y control de su cumplimiento, fuertemente condicionados en sus competencias por la posibilidad de oponerse a este control activo por parte de los Estados miembros.. Pendiente de entrada en vigor hasta la ratificación por un mínimo de 20 Estados miembros de la ONU, se abrió a la firma el 30 de marzo de 2007.

Todo este conjunto de medidas hacen frente a un diagnóstico sin duda sombrío. Según la OIT: menor nivel formativo; discriminaciones retributivas cuando acceden al empleo y, sobre todo, discriminación en el momento de la contratación, de modo que “en Europa, una persona entre 16 y 64 años de edad tiene el 66% de posibilidades de encontrar empleo. Esta tasa desciende al 47% en el caso de las personas con una discapacidad moderada y a un 25% para las que tienen discapacidades graves”³⁷, en aras de una valoración de las personas discapacitadas como improductivas, o costosas en el caso de que accedan al empleo³⁸.

A escala europea –excepción hecha de la UE– la doctrina del TEDH ha tenido muy pocas ocasiones de pronunciarse sobre este tema al no existir la discapacidad como causa de discriminación reconocida expresamente en él. No falta, sin embargo, la referencia a la tutela de los discapacitados y a la acción desarrollada en el ámbito del Consejo de Europa para fortalecer la argumentación a favor de un reclamante que había visto denegado su derecho a una pensión de invalidez por razón de nacionalidad y residencia en territorio francés [asunto³⁹ «*Koua Poirrez c. Francia*», de 30 septiembre de 2003 (40892/98)].

³⁷ Informe Director General de la OIT, “Discriminación en el trabajo...”, pág. 49.

³⁸ En efecto, como se ha dicho, “la entrada y permanencia en el mundo del trabajo presenta para las personas con discapacidad múltiples dificultades... con especial incidencia en los de mayor edad y las mujeres”, que se enfrentan, desde luego, a barreras físicas, pero también a barreras “de índole psicológica: reticencias, cuando no manifiestos prejuicios, de los empleadores a la hora de contratar a estas personas y falta de motivación y orientación de las propias personas con discapacidad”, Cabra de Luna, M.A., “Discapacidad y asuntos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias: Algunas consideraciones en materia de protección social”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 50, pág. 31.

³⁹ “39. De l’avis de la Cour, le fait que le pays d’origine du requérant n’a pas signé une telle convention, alors même que le requérant s’était vu attribuer une carte d’invalidité, qu’il résidait en France, qu’il était fils adoptif d’un citoyen français résidant et travaillant en France et, enfin, qu’il avait préalablement bénéficié du RMI, ne saurait justifier, en soi, le refus de l’allocation litigieuse. S’agissant en outre d’une allocation destinée à une personne souffrant d’un handicap, la Cour renvoie également, à titre indicatif, au texte de la Recommandation du Comité des Ministres n° R (92) 6, adoptée le 9 avril 1992 (paragraphe 27 ci-dessus), qui vise à la mise en place d’une politique et de mesures adaptées pour les personnes handicapées, ainsi qu’aux conclusions du Comité européen des droits sociaux (paragraphe 29 ci-dessus)”.

La evaluación de la proporcionalidad de las prestaciones por minusvalía de un hijo en un caso de modificación normativa es el interesante tema sobre el que versa la STEDH «*Draon–Francia*», 6 octubre 2003 (1513/2003), pero, como en el caso anterior, el razonamiento no es básicamente antidiscriminatorio, sino referido al protocolo 1, art. 1 del Convenio, de tutela básicamente de la propiedad.

La edad es una causa de discriminación correctamente valorada por la OIT como “forma de discriminación recién reconocida”⁴⁰ –de hecho, en el plano de las grandes declaraciones de derechos asociados a la prohibición de discriminación, la primera mención al respecto se contiene en la Carta comunitaria de Derechos Fundamentales, art. 21.2–. Una discriminación emergente que, paradójicamente, puede tender a desplegar sus efectos en torno a los dos extremos de la pirámide: las personas más jóvenes y las de mayor edad. Y ambas caras del problema tienen una repercusión muy especial en el marco estrictamente laboral, al que conviene ceñirse dado el carácter general de los derechos que garantizan el adecuado tratamiento de jóvenes y mayores en todos los ámbitos de la vida. En el plano laboral es manifiesta, por una parte, la incidencia negativa en los jóvenes de la situación de desempleo, así como, en su caso, de empleo precario o mal remunerado, muchas veces al hilo de la creencia de que la precarización del empleo es la respuesta adecuada para hacer frente al paro juvenil. En efecto, en su “Informe sobre las tendencias mundiales del empleo juvenil”, de 2006, la OIT ya señalaba que los jóvenes tenían tres posibilidades más que los adultos de quedarse sin empleo, demostrando una especial vulnerabilidad frente al desempleo que no siempre fue adecuadamente valorada⁴¹.

También el desempleo crece en relación con los trabajadores de edad avanzada, fundándose para ello en creencias sobre su menor rendimiento, su obsolescencia profesional o su frágil salud, apenas resueltas en la Recomendación 162 de la OIT sobre trabajadores de edad, orientada a la promoción del empleo de estos trabajadores y a la promoción de la igualdad y no discriminación en el empleo, si bien dentro del nulo efecto vinculante de este instrumento.

Paradójicamente, en el marco de las políticas de empleo, bajo el impulso de la OCDE, la inclusión de estos trabajadores, jóvenes y mayores constituye un objetivo conveniente en el marco de una política de empleo insertada en la lógica del *workfare*, y no del subsidio y la expulsión del mercado de trabajo. Como veremos, ése es también el camino por el que se orienta la acción de la UE en el plano laboral.

⁴⁰ Director General de la OIT, “Discriminación en el trabajo...”, pág. 42.

⁴¹ Informe Director General OIT, “Discriminación en el trabajo...”, pág. 42.

3. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LAS DIRECTIVAS 43 Y 78/2000

Como ha quedado dicho, el principio de igualdad en el marco de la UE ha sido, hasta cierto punto, una punta de lanza de reconocimiento de derechos de las personas en un marco originariamente muy escorado hacia planteamientos economicistas. Es lo que ha sucedido, muy marcadamente en relación con la libertad de circulación de trabajadores –y el básico principio de no discriminación por razón de nacionalidad de los migrantes comunitarios⁴²–, y en relación con el sexo⁴³ como causa de discriminación, que, como es sabido, han generado una amplia serie de resoluciones judiciales y de normas comunitarias que definen con un alto nivel de detalle el alcance de esos derechos.

Por ello, para eludir la reiteración de conceptos de sobra conocidos ceñiremos nuestro análisis al impacto que, desde el plano de un reconocimiento más general del principio de igualdad, han tenido las Directivas a que se refiere el título, y en especial a la delimitación de las causas de discriminación prohibidas y a las peculiaridades que plantea la norma comunitaria en el marco internacional que se acaba de describir.

