

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Comentario artículo por artículo

Dirigido por:

Araceli Mangas Martín

Coordinado por:

Luis N. González Alonso

*Manuel López Escudero
José Martín y Pérez de Nanclares
José Manuel Sobrino Heredia*

Separata

TÍTULO III IGUALDAD

COMENTARIO

Araceli Mangas Martín

*Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*

Primera edición: 2008
ISBN: 978-84-96515-80-2

© los autores, 2008
© Fundación BBVA, 2008

Fundación **BBVA**

TÍTULO III
IGUALDAD

ARTÍCULO 20
IGUALDAD ANTE LA LEY

Todas las personas son iguales ante la ley.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo de la Carta de los Derechos fundamentales; arts. 16, 21-23, 47 y 52.
- TUE (TLisboa): párrafo segundo del Preámbulo, arts. 2, 3.3, 6, 8.
- TFUE: arts. 8, 10, 19, 153, 157 y 199.4.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 13 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-80.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 20.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El reconocimiento de la igualdad *de los ciudadanos* ante la ley es una proclamación formal obligada en la gran mayoría de las constituciones (por ejemplo, art. 14 de la Constitución Española). Sin embargo, las constituciones no proclaman la igualdad *de todas las personas* (salvo algunas excepciones, como las Constituciones de Alemania y Países Bajos), aunque la práctica judicial en los Estados democráticos europeos ha extendido el reconocimiento de la igualdad ante la ley para todos los seres humanos.

Tal proclamación es más habitual en los textos internacionales. Sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es un texto ejemplar en la materia, al proclamar desde su primer artículo que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...», por lo que el art. 7 proclama su igualdad ante la ley y sus protecciones. También el art. 26 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos proclama la igualdad ante la ley de todas las personas y su derecho a una protección igual sin discriminación.

Sin embargo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no declara la igualdad ante la ley, sino el principio de no discriminación de los ciudadanos en el disfrute de los derechos reconocidos por el CEDH. Este Convenio, por consiguiente, sólo declara la igualdad en la aplicación del Convenio, en tanto que derecho accesorio o secundario respecto a derechos primarios.

En sus Explicaciones los redactores de la Carta de Niza afirman, de forma algo exagerada, que «Este artículo corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho comunitario, si bien siempre lo ha relacionado con las condiciones laborales o en materia de ayudas, etc.»

(sentencia de 13 de noviembre de 1984, *Racke*, asunto 283/83, Rec., 1984, p. 3791; sentencia de 17 de abril de 1997, C-15/95, *EARL*, Rec., 1997, p. I-1961, y sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, *Karlsson*, Rec. 2737).

Los tratados comunitarios nunca formularon un principio general de igualdad de trato de todas las personas ante la ley. Los tratados, hasta la reforma de Amsterdam en 1997, habían formulado sendos principios de no discriminación por razón de la nacionalidad y de no discriminación por razón de sexo en materia de retribuciones. Ciertamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se había referido a un principio general de igualdad de trato (la citada por las Explicaciones), pero hasta la reforma del Tratado de Amsterdam no figuró un principio general de no discriminación (art. 13 TCE) del que la doctrina, en general, ha deducido un principio general de igualdad de trato (Lenaerts 1991, 3-4). Sin embargo, el Tratado de Amsterdam no incluyó entre los valores o fundamentos de la Unión la igualdad en su art. 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), aunque no hay que olvidar que hacía una referencia y remisión general, desde la reforma de Maastricht, al respeto a los derechos fundamentales en tanto que principios de derecho en ese mismo precepto y el ya citado art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) formulaba un principio general de no discriminación.

Ahora bien, el valor *igualdad* no ha sido incluido en un Tratado hasta la reforma del Tratado de Lisboa ni se había formulado como principio de igualdad de todos los seres humanos ante la ley hasta este art. 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales que comentamos.

2. SIGNIFICADO Y ALCANCE

Mediante el principio de igualdad, se trata de lograr que los seres humanos se desarrollen en unas condiciones que les permitan disfrutar plenamente de su libertad. Sin igualdad no hay libertad. El valor igualdad se aproxima y en parte se confunde con el valor de la dignidad humana en la medida en que es también fundamento de derechos. La igualdad orienta la aplicación del resto de los dere-

chos. Dignidad humana, libertad e igualdad son valores y principios que están íntimamente relacionados.

La igualdad es un valor en el que se fundamenta la Unión misma. Es una de las razones de ser del sistema. Es un valor compartido por la ciudadanía y los Estados de la Unión. Mucho antes de su proclamación explícita en la Carta de Niza en diciembre del año 2000, el Tribunal ya se había referido a este principio en las sentencias citadas por el Informe explicativo. Para el Tribunal este principio es un principio fundamental del derecho comunitario, en virtud del cual se garantiza a los ciudadanos de la Unión que «se encuentran en la misma situación [el derecho] de obtener [...] el mismo trato», a menos que un régimen diferente esté *objetivamente justificado* (sentencias de 20 septiembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, apartado 31; de 11 julio de 2002, *Dhoop*, C-224/98, apartado 28).

Con frecuencia este principio se apostilla como formal. Sin duda, ésta es la razón principal del art. 20, proclamar este principio formal en la medida en que precisa que es igualdad ante la ley, en la aplicación del Derecho. Este precepto no impide ni se refiere a la igualdad material de los ciudadanos. No afecta a las condiciones de vida a las que otros preceptos de la Carta se refieren y regulan para tratar de alcanzar, a través de la solidaridad y la libertad, unas condiciones de igualdad material o real deseables.

La igualdad ante la ley se centra en la forma en que tienen que ser tratadas las personas ante los poderes públicos. También está conectado con la seguridad jurídica, por ello, el principio de igualdad ante la ley tiene una gran impronta procesal; en el proceso las partes deben ser tratadas en igualdad (*igualdad de armas*), de forma que todas las reglas de proceso y en cada uno de los pasos o actuaciones las partes tengan las mismas opciones de defensa de sus pretensiones y de poder hacer llegar su razonamiento a los jueces competentes. Un proceso justo y equitativo es un derecho ligado a la igualdad.

La igualdad es también un principio de organización para los poderes públicos en la medida en que sus decisiones deben ser en el mismo sentido ante situaciones sustancialmente idénticas. Requerirá con mucha frecuencia tomar en consideración situaciones comparables y desbrozar situaciones de hecho para estimar su grado de comparabilidad.

Claro que la igualdad no significa siempre que las personas sean tratadas de forma idéntica en la formulación y aplicación de las leyes; conlleva también la consecuencia de que haya que tratar de forma desigual a los desiguales. Es decir, que hay situaciones diferenciables en los seres humanos que conllevan un trato distinto respecto de los que no reúnen el criterio diferenciador. Pero una vez establecido el criterio (de edad, condiciones físicas o síquicas, cualificaciones profesionales, lingüísticas, riqueza, etc.) se aplica la igualdad entre los seres diferenciados. Las diferenciaciones tienen que estar objetivamente justificadas.

Precisamente, el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de un principio general de igualdad en el Derecho Comunitario que vincula a los Estados miembros «cuando aplican la normativa comunitaria». El propio Tribunal de Justicia se ha servido de tal principio general de igualdad para examinar las normativas nacionales que «[están comprendidas] en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario» (sentencias de 12 de diciembre de 2002, *Caballero*, C-442/00, apartados 30-32; de 25 de noviembre de 1986, *Klensch y otros*, asuntos acumulados 201/85 y 202/85, apartados 9-10; de 14 de julio de 1994, *Graf*, C-351/92, apartados 15-17; y la sentencia citada, *EARL*, apartados 35-40). A tenor de este principio, está prohibido tratar «de manera diferente situaciones que son comparables y [...] situaciones diferentes [...] de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado», debido a que se persiga una finalidad legítima y siempre que sea «adecuado y necesario para conseguir» tal finalidad (sentencias de 29 de junio de 1995, *SCAC*, C-56/94, apartado 27; sentencias citadas *EARL* y *Karlsson*; de 17 de julio de 1997, *National Farmers' Union* y otros, C-354/95, apartado 61; de 19 de marzo de 2002, *Lommers*, C-476/99, apartado 39).

Aunque algún Abogado General del TJCE ha citado el art. 20, lo ha hecho en un contexto general de igualdad de trato (conclusiones del asunto *Dory* C-186/01). En el importante asunto en que se dirimía la validez, a la luz del principio de igualdad, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, el Tribunal de Justicia, ante la alegación de violación de este principio, recogido entre otros en el art. 20 de la Carta, confirma su jurisprudencia: «Procede señalar que el princi-

pio de igualdad y no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (v., en particular, la sentencia de 26 de octubre de 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, apartado 7...)» (TJCE, sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, C-303/05, en la que se invocaban los arts. 20, 21 y 47 de la Carta).

Es importante subrayar que distinguir no es discriminar. Discriminar es una diferencia de trato en el ejercicio o disfrute de un derecho sin una justificación objetiva y razonable que persiga un objetivo legítimo respetando un principio de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. Como señala el art. 6.1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DO L 303*), «las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios».

En muchos casos es el valor solidaridad el que justifica una diferenciación y, por ello, medidas especiales y un trato específico para los desiguales. Un ejemplo evidente son los derechos de la infancia: durante la niñez se tienen los derechos de todo ser humano, pero durante esa etapa tienen que tener algunos derechos más que los adultos, como son los cuidados familiares, médicos y educativos. Otro ejemplo semejante serían los discapacitados o la tercera edad, quienes requieren cuidados especiales (v. comentario a los arts. 24-26).

También la solidaridad y su complejo normativo concreto son los que permiten acercar el objetivo de la igualdad material al principio de la igualdad formal, si bien sólo este último es el único reconocido con carácter general en el Tratado de la Unión Europea tras su reforma por el Tratado de Lisboa (y en las constituciones nacionales). No menos efectiva es una política de igualdad de oportunidades que permita a las personas poder disfrutar de un punto de partida igual y, gracias a un mismo esfuerzo, alcanzar metas semejantes. Por ello, la igualdad formal tiene que centrarse en políticas

públicas que permitan a todos gozar de las mismas oportunidades en el punto de partida.

Ahora bien, puede que no sea suficiente para alcanzar la igualdad sustancial en algunos campos en los que la ley choca con comportamientos sociales ancestrales. De ahí que, desde la reforma de los tratados por el Tratado de Amsterdam, el TCE (art. 3.2), y se confirma en el Tratado de Lisboa (v. comentario al art. 23; y además el art. 141 TFUE), el Derecho Comunitario reconoce en un campo muy concreto, como es en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que la igualdad formal no siempre coincide ni asegura la igualdad sustancial o material, por lo que para alcanzar la igualdad material o en el punto de llegada caben ciertas diferenciaciones o un trato protector especial.

El principio de igualdad ante la ley se proyecta también sobre las personas jurídicas, de forma que alcanza un carácter general y objetivo.

BIBLIOGRAFÍA

- BENEDETTI, M. V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*. Padua: Ed. CEDAM, 1989.
- BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- DOLLAT, P. «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne». *Journal des Tribunaux Droit européen* (marzo 2002): pp. 57 y ss.
- LENAERTS, K. «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *Cahiers de Droit Européen* (1991-1): pp. 17 y ss.
- LENAERTS, K. y SMIJTER, E. «A "Bill of rights" for the European Union». *CMLRev* (2001): pp. 273 y ss.
- MEENAN, H. ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

ARTÍCULO 21
NO DISCRIMINACIÓN

1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.
2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 20, 22-26 y 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 10, 18, 19, 157 y 199.

ANTECEDENTES:

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 12 y 13 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-81.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 21.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Es un consenso generalizado en el siglo XXI que el fundamento último de los derechos humanos es la dignidad del ser humano, de todo ser humano, hombre y mujer. Igualdad y no discriminación son hoy anverso y reverso de un mismo concepto que ampara a todo ser humano. Dicho consenso no es claro en la doctrina jurídico-política hasta bien mediada la segunda mitad del siglo XX, es decir, nuestra generación. Pero ese fundamento no fue defendido así por los filósofos de la Ilustración cuya referencia era un varón y blanco ni tampoco por los intelectuales y políticos en el siglo XIX. El reconocimiento de la no discriminación entre seres humanos es muy contemporáneo.

El apartado 1 de este precepto se relaciona en algunos aspectos de su redacción con parte del art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), tal y como se aprobó tras la reforma operada por el Tratado de Amsterdam en 1997, si bien ambos preceptos tienen alcance y finalidades distintas. El art. 21.1 no es base jurídica que faculte para legislar en la materia y, por otra parte, es más amplio que el art. 13 del TCE.

El apartado 2 del art. 21 se corresponde con el art. 12 del TCE, precepto que con diversa numeración viene existiendo en el Tratado fundacional desde 1957 (entonces art. 6). También se preveía en el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951.

Ambos apartados, especialmente el segundo, han sido objeto de una amplísima y profunda interpretación judicial por parte del Tribunal de Justicia con una casuística muy rica y variada.

Desde la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales como Declaración Común de las instituciones, ha sido citado este precepto de la Carta en varias ocasiones por los Abogados Generales del Tribunal de Justicia, como en el asunto *Dory* relativo a la

igualdad de trato entre hombres y mujeres (C-186/01), o en el asunto *Allomby* en el mismo marco (C-256/01), o en el asunto *K. B.* sobre el trato a transexuales (C-117/01, Conclusiones del abogado general Ruiz Jarabo).

2. EL PRINCIPIO GENERAL DE NO DISCRIMINACIÓN

Según las Explicaciones sobre la Carta, enunciadas en el art. 6 del Tratado de la Unión, tal como fue reformado en Lisboa, «El apartado 1 se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste».

Este principio general viene siendo reconocido por los más importantes instrumentos jurídico-internacionales sobre derechos humanos. Y expresamente se declara que al coincidir con la redacción del Convenio Europeo debe aplicarse e interpretarse en armonía con él, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La naturaleza de este precepto fue objeto de cierto debate en el seno de la Conferencia Intergubernamental (CIG) de 2004-2005 a iniciativa del Reino Unido, al plantear la aclaración de si ese precepto incluye tanto derechos como principios (CIG 43/03, 4 de noviembre de 2003).

2.1. *Titulares del derecho*

La prohibición de no discriminación en la Unión Europea protege a todos los seres humanos que se encuentren en ella o bajo la jurisdicción de sus Estados miembros; no sólo se protege a los ciudadanos propios sino a todo ser humano, independientemente de su nacionalidad, por caracteres propios de los seres humanos. En el territorio de la Unión ningún ser humano, cualquiera que sea su nacionalidad, debe sufrir discriminaciones de ningún género por

sus caracteres propios de ser humano (sobre la extensión de los derechos fundamentales a nacionales de terceros Estados, *Oyowe and Traore c. Comisión*, C-100/88, apartado 16).

Las constituciones nacionales también enuncian dicho principio, pero no siempre lo hacen literal o formalmente con el mismo espíritu de apertura a todo ser humano y su dignidad. Es el caso del art. 14 de la Constitución Española, pues, a pesar de ser España la cuna del Derecho Internacional en la obra y pensamiento de Francisco de Vitoria y la Escuela del Derecho de Gentes del siglo XVI, rezuma, como el resto de la Constitución Española, de escaso o nulo sentido iusinternacionalista; el art. 14 prohíbe las discriminaciones con un fuerte ánimo nacionalista y encerrado en el *ser español*. Afortunadamente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha extendido la prohibición de discriminación con carácter objetivo y general apoyándose en los instrumentos internacionales de los que España es parte.

2.2. *Sujetos obligados*

El art. 21 se dirige a todos los obligados por la Carta (v. comentario al art. 51). Prohíbe a las instituciones, organismos y agencias de la Unión en toda su actividad y a los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho de la Unión, utilizar criterios de distinción fundados en caracteres propios del ser humano o en sus circunstancias. Igualmente los particulares se ven afectados por tal prohibición; la protección afecta a la esfera pública y privada.

