

LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DERIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA¹

MARYCRUZ ARCOS VARGAS
Universidad de Sevilla

1. MARCO NORMATIVO

Aunque el objeto de este trabajo sea la normativa de la UE en materia de desigualdad no se puede entender la misma sin considerar el contexto normativo en el que se desarrolla. Las distintas obligaciones internacionales de los Estados miembros de la UE, fundamentalmente en el marco de protección de derechos humanos en Naciones Unidas y en el del Convenio Europeo de Derechos Humanos, marcan los límites del desarrollo normativo de la UE. Aunque la propia Unión Europea no sea parte de dichos convenios internacionales, dado que las competencias que puede ejercer son sólo las que los Estados miembros le atribuyen y estos, al disponer de sus competencias, no pueden atribuir su ejercicio a otra entidad más que con las limitaciones que tienen previamente asumidas y por ello estimo esencial enmarcar el desarrollo del derecho derivado contra la discriminación en el contexto internacional que lo enmarca. Por tanto, rastreamos las obligaciones internacionales de los Estados Miembros para evitar la desigualdad que marcan las competencias cuyo ejercicio han atribuido a la UE.

Si una de las características esenciales de los derechos humanos es su universalidad, es indispensable comenzar con el marco de referencia universal que suponen los instrumentos de protección de derechos humanos generados a través de las Naciones Unidas (ONU). A partir de la Declaración Universal de

¹ Este trabajo es resultado del Proyecto de investigación denominado Nuevas causas y perfiles de discriminación e instrumentos para la tutela antidiscriminatoria en el nuevo contexto tecnológico y social (US-1264479).

Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que al no ser un tratado no necesita ser ratificado por las partes y es considerada *ius cogens*, todos los Estados miembros de la UE son parte de los siguientes tratados de derechos humanos de la ONU, todos los cuales incluyen la prohibición de la discriminación: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), la Convención Contra la Tortura y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). También en el marco de Naciones Unidas existe la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Doc. ONU A/RES/45/158, 1 de julio de 2003), aunque ninguno de los Estados miembros de la UE es aún parte. El más reciente de los tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos que es la Convención de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) incluye la posibilidad de ser ratificado por Organizaciones Internacionales. Se entiende importante garantizar que estas se comprometan también a cumplir las obligaciones de derechos humanos de sus Estados miembros. La CDPD es el primer tratado de derechos humanos de la ONU abierto a la participación de organizaciones de integración regional, y la UE la ha ratificado en diciembre del 2010.

La CDPD incluye una amplia lista de derechos de las personas con discapacidad, con la finalidad de garantizar la igualdad en el disfrute de sus derechos, así como de imponer al Estado una serie de obligaciones de acción positiva. Esta Convención vincula por tanto a las instituciones de la UE, así como a los Estados miembros cuando apliquen la normativa de la Unión. Algunos de ellos están también en curso de adhesión a la CDPD de manera individual, lo que les impondrá obligaciones directas. La CDPD se convertirá, probablemente, en un punto de referencia para la interpretación de la legislación de la UE y del TEDH en materia de discriminación por razones de discapacidad.

En el ámbito del Consejo de Europa también encontramos importantes compromisos para garantizar la protección de derechos humanos. Esta Organización Internacional de cooperación creada en 1949 para promover la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos hoy cuenta con 47 Estados Miembros, entre los que se encuentran todos los miembros de la UE. La primera realización del Consejo de Europa fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950. Cualquier Estado que aspire a ser miembro del Consejo de Europa en primer lugar tendrá que firmar y ratificar dicho Convenio. Así mismo, la Unión Europea está obligada a suscribirlo conforme al artículo 6, 3 TUE como luego señalaré.

En el marco del CEDH La prohibición de la discriminación está recogida en el artículo 14 que garantiza la igualdad de trato en el goce de los restantes derechos y libertades reconocidas en el Convenio².

Así mismo, el carácter transversal del principio de no discriminación y la necesidad de aplicarse para el disfrute de cualquiera de los derechos protegidos llevó a ampliar esta garantía con las obligaciones recogidas en el Protocolo 12 (2000) al CEDH, que surgió para reforzar la igualdad racial y de género. Dicho Protocolo amplía el alcance de la prohibición de la discriminación, al garantizar la igualdad de trato en el disfrute de todos los derechos (incluidos los derivados de la legislación nacional). En la Exposición de Motivos se explica que la adopción del Protocolo responde al deseo de reforzar la protección contra la discriminación, considerada un elemento fundamental de la garantía de los derechos humanos. El límite que nos encontramos es que al estar estas obligaciones recogidas en un Protocolo sólo generan deberes para los Estados firmantes del mismo y en la actualidad no son todos los Estados Miembros³.

En consecuencia, es importante diferenciar que el artículo 14 del CEDH prohíbe la discriminación únicamente en relación con el ejercicio de otros derechos reconocidos en el tratado y sólo los que han ratificado el Protocolo 12 confieren carácter independiente a la prohibición de la discriminación sin tener que estar vinculada a otro de los derechos del Convenio.

Además de estas referencias generales a las normas del Consejo de Europa, el principio de no discriminación es un principio rector de numerosos documentos en este ámbito y así, la Carta Social Europea en su artículo 20 (versión de 1996) incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y la protección contra la discriminación por razón de género.

Por último, por completar el ámbito del Consejo de Europa que como organización internacional de cooperación, para alcanzar sus objetivos, utiliza el instrumento de fomentar Convenios Internacionales para que firmen y ratifiquen sus Estados miembros encontramos normas de protección frente a la discriminación en el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales los artículos 4, 6(2) y 9, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos el artículo 2(1), el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Oficiales o el Protocolo al Convenio sobre la Ciberdelincuencia que incluye también una protección contra la promoción de la discriminación.

² www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1

³ www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG

La cuestión de la no discriminación ha influido de forma clara en la configuración de la normativa del Consejo de Europa y se considera una norma fundamental sujeta a protección.

En el ámbito de la Unión Europea, con el fin de establecer unas condiciones de igualdad entre los Estados miembros, desde el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica original (1957) se incluía una prohibición de la discriminación por razón de género en materia de empleo, para evitar que un Estado miembro pudiera obtener una ventaja competitiva frente a otros ofreciendo menores sueldos o condiciones menos favorables de trabajo a las mujeres.

Aunque este cuerpo legal evolucionó considerablemente para incluir áreas como las pensiones, el embarazo y los regímenes legales de seguridad social, hasta el año 2000 la legislación de la UE contra la discriminación sólo era de aplicación en el ámbito del empleo y la seguridad social, y únicamente por razones de género.