Pese a que ese sea el objetivo de este trabajo, sería erróneo un planteamiento que tratara de hacer tabla rasa de las vicisitudes reguladoras e interpretativas en el marco de las causas de discriminación por sexo o nacionalidad comunitaria. De hecho, es imposible prescindir de ellas si se tiene en cuenta

⁴² Con su compleja evolución hacia un derecho limitado de residencia. Vid. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. En especial, su art. 24: “Igualdad de trato.– 1. Con sujeción a las disposiciones específicas expresamente establecidas en el Tratado y el Derecho derivado, todos los ciudadanos de la Unión que residan en el Estado miembro de acogida en base a la presente Directiva gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales de dicho Estado en el ámbito de aplicación del Tratado. El beneficio de este derecho se extenderá a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, durante los primeros tres meses de residencia o, si procede, el período más largo establecido en la letra b) del apartado 4 del artículo 14, el Estado miembro de acogida no estará obligado a conceder el derecho a prestaciones de asistencia social, ni estará obligado, antes de la adquisición del derecho de residencia permanente, a conceder ayudas de manutención consistentes en becas o préstamos de estudios, incluidos los de formación profesional, a personas que no sean trabajadores por cuenta ajena o propia, personas que mantengan dicho estatuto o miembros de sus familias”.

⁴³ Desde el pleno reconocimiento de la paridad salarial en el art. 119 del Tratado de Roma.

hasta qué punto esa tarea previa de la Comunidad en su conjunto ha condicionado el régimen de las Directivas de 2000 y el alcance de los derechos que a su amparo se contienen.

Para comenzar la tarea impuesta hay que partir de la tendencia a la expansión del alcance del principio de igualdad en el marco del derecho originario desde la proclamación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales, en 1989, a la que expresamente remite el art. 136 del Tratado⁴⁴, que se refiere evidentemente a la igualdad entre hombres y mujeres, pero que incorpora otras manifestaciones de interés proyectadas sobre colectivos tendencialmente discriminados, en especial los trabajadores de edad avanzada y los minusválidos. Se trata sin embargo de una referencia enfocada desde la perspectiva de su protección social más que desde la igualdad propiamente dicha. De este modo, la verdadera expansión se produce con la incorporación de la Carta de derechos fundamentales en el Tratado de Niza, en 2001. Como ya se expuso más arriba, la Carta dedica uno de sus capítulos –el III– a la “Igualdad”, y bajo esta rúbrica comprende una serie de pronunciamientos no del todo homogéneos: la proclamación de la igualdad ante la ley (art. 20); y la prohibición de discriminación. Tras una casi exhaustiva lista de circunstancias prohibidas de discriminación, se añade que “dentro de la finalidad de aplicación del Tratado que establece la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión, y sin perjuicio de las particulares previsiones de estos Tratados, estará prohibida cualquier discriminación por razón de nacionalidad” (art. 21). El art. 22 de la Carta extrae parcialmente una consecuencia de esta serie de prohibiciones: la diversidad cultural, religiosa y lingüística como bien a respetar por la Comunidad; el art. 23 asume en este marco la proclamación de la igualdad entre hombres y mujeres, perfeccionado en su redacción e incorporando una referencia a medidas protectoras específicas que serían especialmente necesarias de cara a una jurisprudencia poco complaciente en este sentido. El art. 24 se centra en los derechos del niño, claramente ajenos al tenor literal y sistemático de este apartado de la Carta, y parecidamente hace el art. 25 en relación con los derechos de las personas mayores –referida al derecho de los mayores a “llevar una vida de dignidad e independencia y a participar en la vida social y cultural”–. Finalmente, el art. 26 asume la misma orientación protectora de las personas

⁴⁴ *La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.*

discapacitadas a ver respetados sus derechos a beneficiarse “de medidas establecidas para asegurar su independencia, su integración social y ocupacional y su participación en la comunidad”. En este último grupo de preceptos, pues, se encuentra un grupo de sujetos protegidos cuya protección no consiste precisamente en prohibir la discriminación, sino en ser promocionados para evitar su exclusión social y cultural. Sin duda se trata de objetivos de igualdad sustancial vinculados a la prohibición de discriminación, pero habrá que estar de acuerdo en que se enuncian de una forma deficiente, al soslayar el vínculo técnico con ésta, en la que encuentran su base.

En este ámbito, y al amparo de las previsiones del Tratado (art. 6), que basa la Unión en los principios de “libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH (y)...tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario”⁴⁵, y como corolario de varias iniciativas europeas contra el racismo y la xenofobia, de las que da cumplida muestra el Preámbulo de la Directiva, se elabora la Directiva 43/2000 del Consejo, de 29 de junio, cuyo objetivo es aplicar “el principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico”.

Con evidente realismo, la Directiva se describe a sí misma como “un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico” (art. 1), dando por sentado el reconocimiento previo y a otro nivel de esos derechos. Este matiz lo realizaría con todo acierto la doctrina sentada en el caso *Mangold*, dictada en relación con la Directiva 2000/78, por lo que remitimos a ella su análisis, no sin afirmar que también para la Directiva 2000/43 son extensibles los términos del razonamiento judicial. Con todo, se trata de una deficiencia, pero comprensible en el marco de la remisión al CEDH y a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, donde esa tarea, con mayor o menor dificultad, se ha ido llevando a cabo durante decenios. Y se trata, además, de ampliar el objetivo perseguido, no restringiéndose a las dimensiones del empleo y la ocupación (como se hace en la Directiva 78/2000), sino abarcando a otros aspectos de integración social de los colectivos victimizados por esta causa de discriminación aunque, claro está, sin descuidar la dimensión laboral de ese problema de integración, que se hace patente también en otras políticas de la UE, señaladamente en materia de empleo⁴⁶. Así las cosas, las pautas reguladoras de la Directiva pueden sintetizarse como sigue:

⁴⁵ Invocación expresa contenida en el párrafo 2 del Preámbulo.

⁴⁶ Decisión 2005/600 del Consejo, de 12 de julio, en especial Directices 16 y 19. En esta última se hace expresa referencia a la necesidad de “asegurar unos mercados de trabajo inclusivos, aumentar el atractivo del trabajo y hacer que el trabajo sea remunerador para los solicitantes de empleo, entre ellos las personas desfavorecidas”.

- a) la amplitud de su ámbito de aplicación que se manifiesta, al menos, de dos formas básicas
- i) la aproximación a la causa prohibida de discriminación –la raza o el origen étnico de la normativa internacional– a través de sus resultados: el fenómeno del racismo y la xenofobia. Se trata de un paso original que, además de la prohibición de la discriminación por razón de raza, permite sin dificultad la persecución de aquellas ideologías que mantengan las bases teóricas que justifican el menosprecio de colectivos raciales, o que impulsan acciones sociales de persecución y agresión de los sujetos encarados por la Directiva. El eco de las legislaciones de algunos Estados miembros se hace patente aquí, con un significado claramente prohibitivo
 - ii) la referencia universal a todas las razas o colectivos discriminados tiene, sin embargo, su sede en una organización que no ha logrado todavía elevar la libertad de circulación fuera del marco económico en que esa libertad fue concebida. En ese sentido, la diferencia de trato por motivos de nacionalidad que se ampara respecto de los ciudadanos de países terceros, para entrar y permanecer en un país de la UE y del EEE puede coincidir en algunos aspectos con colectivos racialmente caracterizados, entrando en colisión con esa estructura. La duda que esta cuestión plantea pretende ser resuelta en el art. 3.2 de la Directiva, con una terminología rigurosa: “la presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad, y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas”. La nacionalidad se superpone a la raza aparentemente, de modo que es susceptible de justificar diferencias de trato que en otro contexto ciertamente no serían permitidas, pero la afirmación inicial –“la presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivo de nacionalidad”– no puede ser entendida sin el inciso siguiente: la autorización se desarrolla en el marco de la libertad de circulación de nacionales de terceros países y los límites que pueden serles impuestos en la entrada y permanencia en un país comunitario⁴⁷. Al margen de esta exclu-