2.3. *Discriminaciones prohibidas*

El alcance de las discriminaciones prohibidas por el art. 21 de la Carta son todas, *toda discriminación*. El art. 21 enuncia algunas, pero no es un *numerus clausus* o un enunciado exhaustivo. El Tratado enuncia algunas en particular, que podemos agrupar en dos grandes clases; ya sea por sus caracteres propios de ser humano como el origen racial, étnico o social, caracteres genéticos, color, su sexo, discapacidad, edad, etc., ya sea por sus circunstancias como su lengua

materna, su religión, opiniones políticas, pertenencia a una minoría, patrimonio, nacimiento, orientación sexual, etc.

En cambio, el art. 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), reformado en Lisboa, como el art. 13 del TCE (tal como se reformó en Amsterdam), es algo más restringido, no sólo porque no tiene por finalidad establecer la prohibición, sino porque al dar competencia normativa la limita a algunas discriminaciones, es decir, no la extiende a ámbitos que sí se prohíben en el art. 21, como es el color, los orígenes sociales, características genéticas, lengua, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio o nacimiento.

Y de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria se prohíben tanto las discriminaciones directas u ostensibles como las indirectas, así como las discriminaciones individuales como las discriminaciones en relación con el grupo al que se pertenece.

Ahora bien, este principio general de no discriminación no alude a medidas de carácter positivo que puedan paliar las desigualdades de hecho que puedan sufrir las personas como consecuencia de sus caracteres intrínsecos o de sus circunstancias. Ni tampoco la base jurídica que da una competencia normativa limitada al Consejo alude a tales medidas positivas en general. Las medidas positivas o de protección precisan de una concreta previsión o base jurídica como sucede en el caso de la igualdad entre mujeres y hombres o las protecciones específicas de las personas vulnerables (infancia, vejez y discapacidad, arts. 24-26).

2.4. *Finalidad del precepto y relación con el art. 13 del TCE (19 TFUE)*

La *novedad* del art. 21 de la Carta es que proclama la prohibición general, lo que como tal no hace el derecho vigente (art. 13 TCE), ni el art. 19 del Tratado de Funcionamiento. Ésa es su finalidad específica, su razón de ser. Hasta la Carta de Niza proclamada por vez primera el 7 de diciembre de 2000, aunque texto de carácter normativo o vinculante hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, no se había declarado la prohibición en cuanto tal. Como el principio de no discriminación por caracteres o circunstancias del ser humano no se regula en otros preceptos de los tratados, no tie-

ne limitaciones ni se ve condicionado en su ejercicio por otras normas del Derecho Comunitario hasta en tanto el Consejo no haya aprobado las normas para combatir las discriminaciones concretas (Lenaerts, De Smijter 2001, 285).

Por el contrario, el art. 13 del TCE, como en su caso el art. 19 del TFUE, establecen la base jurídica de una concreta y muy limitada competencia que se atribuye a las instituciones. En efecto, para garantizar la igualdad intrínseca de los seres humanos —que hasta ahora, insisto, ningún Tratado comunitario había proclamado— el Tratado faculta a la Unión para aprobar normas jurídicas obligatorias para todos con el fin de combatir la discriminación en concretos ámbitos y garantizar la igualdad de trato.

La prohibición de discriminación es general, pero la competencia para luchar contra las discriminaciones es específica y limitada. De forma concreta, el art. 19 del TFUE reconoce al Consejo la facultad, que no la obligación, de legislar en la medida en que estime conveniente que tales normas son beneficiosas para combatir las discriminaciones en esos ámbitos predeterminados pero no en otros. Los Estados conservan en esta materia la responsabilidad primaria y son los primeros obligados a ejercerla en todos los campos en que se produzcan las discriminaciones; la Unión, a través del Consejo mediante votación por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá aprobar normas para combatir concretas discriminaciones sólo en el marco de las competencias que el Tratado reconoce a la Unión en el art. 13 del TCE y el 19 del TFUE. Serán medidas de fomento y de apoyo de las acciones emprendidas por los Estados, excluyéndose toda medida armonizadora de las legislaciones y normas reglamentarias de los Estados miembros.

Por ello, las Explicaciones sobre la Carta en relación a este art. 21 señalan que, «No existe contradicción o incompatibilidad entre el apartado 1 y el artículo 19 TFUE, que tiene objetivos y alcance diferentes: el artículo 19 confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre personas privadas) en cualquier ámbito dentro

de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 del art. 21 no confieren, sin embargo, competencias para promulgar actos legislativos con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en ámbitos tan amplios. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y organismos de la Unión en el ejercicio de las competencias que le confieren los Tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 no modifica el alcance de las competencias conferidas con arreglo al artículo 19 TFUE ni la interpretación de dicho artículo».

Gracias a esa base jurídica prevista desde la reforma del TCE (art. 13) por el Tratado de Amsterdam en 1997, el contenido del principio de igualdad de trato de los seres humanos en la Unión Europea ha sido desarrollado por las Directivas del Consejo 2000/43, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*DOL* 180, de 19 de julio de 2000), y 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DOL* 303, de 2 de diciembre de 2000).

Estas Directivas han sido objeto de interpretación jurisprudencial. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación, en el sentido del art. 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43, ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo», y constató que las sanciones —efectivas, proporcionadas y disuasorias— aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales establecidas para la adaptación a dicha Directiva comprenden las situaciones en las que no hay una víctima identificable (10 de julio de 2008, *Centrum voor gelijkheid van Cansen en loor racismebestrijding c. Firma Feryn*, C-54/07).

El Tribunal ha tenido que precisar de nuevo el ámbito de los derechos protegidos por el Derecho de la Unión a propósito de la no

discriminación por razón de edad. El Tribunal entiende, por un lado, que «el Derecho comunitario no contiene una prohibición de toda discriminación por motivo de la edad, cuya aplicación deban garantizar los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuando el comportamiento eventualmente discriminatorio carece de vínculo alguno con el Derecho comunitario. Tal vínculo no nace del artículo 13 CE... (*sic*) ni, en circunstancias como las del litigio principal, de la Directiva 2000/78, antes de expirar el plazo concedido al Estado miembro del que se trate para la adaptación de su Derecho nacional a esa Directiva» [TJCE, sentencia de 23 de septiembre de 2008, *Birgit Bartsch y bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, C-427/06]. Por el contrario, cuando la normativa nacional constituye «una medida nacional de aplicación de una directiva comunitaria, a saber la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999...», entonces la exigencia de no discriminación (por razón de la edad) debe ser tenida en cuenta (TJCE, sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, C-144/04; y sentencia de 16 de octubre de 2007, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios, SA*, C-411/05).

3. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD

Como señalara el Informe explicativo de la Carta, «El apartado 2 corresponde al apartado 2 del artículo 18 del TFUE y debe aplicarse de acuerdo con este último». También el art. 52.2 señala que los derechos reconocidos por la Carta, que constituyen disposiciones de los tratados, se ejercerán en las condiciones y en los límites definidos por éstos.

3.1. Titulares del derecho

Este principio ha prohibido, desde la fundación de las Comunidades Europeas, toda discriminación por razón de la nacionalidad entre la ciudadanía de la Unión en los ámbitos de aplicación de los tratados (art. 12 TCE). El derecho a no ser discriminado por razón

de la nacionalidad es un derecho privativo de los nacionales de los Estados miembros de la Unión. Algunos acuerdos internacionales concluidos por la Comunidad Europea con terceros Estados extienden concretos derechos a los ciudadanos de terceros Estados, prohibiendo en esos casos concretos su discriminación por razón de la nacionalidad.

3.2. *Sujetos obligados*

Como ha observado K. Lenaerts, en los tratados y Derecho derivado hay normas que se dirigen unas veces a las instituciones comunitarias exigiéndoles su respeto so pena de *inconstitucionalidad* del acto, y otras se dirigen a los Estados miembros y a los particulares prohibiéndoles aplicar en el marco de la ejecución de sus obligaciones comunitarias criterios de distinción determinados con el propósito de someter a los nacionales de otros Estados miembros a un trato diferente (1991, 3-4). Obliga a todos: Estados miembros y todas las entidades públicas, instituciones y organismos comunitarios y a todas las personas físicas y jurídicas en la Unión.

3.3. *Alcance*

El Tratado de Lisboa, como sucede en el Derecho vigente, reitera y precisa esta prohibición a lo largo de las disposiciones materiales del Tratado de Funcionamiento de la Unión, sobre libre circulación (mercancías, personas, servicios, capitales) y las políticas (agrícola, transportes, etc.), de forma que disposiciones específicas ordenan la igualdad de trato de los nacionales de los diferentes Estados miembros.

Las situaciones que comprende son, pues, todo el ámbito de aplicación material de los tratados, incluidas todas las políticas. Sin duda, las más importantes son las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y, en especial, las relativas al ejercicio de la libertad de circulación y de residencia (TJCE, sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczak*, C-184/99). En ese importante asunto el TJCE ha declarado que «la vo-

cación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico».

Este derecho lo ha garantizado de forma muy generosa el Tribunal de Justicia en un número interminable de sentencias. De esta forma, a partir de la concreta prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad se ha llegado, de hecho y de derecho, a enraizar un verdadero principio de igualdad de trato entre los nacionales de los Estados miembros de aplicación general.

El Tribunal de Justicia ha declarado, reiterando el carácter estructural de este principio, que «prohíbe no solamente las discriminaciones ostensibles, fundadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, por aplicación de otros criterios de distinción, conducen de hecho al mismo resultado» (sentencia de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, 152/73, apartado 11; también en sentencia de 30 de mayo de 1989, *Allué*, 33/88, p. 1591).

Dado que todos los ciudadanos de la Unión son titulares de un derecho de residencia en cualquier Estado miembro, al ejercer ese derecho todos están incluidos —como ha señalado el Tribunal en el asunto *Martínez Sala*— «en el ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Tratado consagradas a la ciudadanía», por lo que, además un ciudadano que reside legalmente en un Estado miembro, «tiene derecho a no sufrir discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado» (TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96).

Si se admitieran condiciones de trato desigual entre los ciudadanos de la Unión en función de su nacionalidad se vaciaría de contenido la institución de la ciudadanía. Por ello, gozar de los derechos de ciudadanía significa que un nacional de un Estado miembro no puede ser objeto de discriminaciones en el ejercicio de sus derechos ni por las autoridades públicas ni por otros particulares en cualquier Estado miembro.

Mediante este principio de igualdad de trato invocable directamente ante toda autoridad interna (administrativa o judicial) y ante

cualquier particular (aplicable, pues, en las relaciones verticales y horizontales, TJCE, sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese*, C-281/98), por cualquier nacional de un Estado miembro que se encuentre bajo el campo de aplicación de los tratados, se ha venido quebrando en numerosísimos ámbitos la dicotomía clásica nacional-extranjero. La ciudadanía de la Unión elimina, al menos de hecho y en buena medida de derecho, la categoría jurídica de *extranjero* referida a un nacional de un Estado miembro, puesto que el sistema de libertades económicas de los tratados ha ido quebrando las resistencias a la tradicional política de todos los Estados, por lo menos desde el siglo XIX, de restringir y controlar la presencia económica extranjera ya sea por razones de proteccionismo, de seguridad pública o, simplemente, de xenofobia.

Al efecto combinado del principio de libre circulación y residencia de personas con el de no discriminación se debe la extensión, ya señalada, de los beneficios del Tratado a la familia del agente económico y su equiparación al nacional a todos los efectos. En efecto, en los ámbitos de aplicación de las normas comunitarias se ha producido, ya hace algún tiempo, la asimilación del *nacional comunitario* al nacional. Así pues, la esfera de derechos y obligaciones del ciudadano de la Unión coincide en gran medida con la esfera nacional, como consecuencia de la aplicación del derecho de no discriminación al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia.

Por ello, cuando se diferencia entre la esfera de derechos que el orden interno atribuye a los ciudadanos del Estado miembro y la esfera de derechos que los tratados constitutivos y el Tratado de la Unión Europea atribuyen, se debe precisar que el objetivo de la esfera comunitaria es doble: de un lado, crear nuevos derechos que se ejercen en cualquier Estado miembro y, de otro, extender la esfera nacional de derechos en favor de los nacionales de los otros Estados miembros que se encuentren en el territorio de aquél.

El principio de igualdad de trato también ha tenido su frente de batalla en materia de acceso a la función pública. Ciertamente, el art. 39.4 del TCE (al igual que el art. 39.3 TFUE) excluye la libre circulación y residencia a los empleos en la Administración Pública, y el art. 45.1 (también en el TFUE) excluye también de la libertad de establecimiento (profesiones liberales, empresas, etc.) a las activida-

des que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. La razón de ser de esta exclusión estriba en que numerosos ámbitos de la función pública implican una participación del servidor público en el ejercicio de la soberanía del Estado.

Ahora bien, esta limitación no puede servir de coartada a las administraciones públicas (estatal, regional, provincial, local e institucional) para acotar un amplísimo ámbito de empleo en favor de los nacionales y excluir a los nacionales comunitarios, sobre todo habida cuenta del cariz intervencionista del Estado social contemporáneo. Dicho de otro modo, los Estados no pueden discrecionalmente calificar de función pública cualquier clase de empleo y excluir el acceso a una serie de empleos sólo porque el Estado sea el *empresario*.

La noción de empleo en la administración pública o de función pública es una noción comunitaria «a fin de evitar que el efecto útil del tratado no quede frustrado por disposiciones unilaterales de los Estados miembros» (sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, apartado 50) y, como excepción a la libre circulación de trabajadores y al principio de igualdad de trato (sentencia de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu*, 152/73, apartado 4), no se define o califica unilateralmente por los Estados. Tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, debe ser entendida como «participación directa y específica en el ejercicio del poder público» (sentencia *Reyners*, citada, apartado 54) o como concretaba, todavía más, el abogado general Mayras, «estarían reservadas únicamente a los nacionales las actividades que permitan a sus titulares participar directamente en el ejercicio de autoridad pública, o que hagan uso de prerrogativas de poder público respecto de los administrados». El TJCE estima que el art. 39.4 del TCE «tiene en cuenta el interés legítimo de los Estados miembros en reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses nacionales» [sentencias de 17 de febrero de 1980, *Comisión c. Bélgica*, 149/79, apartado 19; 22 de noviembre de 1995, *Ioannis Vougioukas c. IKA*, C-443/93, fundamento 20; 2 de julio de 1996, *Comisión c. Luxemburgo*, C-473/93; 29 de octubre de 1998, *Comisión c. España*, C-114/97 (empleados de seguridad privada); 30 de septiembre de 2003, *Colegio Oficiales de la Marina Española c. Administración del Estado*, C-405/01].

En definitiva, el principio de trato nacional, como también utiliza el Tribunal de Justicia, sólo encuentra un bastión, de momento inexpugnable, en la función pública ligada a ámbitos de soberanía.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, R. «Article 13 EC, evolution an European equality law». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 38 y sigs.
- BELL, M. «EU anti-racism policy; the leader of the pack?». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 178 y ss.
- BENEDETTELLI, M. V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*. Padua: CEDAM, 1989.
- BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- DOLLAT, P. «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne». *Journal des Tribunaux Droit européen* (marzo 2002): pp. 57 y ss.
- CHITI, G. «Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam». *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario* (2000): pp. 870 y ss.
- LENAERTS, K. y E. DE SMIJTER. «A "Bill of rights" for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.
- LENAERTS, K. «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *Cahiers de Droit Européen* 1 (1991): pp. 17 y ss.
- MARCOS MARTÍN, M. T. «El principio de no discriminación y sus múltiples facetas: Comentario a la sentencia del TEDH de 12 de diciembre de 2006, Burden and Burden c. United Kingdom». *Revista General de Derecho Europeo* 12 (2007).
- *Non discrimination: A Human Right, Council of Europe*. Estrasburgo: 2006.
- SUDRE, F. *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6.^a ed. París: Presses Universitaires de France, 2006.
- VV. AA. *Union Européenne et nationalités (Les principes de non discrimination et ses limites)*. Bruselas: Bruylant, 1999.