Durante la década de 1990, los grupos de interés presionaron con fuerza en favor de la ampliación de la prohibición de la discriminación a otras áreas como la raza y el origen étnico, así como la orientación sexual, las creencias religiosas, la edad y la discapacidad. Los temores al resurgimiento del nacionalismo extremista en algunos Estados miembros de la Unión estimularon la voluntad política de los dirigentes hacia la modificación del Tratado de la Comunidad Europea para conferir a la Comunidad competencia legislativa en estas áreas.

En 2000 se adoptaron dos directivas: la Directiva de igualdad en el empleo prohibía la discriminación por motivos de orientación sexual, creencias religiosas, edad y discapacidad en el área del empleo (Directiva 2000/78)⁴; la Directiva de igualdad racial prohibía la discriminación por motivos de raza y origen étnico en el ámbito del empleo (Directiva 2000/43)⁵, pero también en el acceso al sistema de bienestar social y a la seguridad social, así como a los bienes y servicios. Esta importante ampliación del alcance de la legislación de la UE contra la discriminación responde a la convicción de que para que las personas puedan desarrollar todo su potencial en el mercado de trabajo, resulta también esencial garantizar la igualdad de acceso en áreas como la salud, la educación y la vivienda.

En 2004, la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios amplió el ámbito de la discriminación por razón de género al área de los bienes y servicios (Directiva 2004/113)⁶. No obstante, la

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX:32000L0078>

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISUM%3A133114>

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32004L0113>

protección por motivos género no alcanza el grado de protección reconocido en la Directiva de igualdad racial, pues la Directiva de igualdad entre hombres y mujeres en materia de seguridad social garantiza la igualdad de trato únicamente en relación con la seguridad social y no con el sistema general de bienestar social, como la protección social y el acceso a la asistencia sanitaria y la educación.

Este conjunto normativo de derecho derivado, dado que sólo protege de la discriminación en el ámbito del empleo, debería completarse con una norma que permitiera lograr la protección integral contra las discriminaciones por estos motivos. Así, el 2 de julio de 2008 la Comisión presentó una propuesta (conocida como la «Directiva Horizontal»⁷) para aplicar el principio de igualdad de trato no sólo en el mercado laboral. Diez años más tarde, tras interminables discusiones en el Consejo, dicha propuesta continuaba sin adoptarse, a pesar de ser considerada una prioridad para la Comisión Junker⁸. En el PE, acertadamente, se propuso su conexión con el Pilar Europeo de Derechos Sociales⁹, pero sin éxito. En 2022 continuamos sin tener en la UE una norma de aplicación general que permita esta prohibición general de la desigualdad.

También, en el marco de la UE debemos destacar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000. Hasta entonces la ausencia en los Tratados de cualquier referencia a los derechos fundamentales, había llevado a que el Tribunal de Justicia los aplicara como parámetro de validez para la actuación de las instituciones de la UE, con el único fundamento de las tradiciones constitucionales y los compromisos internacionales comunes a todos los Estados Miembros, que llegaron a consolidarse como “principios constitucionales del derecho comunitario”. Tras su aprobación en el año 2000 fue “proclamada” y sólo tenía carácter declarativo, aunque era habitualmente utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para argumentar sus decisiones. Con la entrada en vigor de la última de las reformas del TUE a través del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la Carta (CDFUE) tiene el mismo valor jurídico de los Tratados, como enuncia el artículo 6 TUE, se considera derecho originario y en consecuencia marcará los límites de actuación de la UE y de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la UE.

El artículo 21 de la Carta prohíbe la discriminación por diversos motivos: 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. Esto significa que las personas pueden reclamar si consideran que la

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0426&from=EL>

⁸ <https://es-ue.org/wp-content/uploads/2014/09/EPSSCO-EPS-10-Igualdad-de-trato.pdf>

⁹ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-8-2018-000071_ES.html

legislación de la Unión o la legislación estatal de aplicación de la primera no respetan la Carta de Derechos Fundamentales. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden solicitar orientación sobre la correcta interpretación de la normativa de la Unión al TJUE, a través del procedimiento de cuestión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE.

2. OBJETIVO DE LA NORMATIVA EUROPEA DE NO DISCRIMINACIÓN

La finalidad de la legislación contra la discriminación es ofrecer a todas las personas posibilidades equitativas y justas de acceder a las oportunidades sociales. La legislación contra la discriminación prohíbe los supuestos en los que determinadas personas o grupos de personas en situación idéntica reciban un trato diferente o personas o grupos de personas en situación diferente reciban un trato igual. Pero la práctica nos muestra como se produce la discriminación desde dos tipos de actuaciones que es necesario distinguir y atajar.

Así, estas normas establecen que las personas que se hallan en situación similar deben recibir un trato similar y no menos favorable por el simple hecho de tener una de terminada característica «protegida». Esto es lo que se conoce como discriminación directa. Si bien en el marco del CEDH, la discriminación directa está sujeta a la causa de justificación general denominada justificación objetiva; en la legislación de la UE, las causas de justificación frente a la discriminación directa son limitadas.

También hay que tener en cuenta que la normativa contra la discriminación establece que las personas que se hallan en situaciones diferentes deben recibir un trato diferente, en la medida necesaria para que puedan disfrutar de oportunidades concretas del mismo modo que los demás. Por tanto, estos mismos «motivos protegidos» deben tenerse en cuenta al realizar determinadas prácticas o crear normas concretas. Esto es lo que se conoce como discriminación «indirecta». Todas las formas de discriminación indirecta están sujetas a la causa de justificación por justificación objetiva, con independencia de que la reclamación se realice al amparo del CEDH o de la legislación de la UE.

2.1. Discriminación directa

El CEDH y la legislación de la UE definen de modo similar la discriminación directa. En el marco de la normativa UE, la Directiva de la UE sobre la igualdad racial en su artículo 2; la Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2(2)(a); la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(a); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, establecen que «existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona

sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable».

Existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que haya sido o vaya a ser tratada otra persona en situación comparable debido a una característica concreta de esta persona incluida entre los «motivos protegidos».

El TEDH ha interpretado en reiteradas ocasiones¹⁰ que existe discriminación directa si hay una «diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares», y ello «a partir de características identificables».

El núcleo de la discriminación directa es la diferencia de trato sufrida por una persona. Por lo tanto, el primer elemento de la discriminación directa es la prueba del trato menos favorable, que puede resultar relativamente fácil de identificar, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la discriminación indirecta, donde suelen requerirse datos estadísticos que permitan realizar una referencia comparativa. Es decir, una persona que se halle en circunstancias sustancialmente iguales y cuya principal diferencia respecto a la otra persona sea un «motivo protegido».