⁴⁷ Sobre la relación entre ambos ámbitos competenciales, vid. Conclusiones del Abogado General en asunto *Jia*, cit. “26.– Tal y como sucedió en el asunto *Akrich*, el caso de la Sra. *Jia* revela la tensión básica inherente a la situación jurídica de los nacionales de países terceros que

sión instrumental es claro que en las condiciones de vida y trabajo de esos colectivos juega la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad⁴⁸. Y así se desprende del propio Preámbulo de la Directiva 2003/109, de 25 de noviembre (parágrafo 5) estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que excluye la posible discriminación por motivos de raza en referencia a este colectivo, deslindando en la medida de lo posible las nociones raza-libertad de circulación⁴⁹. Obviamente, no se

son miembros de la familia de un ciudadano de la Unión Europea. Esta tensión se deriva, por una parte, de las competencias de los Estados miembros en materia de inmigración (arts. 2 y 3 TCE) y, por otra parte, de las disposiciones comunitarias sobre libre circulación de personas dentro de la Comunidad. La competencia de los Estados miembros en materia de inmigración implica que la primera admisión en su territorio o en el territorio de la Unión Europea de un nacional de un país tercero está supeditada a un examen previo de sus circunstancias particulares. Sin embargo, el Derecho comunitario en vigor sobre la libre circulación de personas garantiza los derechos de entrada y residencia al cónyuge y a algunos otros miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea que ejercitan su derecho a la libre circulación dentro de la Comunidad, sea cual fuere la nacionalidad de estos familiares⁷.

⁴⁸ Vid. la extensa argumentación del Abogado General presentada el 26 de abril de 2006 en el caso «*Yunying Jia*», asunto C-105. En las que se ponen de manifiesto las distorsiones generadas por la restricción súbita de los derechos de reagrupación familiar en la Sentencia «*Hacene Akrich*», de 23 de septiembre de 2003 (C-109/01).

⁴⁹ Artículo 11.— Igualdad de trato.— 1. *Los residentes de larga duración gozarán del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a lo siguiente: a) el acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena y por cuenta propia, siempre y cuando éstos no supongan, ni siquiera de manera ocasional, una participación en el ejercicio del poder público, y las condiciones de empleo y trabajo, incluidos el despido y la remuneración; b) la educación y la formación profesional, incluidas las becas de estudios, de conformidad con la legislación nacional; c) el reconocimiento de los diplomas profesionales, certificados y otros títulos, de conformidad con los procedimientos nacionales pertinentes; d) las prestaciones de la seguridad social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional; e) los beneficios fiscales; f) el acceso a bienes y a servicios y el suministro de bienes y servicios a disposición del público, así como los procedimientos para acceder a la vivienda; g) la libertad de asociación y afiliación y la participación en organizaciones de trabajadores o empresarios o en cualquier organización profesional, incluidos los beneficios que tal tipo de organización pueda procurar, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en materia de orden público y de seguridad pública; h) el libre acceso a la totalidad del territorio del Estado miembro de que se trate, dentro de los límites impuestos por la legislación nacional por razones de seguridad.* 2. *En relación con lo dispuesto en las letras b), d), e), f) y g) del apartado 1, el Estado miembro de que se trate podrá restringir la aplicación de la igualdad de trato a los casos en que el lugar de residencia habitual o de inscripción del residente de larga duración, o de los miembros de su familia para los que se solicitaren las prestaciones o beneficios, se halle en su territorio.* 3. *Los Estados miembros podrán restringir la igualdad de trato con sus nacionales en los casos siguientes: a) los Estados miembros podrán mantener restricciones al acceso al empleo como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia cuando, de conformidad con la legislación nacional o comunitaria vigente, dicho acceso esté reservado a los nacionales o a los ciudadanos de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE); b) los Estados miembros podrán exigir*

encuentra concernido el régimen de trabajadores beneficiarios de libertad de circulación, vid. Di 2004/38 del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril.

- b) Importante resulta también, a la hora de delimitar los rasgos básicos de la Directiva mencionar el área material implicada en la prohibición de discriminación, que, como se ha dicho, va más allá del empleo o la ocupación para interferir en el conjunto de ámbitos enunciados en el art. 3: además del acceso al empleo y a las condiciones de trabajo; el acceso a la formación y orientación profesionales; la afiliación y participación en organizaciones de trabajadores o de empresarios o “en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”; la protección social, incluyendo la Seguridad Social y las prestaciones sanitarias; las ventajas sociales; la educación y el acceso a bienes y servicios. Un conjunto de ámbitos que, por lo demás, reproduce el elenco contenido en la Directiva 2003/109 citada, parece, extendiendo al conjunto de derechos previstos en ésta la prohibición de la discriminación por razón de raza.

Enunciado el ámbito de la Directiva, su contenido tutelar es claramente tributario de la experiencia de la UE en materia de discriminación por razón de sexo: el concepto y la tipología de la discriminación prohibida (art. 2). Peculiar resulta la definición del acoso –que abarca exclusivamente a la dimensión del acoso moral, quedando la del acoso sexual bajo el amparo directo de las Directivas sobre discriminación por razón de sexo–. Y de sumo interés el recordatorio de que la discriminación no se agota en los actos cometidos por un determinado sujeto, sino también en los casos en que ésta tenga su origen en órdenes de discriminar, con lo que se amplía el círculo de responsables de las conductas discriminatorias.

A continuación se admite la posibilidad de recurrir a la raza en casos en que ésta sea elemento determinante de la aptitud para desarrollar un determinado trabajo, siendo el fin legítimo y el requisito proporcionado (art. 4); la admisión de la licitud de la acción afirmativa a favor de las personas protegidas (art. 5);

que se acredite un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y la formación. El acceso a la universidad podrá supeditarse al cumplimiento de requisitos previos educativos específicos. 4. Los Estados miembros podrán limitar la igualdad de trato a las prestaciones básicas respecto de la asistencia social y la protección social. 5. Los Estados miembros podrán permitir el acceso a prestaciones adicionales en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. Asimismo, los Estados miembros podrán decidir que se otorgue igualdad de trato en ámbitos no considerados en el apartado 1”.

la obligación de los Estados de disponer procedimientos adecuados para exigir el cumplimiento de los derechos proclamados en la Directiva, incluida la posibilidad de acción en el proceso de organizaciones que ostenten un interés legítimo en la materia “en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización” (art. 7); las reglas sobre carga de la prueba, limitadas en todo caso en relación con el proceso penal, y facultativamente para los Estados en “los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos judiciales o a otro órgano competente” (art. 8); la garantía de indemnidad contra represalias (art. 9); el fomento del diálogo social para promover la aplicación del principio de igualdad por vías distintas de las normas estatales (art. 11); el diálogo con las organizaciones no gubernamentales para promover la igualdad (art. 12). Y, globalmente, el carácter mínimo de sus normas, que autoriza a los Estados a establecer condiciones más favorables (art. 6). El resto del articulado está encaminado al control de aplicación de la Directiva que, junto a las instancias comunitarias –enlazando con el papel del Observatorio Europeo contra el Racismo y la Xenofobia, operante desde 1997, y dirigido a actividades de estudio, difusión y sugerencias de la situación comunitaria en este concreto aspecto, a través de los sucesivos Informes anuales–, debe complementarse con la creación en los Estados miembros de organismos específicos de promoción de la igualdad de trato (art. 13). En este contexto importa destacar la norma dedicada a la libertad del Estado para establecer las reacciones frente a las medidas racistas o xenófobas, recordando que “dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 15), en una fórmula que se ha hecho familiar en las Directivas contra la discriminación por razón de sexo.