ARTÍCULO 22
DIVERSIDAD CULTURAL, RELIGIOSA Y LINGÜÍSTICA

La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafos segundo y tercero del Preámbulo de la Carta; arts. 21 y 52.
- TUE (TLisboa): párrafo tercero del Preámbulo; arts. 2, 3.3, 4 y 31.
- TFUE: arts. 10 y 19.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: art. 6 del TUE; art. 151 del TCE y Declaración núm. 11 del Acta Final del Tratado de Amsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-82.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 22.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Declaración núm. 61 de la República de Polonia relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El respeto a la identidad nacional de los Estados miembros es un principio rector de la acción comunitaria desde su fundación, si bien se formalizó por vez primera en el Tratado de Maastricht de 1992. La riqueza cultural y lingüística forma parte esencial de la identidad nacional. Además, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), también desde esa fecha, hacía un reconocimiento específico de la riqueza y diversidad de las culturas nacionales y regionales, comprometiéndose con ellas (art. 151 TCE).

Como reconoce el Informe explicativo, «Este artículo se ha basado en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y en los apartados 1 y 4 del artículo 151 del tratado CE, sustituidos ahora por los apartados 1 y 4 del artículo 167 del TFUE, relativos a la cultura. El respeto de la diversidad cultural y lingüística se establece ahora también en el apartado 3 del artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. El artículo se inspira asimismo en la declaración núm. 11 del Acta final del Tratado de Amsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales, que se recoge ahora en el artículo 17 del TFUE».

Llama la atención, en parte, el hecho de que tenga dedicado un precepto separado a su proclamación y que se haga en el contexto de la igualdad. Cuando se estaba redactando la inicial Carta de Niza, formaba parte del precepto general relativo a la prohibición de discriminación y se acabó desgajando formando un precepto propio. Sin embargo, este precepto tiene escaso sentido en el contexto del Tratado de la Unión por reiterativo, ya que el respeto a la diversidad cultural y lingüística es un objetivo específico del Tratado (art. 3.3 TUE de Lisboa), reaparece de forma central en el principio de igualdad de los Estados y del respeto a la identidad nacional (art. 4.2) y la libertad de religión es reconocida como derecho humano por la

propia Carta (art. 10.1), amén de precisar el art. 21 la prohibición de no discriminar por razón de lengua, cultura o religión. En la Segunda Convención (la relativa al Futuro de Europa), el Grupo de Trabajo II decidió que la Carta era un texto cerrado en su contenido y por ello no reexaminó este tipo de preceptos que en el contexto más amplio del Tratado perdían importancia y se diluían a la sombra de disposiciones de tenor semejante en contextos más relevantes.

También llama la atención el hecho de que este precepto no proclame un derecho individual o subjetivo de la ciudadanía o de las personas. Se trata de un principio rector de la acción de las instituciones, de modo que cuando ejerzan las competencias que les han sido atribuidas no interfieran ni impidan la expresión y el desarrollo de la riqueza cultural, no impidan o tengan como resultado marginar la diversidad lingüística ni condicionen o impidan el ejercicio ni el desarrollo de las convicciones religiosas.

2. ALCANCE Y SIGNIFICADO

El respeto a la diversidad cultural y lingüística de forma equilibrada, con la misión de velar por la conservación y desarrollo del patrimonio cultural europeo, ya formaba parte de la acción de la UE (así, los arts. 151 TCE y 167 TFUE). Es cierto que lo que añade la Carta y el Tratado de Lisboa es, además de la competencia limitada que tiene para promover su protección mediante esas bases jurídicas, aprobando programas y acciones concretas, la novedad de ser considerada la diversidad entre los objetivos o misiones a lograr (art. 3 TUE adoptado en Lisboa) y entre los derechos humanos a respetar que, como tales, no habían sido mencionados hasta ahora en los tratados comunitarios.

La Unión se compromete a respetar, esto es, asume sólo una obligación de no hacer, de no interferencia mediante su abstención sobre la diversidad. No asume obligación positiva de tutelar o proteger la diversidad, o de proteger aquellos bienes y personas que precisen una tutela especial para evitar la desaparición de lo diferenciado.

Resulta, pues, un precepto redundante. Tanta reiteración hace levantar la sospecha sobre su limitado respeto en la práctica. Que la

Unión Europea no respeta la diversidad lingüística es palmario y lo puede comprobar cualquier ciudadano europeo —que no sea ni francés ni británico— cuando consulta las páginas de la Unión en Internet o incluso si se dirige a las instituciones, a pesar de su obligación de contestar en la lengua oficial del ciudadano de la Unión. El respeto a la diversidad no existe en la práctica y, por ende, ni la transparencia y ni la debida proximidad a toda la ciudadanía de la Unión. El propio Tribunal de Justicia estimó que el reconocimiento de las lenguas oficiales no puede ser considerado como un principio general del Derecho Comunitario, que garantice a cada ciudadano el derecho a que todo lo que sea susceptible de afectar a sus intereses esté redactado en su lengua en todas las circunstancias, si bien se reconoce que esas circunstancias deben ser limitadas y en cada caso se deben justificar (TJCE, sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Kik/OHMI*, C-361/01 P, apartado 82).

El abogado general Poaires Maduro citó el art. 22 (entonces, art. II-82) de la Carta en el asunto *España c. Eurojust* (C-160/03), al tratar, precisamente, el principio de diversidad lingüística estimando que en una Unión concebida como Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que trata de forjar una sociedad caracterizada por el pluralismo, «el respeto a la diversidad lingüística reviste una importancia fundamental» y es una expresión específica de la pluralidad constitutiva de la Unión; esto deriva, como reconoce, del respeto al principio de identidad nacional. Buena teoría sin contenido real. Pero no deduce de su formulación un principio absoluto de igualdad de todas las lenguas, ni tan siquiera de las lenguas oficiales de la Unión.

BIBLIOGRAFÍA

Véase la bibliografía seleccionada en el comentario al Preámbulo de la Carta.

BENOÎT-ROHMER, FL. «Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution». *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2 (2005): pp. 261 y ss.

BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.

CACHO SÁNCHEZ, Y. «La prohibición del uso del velo islámico y los derechos garantizados en el CEDH afectados por la prohibición. Comentario a la Sentencia del Tribunal

- Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2005, Leyla Sahin c. Turquía». *Revista General de Derecho Europeo* 9 (2006).
- CALONGE VELÁZQUEZ, A. «Algunas cuestiones fundamentales de la Constitución para Europa: valores y objetivos». *Revista de Derecho de la Unión Europea* 8 (2005): pp. 71 y ss.
- CARTABIA, M. «“Unita nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali». *Il diritto dell’Unione Europea* 3 (2005), pp. 583 y ss.
- LOENEN, M. L. P. y J. E. GOLDSCHMIDT eds. *Religious pluralism and human rights in Europe: where to draw the line?*. Oxford: Intersentia, 2007.
- PITT, G. «Religion or belief; aiming at the right target?». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 202 y ss.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ. «El velo islámico —hiyab— como elemento de debate en torno a los derechos fundamentales y la Constitución Europea». *Revista General de Derecho Europeo* 8 (2005).
- QUINDIMIL LÓPEZ, J. A. «De “lo multicultural” como problema a “lo intercultural” como solución: la decisión relativa al año europeo del diálogo intercultural (2008)». *Revista General de Derecho Europeo* 15 (2007).

ARTÍCULO 23
IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse 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 supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 1, 13, 20, 21, 34, 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 8, 10, 140, 153.1 i) y 157.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión en vigor del TUE y del TCE: arts. 2, 3.3, 13 y 141 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-83.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 23.

PROTOCOLOS Y DECLARACIONES RELACIONADOS

- Declaración núm. 19 relativa al art. 8 del TFUE.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público
Universidad de Salamanca*1. CONSIDERACIONES GENERALES: LA CONTRIBUCIÓN
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Este precepto representa una síntesis de las realizaciones y aspiraciones en materia de igualdad entre mujeres y hombres. No aporta nuevos objetivos ni metas que no existan ya en el Derecho vigente en la Unión.

Desde luego, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), tal como fue reformado por el Tratado de Amsterdam de 1997, representa el máximo avance hasta ahora en materia de igualdad de trato, techo que ni tan siquiera el fracasado Tratado Constitucional de 2004 ni el nuevo Tratado de Lisboa han superado y que, por otra parte, se limitan a reproducir lo existente en materia de igualdad.

Como señalan las Explicaciones hechas por los redactores de la Carta, en las que se hace constar la fuente de cada derecho protegido en la Carta, «El primer párrafo de este artículo se ha basado en el artículo 2 y en el apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, que han sido sustituidos por el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el art. 8 del TFUE, que imponen como objetivo a la Unión promover la igualdad entre el hombre y la mujer en la Unión, y en el apartado 1 del artículo 157 del TFUE. Se inspira en el artículo 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Se basa asimismo en el apartado 3 del artículo 157 del TFUE y en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo».

El Derecho Comunitario en vigor anterior, pues, a la adopción del Tratado de Lisboa ha alcanzado un alto nivel en la formulación

y aplicación de normas protectoras de la igualdad que superan en precisión y extensión la formulación del derecho fundamental previsto en este art. 23.

Ese alto nivel de protección se debe fundamentalmente al activismo de numerosas mujeres y, en menor medida, de algunos hombres, que exigen en vía judicial la aplicación del principio de no discriminación o de igualdad. La respuesta del Tribunal de Justicia ha sido determinante mediante sentencias que exigían su cumplimiento y mediante una interpretación en general muy progresiva.

Este precepto de la Carta es de síntesis y, si cabe, meramente pedagógico en el sentido de que refleja el umbral normativo básico en la materia. Toda persona que se sienta discriminada por razón de sexo tiene un amplio abanico de normas a su alcance, ya sea en el Tratado de Funcionamiento de la Unión (el importante art. 157 TFUE, art. 141 TCE), ya sea de Derecho derivado, que de forma exhaustiva protegen al ser humano, cualquiera que sea su nacionalidad, frente a cualquier discriminación basada en el sexo.

La versión inicial en los tratados fundacionales en 1957 se limitaba a exigir la igualdad de retribuciones por un mismo trabajo por razones meramente económicas en el marco de un régimen de libre competencia. Se trataba de evitar que, como consecuencia de la retribución inferior de las mujeres, se produjera un *dumping* social. En efecto, en el momento de su fundación en 1957, el Tratado de la Comunidad Económica Europea (así denominada hasta 1993) no formulaba un principio de no discriminación por razón de sexo con carácter general (antiguo art. 119 TCE).

A raíz del caso *Defrenne*, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) colmaría con su labor interpretativa una laguna de los tratados haciendo una de las más valiosas e importantes aportaciones a la construcción comunitaria. El TJCE estimó que el art. 119 (141 TCE, 157 TFUE) es una norma clara y precisa que «se impone, no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino que se extiende igualmente a todos los convenios que tienen como fin regular de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares» (sentencia de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75, apartado 39). Tenía, pues, y tiene efecto directo (arts. 141 TCE y 157 TFUE), lo que significa que es un precepto que genera directamente un derecho a una re-

tribución igual por un trabajo igual y que ese derecho subjetivo es invocable y exigible tanto en las relaciones laborales entre particulares (relaciones horizontales) como entre los particulares y las administraciones públicas (relaciones verticales). Llegado el caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger los derechos que esa disposición atribuye a los particulares, frente a discriminaciones establecidas en disposiciones legislativas o convenios colectivos o contratos de trabajo.

Ciertamente, en lo esencial, la sentencia *Defrenne II* de 1976 es muy positiva al descartar radicalmente las tesis de los Estados miembros y de la Comisión y pronunciarse a favor de un principio general de igualdad de trato entre hombres y mujeres en todo el ámbito de aplicación de los tratados. Y formula ese principio reconociéndole expresamente efecto directo vertical y horizontal, en definitiva, como norma completa y perfecta que por sí misma genera derechos y obligaciones en toda relación laboral.

Poco después tendría una nueva ocasión, propiciada por el tercer asunto planteado por la azafata *Defrenne*, para dar otro paso decisivo: lo que sobresale de la nueva sentencia *Defrenne III* (TJCE, sentencia de 15 de julio de 1978, *Defrenne III*, 149/77, apartado 27) es que el Tribunal de Justicia reconoce, por fin, que el principio de la igualdad de trato entre hombre y mujer en materia de empleo y, correlativamente, la ausencia de toda discriminación directa o indirecta fundada sobre el sexo, es *parte integrante de los derechos fundamentales*, cuyo respeto se garantiza por el Tribunal de Justicia en virtud del art. 164 del TCE (hoy, arts. 220 TCE y 19 TUE Lisboa).

2. LAS CONSECUENCIAS DEL CASO *DEFRENNE*:

EL DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO A LA IGUALDAD

A raíz de plantearse el caso *Defrenne* se fueron aprobando una batería de normas de Derecho derivado que desarrollaron de forma extensa y precisa el principio de igualdad, así como decenas y decenas de sentencias del Tribunal de Justicia que abordaron una rica casuística, las cuales, a su vez, propiciaron nuevas reformas legislativas; son este conjunto de directivas:

- la Directiva 75/117 (DOL 45, de 19 de febrero de 1975, p. 19, actualizada por la Directiva 2006/54, v. *infra*), referida al marco de la igualdad prevista en el Tratado en materia de retribuciones y plenamente relacionada con el caso *Defrenne* entonces sub júdice;
- la Directiva 76/207 (DOL 39, de 14 de febrero de 1976, p. 40), relativa a las condiciones de trabajo (acceso al empleo, formación, promoción, condiciones de trabajo, jubilación...); esta Directiva ha sido una norma fundamental que ha estado muy por delante de varias legislaciones nacionales, incluida la española. Esta Directiva, muy desarrollada por la jurisprudencia del TJCE, ha sido objeto de modificación en 2002 para incorporar con cierto detalle el acervo jurisprudencial de estos años y la legalidad de las discriminaciones inversas o positivas presentando en la actualidad un texto refundido (Directiva 73/2002);
- la igualdad en materia de seguridad social se abordó en la Directiva 79/7;
- la igualdad en materia de regímenes profesionales de seguridad social se regula en la Directiva 86/378 —modificada por la Directiva 96/97—;
- las actividades autónomas, incluida la agrícola, son objeto de la Directiva 86/613;
- la situación específica de la trabajadora embarazada o que haya dado a luz o en período de lactancia se ve protegida por la importantísima Directiva 92/85 (DO L 348, de 28 de noviembre de 1992, p. 1. Esta Directiva fijaba un plazo de dos años para su transposición (19 de octubre de 1994); España no la transpuso hasta 1999 (Ley 39/1999), sin que la Comisión le abriera expediente;
- la Directiva 96/34 sobre el permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un hijo (DO L 145, de 19 de junio de 1996, p. 4);
- la Directiva 97/80 sobre la inversión de la carga de la prueba en las discriminaciones indirectas (DO L 14, de 20 de enero de 1998, p. 6. Actualizada por la Directiva 2006/54, v. *infra*);
- la nueva Directiva 2002/73 del Parlamento y del Consejo (DO L 269, de 5 de octubre de 2002, p. 15) que modifica la

citada Directiva 76/207. (El texto consolidado de la Directiva 76/207, integrado con las modificaciones de la Directiva 2002/73 puede verse en: *DOL* 207, de 5 de octubre de 2002.) La Directiva 2002/73 incorpora numerosos conceptos y desarrollos que se contienen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario. En su Preámbulo se hacen referencias prolijas a su fundamento en el respeto a los derechos humanos y a los principios que inspiran la Unión Europea (art. 6 TUE). Esta Directiva 2002/73 tenía que haber sido incorporada al Derecho interno a más tardar el 5 de octubre de 2005. Por fin, la Ley de 22 de marzo de 2007 (*Ley* 3/2007, *BOE*, de 23 de marzo de 2007) transpuso esa Directiva en el Derecho español.