No obstante, se admiten excepciones a la exigencia de una «referencia comparativa» adecuada, al menos en el marco de la normativa de la UE en materia de empleo, correspondiente a la discriminación por embarazo. Una larga jurisprudencia del TJUE, iniciada con el importantísimo asunto Dekker, establece claramente que, si el perjuicio sufrido por una persona se debe a su embarazo, la situación se califica como discriminación directa, sin necesidad de referencia comparativa.

Debe existir un nexo causal entre el trato menos favorable y el motivo protegido. Para cumplir este requisito basta formular una sencilla pregunta: ¿hubiera recibido la persona un trato menos favorable si hubiera tenido distinto género, raza o edad o hubiera ocupado otra posición en alguno de los restantes motivos protegidos? Si la respuesta es afirmativa, el trato menos favorable se debe claramente al motivo en cuestión, pero si el trato diferente no se debe a uno de los motivos protegidos si no por el contrario se produce por estar en circunstancias distintas, no puede considerarse contrario a las normas antidiscriminación. Por ejemplo, si la gratuidad de determinados servicios es para jubilados y la edad de jubilación es diferente para hombres y para mujeres, no puede considerarse

¹⁰ Carson y otros contra el Reino Unido [GC] (n.o 42184/05), 16 de marzo de 2010; párr. 61; D.H. y otros contra la República Checa [GC] (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 175; Burden contra el Reino Unido [GC] (n.o 13378/05), 29 de abril de 2008, párr. 60.

contraria a la norma la no gratuidad para no jubilados puesto que la diferencia de trato no es por género sino por jubilación o no¹¹.

A pesar de dicha limitación, los tribunales nacionales han interpretado de forma amplia el alcance de los «motivos protegidos», admitiendo la «discriminación por asociación» en los supuestos en que la víctima de la discriminación no sea la propia persona que posee la característica protegida, así como la interpretación abstracta del motivo concreto.

Un caso específico considerado por la normativa como discriminación directa es el acoso o las órdenes de discriminar.

Con arreglo a las directivas, el acoso es un tipo concreto de discriminación. Previamente considerado como un caso particular de discriminación directa, su tratamiento específico en un epígrafe propio responde más a la importancia de singularizar esta forma especialmente dañina de trato discriminatorio que a un cambio conceptual.

Las directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres establecen también específicamente el acoso sexual como un tipo concreto de discriminación, cuando el comportamiento no deseado «verbal, no verbal o físico» es de naturaleza «sexual».

Conforme a esta definición, no es necesaria una referencia comparativa para demostrar el acoso, como corresponde al hecho de que el acoso es intrínsecamente malo por la forma que adopta (abuso verbal, no verbal o físico) y por su efecto potencial (atentar contra la dignidad humana).

Estas concreciones se derivan de la Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido el Código práctico encaminado a combatir el acoso (DO C 27, 4 de febrero de 1992, p. 1).

Conforme a las directivas contra la discriminación, el acoso constituirá discriminación cuando:

- se produzca un comportamiento no deseado relacionado con un motivo protegido;
- que tenga como objetivo no consecuencia atentar contra la dignidad de la persona;

¹¹ Es abundante la jurisprudencia al respecto tanto de jurisdicciones nacionales como del TJUE o del TEDH. Entre otros asuntos pueden consultarse: Cámara de los Loes del Reino Unido, James contra Eastleigh Borough Council [1990] UKHL 6, 14 de junio de 1990. TJUE, Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Asunto C-267/06 [2008] Rec. I-1757,1 de abril de 2008. TEDH, Aziz contra Chipre (n.o 69949/01), 22 de junio de 2004.

- y/o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Para determinar la existencia del acoso se emplea la percepción del trato de la víctima. Aunque la víctima no perciba efectivamente los efectos del acoso, éste podrá apreciarse aún, siempre que el reclamante sea el objeto del comportamiento en cuestión.

Las cuestiones de hecho relativas a si una conducta constituye o no acoso suelen determinarse en el ámbito nacional, antes de remitir los asuntos al TJUE, lo que puede distorsionar la uniformidad en la aplicación del derecho de la UE puesto que cabe existan diferentes percepciones de lo que supone acoso en función del entorno social en que se produzca.

2.2. Discriminación indirecta

Tanto la normativa de la UE como el CEDH reconocen que la discriminación puede existir no sólo cuando se trata de modo diferente a personas en situaciones similares, sino también cuando se trata de forma idéntica a personas en situaciones diferentes. Esta última forma de discriminación se denomina «indirecta» porque no es el trato lo que difiere, sino sus efectos, que afectan de distinto modo a personas con características diferentes.

El motivo por el que se aprecia la discriminación es la aplicación de la misma disposición a todas las personas sin tener en cuenta las diferencias sustanciales. Para corregir y evitar este tipo de situaciones, los gobiernos, los empleadores y los prestadores de servicios deben asegurarse de adoptar medidas para ajustar sus disposiciones y prácticas con el fin de tener en cuenta estas diferencias; es decir, deben hacer algo para adaptar sus políticas y medidas vigentes. Es lo que se conoce como “medidas de acción positiva” que permiten lograr la igualdad positiva y no sólo la igualdad formal. Son medidas, como las califica el TJUE, que «aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social».

La normativa de la UE (artículo 2(2)(b) de la Directiva de la directiva relativa a la igualdad racial, la Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2(2)(b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2(b)) establece que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas».

A pesar de tratarse de una norma UE y no de desarrollo del CEDH, ha sido esta definición la utilizada por el TEDH en algunas de sus sentencias¹², señalando que «la diferencia de trato puede consistir en unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo caracterizado por un motivo protegido».

También en estos casos es necesario referenciar el efecto desproporcionadamente perjudicial a uno de los motivos protegidos.

3. MOTIVOS PROTEGIDOS

Una vez que tenemos establecido nuestro marco normativo (fundamentalmente las Directivas en el ordenamiento jurídico UE) y el objetivo de estas normas (evitar que se produzca discriminación), es necesario prestar atención a una importante limitación que encontramos en dichas normas.

No se prohíbe en general el resultado discriminatorio, si no sólo aquellas discriminaciones producidas por no proteger una de las características de las consideradas en la norma. Así, las directivas europeas sobre no discriminación prohíben el trato diferenciado basado en ciertas «características protegidas», y figura una lista fija y limitada de las mismas, entre las que se cuenta el género (Directiva sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios, Directiva sobre la igualdad de género (refundida)), la orientación sexual, la discapacidad, la edad y la religión o las creencias (Directiva de igualdad en el empleo), así como el origen racial o étnico (Directiva sobre la igualdad racial).