Resulta de sumo interés destacar hasta qué punto la Directiva sobre raza tiene un significado –que comparte con la Directiva 2000/78– específico de desplazar a esta causa de discriminación no sólo una regla o conjunto de reglas escritas en el marco de un texto normativo, sino todo un acervo elaborado en torno a otra causa de discriminación, donde se han elaborado los conceptos básicos y de donde se pueden extraer pautas interpretativas de valor incalculable para entender el alcance de la Directiva. La Directiva 43/2000, ciertamente, no realiza ningún acto de remisión a las Directivas de discriminación por sexo, ni declara supletorias sus normas para las eventuales lagunas que presente. Pero, como se ha puesto de relieve en el marco de la jurisprudencia comunitaria, estamos en un nivel en que se manejan conceptos comunitarios, en los que la libertad de disposición del Estado se encuentra, por ello mismo, limitada. Conceptos como el de discriminación, discriminación indirecta, acoso, reglas como las de carga de la prueba son hoy un patrimonio europeo en la lucha contra la discriminación que se ha de entender

extensible a todas las causas en que se manifieste y no sólo en el sexo, aunque se afinaran ahí⁵⁰.

Presenta una estrecha conexión con la finalidad perseguida por la Directiva 43/2000 el esfuerzo de la UE por hacer del mercado de trabajo un mercado “inclusivo”, en que tengan cabida los colectivos desfavorecidos por la discriminación, y los esfuerzos políticos destinados a propiciar la integración social de colectivos definidos, más que por la raza en sentido estricto, por sus características culturales o sociales, con una atención especial al colectivo gitano⁵¹, la minoría étnica más numerosa de la UE, con problemas agravados en su dimensión por la ampliación a 25. Se trata, además de un esfuerzo coordinado en todas las políticas orientadas a la integración social de estos colectivos y otros racialmente caracterizados⁵². Y presente en el marco de la decisión del Consejo 2000/750, de 27 de noviembre por la que se establece un programa comunitario de acción para luchar contra la discriminación (2001–2006) en que se presta también una especial atención a la integración de las minorías raciales o étnicas.

La Directiva 78/2000 del Consejo, de 27 de noviembre, se encuentra claramente cortada por el mismo patrón que ha caracterizado la Directiva 43/2000, en ese sentido parte de la proclamación en el marco de la UE de la vigencia de los derechos humanos en la forma de reconocimiento del CEDH y de las tradicionales constitucionales comunes de los países miembros. Por eso el preámbulo de la norma dedica una extensa parte a las justificaciones teóricas de lucha contra la discriminación en el marco de la UE, extendiendo el ámbito de la prohibición a los “motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual” (art. 1) que, junto a la raza y el género, integran un elenco de causas de discriminación perfectamente coherente con los antecedentes que invoca, aunque no agote todos los supuestos de la propia Carta Comunitaria de derechos fundamentales, quedando al margen causas de discriminación consolidadas en el plano internacional (la propiedad, el nacimiento o

⁵⁰ El principio de no discriminación por razón de sexo o nacionalidad ha sido considerado en muchas ocasiones por el TJCE como un derecho fundamental con arreglo a la legislación comunitaria y cualquier excepción al mismo deben ser objeto de una interpretación estricta. Esta jurisprudencia influirá sin duda en el TJCE cuando examine por primera vez las Directivas “igualdad racial” e “igualdad en el empleo”, en *Libro verde sobre igualdad y no discriminación en la UE ampliada*, COM/2004/0379 final, pág. 7.

⁵¹ Sobre las condiciones de este amplio colectivo vid. Informe anual de la Comisión sobre Igualdad y no discriminación, 2005, pág. 25: “en todos los países donde existen estadísticas o encuestas observamos que la etnia roma tiene menor nivel educativo, tasas de paro mucho más elevadas, ingresos ampliamente inferiores y gozan de peor salud que el resto de la población”.

⁵² *Libro verde sobre igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada* COM/2004/0379 final.

la pertenencia a una minoría nacional, cuya tutela deberá encauzarse a través de la referencia a la “raza”, como se ha visto en el plano de los Tratados generales), pero también causas potencialmente nuevas, discriminaciones “emergentes” que no tienen un papel asignado todavía en este ámbito por la normativa internacional (rasgos genéticos), y realizando un reconocimiento parcial de causas ya admitidas en el modelo del TEDH (identidad sexual, junto a la orientación sexual sí enunciada).

La pluralidad de causas de discriminación enunciadas no resulta explícitamente definida. En la misma línea que la Directiva 2000/43, los conceptos, con todas sus variedades y matices, se sobreentienden; se dan por sabidos, en una tácita remisión al estado de la cuestión en los dos grandes referentes de que se parte: las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y la práctica aplicativa del CEDH a través del TEDH.

Y ello, no por una especie de menosprecio de estas causas, que no son de menor importancia que las ya consagradas. Como se ha dicho al analizar la Directiva sobre raza, la prohibición de discriminación por estos motivos es un principio básico del Derecho comunitario, derivado del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, por ello no encuentra su consagración en la Directiva sino en esa propia naturaleza, que sólo requiere de la Directiva como apoyo, soporte de una lucha contra unas conductas prohibidas desde más alto en la pirámide de normas.

Sobre esa base se superpone el texto de la Directiva y realiza las matizaciones y exclusiones requeridas por las propias competencias de la Comunidad y la necesaria coherencia con principios básicos en que descansa el edificio comunitario. De nuevo la nacionalidad es un límite importante del juego de estos preceptos igualatorios, de ahí el cuidado por la Directiva en señalar que su texto no pretende sustituir las competencias de los Estados en materia de nacionalidad y extranjería, “y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas” (art. 3.2). Como en el caso de la Directiva sobre raza, este corte competencial no parece que sea fácil de extender a los derechos de los ciudadanos de terceros países ingresados regularmente en la UE, en el empleo y en las condiciones de trabajo y protección social, aspectos éstos regidos desde hace tiempo por la prohibición de discriminación por nacionalidad en el seno de una jurisprudencia comunitaria activista y proclive a potenciar la posición jurídica del trabajador extranjero.

Sentado lo anterior, la propia diversidad de las causas de discriminación prohibidas en esta Directiva general impide una solución homogénea y unívoca, al estilo de la respuesta planteada por la Directiva de raza. Cada una

de las causas de discriminación listadas tiene tras de sí, por supuesto, unas pautas internacionales que las interpretan, pero la Directiva 78/2000 no puede abstenerse de precisar y puntualizar el alcance de las mismas, señalando la extensión del área protegida y sus peculiaridades.