- la Directiva 2004/113 del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y a su suministro (*DO L* 373, de 21 de diciembre de 2004, p. 37). Entre otros, uno de los objetivos es prohibir el cálculo del factor sexo en primas y prestaciones;
- la Directiva 2006/54 del Parlamento y del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición, *DO L* 204, de 26 de julio de 2006, p. 23). Se actualizan, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia las antiguas Directivas 75/117 y 97/80.

Pero sin las batallas judiciales sostenidas por decenas y decenas de mujeres hubiera sido imposible alzar en el frontispicio de los tratados de la Unión Europea y en el del TCE (hoy, de Funcionamiento de la Unión) la igualdad entre mujeres y hombres como un valor y objetivo que justifica la integración, pero sobre todo, más allá de declaraciones programáticas, hubiera sido imposible el cuerpo normativo formado hoy por esa docena de directivas, en especial dos, la Directiva 2002/73 (que modifica la Directiva 76/207, reformulada con la posterior jurisprudencia) o la Directiva 2006/54 que refunde varias directivas e incorpora jurisprudencia.

Suelen ser textos bastante breves, en muchos casos con una decena de artículos. Sus primeros preceptos suelen definir el derecho

protegido, su ámbito material (la igualdad de retribuciones, el permiso parental, etc.) y el alcance del mismo.

También en los primeros preceptos ya se consagra el *derecho a la tutela judicial* de los derechos protegidos por la Directiva en cuestión: los Estados tienen que garantizar que cualquier reclamación sobre el derecho concreto a la igualdad de trato tiene que ser visto y juzgado en vía jurisdiccional, sin perjuicio de recurrir antes a otras vías. Este *derecho al juez* no tiene excepción alguna en la Unión para esta clase de derechos fundamentales.

Los Estados miembros se comprometen a derogar las normas internas contrarias a estas Directivas y a aprobar las medidas necesarias para su respeto en todos los instrumentos sociales (convenios colectivos, contratos individuales...) de modo que las normas internas contrarias puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas.

Contienen una protección contra las represalias empresariales respecto de aquellos trabajadores y trabajadoras que pudieran ser despedidos por las quejas o acciones judiciales encaminadas a hacer respetar el principio de la igualdad de trato.

Otro contenido común es la insistencia en la garantía efectiva de los derechos proclamados por *medios eficaces*.

La redacción del contenido del concreto derecho protegido, así como de la tutela judicial efectiva y la protección frente a las represalias es siempre muy *clara, precisa y no deja márgenes de apreciación*. Se prepara así el tránsito para la posibilidad de la invocación directa vertical por los titulares de esos derechos si, a la expiración del plazo de transposición, el Estado miembro —como sucede con frecuencia en España— no hubiera hecho la adaptación interna y modificado su legislación (y, en caso de relación horizontal, se tendría derecho a la reparación económica del Estado, TJCE, sentencia de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, C-6/90 y 9/90). Son disposiciones que, en general, reúnen los requisitos del efecto directo para su exigencia en caso de falta de transposición.

3. LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES COMO DERECHO FUNDAMENTAL; LA TRANSVERSALIDAD

El Tratado de Amsterdam (1997) introdujo la más importante novedad en materia de igualdad entre mujeres y hombres a partir de su reconocimiento y consideración como derecho humano fundamental en la jurisprudencia del TJCE. Aunque el Tribunal de Justicia había reconocido la igualdad entre hombres y mujeres como derecho fundamental en 1978 (en la sentencia *Defrenne III*, de 15 de junio de 1978), hasta 1997 no se reconoció expresamente en un Tratado comunitario (art. 13 TCE). Este reconocimiento tuvo importantes consecuencias que el Tratado de Lisboa se limita a mantener (arts. 141 TCE y 157 TFUE).

Una de ellas es que, para garantizar la igualdad intrínseca de los seres humanos, el Tratado faculta a la Unión para combatir la discriminación en esos ámbitos y garantizar la igualdad de trato eliminando todo criterio de distinción fundado en caracteres propios del ser humano o en sus circunstancias, como la raza, la etnia, la religión, sexo, una discapacidad, o sus convicciones (art. 13.1 TCE y art. 17 TFUE).

Otro avance importante es que desde entonces las acciones comunitarias para luchar contra toda discriminación por motivos de sexo se pueden llevar a cabo en todo el marco de competencias comunitarias y no sólo en el ámbito laboral. Desde 1997 la base jurídica no es restrictiva, frente a lo que sucedía antes con el viejo art. 119 del TCE, que se limitaba a exigir la igualdad de trato en materia salarial. El art. 137 del TCE como los arts. 141 del TCE y 157 del TFUE extienden la igualdad de trato a todos los ámbitos laborales (desde la igualdad de oportunidades hasta las condiciones de trabajo) y el art. 13 del TCE, como el art. 17 del TFUE, en tanto que derecho humano, exige el respeto a la igualdad y el combate de las discriminaciones por razón de sexo en todos los ámbitos de competencia comunitaria.

Y el art. 141.4 del TCE, como el art. 157 del TFUE, reconoce la posibilidad de medidas discriminatorias positivas a favor del sexo postergado con el fin de compensar posibles desigualdades de facto y garantizar el resultado no discriminatorio ni para mujeres ni para

hombres, como lo demuestra la práctica litigiosa ante el Tribunal de Justicia.

Otra consecuencia importante de su consideración como derecho humano fundamental es que la política de igualdad de trato es una política *transversal* en el sentido de que debe informar e impregnar al resto de políticas. Significa que las instituciones que participan en la toma de decisiones en la Unión Europea deben examinar los proyectos normativos a la luz de sus efectos en la igualdad de oportunidades (igualdad de partida) y en la igualdad real (en la meta o de resultados) y, en consecuencia, se podría impugnar la legalidad de una norma, en cualquier ámbito, si se puede probar que esa norma no tiene un efecto por lo menos neutro en materia de igualdad de trato, o si la norma permite promocionar puestos de trabajo o da preferencia en el acceso al trabajo a los hombres frente a las mujeres —o viceversa—.

A este compromiso general o político hay que vincular, desde la perspectiva laboral, el art. 153.1 i) del TFUE, por el que la Unión se compromete a apoyar y colaborar en la acción que desarrollen los Estados miembros en materia de igualdad de oportunidades en el mercado laboral y en el trato en el trabajo (vigente art. 137.1 TCE).

Por otra parte, importa destacar que la política de igualdad de oportunidades no es exclusiva de la Comunidad, sino compartida con los Estados miembros con el fin de repartir adecuadamente las responsabilidades entre los Estados (sus regiones, y otros poderes públicos). Por ello, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados en el ámbito de la igualdad hombre-mujer, por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo (arts. 137 TCE y 153 TFUE), si bien, como ya se ha señalado, se le reconoce al Consejo competencia normativa para perseguir las discriminaciones y se le faculta para adoptar las medidas concretas que garanticen la aplicación del principio de igualdad de oportunidades.

Desde la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales como Declaración Común de las instituciones, ha sido citado este precepto en tanto que precepto de la Carta en varias ocasiones por los Abogados Generales del Tribunal de Justicia, como en el asunto *Dory*, relativo a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (C-186/01), o en el asunto *Allomby* en el mismo marco (C-256/01), o en el asunto *K. B.* sobre el trato a transexuales (C-117/01, Con-

clusiones del abogado general Ruiz Jarabo), aunque sin un análisis o interpretación especial.

4. LA NOCIÓN DE SEXO DISCRIMINADO

El art. 23 de la Carta y los arts. 2 del TUE y 141 del TCE y 157 del TFUE protegen la igualdad entre ambos sexos y son invocables tanto por hombres como por mujeres, si bien todavía las mujeres sufren con más frecuencia un trato desigual. Además, con frecuencia pensamos que la discriminación se produce en contra de un sexo respecto del otro, pero el Tribunal ha tenido que decidir sobre la noción de sexo discriminado, no por su peor tratamiento respecto de una persona de sexo diferente, sino también entre mujeres (unas embarazadas y otras no) o con motivo de un cambio de sexo.

Antes hay que recordar al menos algunos litigios en los que el Tribunal ha dado —en palabras de Jacquemain (2000, 202)— una lección de buen sentido y humanismo como es el caso *P. c. S y Cornwall* (TJCE, sentencia de 30 de abril de 1996, C-13/94; también de 7 de enero de 2004, *K. B.*, C-117/01 y de 27 de abril de 2006, *Sarah Margaret Richards*, C-423/04). Se trataba de un trabajador de un colegio que fue despedido por someterse a una operación de cambio de sexo. El TJCE tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que considera a los transexuales como un grupo bien determinado y definible; recuerda que el derecho a no ser discriminado por razón de sexo es un derecho humano fundamental cuyo respeto debe garantizar el Tribunal. La Directiva 76/207 no se limita «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, [...] debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar... a consecuencia del cambio de sexo... tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado...», quien recibe «un trato desfavorable frente a personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación» (apartados 19-21). El Tribunal concluye que tal discriminación atenta contra el respeto a la dignidad y la libertad de la persona.

Sin embargo, en otro asunto ligado a la orientación sexual su respuesta fue diferente. En el caso *Grant*, relativo a una reclamación de ayuda de billetes a precio reducido para la pareja del mismo sexo de una trabajadora ferroviaria, el Tribunal estimó que el asunto no recaía dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 76/207. Se aferró a instrumentos de derechos humanos y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para entender que en ese momento todavía no se incluían tales relaciones estables entre parejas homosexuales dentro del ámbito del respeto a la vida familiar. Descartó, entonces, que el Derecho Comunitario se aplicara a discriminaciones basadas en la orientación sexual (TJCE, sentencia de 17 de febrero de 1998 *Grant*, C-249/96).

Reconocía que el Tratado de Amsterdam, entonces simplemente autenticado o firmado, pero sin haber entrado en vigor en el momento de dictar sentencia, incluía las discriminaciones por la orientación sexual como campo de la competencia comunitaria para luchar contra las discriminaciones, pero entendió que a luz del Derecho en vigor en aquel momento no era una discriminación prohibida por el art. 119 (hoy 141) del TCE ni por la Directiva 75/117 sobre igualdad de retribuciones.

Hay pocas dudas de que la presión de los Estados sobre el Tribunal pesó mucho en la decisión del Tribunal. Si protegía la libertad y respeto que merece la orientación sexual, habida cuenta de la importancia relativa del número de parejas homosexuales sobre los regímenes de la seguridad social, pondría en dificultades económicas a los Estados. Luego, para el Tribunal, según los casos, las consecuencias económicas del respeto a los derechos fundamentales cuentan más que su respeto y protección. En posteriores sentencias ha tenido en cuenta la obligación de no discriminación por motivo de la orientación sexual (así, sentencia de 1 de abril de 2008, C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, C-267/06).

5. ANÁLISIS DEL CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO
A LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES.
DE LA IGUALDAD SALARIAL A UN PRINCIPIO GENERAL
DE IGUALDAD DE TRATO

La prohibición de discriminar alcanza tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas, como ya estableciera el TJCE en la comentada sentencia *Defrenne II* de 1976, si bien la práctica judicial y legislativa en materia de discriminaciones indirectas ha sido posterior (a finales de los años ochenta). La Directiva 2002/73 precisa qué debe entenderse por discriminación directa: «la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo» (art. 2.2).

El principio de igualdad de trato en el conjunto de las disposiciones supone «la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente» (por ejemplo, art. 2 de la Directiva 76/207). Se combaten, pues, no sólo las discriminaciones directas, ostensibles, sino toda discriminación relativa o que pueda deducirse del estado familiar o matrimonial.

El principio de igualdad de trato no impide protecciones especiales, como consecuencia de circunstancias especiales ligadas al sexo (como es la protección en caso de embarazo y maternidad que examinaremos más adelante). Y tampoco dicho principio excluye excepciones justificadas en las que los Estados no tienen que atenerse al principio de igualdad de trato cuando el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio (art. 2.2 de la Directiva 76/207).

Según el TJCE en la citada sentencia *Defrenne*, el objetivo del antiguo art. 119 (hoy, art. 141 TCE, arts. 23 de la Carta y 157 TFUE) es la eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos, y la prohibición afecta tanto a las discriminaciones directas y abiertas como a las discriminaciones indirectas y encubiertas. Dicha norma prescribe la eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuya un mismo valor en el conjunto de los elementos y condiciones de la retribución (por citar una sentencia más

reciente, de 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05). Se trata, pues, de una *obligación de resultado*, de claro efecto directo vertical y horizontal y de alcance total a toda retribución.

Importa resaltar, para entender mejor los desarrollos legislativos comunitarios y la progresiva jurisprudencia posterior, que tanto en esa sentencia como, de forma muchísimo más clara, en la jurisprudencia que le sucede, el Tribunal enmarca el principio de retribución igual en el principio general de igualdad y que este principio forma parte de los *fundamentos* de la Comunidad; entiende el Tribunal que dicho principio prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado (*Defrenne*, apartado 12; y, entre otras muchas sentencias, de 26 de junio de 2001, *Brunnhofner*, C-381/99; 17 de septiembre de 2002, *Lawrence y otros*, C-320/00; 3 de octubre de 2006, *Cadman*, C-17/05).

A veces la violación de este principio de igualdad en materia de retribuciones la siguen cometiendo los sindicatos al negociar los convenios colectivos o los árbitros en sus laudos al amparo de una magnificada autonomía de la voluntad. La autonomía de la voluntad de las partes en el orden laboral es importante, pero no ilimitada y se subordina a principios y normas imperativas que están al margen de la voluntad de las partes. Así, en el marco del procedimiento por incumplimiento abierto por la Comisión contra Grecia, el TJCE ha vuelto a reconocer que un Estado miembro como Grecia incumple el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos al exigir, a través de convenios colectivos y laudos arbitrales, requisitos especiales a las trabajadoras casadas para la percepción de prestaciones familiares que no se imponen a los trabajadores casados. Grecia se disculpó alegando que no puede encauzar los comportamientos sociales ni contener las presiones de determinados grupos, ni impedir que la autonomía de los interlocutores sociales dé lugar al mantenimiento de normas y prácticas no conformes al Derecho Comunitario. El hecho de que el Gobierno griego no participe en la negociación de los convenios colectivos no puede eximirlo de la obligación de adoptar las disposiciones complementarias para garantizar el cumplimiento de los imperativos derivados de las normas comunitarias (TJCE, sentencia de 28 de octubre de 1999, *Comisión c. Grecia*, C-187/98).

Las directivas de desarrollo, enumeradas anteriormente, incluyen un derecho a la tutela jurisdiccional de este derecho. Los Estados tienen que garantizar que cualquier reclamación sobre el derecho concreto a la igualdad de trato tiene que ser visto y juzgado en vía jurisdiccional, sin perjuicio de recurrir antes a otras vías (TJCE, sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84). Este *derecho al juez* no tiene excepción alguna en la Unión para esta clase de derechos fundamentales. No se deben confundir las posibles y muy restrictivas excepciones a la igualdad de trato con la imposibilidad de excepciones a la tutela judicial o derecho irrestricto a que un juez examine el respeto del derecho y de sus excepciones.