El CEDH, por el contrario, contiene una lista abierta, que coincide con las directivas, pero que va más allá porque en el artículo 14 se establece que no deberá discriminarse «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».

A pesar de esta recortada protección que encontramos en el Derecho derivado de la UE, dentro del Derecho originario, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE también contiene una prohibición de la discriminación que resulta de una combinación de las características consignadas en el CEDH y en las directivas sobre no discriminación, aunque no se refiere la característica general de «cualquier otra situación».

¹² TEDH, D.H. y otros contra la República Checa [GC] (n.o 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 184.

Una «característica protegida» de una persona es una condición de la misma que no debe considerarse relevante para administrarle un trato diferenciado, ni para que goce de un determinado beneficio. Repasaremos brevemente cuáles son las características protegidas por el Derecho UE y su repercusión jurisprudencial.

a) Género

La discriminación por razón de género se trata del aspecto más desarrollado de la política social de la UE, y hace mucho tiempo que recibe la consideración de derecho fundamental. El fomento de la protección en relación con esta característica ha servido a un doble propósito: económico, en cuanto a que ha contribuido a eliminar distorsiones de la competencia en un mercado de creciente integración y, en el ámbito político, ha impulsado en la Comunidad el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. En consecuencia, la protección contra la discriminación por razones de género ha constituido, y sigue constituyendo, una función fundamental de la Unión Europea.

La aceptación de la importancia económica y social de garantizar la igualdad de trato se concretó aún más con la posición esencial que se le otorgó en la Carta de Derechos Fundamentales. Del mismo modo, en el CEDH, la protección frente a la discriminación por razón de género también se encuentra adecuadamente desarrollada.

Aunque los casos de discriminación por razón de género suelen consistir en situaciones en las que las mujeres reciben un trato menos favorable que los hombres, no sucede siempre así, también son condiciones de trabajo diferentes o limitaciones al acceso a determinados empleos.

También se engloba dentro de la discriminación prohibida en razón de género la que se practica por “identidad de género”. Conforme a los Principios de Yogyakarta, se entiende por ella «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales»¹³.

¹³ «Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género», marzo de 2007, disponibles en: www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

En cualquier caso, parece que la legislación en torno a la característica de la «identidad de género» requiere una considerable aclaración a escala tanto europea, como nacional.

Varios asuntos relativos a las diferencias de trato por razón de género en relación con la edad de jubilación ponen de manifiesto que la Administración cuenta con un amplio margen de valoración en los temas de políticas fiscal y social. Igual sucede con situaciones en los que se ha considerado justificado el trato diferenciado justificándolo con consideraciones de política de empleo¹⁴.

Si examinamos la jurisprudencia tanto de TEDH como de TJUE, encontramos con cierta frecuencia asuntos de discriminación por “orientación sexual” que puede entenderse como la «capacidad individual de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas». Aunque en el artículo 14 del CEDH no se recoge explícitamente la «orientación sexual» como característica protegida, el TEDH ha declarado expresamente que se encuentra incluida entre las características «varias» protegidas por el artículo 14CEDH.

b) Discapacidad

Ni el CEDH, ni la Directiva de igualdad en el empleo contienen una definición de Discapacidad y queda habitualmente en los tribunales nacionales la determinación de qué constituye una discapacidad. Estas aproximaciones se presentan como parte de las cuestiones prejudiciales que plantean al TJUE y, a partir de las mismas, ha marcado toda una línea de interpretación con una definición armonizada en la UE. Entiende por discapacidad “una limitación que se deriva, en particular, de deficiencias físicas, mentales o psicológicas, y que dificulta la participación de la persona en cuestión en la vida profesional”. Así, por ejemplo, distingue entre enfermedad y discapacidad, no siendo la primera objeto de protección¹⁵.

c) Edad

Aunque la discriminación por razón de edad per se no incide en el ámbito de ningún derecho específico en el CEDH (a diferencia de la religión, o la orientación sexual), los problemas de discriminación por razón de la edad pueden plantearse en el contexto de diversos derechos. En este sentido, el TEDH, como en otros ámbitos, ha conocido de asuntos cuyos hechos indicaban la existencia de

¹⁴ Para compensar a los varones del tiempo empleado en el servicio militar obligatorio, Schnorbus contra Land Hessen, Asunto C-79/99 [2000] Rec. I-10997, 7 de diciembre de 2000; o para evitar que sean siempre las mujeres quienes terminen con contratos de menos de 15 horas por semana.

¹⁵ Chacón Navas contra Euresst Colectividades SA, Asunto C-13/05 [2006] Rec. I-6467, 11 de julio de 2006.

discriminación por motivos de edad, sin analizar en realidad los asuntos en tales términos, sobre todo en relación con el trato de los menores en el sistema de justicia penal. El TEDH ha observado que la «edad» se incluye en el apartado de «otra condición» y en muchos casos la ha considerado como una diferencia de trato justificada para así proteger un bien jurídico superior¹⁶.

En el ámbito del Derecho de la UE, sólo hay una referencia a la discriminación en razón de edad como causa intermedia de protección en la Directiva 78/2000, con una proyección en el ámbito de las relaciones laborales. El TJUE, interpretando dicha regulación en combinación con el artículo 21 CDFUE ha considerado que se trata de un principio general del derecho y por tanto aplicándolo incluso en relaciones horizontales (entre empleador y empleado)¹⁷ y generando toda una línea jurisprudencial¹⁸.

d) Raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional

La principal diferencia en la protección por parte de la UE y del CEDH del motivo “raza y origen étnico” es la inclusión o no de la nacionalidad. Mientras que en el CEDH se alude a la «nacionalidad» o al «origen nacional» como una característica específica, en la jurisprudencia que se refiere a continuación se pone de relieve que la nacionalidad puede entenderse como un elemento constitutivo de la etnia. Tal exclusión es consecuencia de que tal discriminación se regula en el contexto de libre circulación de personas.

Otra diferencia importante es que la Directiva sobre la igualdad racial no contiene una definición de «origen racial o étnico pero sí figuran como características específicas en el CEDH.

En la definición de racismo y xenofobia de la Decisión marco del Consejo de la UE relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal se incluye la violencia y el odio dirigidos a determinados grupos mediante la referencia a la «raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico». La Comisión contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa ha adoptado asimismo un amplio enfoque respecto a la definición de «discriminación racial», en la que se incluyen las características de «raza, color, lengua, religión, nacionalidad y origen nacional o étnico».