Así sucede, por ejemplo, en relación con la discapacidad como causa de discriminación, que es quizás la que más peculiaridades presenta, no tanto en su definición –que ya se ha dicho que está remitida a otros textos internacionales– cuanto en los contenidos de los derechos que otorga a los sujetos afectados por ella. De entrada, se parte de una afectación general a todos los ciudadanos discapacitados, salvo las Fuerzas Armadas si así lo decide el Estado miembro (art. 3.4)⁵³. Y la propia delimitación de lo que sean actos discriminatorios por discapacidad encuentra en ella una peculiaridad que impide la traslación mecánica de las normas de la Directiva 43/2000. Básicamente porque, junto a las formas típicas de discriminación, se añade en este caso una referencia elíptica a la doctrina del “ajuste razonable” y, por tanto será discriminatoria la inobservancia por “el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva” de la obligación “en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5 para las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica” (art. 2.2.ii). Existe una clara llamada a la intermediación del Estado a la hora de precisar cuáles puedan ser esas medidas cuya inobservancia es equiparable a la discriminación, pero esa remisión queda en buena parte neutralizada con la delimitación, por el citado art. 5 de lo que han de ser “ajustes razonables”, que suponen que los empresarios adopten las medidas adecuadas “en función de las necesidades de cada situación concreta” para que las personas discapacitadas accedan al empleo, y progresen profesionalmente, siempre que esos ajustes “supongan una carga excesiva para el empresario”, tomándose en consideración, para valorar la intensidad de la carga las ayudas que el Estado miembro haya podido disponer sobre estas medidas, que es acción que se encuentra comprendida en las obligaciones generales del Estado de reaccionar contra la discriminación por esta causa. Una acción estatal que, para igualar, se encuentra impuesta, y, para

⁵³ Esta invocación de los Estados miembros en materia de defensa y seguridad pública ha resultado ser también un obstáculo en la aplicación de las Directivas en materia de discriminación por razón de sexo, sobre todo a la hora de restringir el acceso de las mujeres a ciertos cuerpos armados de élite u operantes en zonas de especial conflictividad. Véase el resumen de esta doctrina en la Sentencia *Sirdar*, de 26 de octubre de 1999 Recopilación 1999, p. I-7403. Me permito remitir sobre esta corriente doctrinal a mi trabajo: “Igualdad en el empleo y la ocupación”, *Temas Laborales* núm. 91/2007, monográfico dedicado a los aspectos socio laboral de la Ley de Igualdad, págs. 121 y ss.

proteger, permitida, en el sentido de que las reglamentaciones estatales destinadas a preservar la seguridad y salud de estos trabajadores no serán consideradas discriminatorias. Advertencia inútil si se tiene en cuenta los términos en que se concibe la prevención de riesgos desde la Directiva 89/391, e inadecuadamente incorporada a la posibilidad de acciones positivas de los trabajadores discapacitados “con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral” (art. 7.2).

Precisamente la necesidad de estos ajustes de tono mayor en el funcionamiento de los ordenamientos sujetos a la Directiva –y a diferencia de lo que sucede con otras causas de discriminación en que la simple prohibición puede ser efectiva– es la que justifica la prolongación en tres años de su plazo ordinario de entrada en vigor (art. 18)

La religión o convicciones –se entiende que coextensa con la libertad ideológica de los textos generales de derechos humanos– es otra de las circunstancias discriminatorias traídas al texto de la Directiva 2000/78, con la aparente finalidad de adaptar su contenido, no definido, a las peculiaridades concurrentes en los ordenamientos en los países miembros de la UE, más que en el intento de desarrollar aspectos nuevos de esas libertades. De hecho, las especialidades que se disponen en la Directiva de igualdad son, en todos los casos, disposiciones de excepción al juego general de sus reglas de prohibición de la discriminación religiosa o ideológica, atendiendo a las peculiaridades de los ordenamientos de ciertos países miembros.

- a) Sistemáticamente, la primera de estas excepciones hace referencia a la discutida materia de las empresas de tendencia haciendo frente a la cuestión desde varios ángulos:
 - el primero, que “las iglesias y las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones” como cristalización colectiva que son de los derechos fundamentales de las libertades religiosa y opinión, generan una unidad empresarial en la que el respeto a la ética de la organización constituye un elemento fundamental para todo su personal. Una actitud de respeto, no de adhesión activa y militante, que cifra el equilibrio de las dos libertades en el mínimo de coexistencia necesario para el cumplimiento de los fines de la organización y que se podrá exigir de sus trabajadores “actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales”, incluidas entre ellas la propia prohibición de discriminación en cuanto se impongan obligaciones que superen ese punto de equilibrio (art. 4.2.2).
 - el segundo, siempre bajo la cláusula *stand still*, la posibilidad de que esas mismas organizaciones de que se ha hablado en el punto

- anterior mantengan, sin que resulte discriminatoria “una diferencia de trato basada en la religión o en las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de esas actividades, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización”, diferencia que podrá mantenerse “respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo” (art. 4.2.1). El problema de la existencia de estas organizaciones ha sido discutido, y permanece discutido en los países de nuestro entorno, y de alguna manera la Directiva incorpora un nuevo árbol al bosque, al establecer la excepción a la irrelevancia profesional de las convicciones seguida a continuación de una invocación al Derecho comunitario –que no las ha mencionado hasta la fecha– y a otras causas de discriminación, que podría ser redundante a menos que se interprete que la causa de discriminación puede ser la propia restricción del derecho cuando se ha excedido de los límites requeridos por la salvaguardia de la integridad ética de la organización.
- el tercero que, incluso en relación con las empresas de tendencia, las excepciones a la igualdad de trato sólo se admiten en países que tenían estas figuras incorporadas a su legislación o a su práctica en el momento de entrada en vigor de la Directiva. Cabe plantearse ahora si esta figura no va a ser contemplada en otros países en que esa regulación no se produjo o en que las prácticas no se consolidaron, permaneciendo la situación discutida y discutible. No parece que esta posición pueda admitirse sin más. Y para ello basta tener en consideración la referencia general a la idoneidad de las diferencias de trato, incluso basadas en la libertad religiosa o de opinión, “cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado” (art. 4.1). En el marco de organizaciones que plasman la vertiente colectiva de la libertad religiosa y de opinión, y respecto de aquellas tareas que marcan la línea ideológica o doctrinal, y aún encarnan a la propia organización frente a terceros, es claro que la idoneidad misma para desarrollar esas “tareas de tendencia” comprende una adhesión personal al ideario de la organización que puede reconducirse al párrafo primero del art. 4 que, si acaso, es matizado, no excepcionado por los párrafos que le siguen y de los que acabamos de hablar.

- b) Una segunda excepción o limitación, más contundente si cabe que las que se acaban de comentar, la constituyen las reglas ex art. 15, referidas a Irlanda del Norte⁵⁴, que, con el propósito de propiciar un mayor equilibrio entre las comunidades enfrentadas, admiten diferencias de trato en la contratación en relación con los servicios policiales y el cuerpo docente de las escuelas de Irlanda del Norte, siempre y cuando tal diferencia de tratamiento haya sido autorizada por la legislación nacional.

Como ya se ha tenido ocasión de examinar al hablar del sentido general de las causas de discriminación, la edad va ascendiendo en importancia como elemento generador de diferencias de trato injustificadas que se dirigen contra las personas mayores o los jóvenes. Con la posible excepción de su aplicación a las fuerzas armadas (art. 3.4), la Directiva cuida de mantener al margen de la prohibición de esta causa de discriminación la materia de las pensiones y prestaciones de los regímenes profesionales de Seguridad Social vinculadas a ella (art. 6.2), que queda remitida a la acción de los Estados “siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo”. Y de extender esta excepción, por la vía de declarar su inaplicabilidad, a “los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social” (art. 3.3).