Otro contenido común es la insistencia en la garantía efectiva de los derechos proclamados por *medios eficaces*; las directivas en vigor no imponen una sanción determinada, sino que dejan libertad a los Estados miembros para elegir entre las diferentes soluciones adecuadas para conseguir el objetivo de la igualdad, pero han de ser suficientemente eficaces y tener un efecto disuasorio real (TJCE, sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, 14/83 y *Harz* 79/83, asuntos no acumulados, y de 2 de agosto de 1993, *Marshall II*, C-271/91). El Tribunal de Justicia entiende que las infracciones del Derecho Comunitario deben ser sancionadas en condiciones de fondo y procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional que tengan una índole y una importancia similares.

A modo de síntesis, la Directiva 2002/73 recoge esta doctrina jurisprudencial para facilitar el cumplimiento del principio de la igualdad de trato. Así, el nuevo art. 6, en su apartado 2, obliga a los Estados miembros a modificar la legislación interna en materia de sanciones: la indemnización o reparación será *real y efectiva del perjuicio sufrido* (sentencias *Von Colson y Harz*). Deberá tener un efecto disuasorio y proporcional al perjuicio sufrido, y dicha indemnización no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori (*Marshall II*). Sólo quedará exonerado del deber de reparar si el empresario prueba que el único perjuicio sufrido es la negativa a tomar en consideración su solitud de trabajo (régimen algo más restrictivo que el de la sentencia *Nils Draehmpaehl*, TJCE, sentencia de 22 de abril de 1997, C-180/95). Como puede observarse, los casos habidos ante el TJCE sobre tutela judicial y tutela efectiva se han llevado casi al pie de la letra al nuevo art. 6 de la Directiva 76/207, modificada por la Directiva 2002/73.

5.1. *Protecciones especiales (embarazo y maternidad)*

El principio de igualdad de trato no impide protecciones especiales, como consecuencia de circunstancias concretas ligadas al sexo, como es la protección en caso de embarazo (TJCE, sentencia de 8 de noviembre de 1990, *Dekker*, C-177/88) y maternidad (TJCE, sentencia de 14 de julio de 1994, *Carol WEBB c. EMO Air Cargo C-31/93*). La Directiva 92/85 regula específicamente esta situación.

Para el Tribunal de Justicia el rechazo por causa de embarazo no puede serle opuesto más que a las mujeres y constituye una discriminación directa fundada en el sexo. El rechazo de contrato por causa del embarazo debe ser contemplado como fundado esencialmente sobre el hecho del embarazo y tal discriminación no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio financiero sufrido por el empresario en caso de contratar a una mujer encinta con derecho a su permiso de maternidad. Luego, en opinión del TJCE, hay discriminación directa cuando se rechaza concluir un contrato de trabajo con una candidata que había sido juzgada apta para ejercer la actividad en cuestión, cuando el rechazo se funda en las consecuencias posiblemente perjudiciales para el empresario de contratar a una mujer encinta frente a otras candidatas mujeres. Para el Tribunal de Justicia si el rechazo es porque estaba embarazada, la decisión está ligada al sexo; la ausencia de candidatos masculinos entre las solicitantes de un puesto de trabajo no tiene relevancia (sentencia *Dekker*).

La Directiva no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada, debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo, por tiempo indefinido, que se encuentre vacante (TJCE, sentencia de 3 de febrero de 2000, *Silke-Karin Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, C-207/98). La negativa de contratación debida al embarazo no está justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su período de descanso por maternidad. La misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto de que se trata durante el período de su embarazo.

El Tribunal de Justicia niega que pueda compararse la situación de incapacidad por embarazo a la de un hombre que sufre una incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza. No es un estado patológico ni una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que sí podrían motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón de sexo. El despido de una trabajadora por razón del embarazo constituye siempre una discriminación directa por razón de sexo. El despido no puede fundarse en su incapacidad para cumplir uno de los requisitos esenciales de su contrato de trabajo. Tal disponibilidad es siempre un requisito esencial del contrato de trabajo, pero la protección que el Derecho Comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo, y aun después, no puede depender de si la presencia de la interesada durante su maternidad es indispensable para la buena marcha de la empresa. El hecho de que se la contrate para sustituir a otra embarazada carece de incidencia en la respuesta.

Una posición semejante ya venía siendo sostenida por el Tribunal Constitucional español, para quien «la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca» (STC 136/1996, de 23 de julio, fundamentos 5 y 6). En sentencia posterior confirma «que tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológicamente incontrovertible (STC 240/1999, de 20 de diciembre) incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (STC 173/1994 de 7 de junio).

Es obvio que la protección de la mujer contra el despido por causa de su maternidad no depende de las características del contrato, ya sea a tiempo parcial o indefinida. En la sentencia *María Luisa Jiménez Melgar c. el Ayuntamiento de Los Barrios* señala al juez nacional que le corresponde comprobar si la falta de renovación, cuando los contratos forman parte de una sucesión de contratos de duración determinada, ha estado efectivamente motivada por el embarazo de la trabajadora (TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, C-438/99).

Igualmente, la protección de la mujer embarazada frente al despido por esa causa se extiende a las situaciones en las que el embarazo es resultado de una fecundación in vitro y ello pudiera conlle-

var tratamientos específicos para acción médica (TJCE, sentencia de 26 de febrero de 2008, *Sabine Mayr c. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, C-506/06).

A veces la discriminación se produce por el hecho de utilizar el permiso de maternidad y perder antigüedad en la empresa. Para el TJCE, «el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que en virtud del contrato de trabajo sigue estando vinculada al empresario durante su permiso de maternidad, no se vea privada de sus condiciones de trabajo que se aplican tanto a los trabajadores de sexo femenino como a los de sexo masculino y que derivan de dicha relación laboral». Por ello, hay discriminación, puesto que, de no haber estado encinta y de no haber hecho uso del permiso para maternidad al que tenía derecho, dicha trabajadora habría podido beneficiarse de una promoción profesional (TJCE, sentencia de 30 de abril de 1998, *Evelyne Thibault*, C-136/95).

También el Tribunal de Justicia comunitario ha confirmado el derecho de la mujer que ha dado a luz a volver a su puesto de trabajo o a otro equivalente en las mismas condiciones laborales que le eran aplicables antes de su permiso de maternidad (TJCE, sentencias de 12 de julio de 1984, *Hofmann c. Barmer Ersatzkasse* 184/83, de 5 de mayo de 1994, *Habermann-Beltermann* C-421/92, así como el citado caso *Webb c. EMO Air Cargo*). Igualmente, el Tribunal ha estimado que excluir de la gratificación de Navidad a una mujer que había estado durante alguna parte del año con su permiso de maternidad es una discriminación por razón de sexo en cuanto que la gratificación constituya una retribución por un trabajo previamente realizado (TJCE, sentencia de 21 de octubre de 1999, *Susanne Lewen c. Lothar Delda*, C-333/97).

Algunas empresas entienden que el permiso de maternidad puede conllevar desventajas profesionales inherentes a esa interrupción del trabajo e incentivan la solicitud del permiso con una indemnización económica. Esta práctica, lamentablemente poco frecuente, es compatible con el art. 141 que establece la igualdad de retribuciones; así lo ha declarado el Tribunal ante la demanda presentada por algunos trabajadores varones de la compañía automovilística Renault, por la asignación a tanto alzado que perciben las mujeres al inicio del permiso de maternidad, pues ellos estimaban que era una discriminación por razón de sexo (TJCE, senten-

cia de 16 de septiembre de 1998, *Oumar Dabo Abdoulaye y otros c. Renault*, C-218/98).

Otra forma de discriminación puede deducirse de la fijación de las vacaciones en los convenios colectivos; la Directiva 92/85 garantiza a la trabajadora, después de su período de descanso por maternidad, que mantiene sus derechos vinculados a su contrato de trabajo y, por tanto, sus vacaciones anuales (TJCE, sentencia de 18 de marzo de 2004, *Merino Gómez*, C-342/01).

Estos casos han tenido también su reflejo en la nueva Directiva 2002/73, que entró en vigor el 5 de octubre de 2005, también para España en esa fecha, aunque la ley de transposición se retrasó hasta el 22 de marzo de 2007 (Ley 3/2007, BOE de 23 de marzo de 2007). Así, el art. 2.7 entiende que la igualdad de trato comprende medidas de protección específicas de la mujer, como ya las había establecido la Directiva 92/85 aludida; y que cualquier trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad constituirá una discriminación. Por ello, precisa, en consonancia con la jurisprudencia analizada, que una mujer, tras el permiso de maternidad, tiene derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia.

La maternidad y su protección han tenido una extensión hacia la protección del padre. Por ello, el art. 2.7 reconoce una protección especial para los dos progenitores, regulada en la Directiva 96/34 citada. En caso de utilización del permiso parental, los Estados velarán por que cualquiera de los dos progenitores no sufra represalias por el ejercicio de este derecho: ni despidos, ni reintegración a puestos diferentes ni que se les impida beneficiarse de cualquier mejora a la que hubieran tenido derecho durante su ausencia.

5.2. *Excepciones a la igualdad de trato*

El principio de igualdad no excluye excepciones justificadas en las que los Estados no tienen que atenerse al principio de igualdad de trato cuando el sexo constituye una condición determinante en

razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio se deriva que el sexo sea determinante; también se exige en esos casos que el objetivo perseguido con la excepción sea legítimo; en tercer lugar, que respete el principio de proporcionalidad; y en cuarto, que habrá que observar la evolución social (art. 2.6 de la Directiva 2002/73).

Cuando el Tribunal ha tenido que juzgar profesiones excluidas por los Estados (trabajos nocturnos, actividades peligrosas, profesiones militares) ha contrastado la exclusión con el principio de proporcionalidad, de forma que el principio de la igualdad de trato pueda conciliarse con las necesidades de la seguridad pública (así, en el citado asunto *Johnston*, relativo al despido de las mujeres policías de la policía norirlandesa). También de esa sentencia se deducía que toda exclusión, por su carácter excepcional, debe ser examinada periódicamente teniendo en cuenta la evolución social. Ha recordado que el TEDH (sentencia de 28 de mayo de 1985, asunto *Abdulaziz*) había dicho que un trato diferenciado de las mujeres en relación con los hombres debe estar justificado por motivos objetivos y razonables y debe respetar la proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo previsto (TJCE, sentencias de 25 de julio de 1991, *Ministerio Público c. Stoeckel*, y de 2 de agosto de 1993, *Ministerio Público c. Jean Claude Levy*, C-158/91; de 13 de marzo de 1997, *Comisión c. Francia*, C-197/96, y de 4 de diciembre de 1997, *Comisión c. Italia*, C-207/96).

Para el TJCE, la Directiva 76/207 (2002/73) no permite excluir a las mujeres de un empleo, basándose en que deberían estar más protegidas que los hombres contra riesgos que son distintos de unas necesidades de protección específicas de la mujer, como el embarazo, ni excluirlas «por el mero hecho de que son, por término medio, más pequeñas y menos fuertes que la media de los hombres, cuando para dicho empleo se aceptan hombres con características físicas similares». Una prohibición general no es admisible «en la medida en que también excluye a las mujeres de trabajos que no requieren un esfuerzo físico considerable y que, en consecuencia, no presentan un riesgo específico para la preservación de la capacidad biológica de quedar embarazada o de dar a luz, o para la seguridad y salud de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, o incluso para con el feto» (TJCE, sentencia de 1 de febrero de 2005, *Comisión c. Austria*, C-203/03).

Y, desde luego, toda excepción a un derecho debe ser interpretada de forma restrictiva, teniendo en cuenta que el derecho a la igualdad de trato no está sujeto a ninguna *reserva general* por motivos de seguridad pública. El derecho que protege tiene alcance general y se aplica a las relaciones del empleo del sector público; así, pues, las normas internas sobre el acceso al empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo en las Fuerzas Armadas no están, por regla general, excluidas del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario; el acceso a las Fuerzas Armadas es una relación laboral sometida, como otras muchas, al Derecho Comunitario (TJCE, sentencia de 26 de octubre de 1999, *Angela María Sirdar c. The Army Board*, C-273/97; 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil c. Alemania*, C-285/98).

5.3. *Discriminaciones a varones*

Cuando se habla del principio de igualdad de trato pensamos habitualmente en las discriminaciones sufridas por mujeres. Como colectivo es correcto. Pero el trato desigual es una violación de derechos fundamentales que también pueden sufrir los varones, si bien al menos en cantidad es radicalmente inferior y, seguramente, en calidad e intensidad. Ningún ser humano debe ser tratado de forma peor que otro por su sexo, tampoco los varones. No han sido infrecuentes los casos llevados por varones hasta el Tribunal de Justicia habiendo obtenido, cuando fue pertinente, protección frente a violaciones de su derecho a la igualdad de trato (TJCE, sentencia de 22 de abril de 1997, *Nils Draehmpaehl*, C-180/95; 16 de diciembre de 1999, *John Taylor*, C-382/98; 29 de noviembre de 2001, *Joseph Griesmar*, C-366/99; 13 de diciembre de 2001, *H. Mouflin c. Recteur de l'Académie de Reims*, C-206/00; y de 11 de marzo de 2003, *A. Dory c. República Federal de Alemania*, C-186/01...).

5.4. *Discriminaciones indirectas*

Las discriminaciones indirectas han tenido un tratamiento jurisprudencial muy relevante. Hay discriminación en una práctica salarial que se aplica independientemente del sexo del trabajador, pero que de hecho afecta a más mujeres que hombres. Solamente puede haber discriminación por razón de sexo entre dos grupos de trabajadores si ambos grupos realizan, si no el mismo trabajo, al menos un trabajo al que se le atribuya el mismo valor.

En la sentencia *Enderby* el Tribunal estimó que si hay suficientes datos estadísticos (un número importante o significativo, frente a situaciones fortuitas o coyunturales, que el juez nacional deberá apreciar) que pongan de manifiesto una diferencia considerable de retribuciones entre dos funciones del mismo valor, una de las cuales es desempeñada casi exclusivamente por mujeres y la otra fundamentalmente por hombres, el art. 119 (hoy, arts. 141 TCE, 23 de la Carta y 157 TFUE), se exige que el empleador justifique dicha diferencia mediante factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo (TJCE, sentencia de 27 de octubre de 1993, *Enderby* C-127/92). En esta sentencia precisó que *la inversión de la carga de la prueba* es una excepción a un principio general en materia de prueba; el que alega algo debe probarlo, y así debe hacerlo el o la trabajadora que se considere víctima de una discriminación de su empleador; pero la adaptación o inversión de la carga de la prueba se impone desde que se observa una apariencia de discriminación; y con mayor razón si no hay transparencia en el sistema de retribuciones.

Esta sentencia y otras (sentencia de 17 de octubre de 1989, *Danfoss* 109/88; TJCE, sentencia de 31 de mayo de 1995, *Cerámicas Royal Copenhagen*, C-400/93) propiciaron años más tarde que se adoptara la citada Directiva 97/80, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Se articula en ella la doctrina jurisprudencial expuesta; se aplica a todas las situaciones cubiertas por el art. 141 y las Directivas 75/17 (retribuciones), 76/207 y 2003/73 (acceso y condiciones), 92/85 y 93/34 (sobre permiso parental) y a cualquier procedimiento civil o administrativo, en el sector público o privado que prevea un recurso; quedarían fuera de la Directiva los procedimientos extrajudiciales y los proce-

sos penales. Los Estados deben modificar sus ordenamientos para permitir a una persona presentar hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta y que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. También los Estados podrán establecer un régimen de prueba más favorable a la parte demandante. Pero podrán verse exceptuados de la inversión de la carga de la prueba en aquellos procesos cuya instrucción dependa de un órgano jurisdiccional. Esta Directiva debió trasponerse a los ordenamientos internos el 1 de enero de 2001.