¹⁶ TEDH, Schwizgebel contra Suiza (n.o 25762/07), 10 de junio de 2010.

¹⁷ <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&num=C-555/07>

¹⁸ Véase el interesante estudio de REQUENA CASANOVA, M.: “La discriminación por razón de la edad en la unión europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013).

Del mismo modo, en el artículo 1 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966 (de la que todos los Estados miembros de la Unión Europea y el Consejo de Europa son parte) se define la discriminación racial con la inclusión de las características de «raza, color, linaje u origen nacional o étnico».

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, responsable de interpretar y de vigilar el cumplimiento del tratado, ha declarado que, salvo que exista justificación para lo contrario, la determinación de si una persona es miembro o no de un grupo racial o étnico, «se basará en la autoidentificación del individuo en cuestión». Se evita que el Estado excluya de la protección a grupos étnicos a los que no reconozca.

Para explicar los conceptos de raza y etnia, el TEDH ha dictaminado que la lengua, la religión, la nacionalidad y la cultura pueden ser factores indisolubles de la raza, aunque en el derecho de la UE y en particular en la Directiva sobre igualdad racial no se hace tal referencia, sin duda pueden ser indicadores.

Así, Religión o creencia, es en el marco del CEDH (Artículo 9) donde encontramos protegido un derecho independiente de la libertad de conciencia, religión y creencia, aunque el derecho de la UE también contiene cierta protección limitada frente a esta discriminación si tiene un efecto en alguno de los ámbitos protegidos.

Igual sucede respecto a la discriminación en razón de Lengua. Cabe señalar que tanto el Convenio marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, 1995,²³⁰ (ratificado por 39 Estados miembros), como la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias, 1992,²³¹ (ratificada por 24 Estados miembros) imponen obligaciones específicas a los Estados relativas al uso de las lenguas minoritarias. No obstante, en ninguno de los instrumentos se define el significado de «lengua».

La lengua no figura, per se, como característica protegida en las directivas sobre no discriminación, pero sí se recoge como tal en el CEDH. En cualquier caso, puede protegerse con arreglo a la Directiva sobre la igualdad racial, en la medida en que puede vincularse a la raza o al origen étnico, y también puede ser considerada por el TEDH conforme a esta característica. El TJUE también la ha protegido a través de la característica de la nacionalidad, en el contexto de la ley relativa a la libre circulación de personas¹⁹.

¹⁹ TJUE, *Groener contra Ministerio de Educación y the City of Dublin Vocational Educational Committee*.

Asunto C-379/87 [1989] Rec. 3967, 28 de noviembre de 1989.

El Origen social, nacimiento y propiedad son tres características pueden estar relacionadas con la raza y la etnia y suponen un estatus impuesto a la persona en virtud de unas condiciones sociales, económicas o biológicas heredadas, pero ninguna de ellas se recogen en las Directivas UE.

e) Opiniones políticas o de otra índole

Estos motivos, recogidos en el marco del CEDH pero sin referencia alguna en el Derecho de la UE, podrían también en su caso, ser utilizadas por el TJUE en el mismo sentido que el TEDH utiliza su apartado “otras” para incorporar motivos de discriminación contemplados en el Derecho de la UE y no en el del CEDH. En muchos casos, cuando una persona mantiene una determinada convicción que no satisface los requisitos para ser clasificada como «religión o creencia», ésta puede calificarse en cualquier caso como susceptible de protección con arreglo a esta característica y sin duda en los ámbitos protegidos por el Derecho de la UE puede actuar como una clara causa de discriminación.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA EUROPEA ANTIDISCRIMINACIÓN

Tenemos identificado el marco normativo (apartado 1), su objetivo (apartado 2), las características que protege (apartado 3), pero todavía encontramos una limitación más: No se aplica dicha normativa a cualquier ámbito, si no que dependerá de la norma que prohíba la discriminación al ámbito que se aplica la normativa contra la discriminación se introdujo en la UE con el fin de facilitar el funcionamiento del mercado interno, por lo que ha estado tradicionalmente restringida al ámbito del empleo. Con la aparición de la Directiva de igualdad racial en 2000, este ámbito se amplió para incluir el acceso a los bienes y servicios y al sistema público de bienestar, considerando que para garantizar la igualdad en el mercado de trabajo resulta igualmente necesario garantizarla en otras áreas que afectan al empleo. Con la finalidad de ampliar el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación por razones de género se adoptó la Directiva de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios. Sin embargo, la Directiva de igualdad en el empleo, de 2000, que prohíbe la discriminación por razón de la orientación sexual, la discapacidad, la edad y la religión o las creencias, sólo es de aplicación en el ámbito del empleo.

A diferencia de esto, el artículo 14 del CEDH garantiza la igualdad en relación con el disfrute de los derechos sustantivos reconocidos en el propio Convenio; y el Protocolo 12 al CEDH, que entró en vigor en 2005, amplió el ámbito de la prohibición de la discriminación a la protección de todos los derechos reconocidos en el ámbito nacional, aunque no estén incluidos en el ámbito de los derechos amparados por el CEDH. No obstante, el Protocolo sólo ha sido

ratificado por 17 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, entre ellos 6 Estados miembros de la UE.

Esto significa que los Estados miembros de la UE tienen distintas obligaciones derivadas de la legislación europea contra la discriminación, y a pesar de que hay áreas de aplicación del CEDH que quedan fuera del ámbito de la normativa UE, ambos sistemas se retroalimentan y completan como ha demostrado la jurisprudencia de ambos tribunales: Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Vistos los compromisos de los Estados miembros y de la UE a garantizar la prohibición de discriminación en su ámbito de actuación, una cuestión previa a analizar es la de los destinatarios de la protección derivada de la legislación de la UE y el CEDH, donde encontramos relevantes diferencias.

El CEDH protege a todas las personas situadas bajo la jurisdicción de un Estado miembro, sean o no ciudadanos de éste y se hallen o no dentro de su territorio nacional, siempre que se encuentran en áreas situadas bajo el control efectivo del Estado (como los territorios ocupados).

Por el contrario, la protección derivada de la normativa de la UE tiene un ámbito de aplicación más limitado. La prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad se aplica en el marco de la libre circulación de personas y únicamente a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión. Además, las directivas contra la discriminación contienen varias exclusiones de la aplicación a los nacionales de terceros países (NTP), es decir, los ciudadanos de Estados que no sean miembros de la UE.