Paradójicamente, las referencias a la edad en la Directiva están destinadas a marcar límites a su utilización como factor diferencial pero que, dentro de los límites marcados, será lícito emplear este criterio como pauta de asignación de derechos o deberes, participando en cierta medida de una visión de necesario relevo generacional en el trabajo que no siempre corresponde con la filosofía de las propias Directrices para el empleo.

Al respecto resulta fundamental el art. 6, que autoriza las diferencias de trato por razón de edad “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”. Sigue a la declaración general un enunciado de supuestos particulares en que puede concretarse: a) establecer condiciones de acceso al empleo y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo para jóvenes, trabajadores de mayor edad o personas con responsabilidades familiares a cargo; b) establecer condiciones mínimas de edad o de experiencia profesional

⁵⁴ Sobre estas reglas, vid. www.opsi.uk

para acceder al empleo o a ventajas que se desprendan del mismo; y c) establecer una edad máxima para la contratación “que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un periodo de actividad razonable previo a la jubilación”.

Precisamente las excepciones del art. 6 ya han dado lugar a cierta contradicción interpretativa del TJCE que augura un largo debate.

La primera resolución que sienta las bases del debate es la Sentencia dictada en el caso «*Mangold*», de 22 de noviembre 2005 (C-144/04), a raíz de un litigio promovido por un trabajador con quien la empresa para la que venía trabajando concertó un contrato por tiempo determinado sin causa, al haber alcanzado la edad de 52 años. Todo ello sucedía antes de la entrada en vigor de la Directiva 2000/78, y el análisis se plantea desde la perspectiva del Acuerdo marco de contratación temporal (Directiva 1999/70). La argumentación de que dicha medida era válida desde la perspectiva de fomento del empleo y de la propia Directiva de contratación temporal es la primera observación del Tribunal. Junto a esta argumentación, el Sr. Mangold alegó la vulneración de la Directiva 2000/78 en cuanto constituía una discriminación por edad. El TJCE considera que en el caso, efectivamente, existe una diferencia de trato por edad, que puede estar justificada por motivos de fomento del empleo, pero que esta argumentación no es por sí sola suficiente en todos los casos, pues la diferenciación, además de legítima, ha de ser proporcionada. Y “tal normativa, al emplear la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, excede de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. El principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien en la medida de lo posible el principio de la igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido” (65⁵⁵). Por tanto esa disposición automática no puede ampararse en la excepción contenida en el art. 6 de la Directiva 2000/78.

Es más, aún a pesar de que en el momento en que los hechos sucedieron no había expirado el plazo para transponer la Directiva, el TJCE realiza una valiosa aportación al papel de las Directivas antidiscriminatorias y no sólo en relación con la edad “la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el prin-

⁵⁵ Con cita de la STJCE «*Lommers*» (C-476/99).

cipio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto, a tenor de su art. 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto “establecer un marco general para la luchar contra la discriminación por motivo de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual”, mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (74), de donde que “el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general en el Derecho comunitario” (75), que no “puede depender, por sí sólo de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de la edad, especialmente en lo relativo a la organización de las vías de recurso adecuadas, la carga de la prueba, la protección contra las represalias, el diálogo social, las acciones positivas y otras medidas específicas para la aplicación de dicha Directiva” (76).

Una sentencia sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional español ocupa el otro platillo de la balanza, a favor del uso de la fijación de límites por edad al disfrute normal de condiciones de trabajo. En el caso, la jubilación forzosa prevista en Convenio Colectivo, obligando al Tribunal a valorar el resultado de una errática política sobre la extensión que podría llegar a tener la Disposición Adicional 10ª del ET (finalizada por ahora en la Ley 14/2005, de 1 de julio). Es el caso de la STJCE «Palacios De La Villa», de 16 octubre de 2007 (C-411/05), en la que el recurrente había visto extinguido su contrato por jubilación forzosa al amparo de lo previsto en el Convenio de Comercio Textil de Madrid vigente a la sazón, por cumplir los 65 años habiendo reunido los requisitos necesarios para percibir el 100% de la cuantía de la prestación por jubilación que pudiera corresponderle. En su resolución, el TJCE, tras soslayar el problema que planteaba su propia competencia para conocer de cuestiones de jubilación, dadas las excepciones de la Directiva, centra el análisis desde la perspectiva de la extinción del contrato por edad, una “condición de trabajo” sobre la que sí puede pronunciarse. Así las cosas, la reconducción del problema al art. 6 de la Directiva es inevitable, y cabe destacar el esfuerzo interpretativo del Tribunal para encajar esta medida en el marco de la legalidad comunitaria, al menos por dos motivos: porque la norma en cuestión no establecía un ligamen directo entre la extinción del contrato de este trabajador y la contratación de un nuevo trabajador en el puesto vacante; y porque la propia evolución errática de la normativa española al respecto hacía difícil una valoración contundente al respecto. El TJCE aborda sin embargo la cuestión mediante una valoración del “contexto” en que la medida fue tomada, del que deduce una conexión directa con la finalidad de fomento del empleo,

que enlaza, no ya sólo con las excepciones de la Directiva, sino con el propio art. 2 TCE, que señala la promoción del empleo como de los objetivos de la Comunidad. Se trata, pues, de una justificación “objetiva y razonable”, y proporcionada, cabe añadir, pues no menoscaban excesivamente “las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una medida de jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad, puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en la pensión de jubilación”⁵⁶.

Parece que la consideración de que el interesado tenía derecho a percibir una prestación pública (la pensión de jubilación) a consecuencia del perjuicio causado por la extinción de su contrato puede ser el factor diferencial clave entre las dos Sentencias, sin que, como en el caso «*Mangold*», el Tribunal entre a valorar si este tipo de medidas no han demostrado ser operativas y satisfactorias en orden a facilitar el relevo generacional, y a la coherencia de esta tesis con otras políticas comunitarias, como las de empleo, orientadas a retardar la salida del mercado de trabajo.

Finalmente, la orientación sexual ha sido un añadido en las causas potenciales de discriminación que aparentemente demuestra la “puesta al día” de las causas clásicas de discriminación, que ha dado origen a alguna interesante jurisprudencia. Para comenzar, ya hemos visto que “orientación sexual”, en el plano de los Tratados internacionales, se conecta con la homosexualidad, desde luego, y probablemente con la bisexualidad. No se conecta, en cambio, tradicionalmente con la “identidad sexual”, el supuesto típico de los transexuales.