Una de las primeras definiciones no legales de discriminación indirecta figura en las Conclusiones del abogado general Manzini: es la que «no se basa formalmente en el sexo, pero da lugar a un resultado práctico que no es diferente de aquel al que conducen las disparidades que se refieren explícitamente al sexo» (Asunto *Teuling*, 30/85).

El Tribunal estima que hay que explicar cómo se aplican los criterios salariales: si un criterio perjudica sistemáticamente a un sexo ya no es neutral. Cuando se aplica el criterio de la flexibilidad, el Tribunal señala que si se utiliza para remunerar la calidad del trabajo realizado, es correcto, pero si ese criterio (como el de la formación profesional específica o la antigüedad —TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2006, asunto *Cadman* C-17/05—) se utiliza, se deberá probar que «revisten importancia para la ejecución de las tareas específicas que se encomienden al trabajador» (sentencia *Danfoss*). Cuando una empresa aplica un sistema retributivo caracterizado por la falta total de transparencia, recae sobre el empresario la carga de la prueba de que su política salarial no es discriminatoria, una vez que el trabajador femenino haya demostrado con respecto a un número importante de trabajadores que la retribución media de los trabajadores femeninos es inferior a la de los trabajadores masculinos.

Claro que también nos podemos encontrar con un sistema de retribuciones transparente, pero que discrimina entre sexos. Para el Tribunal de Justicia la carga de la prueba recae, en principio, sobre el trabajador que se considera víctima de una discriminación y ejercita una acción judicial contra su empleador, pero puede invertirse cuando resulte necesario para no privar a los trabajadores víctimas de una discriminación aparente de ningún medio eficaz para hacer respetar el principio de igualdad de retribuciones (sentencia *Enderby*).

Ha abordado el concepto de un *mismo* trabajo o trabajos de un *mismo valor*; para ello «debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable» (TJCE, sentencia citada *Cerámicas Royal Copenhagen*; sentencia de 26 de junio de 2001, *Susana Brunnhofer*, C-381/99).

Pero el Tribunal se ha referido a estas discriminaciones en decenas y decenas de sentencias (como las ya citadas; además, sentencias de 8 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez*, C-167/97; de 6 de febrero de 1996, *Johanna Lewark y el Servicio de Salud*; de 6 de abril de 2000, *Jørgensen*, C-226/98 y 9 de septiembre de 2003, *Katharina Rinke c. Ärztekammer Hamburg*, C-25/02), por lo que se pueden sistematizar los elementos de una discriminación indirecta:

- un criterio aparentemente neutral, pero que afecta a un número más importante de personas de un sexo. Un criterio neutral aplicable a ambos sexos es el estado familiar, el trabajo parcial, la movilidad, la disponibilidad, la formación universitaria o profesional, etc. La proporción sensiblemente mayor de personas de un sexo afectadas por tales medidas es una cuestión de hecho que debe dejarse a la apreciación de los tribunales nacionales;
- que el trato diferenciado no esté motivado por un objetivo suficientemente importante que merezca protección. Tales motivos deben constituir una excepción al principio de igualdad de trato (necesidad de la empresa, protección de la familia, etc.);
- que los medios sean proporcionados y necesarios, si bien es también una cuestión de hecho que el juez nacional debe apreciar;
- la parte demandante debe probar que hay un trato diferente que conduce a una discriminación; y la demandada debe probar que persigue un objetivo importante con los medios adecuados y necesarios.

6. LAS MEDIDAS POSITIVAS DE DISCRIMINACIÓN: IGUALDAD EN LA META

En el Informe explicativo sobre la Carta se señala que el origen del párrafo segundo del art. 23 relativo a las acciones positivas para eliminar la desigualdad real es un precepto ya en vigor en el Derecho Comunitario: «... recoge en una fórmula más breve el apartado 4 del artículo 157 del TFUE, conforme al cual el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. De conformidad con el apartado 2 del artículo 52, el presente apartado no modifica el apartado 4 del artículo 157».

Es verdad que la Carta y que el Tratado de Lisboa no añaden nada nuevo a lo que ya incluyó con amplitud y alcance jurídico directo e inmediato el Tratado de Amsterdam (arts. 141 TCE y 157 TFUE), ni en el terreno teórico o de los principios ni en el terreno práctico. Incluso la Carta, al ser más lacónica y esencial su texto, sacrifica el enunciado de ciertos componentes de la igualdad de derechos como reconocer que debe haber una igualdad de oportunidades, algo que el Derecho derivado Comunitario en vigor reconoce y protege desde mediados los años setenta.

También es cierto que la Carta, en su brevedad, prefiere mencionar la igualdad de resultados a la igualdad en el punto de partida. Esa opción es más progresista y moderna, pues la igualdad en el punto de partida no garantiza la igualdad en la meta. Es, sin duda, muy encomiable que el brevísimo art. 23 dedique uno de sus dos párrafos a la igualdad sustancial, a la igualdad real.

Al fin y al cabo no muchos años atrás, en 1995, el Tribunal de Justicia estimaba que las excepciones se deben interpretar restrictivamente, por lo que concluyó que «una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento y sobrepasa los límites de la excepción» (TJCE, sentencia de 17 de octubre de 1995, *Kalanke c. Ciudad de Bremen* C-450/93). Añadió, además, que aquella normativa, al pretender «establecer la igualdad

de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades... por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la aplicación de dicha igualdad de oportunidades» (apartados 22-23).

En reacción a esa posición, el Tratado de Amsterdam dio una nueva redacción al viejo art. 119 y abrió el principio de igualdad de trato a todas las esferas de la vida, incluyendo expresamente el reconocimiento de la legalidad de las acciones positivas a favor de un sexo determinado en el nuevo apartado 4 del art. 141: «el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales», precepto que coincide con el art. 157 del TFUE, del que el art. 23 ofrece una versión abreviada. Además, una Declaración anexa al TCE aclaraba que, aunque el nuevo apartado está redactado de forma neutra para garantizar la igualdad de trato, el objetivo primero de tales acciones de los Estados miembros es aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral.

De la sentencia *Marshall* y jurisprudencia posterior del TJCE se puede sistematizar lo siguiente en materia de acciones positivas: 1) las acciones positivas son una excepción al principio de igualdad de trato; 2) tal excepción tiene una finalidad precisa y limitada encaminada a autorizar medidas discriminatorias en apariencia y destinadas a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la vida social; 3) cuando se accede a un empleo o una promoción no puede justificarse el goce automático de preferencia más que en los sectores en que haya infrarrepresentación; 4) y siempre que se garantice a otros candidatos una valoración objetiva en la que se tendrán en cuenta todos los criterios que concurren en los candidatos, independientemente de su sexo (TJCE, sentencia de 11 de noviembre de 1997, *Hellmut Marschall*, C-409/95).

En relación con las medidas positivas en formación, estima que se pueden reservar a favor de mujeres plazas de formación profesional para que obtengan una cualificación mejor con miras a un acceso posterior a puestos cualificados en la función pública, en la medida

en que estos procedimientos se limitan a mejorar las oportunidades de las candidatas femeninas en el sector público (TJCE, sentencia de 28 de marzo de 2000, *G. Badeck y otros* C-158/97). También aceptaba que en los órganos de representación de los trabajadores y en los de gestión y control se tuviera en cuenta el objetivo de que la participación de la mujer en el seno de dichas instancias sea al menos igual, sin olvidar que las acciones positivas también pueden adoptarse a favor de los varones; aunque acostumbramos a pensar que las beneficiarias de las acciones positivas favorecen a las mujeres, también pueden compensar dificultades sufridas por hombres, en especial cuando tienen obligaciones militares (TJCE, sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Julia Schornbus c. Land Hessen*, C-79/99).

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. «Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial (comentarios a la STJCE de 6-7-2000, Abrahamsson)». *La ley-Unión Europea*. 18 de octubre de 2000.
- BARRERE UNZUETA, M. A. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Madrid: Civitas-IVAP, 1997.
- BEHNING, U. y A. SERRANO. *Gender Mainstreaming in the European Employment strategy*. Bruselas: ETUI, 2001.
- BENEDETTELLI, M. V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*. Padua: CEDAM, 1989.
- BIFULCO, R. M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2001.
- BINON, J. M. «L'égalité de traitement en droit européen et ses applications à l'assurance-Obligation moral ou croisade idéologique?». *Journal des Tribunaux* 122 (octubre 2005): pp. 231 y ss.
- DOLLAT, P. «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne», *Journal des Tribunaux Droit européen* (marzo 2002): pp. 57 y ss.
- DORON, I. «Demographic, social change and equality». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 117 y ss.
- FITZPATRICK, B. «The "mainstreaming" of sexual orientation into European equality law». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 313 y ss.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HAFNER-BURTON, E. y M. A. POLLACK. «Mainstreaming gender in global governance». *European Journal of International Relations* 3. Vol. 8 (2002): pp. 339 y ss.
- HAQUET, A. «L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes». *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2 (2001, 37): pp. 305 y ss.

- JACQMAIN, J. «Egalité entre travailleurs féminins et masculins». *Journaux des Tribunaux Droit Européen* 73 (noviembre 2000), p. 202.
- LENAERTS, K. y E. SMIJTER. «A “Bill of rights” for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.
- LENAERTS, K. «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *Cahiers de Droit Européen* 1 (1991): pp. 17 y ss.
- LIROLA DELGADO, I. «La integración de la perspectiva de género en la Unión Europea». *Anuario de Derecho Europeo*. Vol. 2 (2002): pp. 259 y ss.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. y C. CHACARTEGUI JÁVEGA. «Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el tratado de Ámsterdam». *Revista Española de Derecho del Trabajo* 99 (2000): pp. 5 y ss.
- MANGAS MARTÍN, A. «Las discriminaciones directas en materia de igualdad de trato hombre-mujer en el derecho comunitario europeo». *Responsa Iurisperitorium Digesta*, vol. II, Salamanca: Ed. de la Universidad, 2001, pp. 249 y ss.
- MANGAS MARTÍN, A. «Cincuenta años de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la UE: balance». *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 283-324.
- MANZINI, G. F. y S. O'LEARY. «The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union». *European Law Review*. Vol. 24 (1999): pp. 331 y ss.
- MAZEY, S. *Gender Mainstreaming in the EU. Principles and Practice*. Londres: Kagan Page Limited, 2001.
- MILLÁN MORO, L. «Igualdad de trato entre hombres y mujeres respecto a la promoción profesional en la jurisprudencia comunitaria: igualdad formal versus igualdad sustancial». *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 3 (1998): pp. 173 y ss.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho Social Internacional y Comunitario)* 67. Número monográfico, 2007.
- NUMHAUSER-HENNING, A. «EU sex equality law post-Amsterdam». En H. Meenan (ed.). *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 145 y ss.
- ROSSILLI, M. *Políticas de género en la Unión Europea*. Madrid: Narcea, 2001.
- TOBLER, C. «Sex equality under the Treaty of Amsterdam». *European Journal of Law* 1. Vol. 2 (2000): pp. 135 y ss.

ARTÍCULO 24
DERECHOS DEL NIÑO

- 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.**
- 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.**
- 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.**

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 1, 7, 20, 21, 32, 33 y 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 10, 19, 20, 83 y 87.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-84.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 24.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público**Universidad de Salamanca*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Ningún Tratado fundacional comunitario había proclamado explícitamente su respeto por los derechos de la infancia. Era lógico en el pasado, dado que las Comunidades Europeas no tienen competencia directa ni sobre la infancia ni sobre la familia, políticas y protecciones que son de competencia nacional. Hasta el Tratado de Niza de 2001 no se había mencionado a la infancia en un Tratado comunitario y se hacía desde la limitada perspectiva de la cooperación policial en orden a la persecución de los delitos contra los niños (art. 29 TUE). Pero no se incluía la posibilidad de una acción normativa que deba tener como resultado fomentar la protección de la infancia.

La protección del niño está consagrada en un instrumento propio elaborado en el marco de la Unión Europea. Es una novedad importante que el Tratado de la Unión adoptado en Lisboa reconozca como derecho vinculante la Carta de los Derechos Fundamentales que declara la protección de los derechos de los niños y niñas, al tiempo que fije como objetivo (art. 3 TUE) la protección de la infancia (*del niño* se dice en la versión española) y figure reiterada en dos ocasiones en el mismo precepto (en el apartado 3 referido a la infancia en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea y en el apartado 4 como condicionante de la acción exterior de ésta). Se introduce así, de forma expresa, un parámetro para controlar la legalidad de aquellos actos que puedan no proteger adecuadamente a la infancia.

Sin embargo, esa ausencia de competencia en el pasado no impidió al Consejo ni al Parlamento dejar la huella de las convicciones europeas en materia de familia e infancia mediante orientaciones sobre políticas de familia y otras materias en este ámbito desde 1989; además, hay un Observatorio Europeo de Políticas Familiares

que hace un informe anual sobre la evolución de esas políticas en los Estados miembros. También, hace ya muchos años, el Parlamento Europeo mostró cierta sensibilidad hacia los niños y niñas con dos interesantes resoluciones: Resolución de 13 de mayo de 1986 sobre la Carta Europea de los Derechos de los Niños hospitalizados y la Resolución de 8 de julio de 1992 sobre la Carta Europea de los Derechos del Niño (*DOC 241*, de 21 de septiembre de 1992).

Fueron los dramáticos sucesos de pedofilia descubiertos en Bélgica en 1995-1996 los que hicieron que la preocupación por la protección de la infancia fuera también en parte una responsabilidad de la Unión Europea. Numerosas declaraciones de las sucesivas presidencias, tomas de posición de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo o del Consejo se fueron sucediendo en esos años.

Conviene recordar en todo caso que, como recuerda con frecuencia el Tribunal de Justicia, «la protección de los derechos de los niños está reconocida por diferentes instrumentos internacionales a los que los Estados miembros se han adherido o con los que han cooperado, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la citada Asamblea el 20 de noviembre de 1989 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de recordar que dichos instrumentos internacionales figuran entre los relativos a la protección de los derechos humanos que el Tribunal de Justicia tiene en cuenta para la aplicación de los principios generales del Derecho comunitario» (v., en particular, la sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento/Consejo*, C-540/03, apartado 37).

En otro orden de cosas, no se puede obviar una cierta crítica al uso del término *niño* en la Carta, preferencia sexista, cuando se pudo haber utilizado al menos en la versión española el término no sexista de infancia.

2. LA PROTECCIÓN GENERAL DE LA INFANCIA EN EL DERECHO COMUNITARIO

A partir de la reforma del Tratado de Amsterdam ya se empezó a mencionar a la infancia en el texto de un Tratado comunitario en relación con la cooperación policial y judicial penal para prevenir y perseguir la trata de niños y niñas. En esta preocupación sobre los abusos sexuales contra la infancia se inscribe la Comunicación de la Comisión de 27 de noviembre de 1996 sobre la intensificación de la lucha contra el turismo sexual que implique a niños (*DO C 3*, de 7 de enero de 1997) o la Acción común del Consejo de 24 de febrero de 1997 contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños, en virtud de la cual cada Estado miembro se compromete a revisar su legislación relativa a conductas de explotación, trata y abuso de personas, en especial niños, *que sean intencionadas* (*DO L 63*, de 4 de marzo de 1997). También en este orden de cosas se adoptó la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados de adultos que sean nacionales de países terceros (*DO C 221*, de 19 de julio de 1997). Igualmente entonces se llegó al acuerdo para que Europol se ocupase también del tráfico de seres humanos, en especial mujeres y niños, así como la creación de un centro de experiencias e información para la lucha contra la pedofilia y el reforzamiento de la cooperación judicial para combatir esa actividad ilícita (*DO L 342* de 1996). Estos actos mostraban ya entonces un interés creciente en una protección especial.