Las directivas contra la discriminación excluyen expresamente su aplicación a la discriminación por nacionalidad, regulada en la Directiva de libertad de circulación, que sólo reconoce el derecho a entrar y residir en otros Estados miembros de la UE a los ciudadanos de alguno de los Estados miembros de la Unión. Tras un período de cinco años de residencia legal en otro Estado miembro de la UE, los ciudadanos de la Unión adquieren un derecho de residencia permanente con derechos equivalentes a los de la categoría de los «trabajadores». Esto no significa, por supuesto, que los ciudadanos de otros Estados miembros no estén protegidos por las directivas contra la discriminación. Simplemente, al formular una reclamación de discriminación por razón de nacionalidad, la víctima deberá tratar de plantearla en el ámbito de la raza o el origen étnico o bien invocar la Directiva de libertad de circulación.

Tanto la Directiva de igualdad racial como la Directiva de igualdad en el empleo resaltan que no conceden ningún derecho de igualdad de trato para los nacionales de terceros países (NTP) en relación con las condiciones de entrada y de residencia. La Directiva de igualdad en el empleo declara igualmente que no

concede ningún derecho de igualdad de trato a los NTP en relación con el acceso al empleo y la ocupación. La Directiva de igualdad racial establece también que no afecta a «cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas». No obstante, esto no permite a los Estados miembros excluir totalmente de la protección a los NTP, a quienes el preámbulo declara protegidos por la directiva, salvo en relación con el acceso al empleo.

La Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios no excluyen la protección de los NTP.

En cualquier caso, los NTP disfrutarán del derecho a la igualdad de trato en prácticamente las mismas áreas cubiertas por las directivas contra la discriminación si reúnen los requisitos de los «residentes de larga duración» con arreglo a la Directiva de los nacionales de terceros países (que exige, entre otras cosas, un período de residencia legal de cinco años)²⁰. La Directiva de reagrupación familiar²¹ permite también, con ciertas condiciones, la reagrupación de los familiares de los NTP con residencia legal en un Estado miembro.

Por supuesto, estas disposiciones no impiden a los Estados miembros establecer condiciones más favorables en su derecho interno.

La prohibición de la discriminación en las directivas de la UE contra la discriminación cubre tres áreas: A) el empleo, B) el sistema de bienestar y C) el acceso a los bienes y servicios.

La Directiva de igualdad racial es la única que se aplica en las tres áreas; la Directiva de igualdad en el empleo sólo se aplica en el ámbito del empleo; y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios se aplican en el ámbito del empleo y del acceso a los bienes y servicios, pero no del acceso al sistema de bienestar.

a) Empleo

La protección contra la discriminación en el ámbito del empleo se extiende a los tres motivos protegidos establecidos en las directivas contra la discriminación: el acceso, las condiciones y la formación profesional.

El concepto de «acceso al empleo» ha sido ampliamente interpretado por el TJUE, así señala reiteradamente que «no se refiere únicamente a las condiciones existentes antes de que nazca una relación laboral» sino a todos los factores de

²⁰ Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DO L 16, 23 de enero de 2004, p. 44.

²¹ Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DO L 251, 3 de octubre de 2003, p. 12.

influencia que una persona debe tener en cuenta antes de adoptar la decisión de aceptar o no una oferta de trabajo²²²³.

Respecto a las condiciones de empleo, incluidos el despido y la retribución, también en este caso, el TJUE realiza una interpretación bastante amplia del ámbito de aplicación, lo que ha llevado, en última instancia, a que cualquier circunstancia derivada de la relación laboral se considere incluida en esta categoría como por ejemplo la reducción de la jornada laboral o el servicio de guardería.

El TJUE ha adoptado también un planteamiento bastante incluyente de las cuestiones del despido y la remuneración. En relación con el ámbito del despido, éste cubre todas las situaciones en las que se produce la resolución de la relación laboral y se ha considerado que incluye, por ejemplo, su extinción en el marco de un plan de cese voluntario o por jubilación obligatoria.

El concepto de retribución ha sido definido en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE como «el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

Esto incluye una amplia variedad de prestaciones debidas a la relación de trabajo que el TJUE lo ha considerado extensivo a todas las prestaciones relacionadas con el trabajo. Lo que básicamente se busca para determinar si la cuestión está incluida en el término «retribución» es alguna forma de prestación derivada de la existencia de la relación de trabajo²⁴.

Por último, la «orientación y formación profesional» ha sido analizada por el TJUE en el contexto de la libre circulación de personas adoptando una formulación amplia conforme al artículo 7,3 del Reglamento 1612/68. Basta que el programa en cuestión proporcione los conocimientos, la formación o las capacidades necesarias para una determinada profesión, oficio o empleo, aunque esta no exija una titulación en concreto, para ser considerada dentro del ámbito de aplicación de la norma donde no cabe discriminación por alguno de los motivos recogidos en la norma²⁵.

²² Meyers contra Adjudication Officer, Asunto C-116/94 [1995] Rec. I-2131, 13 de julio de 1995.

²³ Sobre el tema de acceso al empleo y promoción profesional es especialmente ilustrativo el artículo de MILLÁN, L., "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial" (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall), en el que hace un comentario comparativo de la línea jurisprudencial a finales de los años 90. Revista de Derecho Comunitario Europeo, N°3/1998.

²⁴ Valga como ejemplo de una amplia línea jurisprudencial Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA, Asunto C-411/05 [2007] Rec. I-8531], 16 de octubre de 2007.

²⁵ Gravier contra Ville de Liège y otros, Asunto 293/83 [1985] Rec. 593, 13 de febrero de 1985.

Blaizot y otros contra Université de Liège y otros, Asunto 24/86 [1988] Rec. 379, 2 de febrero de 1988.

b) Acceso al sistema de bienestar

De entre las directivas contra la discriminación, sólo la Directiva de igualdad racial establece una protección general contra la discriminación en el acceso al sistema de bienestar y otras formas de seguridad social, incluido el acceso a prestaciones en especie mantenidas «en común» por el Estado, como la asistencia sanitaria pública, la educación y el sistema de seguridad social. No obstante, la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social establece el derecho a la igualdad de trato por razón de género en el ámbito más concreto de la «seguridad social».

El ámbito concreto de la seguridad social y la asistencia sanitaria es incierto, pues no se explica en la Directiva de igualdad racial que sólo establece la igualdad de trato por razón de género en relación con los «regímenes legales de seguridad social», que define en su artículo 1 “como regímenes que prestan protección frente a enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional y desempleo, además de «ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes anteriores o a suplirlos».