La jurisprudencia del TJCE en cierta medida se ha anticipado al debate y lo ha resuelto en línea con la que sería después la tesis del TEDH. Ya en la Sentencia «*P contra S*», de 30 de abril de 1996 (C-13/94) consideró que concurría una discriminación por razón de sexo con motivo de un despido de un transexual subsiguiente al cambio de sexo, argumentando sobre la relevancia que la prohibición de discriminación por sexo posee en el marco comunitario como principio básico de su Derecho. Como punto de partida, hace suya la definición de transexual elaborada por el TEDH “16. Hay que señalar, en primer lugar, que, como ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se entiende usualmente por ‘transexuales’ aquellas personas que, aun perteneciendo físicamente a un sexo, poseen el sentimiento de pertenecer al otro; intentan con frecuencia acceder a una identidad más coherente y menos equí-

⁵⁶ Antecedente de la Sentencia «*Palacios de la Villa*» puede citarse la dictada en el caso «*Mangold*», 22 noviembre 2005 (C-144/04).

voca a través de tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas destinados a adaptar sus características físicas a su psicología. Los transexuales operados forman, por consiguiente, un grupo bien determinado y definible” (Sentencia «Rees», de 17 de octubre de 1986, serie A, volumen 106, apartado 38)”. Así las cosas “(20)... el ámbito de aplicación de la Directiva no puede reducirse únicamente a las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, la Directiva debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar, como en el presente caso, a consecuencia del cambio de sexo del interesado”. Y en este caso tal ha sido lo sucedido pues “la discriminación de un transexual se basa «esencialmente, si no exclusivamente» en el sexo del interesado (21)”.

La Sentencia «Grant», de 17 de febrero 1998 (C 249/96), en cambio, difería en la solución dada a un caso en que la reclamante solicitaba de la empresa de ferrocarriles británica un descuento concedido a sus empleados, a sus cónyuges y a personas a su cargo. En el caso se trataba de una pareja estable homosexual, y el TJCE, aunque admite que el beneficio pretendido puede considerarse “retributivo”, no puede, en cambio considerarse que su denegación al otro miembro de una pareja homosexual constituya una discriminación prohibida, porque se extiende tanto a trabajadores como a trabajadoras con parejas de distinto sexo, y porque en el estado actual del derecho comunitario no es posible considerar que exista un consenso suficiente sobre esta materia como para justificar una ampliación a estos colectivos de las reglas generales sobre discriminación.

Varios años más tarde, la Sentencia «K.B.», de 7 de enero 2004 (C-117/01), vuelve sobre la jurisprudencia *Grant* para desautorizarla. El caso se planteó desde la perspectiva de exigir el reconocimiento del derecho a percibir una pensión de viudedad por parte de una de las partes de una pareja transexual, fundada en que no habían contraído matrimonio ni podían hacerlo bajo la legislación inglesa. El TJCE, haciendo suya la doctrina del TEDH en el caso «*Goodwin*», da por reproducidas sus tesis y concluye afirmando que “una legislación como la controvertida en el litigio principal, que vulnera el CEDH y que impide que una pareja como K.B. y R cumpla el requisito del matrimonio, necesario para que uno de ellos pueda disfrutar de un elemento de la retribución del otro, debe considerarse, en principio, incompatible con las exigencias del art. 141 TCE” (34⁵⁷).

⁵⁷ Un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del TJCE al respecto, en las Conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabe Colomer (formuladas el 6 de septiembre de 2007) al caso «*Tadao Maruko C*» 267/06, relativa a un caso de solicitud por un miembro de una pareja transexual de una pensión de viudedad al fallecimiento de su pareja. La pareja era estable y estaba inscrita, pero no había podido contraer matrimonio bajo la vigencia de la legislación alemana de Seguridad Social, que igualmente preveía este requisito como sine qua non para las pensiones de viudedad.

Así pues, el TJCE, al igual que el TEDH ha concluido por ahora una larga evolución en la que el sexo como factor biológico de diferenciación entre hombres y mujeres avanza hacia una noción, más genérica, de sexualidad, en la que tendrían cabida otras opciones sexuales diversas del matrimonio. Una evolución en la que, paradójicamente, pueden quedar desprotegidas las parejas estables heterosexuales respecto de la normativa de Seguridad Social. Ciertamente se trata de una jurisprudencia sentada con ocasión de aplicar la Directiva 75/117, pero puede considerarse extensible a todos estos supuestos, si no por la virtualidad de las directivas de igualdad por razón de sexo, por el juego de ésta de la igualdad “general”.

Delimitadas así las causas de discriminación enunciadas en la Directiva 2000/78, en principio, la dinámica de la norma tiende a extender a los colectivos mencionados –con sus excepciones y particularidades– las reglas generales de tutela antidiscriminatorias que se han ido consolidando en relación con el sexo o la raza. Pero lo hace con bastante más cautela.

Para empezar, la prohibición de discriminación no afecta a un ámbito como el reservado para la Directiva 2000/43, sino a (art. 3.1):

las condiciones de acceso al empleo o a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluyendo “los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional”
el acceso a todos los niveles de formación profesional
las condiciones de trabajo, en especial despido y remuneración
la afiliación y participación en sindicatos u organizaciones profesionales.

Es evidente que, a diferencia de la de raza, ésta es una Directiva estrictamente laboral, que deja de lado los aspectos sociales como regla general, aunque no pueda impedir que surjan en relación con algunas causas concretas de discriminación (como la discapacidad, por ejemplo).

Todo ello con la salvaguardia de que el reconocimiento de la prohibición de discriminar no alcanza a perturbar las competencias de los Estados para determinar las reglas sobre estancia y residencia en sus respectivos países de nacionales de terceros países y de apátridas, así como “el trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas” (art. 3.2), lo que, como se ha visto al examinar la Directiva de raza, no parece que pueda suceder más que en las condiciones de entrada en el país, no durante la estancia en él y en referencia a las causas de discriminación enunciadas en la Directiva que se examina.

A diferencia de la Directiva sobre raza, la 2000/78 impone una serie de limitaciones a la efectividad de su contenido, operante “sin perjuicio de las

medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos” (art. 2.5). Unas reservas a favor del orden y la seguridad y salud públicas que enlazan con las reservas potenciales a los derechos consagrados en el CEDH, y con la conflictividad potencial del reconocimiento implícito de ciertas libertades (como la ideológica o la religiosa), probablemente, por lo que hubiera sido preferible que el límite se predi-case de ellas y no de todas.

Respecto de todo este conjunto de materias se proyectan –no sin matices y cautelas– las definiciones consagradas en la normativa comunitaria sobre lo que sea discriminación⁵⁸, discriminación indirecta⁵⁹, o acoso (art. 2), incluyendo en el concepto también a las órdenes de discriminar por alguno de los motivos prohibidos. Se prevén asimismo medidas de acción positiva, en el art. 7, con doble formulación: una, general, que coincide con la tradicional en los Tratados sobre discriminación y la utilizada en la Directiva 2000/43; otra, centrada en las personas con discapacidad, respecto de las cuales “el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral” (art. 7.2)⁶⁰, como puede verse, se trata de reglas redundantes, deducibles sin dificultad del resto del texto de la norma y del Convenio mundial sobre las personas con discapacidad, por ello puede entenderse que en este punto la Directiva adopta una función declarativa y clarificadora.

Finaliza la Directiva proclamando su carácter de norma mínima (art. 8) y desplegando la panoplia de normas sobre tutela de los derechos de las víctimas de la discriminación:

⁵⁸ Dedicándose el art. 6 de la Directiva a declarar los supuestos en que será razonable una diferencia de trato fundada en la edad: “si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de políticas de empleo, de mercado de trabajo y de la formación profesional y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios”.

⁵⁹ Con matices específicos en razón de la no observancia de las reglas de “ajuste razonable” por parte de “el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva”, en el sentido regulado en el art. 5, como ya hemos tenido ocasión de ver.