Posteriores actos están imbuidos por el objetivo de protección como seres especialmente vulnerables. Conviene recordar que el derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias por razones relativas a la protección de los menores es reconocido por algunos instrumentos del Derecho Comunitario, tales como la Directiva 2000/31.

Cabe destacar la Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, relativa a la trata de seres humanos (*DO L 203*, de 1 de agosto de 2002). Se puede decir que en los últimos cinco o seis años la infancia y la juventud han suscitado entre actos normativos y libros blancos o informes una treintena de acciones en las que se aborda su educación, formación y empleo, la prevención de la violencia, la

prevención de la pobreza, la responsabilidad de los padres, la seguridad en Internet, la protección contra la explotación sexual y la integración social. El Informe más completo en el que se manifiesta una visión de conjunto ligada a la protección de los derechos fundamentales de la infancia es la comunicación de la Comisión de 4 de julio de 2006 «Hacia una estrategia europea sobre los derechos de la infancia» (con listado de todos los actos aprobados).

Desde el momento en que se decidió hacer en 1999 un texto propio de la Unión en materia de derechos fundamentales que sintetizara las obligaciones asumidas mediante convenios internacionales, era necesario dedicar algún precepto a la infancia. Así se hizo en la Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000 (primera versión). El entonces art. 24 se refería a los derechos de la infancia, aunque otros preceptos como el art. 32 prohíben de forma rotunda el trabajo infantil y protege las condiciones en que se puede producir su acceso al trabajo, así como los arts. 7 y 33 protegen el derecho a la vida de familia (v. los comentarios específicos a dichos preceptos *infra*). En la Convención para el Futuro de Europa (2002-2003) se cambió el término *menor* por *niño*, como único cambio reseñable que se mantiene en el art. 24 de la Carta, tras las reformas del Tratado de Lisboa de 2007.

En el Informe explicativo sobre las fuentes en que se basaron los redactores de la Carta de los Derechos Fundamentales se reconoce que «Este artículo está basado en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros, y, en particular, en sus artículos 3, 9, 12 y 13...».

Aunque sea obvio, hay que recordar que los niños, en tanto que seres humanos, son destinatarios y beneficiarios de normas internacionales generales y de sus mecanismos de garantías y gozan de las protecciones internacionales de los derechos humanos.

También en la medida en que tales niños y niñas tengan nacionalidad de algún Estado miembro o alguno de sus progenitores tengan la nacionalidad de un Estado miembro son destinatarios de las normas de la Unión que con carácter general se aprueban en el marco comunitario, como es la Directiva 2004/38 del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre libre desplazamiento y residencia de nacionales de la Unión y sus familias (DO L 229, de 29

de junio de 2004; su plazo de transposición expiró el 30 de abril de 2006, si bien refunde disposiciones en vigor —tres directivas de 1990—) e incluye en el articulado derechos o situaciones ya deducidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

Asimismo, los niños y niñas tienen derecho a disfrutar de los derechos y ventajas reconocidos en los Reglamentos 1612/68 y 1408/71 (tal como han sido modificados en diversas ocasiones; *DO L 257*, de 19 de octubre de 1968 —texto consolidado con las reformas posteriores de 27 de agosto de 1992, consleg. 1968R1612—) y, lo que es más importante, el derecho a no ser discriminados por razón de la nacionalidad (arts. 12 TCE y 17 TFUE).

También debe tenerse en cuenta la Directiva 2003/86 del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (*DO L 251*, de 3 de octubre de 2003), dado que el supuesto de aplicación de dicha Directiva es que el reagrupante es un extranjero con residencia legal y los miembros de la familia son también extranjeros. Excluye expresamente su aplicación a miembros de la familia de ciudadanos de la Unión (art. 3.3) a los que se aplica la Directiva 2004/38 anteriormente citada.

En general, las normas, por ejemplo, relativas a la libre circulación y residencia de los nacionales de Estados miembros de la Unión no están condicionadas a una determinada edad y por tanto son titulares de tales derechos los niños y niñas, ciudadanos de la Unión Europea, desde su nacimiento. Tiene interés seleccionar algunos casos sobre su aplicación judicial a menores.

Así, en el asunto *Chen*, concerniente a una niña de pocos meses de nacionalidad irlandesa (hija de padres chinos), el Tribunal estimó que basta el hecho de su nacionalidad irlandesa para aceptar que le son aplicables las disposiciones del Tratado, dado que su aptitud para ser titular del derecho de libre circulación y residencia no puede supeditarse a alcanzar una determinada edad o edad mínima; el Abogado General distinguió entre la capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar, es decir, de realizar actos que surtan efectos jurídicos, de la que carece, pero en estos casos el ordenamiento jurídico encarga a otros sujetos (padres, tutores) que decidan sobre el ejercicio de los derechos de los que es titular el menor. El Tribunal de Justicia de la Unión Eu-

ropea estimó que la progenitora de una ciudadana de la Unión de corta edad (la bebé) es también titular del derecho de libre circulación y residencia a los efectos de que pueda vivir con la menor, pues de otra forma ésta vería obstaculizado su derecho propio como consecuencia de que su madre fuera extranjera. Si se priva a la progenitora del derecho de residencia, se priva de todo efecto útil al derecho de residencia de la niña (TJCE, sentencia de 19 de octubre de 2004, *Secretary of State for the Home Department c. Catherine Zhu y Lavette Chen*, C-200/02).

Otras sentencias protegen el derecho a la vida familiar de la infancia, cualquiera que sea su nacionalidad, como es obvio. Así, en los asuntos *Baumbast y R* (TJCE, sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast, R c. Secretary for the Home Department*, C-413/99) se planteaban dos situaciones familiares semejantes. Por un lado, la señora Baumbast, de nacionalidad colombiana, casada con un alemán residente en el Reino Unido; ella tenía una hija de nacionalidad colombiana, más otra con doble nacionalidad —colombiana y alemana— nacida del matrimonio con el señor Baumbast. Debido a dificultades de su empresa, y al no encontrar trabajo en Reino Unido, el señor Baumbast pasó a trabajar para sociedades alemanas en el extranjero, si bien la vivienda familiar y la formación escolar de las hijas proseguía en dicho país y estaban cubiertas por un seguro médico. Al solicitar la madre el permiso de residencia por tiempo indefinido le fue denegado. Aceptó, sin embargo, que las hijas disfrutaran de un derecho de residencia en virtud del art. 12 del Reglamento 1612/68 (derecho a la escolaridad en el Estado de acogida aun cuando los padres se separen y el comunitario ya no sea trabajador en el Estado de acogida).

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la luz del respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH) y del derecho a continuar su escolaridad en las mejores condiciones (art. 12 del Reglamento 1612), la denegación a los progenitores de la posibilidad de permanecer en el Estado miembro de acogida durante la escolaridad de sus hijos podría llevar a privar a éstos de un derecho que el legislador comunitario les ha reconocido.

Por otro lado, en ese mismo asunto *R*, una norteamericana casada con un francés, del que tuvo dos hijas, con doble nacionalidad francesa y norteamericana, residía en el Reino Unido. Se divorcia-

ron en 1992 y continuaron viviendo todos en dicho país. La madre solicitó residencia indefinida para ella y sus hijas, con las que convivía; le fue concedido a las hijas como miembros de la familia del trabajador comunitario (el padre), pero no a la madre. Para el Tribunal de Justicia, dada la importancia del derecho a la reagrupación familiar en el Estado de acogida, no tiene sentido interpretar que el Reglamento 1612/68 dé derecho de residencia y escolaridad a los hijos, mientras que los progenitores pueden perder sus derechos de estancia por el divorcio (caso *R*) o por dejar de trabajar en ese país (caso *Baumbast*).

En relación con las prestaciones por hijos menores, el Tribunal de Justicia afirma que no se puede condicionar la concesión de una prestación social de un régimen no contributivo a los nacionales de Estados miembros distintos del Estado de acogida, en cuyo territorio residen legalmente, a que estos últimos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1612/68, cuando no se exige ningún requisito de este tipo a los nacionales del Estado miembro de acogida (TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, C-85/96 y sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Rudy Grzelczik*, C-184/99).

Ahora bien, además de los derechos y libertades reconocidos a los seres humanos y, en su caso, como ciudadanos comunitarios, la infancia es uno de los grupos de seres humanos a los que por razones objetivas y justificadas hay que dar un trato especialmente privilegiado. No se les puede tratar, sin más, como a cualesquiera otros seres humanos bajo el prisma de un principio formal de igualdad. Hay una general aceptación, en los textos jurídicos internos e internacionales, de la necesidad de una protección especial de la infancia.

3. LAS PROTECCIONES ESPECIALES PARA LA INFANCIA: DERECHO AL BIENESTAR MATERIAL Y AFECTIVO

El art. 24 no precisa la frontera entre la infancia y la edad adulta, pero es obvio que al ser su fuente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, son los 18 años, salvo que la legislación interna establezca la mayoría de edad en una edad anterior.

El art. 24 de la Carta les reconoce derechos y protecciones especiales a todos los niños que se encuentren en el territorio de los Estados miembros. Tiene un alcance universal, sin estar condicionado a tener la nacionalidad de un Estado miembro y ser ciudadanos de la Unión.

Tanto el ordenamiento interno como el internacional, incluido el europeo, prevén protecciones específicas que se añaden a los derechos y protecciones generales del ser humano. La razón objetiva que justifica un trato especialmente favorable se basa en que la infancia es una etapa de la vida en la que se es dependiente de otros seres humanos.

En la niñez, especialmente en los primeros años de vida, todos los seres humanos necesitan ser alimentados, vestidos y cuidados, dependiendo absolutamente de los adultos. Pasados los primeros años de vida, siguen dependiendo de los adultos para esas necesidades materiales y se añaden otras como consecuencia de su falta de madurez física e intelectual. Posteriormente, la prioridad de su crecimiento y de su formación se ve condicionada por el necesario apoyo de los adultos.

El bienestar que se les debe garantizar en el marco de la Unión comprende, por tanto, todos los campos: la salud o bienestar físico, moral, intelectual, etc. La Unión debe fomentar y sus Estados miembros adoptar medidas positivas de protección que garanticen ese bienestar al que tienen derecho. También conlleva un límite u obligación de abstenerse, la Unión y los Estados, de adoptar medidas que perjudiquen o impidan ese bienestar.

La infancia puede gozar también de otras protecciones especiales que se dispensen a otros grupos, si además el niño o la niña se encuentra en situaciones de desventaja como son los niños y niñas con discapacidades, abandonados o pertenecientes a minorías religiosas o a minorías étnicas, etc.

En definitiva, la infancia depende de una protección legal antes y después de su nacimiento (aunque la Carta no se refiera a ello, pero sí la Convención de las Naciones Unidas), y que le debe ser dada de forma específica tanto mediante normas internas como mediante convenios concluidos en el marco de los organismos especializados, como es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 bajo los

auspicios de la ONU (*BOE* de 31 de diciembre de 1990, en vigor para España desde el 5 de enero de 1991).

El párrafo tercero del art. 24 se refiere a las relaciones del niño con sus progenitores. En el Informe explicativo se dice esto sobre ese párrafo: «En el apartado 3 se toma en consideración el hecho de que, como parte del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la legislación de la Unión en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas, para la cual el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere competencias, puede incluir en particular el derecho de visita que garantiza a los niños poder mantener de forma periódica contacto personal y directo con su padre y con su madre».

Con carácter general, los niños necesitan y deberían poder contar con el cariño y afecto de sus padres; el párrafo tercero subraya ese interés y ese derecho de los niños y, combinado con el art. 7, el respeto a su vida familiar. El derecho de los niños a ver y relacionarse con sus padres (y por analogía a otras situaciones como el acogimiento) resulta casi obvio para el desarrollo normal de su personalidad, salvo que la conducta u otras circunstancias hagan tal relación natural contraria a sus intereses.

La Carta elude mencionar el reagrupamiento familiar en el marco de la protección de toda la infancia en la Unión, pero la reagrupación está muy relacionado con el párrafo tercero del art. 24 y ya se ha señalado que con anterioridad a la Carta de Niza el derecho derivado de la Unión Europea viene regulando y protegiendo este derecho (entre otras, Directivas citadas 2003/86 —para inmigrantes— y 2004/38 —ciudadanos de la Unión Europea—).

Este problema, a propósito de la Directiva 2003/86, fue el centro del debate en una sentencia del Tribunal de Justicia en la que éste cita directamente, como también las partes en el litigio a raíz de la demanda del Parlamento Europeo, el art. 24 de la Carta de Niza e interpreta el caso litigioso a la luz de la normativa comunitaria e internacional en vigor (el Convenio de Nueva York de 1989). El Tribunal reconoce que el niño precisa mantener regularmente relaciones personales con sus padres, que el interés superior del niño debe ser tenido en cuenta siempre y que es necesario examinar todas las circunstancias que le rodean, pero el precepto no conlleva automatismo en el sentido de deducir un derecho subjetivo a la rea-

grupación familiar en el caso, por ejemplo, de niños que llegan aisladamente de sus padres al territorio de la Unión. En estos casos difíciles, las autoridades gozan de un cierto margen de apreciación según la normativa derivada, pero deben ponderar los diversos intereses en juego con el interés superior del niño (TJCE, sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, C-540/03).

4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Como no podía ser de otra forma la Carta establece, siguiendo la Convención de 1989, que la norma-guía de toda actuación relacionada con la infancia es el denominado «interés superior del niño» (art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas y art. 24.2 de la Carta). Ciertamente, es una noción subjetiva y actúa fundamentalmente en el campo de la tutela judicial. El interés superior del niño es un concepto amplio que hace referencia a su desarrollo integral, físico, mental, espiritual, moral y social. Lo que sucede es que siempre habrá un cierto margen en su aplicación dependiendo del criterio de la persona, institución u organizaciones que lleven a cabo la protección y tengan que decidir por el niño. Como se ha puesto de relieve, este criterio está ligado al hecho de que el niño en muchas ocasiones no puede ejercitar por sí solo los derechos y serán personas individuales o colectivas o instituciones las que los hagan efectivos: aparece, pues, como criterio o pauta de la aplicación de estas normas (Díaz Barrado 1991, 193-194). Para este autor se configura como obligación imprecisa que puede dar lugar a un conflicto de intereses: los del niño, padres, tutores, Estado, sociedad; en todo caso, la prioridad son los derechos del niño.

La Carta pone también cierto énfasis en la libre opinión de los niños y en la conveniencia de tomarla en cuenta en función de su edad y madurez (párrafo primero del art. 24). Además, en materia de garantías penales tiene las de todo ser humano, pero debe ser tratado teniendo en cuenta su edad, y si es preciso será protegido mediante organismos específicos. Hay que reconocer que en esta materia ya se había alcanzado un gran nivel técnico mediante las denominadas Reglas de Beijing (Reglas mínimas de las Naciones Uni-

das para la administración de la justicia de menores, Resolución AGNU 40/33, de 29 de noviembre de 1985).

En el marco relativo a los litigios que afectan a la infancia, los niños deben ser informados y oídos y, en función de las circunstancias, pueden pedir la designación de un representante legal en caso de conflicto con los intereses de quienes asumen la patria potestad o su tutela legal. En esta materia la norma de referencia general son las Reglas de Beijing antes mencionadas y un Convenio europeo, en el marco del Consejo de Europa, sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996. Son los derechos procedimentales de los niños; se establecen deberes específicos para los jueces en relación con las informaciones que deben dar a los niños, o con la diligencia con la que se debe actuar respecto de los asuntos relacionados con niños, etc.