No está tampoco claro el alcance de la protección frente a la discriminación en el campo de la asistencia sanitaria, que parecería hacer referencia al acceso a la asistencia sanitaria pública en el punto de prestación del servicio, como el tratamiento ofrecido por el personal médico y administrativo. Probablemente, se aplicará también a los seguros de servicios sanitarios privados reembolsados a los pacientes a través de un régimen de seguro obligatorio. En este caso, parece que la negativa a asegurar a una persona o el cobro de una prima mayor por razones de origen racial o étnico quedarían incluidos en el ámbito de esta disposición o, en otro caso, en el del acceso a la prestación de bienes y servicios.

Sin embargo, el ámbito de las «ventajas sociales» ha sido claramente desarrollado por la jurisprudencia del TJUE en el contexto de la normativa sobre libertad de circulación de las personas, con una definición extremadamente amplia. El TJUE ha definido las «ventajas sociales» como aquellas ventajas: «que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el solo hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad.»²⁶. En el contexto de la libertad de circulación, el concepto de ventaja social hace referencia a cualquier ventaja que pueda ayudar al trabajador emigrante a integrarse en la sociedad del país anfitrión, desde la entrega de un préstamo sin intereses por el nacimiento de hijos, subvenciones en el marco de un

²⁶ Procedimiento penal contra Even, Asunto 207/78 [1979] Rec. 2019, 31 de mayo de 1979, párr. 22.

convenio cultural para cursar estudios en el extranjero o el derecho a una pensión concluida la relación laboral.

Dentro del sistema de bienestar, como “ventaja social” se entiende el acceso a la educación. La protección frente a la discriminación en el acceso a la educación se desarrolló inicialmente en el contexto de la libre circulación de las personas con arreglo al artículo 12 del Reglamento 1612/68, especialmente en relación con los hijos de los trabajadores. El área de la educación se solapará, probablemente, con la de la formación profesional. No es claro si incluirá también los programas de educación superior excluidos del área de la formación profesional exclusivamente realizados con la finalidad de aumentar los conocimientos generales.

c) Acceso al suministro de bienes y servicios

La protección frente a la discriminación en el campo del acceso al suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda, se aplica al motivo de la raza a través de la Directiva de igualdad racial y a los motivos de género a través de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios.

El artículo 3(1) de esta Directiva precisa esta disposición, estableciendo que hace referencia a todos los bienes y servicios «disponibles para el público [...] y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en dicho contexto». El párrafo 13 del preámbulo y artículo 3(3) excluye expresamente la aplicación al «contenido de los medios de comunicación ni de la publicidad» y a «la enseñanza pública o privada», aunque esta última exclusión no reduce el ámbito de aplicación de la Directiva de igualdad racial, que cubre expresamente la educación.

La Directiva se refiere también al artículo 57 TFUE: «Se considerarán «servicios» a los efectos del Tratado las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración [...] Los «servicios» comprenderán, en particular: (a) actividades de carácter industrial, (b) actividades de carácter mercantil, (c) actividades artesanales, (d) actividades propias de las profesiones liberales.»

Parece, por tanto, que esta área cubre cualquier contexto en el que se preste un bien o servicio normalmente a cambio de una remuneración, siempre que no se produzca en un contexto enteramente personal.

En este sentido, el TJUE ha interpretado los servicios en el contexto de la libertad de circulación de servicios para cubrir la asistencia sanitaria prestada a cambio de una remuneración por una entidad con ánimo de lucro²⁷.

²⁷ Kohll contra Union des Caisses de Maladie, Asunto C-158/96 [1998] Rec. I-1931, 28 de abril de 1998.

Mayores problemas da la no discriminación en el acceso a bienes y servicios cuando nos referimos al acceso a la vivienda. Aunque la Directiva de igualdad racial no define la vivienda, se considera que debe interpretarse a la luz de la legislación internacional de derechos humanos, en particular el derecho al respeto del domicilio particular del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 8 del CEDH (dado que todos los Estados miembros de la UE son parte del Convenio y la propia UE se incorporará a él en el futuro) y el derecho a una vivienda adecuada del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (del que todos los Estados miembros son parte).

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), la vivienda adecuada debe cumplir una serie de requisitos y, en particular, debe ser de calidad suficiente para asegurar la protección frente a los elementos, reflejar las necesidades culturales de sus ocupantes (por lo que incluye vehículos, caravanas, campamentos y otras estructuras no permanentes), estar conectada a suministros y saneamiento públicos y a servicios públicos y oportunidades de trabajo a través de una infraestructura adecuada, así como incluir una protección adecuada frente al desahucio forzado o sumario y ser asequible²⁸.

Adoptando este planteamiento, el acceso a la vivienda incluiría no sólo la garantía de la igualdad de trato por parte de los propietarios públicos o privados y los agentes inmobiliarios en la decisión de arrendar y vender o no inmuebles a determinadas personas, así como el derecho a la igualdad de trato en el modo de adjudicar la vivienda (como la adjudicación de viviendas de baja calidad o lejanas a determinados grupos étnicos), mantenerla (como la falta de mantenimiento de las viviendas ocupadas por ciertos grupos) y alquilarla (como la falta de seguridad del arrendamiento o la aplicación de mayores rentas o fianzas a los pertenecientes a determinados grupos). En el marco del CEDH, el trato discriminatorio en el acceso a la vivienda o a determinadas condiciones en las viviendas públicas ha sido considerado “trato inhumano” y como tal prohibido por el CEDH.

Aunque las directivas contra la discriminación no mencionan específicamente el acceso a la justicia entre los ejemplos de bienes y servicios, resulta posible su inclusión en este ámbito, en la medida que el sistema judicial constituye un servicio prestado al público por el Estado a cambio de una remuneración. Como mínimo, las directivas contra la discriminación exigen a los

²⁸ Esta concepción de la vivienda aparece también en el planteamiento adoptado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) en su informe Situación en materia de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea - Pasos hacia la igualdad Situación en materia de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea - Pasos hacia la igualdad - Informe de síntesis (Viena, FRA, marzo de 2010).

Estados miembros establecer procedimientos judiciales o administrativos que permitan a las personas ejercitar sus derechos derivados de ellas.

Otro principio consolidado de la legislación de la UE es el derecho de las personas a la «protección judicial efectiva» de los derechos derivados de la legislación de la Unión. Por tanto, aun en el supuesto de que no pueda decirse que el «acceso a la justicia» está incluido en los «bienes y servicios», sí puede afirmarse, con certeza, que el acceso a la justicia existe como derecho autónomo (sin el requisito de acreditar la discriminación) en relación con el cumplimiento de las propias directivas.