⁶⁰ Sobre las medidas posibles, vid. Cabra de Luna, MA, “Discapacidad y aspectos sociales...” cit., págs. 31 y ss.

a contar con medios de reacción eficaces frente a estas conductas, particularmente en lo relativo a la carga de la prueba, que gira en torno a un modelo de indicios, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan adoptar disposiciones más favorables y que no se aplicarán a los procedimientos penales o aquellos otros “en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente”.

las reglas de aligeramiento de la carga de la prueba, por otra parte, se extenderán a las asociaciones u organizaciones con interés legítimo en la defensa frente a la discriminación (art. 10.4).

imponiendo la obligación estatal de establecer procedimientos adecuados para posibilitar a la víctima de la discriminación su defensa en casos de represalia por haber ejercitado reclamaciones en defensa de su derecho a la igualdad.

y encomendando a los Estados miembros promover el diálogo social sobre estos extremos, incluyendo la conclusión de Convenios en el nivel adecuado, que deberán respetar las disposiciones mínimas de la Directiva 8 (art. 13).

El seguimiento de la UE acerca del proceso de transposición de estas Directivas al Derecho interno de los países miembros se ha planteado casi desde el inicio, a través de la Decisión del Consejo 2000/750/CE, de 27 de noviembre, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001/2006): ese mismo esfuerzo revela, por una parte, lo fragmentario de la regulación de la prohibición de discriminación en los Estados, incluso a nivel constitucional, y, paralelamente, y con todas las dificultades de retrasos en la transposición, los importantes cambios legislativos que han tenido lugar en los ordenamientos de los distintos países miembros para una adaptación compleja.

El punto de partida no era demasiado esperanzador. En relación con la Directiva 2000/78 estudios de EIRO permiten concluir que, a fecha de 2000, “parece haber habido una ‘jerarquía de motivos’ en relación con las causas de discriminación...mientras que muchos países tenían una legislación especial protectora de los ciudadanos frente a la discriminación en el empleo causada o la religión o creencias, sólo la mitad tenían normas expresas contra la discriminación por discapacidad y orientación sexual, y sólo una cuarta parte tenía algún tipo de norma relativa a la discriminación por edad”⁶¹. Sin embargo, en

⁶¹ Eironline–2004–02 Overview of the implementation of the framework equal treatment Directiva.

la fecha de redacción del informe EIRO (2004) “casi todos los países han extendido la protección frente a la discriminación a nuevos grupos, especialmente en lo referente a la orientación sexual y edad. En segundo lugar, ha habido una profundización de la protección en varios países que han dado pasos para asegurar que la gente esté protegida frente a la discriminación en todos los aspectos de la vida laboral (reclutamiento, selección, salario, formación y promoción, despido y acoso). En tercer lugar han tenido lugar importantes cambios procedimentales en aras de impulsar a los ciudadanos a reclamar contra las discriminaciones. Ello incluye un agravamiento de la carga de la prueba del empleador y el ofrecimiento de posibilidades a organizaciones colectivas tanto como a trabajadores individuales para ejercitar acciones. En muchas instancias –concluye EIRO su comentario– fueron estos últimos cambios los que han presentado más controversia”. Desde el punto de vista de los concretos motivos de discriminación ha sido el más discutido la edad, en un contexto en que resultan discutidos problemas como el adelantamiento de las edades de jubilación y la eficacia práctica de medidas de empleo basadas en el relevo generacional”⁶².

Ello contrasta con el énfasis puesto por la UE en promocionar la permanencia en el trabajo de los trabajadores mayores, el acceso de los jóvenes a ese mercado de trabajo y la promoción del trabajo de los discapacitados, a través de la proclamación de “años europeos” en relación con colectivos discriminados: jóvenes; contra el racismo; discapacitados, y con la propuesta de habilitar técnicas de *mainstreaming* también en relación con el empleo de los discapacitados, que permanece estancado⁶³ y lejos de alcanzar los objetivos generales de Lisboa.

Las contradicciones internas en la aplicación progresiva de la igualdad general –y no sólo entre mujeres y hombres– han sido puestas de relieve por la Comisión Europea, denunciando las dificultades del proceso de extensión a formas nuevas de discriminación⁶⁴, particularmente en el plano de los derechos laborales. En este documento se pone de relieve que, habiendo existido importantes transformaciones legislativas en los Estados miembros, sin embargo, el proceso de íntegra transposición de “disposiciones esenciales” no se ha concluido. Especialmente por lo que concierne a la existencia de órganos espe-

⁶² Overview..., cit., pág. 20.

⁶³ Comisión Europea, “Disability mainstreaming in the European Employment Strategy”, EMPL/A/AK D (2005).

⁶⁴ Especialmente, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones “Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos” COM (2005) 0224.

cializados eficaces, “dotados de los recursos necesarios y con capacidad para prestar una ayuda independiente a las víctimas”, así como “la escasa atención prestada a la difusión de información sobre los nuevos derechos vinculados a la no discriminación”. Así como la ausencia de esfuerzos particulares para combatir la discriminación y marginación que sufren en Europa determinadas minorías étnicas, con especial referencia a los gitanos. Por ello, además de culminar el trabajo de transposición, la Comisión recomienda:

- acometer “acciones específicas de formación y refuerzo de las capacidades destinadas a los organismos especializados en materia de igualdad, los jueces, los juristas, las ONG y los interlocutores sociales”
- crear “redes e intercambio de experiencias entre las partes interesadas” y
- sensibilizar y difundir “las disposiciones normativas y nacionales para luchar contra la discriminación”

Todo ello teniendo en cuenta que, dadas las dificultades de transposición, la Comisión declara que no tiene intención de elaborar nuevas normas al amparo del art. 13 TUE, aunque no descarte la posibilidad de extender evaluaciones de impacto sobre estos concretos motivos de discriminación al momento de diseñar las distintas políticas comunitarias y la puesta en servicio, a estas finalidades, de los diversos Fondos comunitarios.

Un proyecto de potenciación de reglas ya existentes y de su eficacia, en el que la proclamación simple de derechos, por ahora, ha terminado, estando la acción común orientada a la efectividad de los concedidos. Y en el que, por las razones expuestas, parece que no se van a generar tutelas frente a nuevas formas emergentes de discriminación. No es una decisión imprudente, para no trivializar el sentido profundo de la discriminación y de los mecanismos que ha generado contra ella una práctica internacional prolongada y compleja. Pero la realidad proporciona datos alarmantes de nuevas prácticas que pueden poner en entredicho la dignidad humana, por emplearse criterios distintivos poco conformes con ella. Sólo por citar algunos, el aspecto físico del trabajador en la cruzada anti obesos, viejos o poco agraciados físicamente; o la infección por el VIH o resultados que puedan haberse obtenido de pruebas genéticas, por ejemplo. Algunos de estos comportamientos pueden hallar anclaje en otros derechos fundamentales (la intimidad del trabajador, el polivalente art. 8 del CEDH en cuanto defensor del derecho a la vida privada). Otros, en cambio, se encuentran en manos del juego del mercado, quizás para estas diferenciaciones emergentes la tutela antidiscriminatoria puede ser una pauta inicial que sugiere respuestas frente a ellas, siquiera sea por la técnica de la analogía, porque el de discriminación es un concepto técnico, pero sus finalidades emancipadoras de

colectivos victimizados y las técnicas generadas con este fin le hacen idóneo para seguir el devenir social probablemente con mayor agilidad que la que hemos demostrado los juristas y los instrumentos internacionales a la hora de su detección.