5. CONCLUSIONES

La normativa de derecho derivado de la UE en lo referente a la discriminación ofrece un panorama complejo con ámbitos de actuación diferentes y motivos limitados por los que se podría exigir la no discriminación. Además, carecería de sentido estudiar la protección contra la discriminación a través de normativa de la Unión Europea, ignorando la normativa producida en el marco del CEDH. Aunque estos dos sistemas son diferentes, actúan de manera complementaria en gran medida y se refuerzan mutuamente. No obstante, entre ellos existen algunas diferencias, que no podemos ignorar:

- El CEDH protege a todas las personas situadas bajo la jurisdicción de sus 47 Estados parte, mientras que las directivas de la UE contra la discriminación sólo ofrecen protección a los ciudadanos de los 27 Estados miembros.
- En la normativa de la UE contra la discriminación, la prohibición de la discriminación es de naturaleza autónoma, pero está limitada a ámbitos concretos.
- Hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, gracias al que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ganó valor jurídico a nivel de derecho originario, la prohibición de la discriminación en el marco de la UE era asimétrico.
- Las instituciones de la UE están jurídicamente obligadas a cumplir la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, incluidas sus disposiciones sobre no discriminación. Los Estados miembros de la Unión deben cumplir también la Carta al aplicar el derecho de la UE.
- Así mismo, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, se recoge la obligación de la UE de suscribir el CEDH. Todavía han transcurrido unos años sin que haya sido posible pero tan pronto

sea una realidad simplificará el sistema de protección, que ya temáticamente está muy cercano. Además, al ser todos los Estados Miembros de la UE parte a su vez del CEDH, toda competencia que han atribuido a la UE, lo hacen con la servidumbre de tener que respetar las obligaciones internacionales que tenía asumidas el Estado antes de atribuir la competencia en cada materia.

- Respecto al Derecho derivado y su protección asimétrica, sólo estaban protegidos los motivos de discriminación recogidos en el derecho derivado: género, el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la religión y las creencias, y la orientación sexual. Mientras que en el marco del CEDH estos motivos son más abiertos (siempre que afecten a uno de los derechos recogidos en el Convenio) y pueden desarrollarse según el asunto.

La aportación de la jurisprudencia tanto del TJUE como del TEDH interpretando ambos cuerpos normativos ha supuesto un claro avance hacia una concepción integrada y que se retroalimenta.

- Por otra parte, las Directivas tienen ámbitos de aplicación determinados: en el empleo, en la igualdad racial, igualdad entre hombres y mujeres... y sólo en ese ámbito se podrán exigir.

Sólo salvaríamos este inconveniente si terminara siendo una realidad la “Directiva horizontal” en propuesta desde 2008 y sistemáticamente frenada en el Consejo. Ahora mismo, en el momento de reforma para el Futuro de Europa y conectada al Pilar Europeo de Derechos Sociales, probablemente sea el momento idóneo para hacerla un texto vinculante.

- Aun así, seguiremos teniendo la limitación que resulta del elemento jurídico utilizado (la Directiva) que deja un amplio margen a los Estados para su desarrollo. Esperemos, que todos estos principios de no discriminación sean considerados por todos los Estados miembros a la hora de transponer las directivas de referencia, como pilares básicos del modelo social europeo.

6. BIBLIOGRAFÍA

BAMFORTH, MALIK y O’CINNEIDE. *Discrimination Law: Theory and Context*. Londres, Sweet and Maxwell, 2008. Capítulo 1 “Key Issues and Questions in Discrimination Law”. Capítulo 2 “Sources and Scope of Domestic Discrimination Law”.

BARNARD. *EC Employment Law*. Oxford University Press, 2006 (3a ed.). Capítulo 1 “The Evolution of «EC» Social Policy”.

- BOZA MARTÍNEZ. "Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 7 (2005).
- BREEN. *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.
- BRIBOSIA. "Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 78 (2009), pp. 319-373.
- CANO PALOMARES. "La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en: *Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos*. Serie "Carta de derechos humanos emergentes" n.o 3. Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, pp. 35-57.
- CRAIG, P. y DE BURCA, G. *EU Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press, 2021 (6a ed.). Capítulo 1 "The Development of European Integration". Capítulo 11 "Human Rights in the EU".
- DEMARET, P. "L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité: l'arrêt E.B. contre France", *Journal des tribunaux*, 6343 (2009), pp. 145-149.
- EICKE. "The European Charter of Fundamental Rights - Unique Opportunity or Unwelcome Distraction", *European Human Rights Law Review*, 3 (2000), p. 280.
- ELLIS. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford University Press, 2005. Capítulo "Introduction".
- EQUINET. *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*. Tomos I-IV. Disponibles en: www.equineteurope.org/equinetpublications.html.
- FITZPATRICK (et al). "The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article", *Industrial Law Journal*, 25.4 (1996), p. 320.
- FUNDAMENTAL RIGHTS AGENCY (FRA)/Consejo de Europa "Manual de Legislación Europea contra la discriminación". *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea* 2011.
- GULIYEV. "Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de «second rang»? CourEDH, Gde Ch., Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009", *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 31 (2010).
- HERINGA y VERHEY. "The EU Charter: Text and Structure", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 8 (2001), p. 11.
- LANDAU y BEIGBEDER. "From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work", *European Journal of International Law*, 21.1 (2010), pp. 264-267.
- LLORENTE. "A Charter of Dubious Utility", *International Journal of Constitutional Law*, 1.3 (2003), p. 405.

- MARTIN. "Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 69 (2007).
- MILLÁN MORO, L. "Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial" (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de octubre de 1995, as. C-450/93, Kalanke y de 11 de noviembre de 1997, as. C-409/95, Marschall) *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N^o3/1998.
- PRESNO LINERA. "La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1 (2008).
- QUESADA SEGURA. "La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (2008) extraordinary number.
- REQUENA CASANOVA, M "La discriminación por razón de edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia" en *Revista General de Derecho Europeo* 31 (2013)
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M "Cuestión prejudicial, tutela judicial efectiva y primacía de la no discriminación sobre el Derecho Comunitario derivado". *Relaciones Laborales* n^o2-2003, pp. 77-88.
- RUDYK. "A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement", *International Journal of Human Rights*, 14.2 (2010), pp. 189-214.
- SADURSKI. "Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments", *Human Rights Law Review*, 9.3 (2009), p. 397.
- TULKENS. "L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", en: Carlier (ed.), *L'étranger face au droit*. Bruselas, Bruylant, 2010.