Más específicamente, en el ámbito comunitario hay que aplicar la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (*DO L* 82). Aplicando dicha norma, el Tribunal de Justicia ha establecido en una sentencia ejemplar, frente a las habituales y crueles prácticas por parte de jueces, fiscales y abogados respecto de la infancia, que «el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que en el asunto principal aleguen haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta» (TJCE, sentencia de 16 de junio de 2005, *Maria Pupino*, C-105/03).

En otro importante asunto ha tenido que pronunciarse de nuevo por el sentido del interés superior reconociendo que «la protección del niño constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a una libertad fundamental garantizada por el Tratado CE, como la libre circulación de mercancías», si tales restricciones son adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no van más allá de lo necesario para alcanzarlo. El Tribunal estima que si bien corresponde a los Estados miembros, «a falta de armonización comunitaria, apreciar el nivel al que pretenden garantizar la protección del interés en cuestión, no es menos cierto que dicha facultad de apreciación debe ejercerse dentro del respeto a las obligaciones que se derivan del Derecho comuni-

tario». En este litigio estimó sin duda alguna «que prohibir la venta y la entrega por correo de soportes gráficos que no han sido objeto, por la autoridad competente, de un control y de una clasificación a efectos de la protección de los menores y que no llevan una indicación, que emane de dicha autoridad, de la edad a partir de la que pueden verse, constituye una medida que protege al niño contra toda información y material perjudiciales para su bienestar». Esta protección del niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar en un Estado miembro, independientemente de la posición de los restantes Estados miembros «no puede tener incidencia en la apreciación de la proporcionalidad de las disposiciones nacionales adoptadas en la materia. Éstas deben apreciarse solamente en relación con el objetivo perseguido y con el nivel de protección que el Estado miembro interesado pretende garantizar» (TJCE, sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH y Avides Media AG*, C-244/06, apartados 41-49).

BIBLIOGRAFÍA

- BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.
- COMISIÓN EUROPEA. «Hacia una estrategia europea sobre los derechos de la infancia». *COM (2006) 367 final*, de 4 de julio de 2006.
- DÍAZ BARRADO, C. «La Convención sobre los Derechos del Niño». *Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de Córdoba*. Universidad de Córdoba: 1991.
- FERNÁNDEZ SOLA, N. *La protección internacional de los derechos del niño*. Zaragoza: Colección El Justicia de Aragón, 1994.
- FUNCOE. *El futuro de la infancia en Europa*. Madrid: 1998.
- LENAERTS, K. y E. SMIJTER. «A “Bill of rights” for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.
- MCCONNICK, N. «Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos». *Anuario de Filosofía del Derecho* (1988): pp. 295 y ss.
- MANGAS MARTÍN, A. «La protección internacional de los Derechos del Niño». *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja* 4 (1998): pp. 7 y ss.
- PÉREZ VERA, E. «El Convenio sobre los Derechos del Niño». *Garantía internacional de los derechos sociales*. Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales. Documentos internacionales, 1990.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P. «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del Niño». *Revista Española de Derecho Internacional* 2 (1992): pp. 465 y ss.
- VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. del M. «La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2001/2003». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 11, 2006.
- VERDUGO, M. A. y V. SOLER-SALA, comps. *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.

ARTÍCULO 25
DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: párrafo segundo del Preámbulo; arts. 1, 7, 20, 21, 34 y 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 10, 19 y 20.

ANTECEDENTES

- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-85.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 25.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público**Universidad de Salamanca*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La sensibilidad por los problemas de las personas mayores demuestra el grado de civilización y solidaridad de una sociedad. Es relativamente más fácil preocuparse por la infancia y los jóvenes, pues ellos en pocos años serán necesarios y productivos para el sistema económico, eventualmente para el ejército, y el sostenimiento general de un país. Pero a veces la sociedad, de forma injusta, margina a los ancianos estimando que ya no contribuyen más a la riqueza nacional y que son una carga para la seguridad social. Las personas mayores han sido consideradas como *inactivos* en la terminología comunitarista y económica; claro que esta adjetivación también se les daba a los estudiantes o a los rentistas en el marco comunitario.

Las personas mayores han contribuido con su esfuerzo a la riqueza presente y a la educación de las generaciones; su experiencia sigue siendo un factor de riqueza y su actividad como seres humanos y ciudadanos también sigue siendo un motor de la economía.

Los instrumentos internacionales y europeos se refieren fundamentalmente a la vejez desde el punto de vista de la necesidad de asegurarles unos recursos económicos suficientes y una asistencia sanitaria y social; en este sentido fueron redactados el art. 25 de la Declaración Universal, incluso también la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales.

Aunque el Informe explicativo de los redactores de la Carta dice que la fuente de este precepto expresa una continuidad de ideas con instrumentos europeos como «... el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada y en los artículos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. La participación en la vida social y cultural incluye por supuesto la participación en la vida política», creo que hay algo peculiar en la ubicación del art. 25.

2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL

Si el Tratado se limitase a la más que digna preocupación por su seguridad económica y cuidados médicos, se habría limitado al precepto previsto en el marco del Título dedicado a la *solidaridad* (prestaciones de seguridad social y servicios sociales de protección frente a la dependencia o la vejez, art. 34).

Sin embargo, el Tratado parte de la igualdad de trato para todas las personas y la obligación de no discriminar por razón de edad; y, a continuación, se refiere a una realidad y en todo caso a un riesgo de marginación de las personas mayores, por lo que frente a la igualdad formal de los arts. 20 y 21 de la Carta, adopta la prevención de una protección especial a favor de quienes materialmente son desiguales y no gozan de condiciones de igualdad con la población activa y sin los riesgos generales del envejecimiento.

Las personas mayores son especialmente vulnerables, ya sea por sus condiciones físicas mermadas por el ciclo vital y la necesidad de dependencia parcial o total de otras personas, ya sea además por sus recursos económicos escasos, ya porque además sean mujeres. Con frecuencia el daño que sufren en mayor medida es a su dignidad como seres humanos. Por este solo riesgo merecen y están legitimados para exigir una tutela especial de los poderes públicos.

Ahora bien, reconozcamos que la Carta utiliza en algunos de los derechos un lenguaje jurídicamente ambiguo. No afirma que garantizará el disfrute de estos derechos en relación con los ancianos (éste es un defecto bastante general en la redacción de la Carta), sino que proclama que «la Unión reconoce y respeta...».

El enfoque del Tratado Constitucional apuesta por la consideración de los ancianos como ciudadanos *activos* en condiciones de igualdad con los ciudadanos laboralmente activos y una fuente de riqueza en todos los órdenes para la sociedad europea, por lo que los poderes públicos deben promover políticas que les animen a llevar una vida independiente, a gozar de la solidaridad de éstos y de la sociedad para llevar una vida digna e independiente e incorporarse, a ser posible, a la sociedad de forma distinta a la de su vida laboral. Podríamos decir, siguiendo un lema contemporáneo, que *otra* vida activa es posible.

Es un dato bien conocido de nuestro tiempo el relativo al progresivo *envejecimiento* de la sociedad europea, debido tanto a la mayor esperanza de vida de la ciudadanía europea (entre siete y ocho años más en los últimas décadas) como al descenso de los nacimientos. Ello ha dado lugar a un amplio aumento del número de personas mayores en la pirámide poblacional. Aunque sólo sea por su importante número, que seguirá siendo cada vez mayor, los ancianos (y no tan ancianos) deben tener una gran importancia en las políticas públicas de los Estados miembros.

El envejecimiento de la población tiene tan serias implicaciones en todos los niveles que vienen siendo objeto de estudio en las administraciones, en la investigación social y en la empresa privada. De hecho, en los últimos años se están revisando aquellas actuaciones públicas y privadas que han fomentado la salida precoz del mercado de trabajo de los mayores. Las políticas públicas deben tener en cuenta, por un lado, los efectos del crecimiento de pensionistas y la disminución de personas en edad de trabajar en los regímenes de seguridad social y en los presupuestos públicos; y, en todo caso, su integración en la sociedad con papeles diversos a los de la vida laboral activa, su cooperación con el resto de la sociedad y la solidaridad y equidad entre generaciones.

Esta actuación especial para integrar a las personas mayores en la vida activa de una sociedad es una exigencia jurídica derivada de la prohibición de discriminación por razón de la edad (art. 21).

Esa participación en la vida social y cultural exige la promoción de políticas desde el marco de la Unión Europea que comprometan a todas las edades, y, en concreto, una estrategia que permita y anime a las personas mayores a seguir participando en la vida activa, cultural, social y política. Diversos programas comunitarios, en el marco de la acción de la Unión Europea, reconocen que el número cada vez mayor de personas jubiladas constituye una infraexplorada riqueza de experiencia y talento.

Sin duda, su participación activa es un plus que distingue este precepto. Pero sin olvidar lo básico y lo realmente importante. Y es que se les debería garantizar que tuvieran cubiertas sus necesidades mínimas: alojamiento adecuado, alimentación, asistencia social y sanitaria y pensiones suficientes.

La equidad entre las generaciones exige que se conceda más importancia a los sistemas de protección y asistencia, facilitándoles su

independencia mediante la promoción de un envejecimiento sano, la prevención de los accidentes y la rehabilitación necesaria tras una enfermedad, evitando los riesgos permanentes de exclusión social y pobreza relacionados con la edad. Si a ello añadimos el derecho a no ser discriminados por razón de sexo y el modelo social de pensiones de jubilación y viudedad basado en el varón como sustento familiar, las mujeres ancianas siguen sufriendo en algunos Estados, como es el caso de España, graves discriminaciones con pensiones inferiores a las de los hombres.

BIBLIOGRAFÍA

- BENEDETELLI, M. V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*. Padua: CEDAM, 1989.
- BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO, coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.
- DOLLAT, P. «Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne». *Journal des Tribunaux Droit européen* (marzo 2002): pp. 57 y ss.
- CHITI, G. «Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam». *Riv. Dir. Pubbl. Com.* (2000): pp. 870 y ss.
- LENAERTS, K. y E. SMIJTER. «A "Bill of rights" for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.
- LENAERTS, K. «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples». *Cahiers de Droit Européen* 1 (1991): pp. 17 y ss.
- MEENAN, H. «Age discrimination-Of Cinderella and *The Golden Bough*». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 278 y ss.

ARTÍCULO 26
INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

PRECEPTOS RELACIONADOS

- Carta: arts. 1, 7, 20, 21, 24, 25, 34 y 52.
- TUE (TLisboa): arts. 2 y 3.
- TFUE: arts. 10, 19, 20 y 153.

ANTECEDENTES

- Artículos correspondientes a la versión de vigor del TUE y del TCE: art. 13 del TCE.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: art. II-86.
- Carta de 7 de diciembre de 2000: art. 26.

COMENTARIO

ARACELI MANGAS MARTÍN

*Catedrática de Derecho Internacional Público**Universidad de Salamanca*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Frente a las prohibiciones o inhabilitaciones que en el pasado sufrieron las personas con discapacidad, la Carta de los Derechos Fundamentales sigue la estela de la nueva conciencia social de las últimas décadas y de otros textos europeos que ya habían dedicado algún precepto a establecer las bases de *políticas de integración* de las personas con discapacidad. El Informe explicativo recuerda que «el principio incluido en este artículo se basa en el artículo 15 de la Carta Social Europea y se inspira igualmente en el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores».

Aunque resulte obvio decirlo, las personas con discapacidad gozan de entrada de los mismos derechos que todas las personas. Son personas. Partiendo del derecho a la igualdad y del derecho de toda persona a no ser discriminado, se fundamentan políticas públicas que compensen las seguras desigualdades materiales y les faciliten el ejercicio de sus derechos humanos. Además, con frecuencia la eventual marginación como persona con discapacidad se multiplica por el efecto combinado de la discriminación sexual por ser mujer, o niño, o anciano, o de una determinada etnia o practicar determinada religión.

Una protección especial es necesaria y está plenamente justificada para que puedan estar en condiciones semejantes a las de las restantes personas para poder disfrutar de sus derechos. La protección especial del art. 26 es un derecho accesorio que permite alcanzar la igualdad de oportunidades para el disfrute de los derechos fundamentales como ciudadano. De otro modo podrían quedar excluidos.

La preocupación por llevar la integración de las personas con discapacidad a la acción comunitaria no se remonta muy atrás. Uno de sus primeros documentos, anterior al Tratado de Amsterdam

con su art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) como base jurídica para luchar contra su discriminación, no se elaboró hasta 1996 [*COM (96) 406 final*, 30 de julio de 1996]. La estrategia entonces iniciada supuso, por un lado, comenzar el diálogo político entre representantes de alto nivel de los Estados miembros para intercambio de información y prácticas en la materia; de otro, la Comisión propuso y logró integrar transversalmente los problemas de la discapacidad en el proceso legislativo, de modo que la discapacidad sea tenida en cuenta en todas las políticas comunitarias y también apelar al diálogo con la sociedad y las asociaciones interesadas.

Un instrumento de desarrollo del art. 13 del TCE (idéntico al art. 19 TFUE) ha sido la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DO L 303*), en la que se reconoce que el hecho de no efectuar *ajustes razonables* en el lugar de trabajo puede constituir una discriminación.

Otras normas de derecho derivado, que enunciaremos, completan el marco jurídico de la protección especial.

2. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN ESPECIAL

El art. 26 parte del mismo lenguaje ambiguo que en otros preceptos en los que el objetivo no es tanto articular un derecho subjetivo como fomentar acciones estructuradas por parte de los Estados; de ahí que se diga que reconoce y respeta sus derechos y marca los objetivos de las políticas comunitarias para eliminar las desigualdades que les impidan el pleno disfrute de sus derechos en un marco de vida integrada.

Es cierto que de este precepto no se pueden derivar derechos subjetivos exigibles judicialmente pero sí que se encuentra el reconocimiento de la legalidad de las medidas positivas que sean necesarias para asegurar su igualdad de oportunidades y su integración plena en la sociedad: en la educación, en el empleo, en el ocio y cultura, en la vida política.

El art. 26 de la Carta da por hecho el concepto de personas con discapacidad sin hacer alguna referencia que les distinga de personas dependientes como los ancianos o los enfermos. Por ejemplo,

cabría acudir a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud. La CIF define la discapacidad como un término genérico que incluye deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones a la participación para indicar los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada condición de salud y sus factores contextuales, ambientales y personales.

Habrá que atenerse al concepto que se utiliza en diversas legislaciones para distinguir situaciones de falta de autonomía de la específica situación de las personas que presentan alguna disminución física, síquica o sensorial. De su concreto enunciado cabe criticar la expresión no del todo afortunada de *personas discapacitadas* frente a la más respetuosa y exacta de personas *con discapacidad* que se va afianzando (por ejemplo, Convenio de Naciones Unidas de 2007).

En el asunto *Sonia Chacón Navas* el abogado general Geelhoed declaraba que «La prohibición de discriminación por motivo de discapacidad establecida en el artículo 13 CE, tal como la desarrolla la Directiva 2000/78, implica un requisito cualitativo general que los Estados miembros deben cumplir cuando legislan y adoptan actos administrativos en materia de empleo y ocupación con respecto a los discapacitados y que también debe cumplirse en las relaciones horizontales entre empresarios y trabajadores en el mercado laboral... Por este motivo es correcto elegir el artículo 13 CE como única base jurídica de la prohibición general de discriminación por motivo de discapacidad. En consecuencia, procederá responder a las cuestiones planteadas a la luz de los términos y del alcance de esta disposición». Entendía que «el concepto de “discapacidad” es un concepto jurídico indeterminado susceptible de múltiples interpretaciones en su aplicación práctica».

El Abogado General añadía precisiones de importancia: «Los discapacitados son personas con serias limitaciones funcionales (discapacidades) causadas por deficiencias físicas, mentales o psíquicas... Ello permite llegar a dos conclusiones: -debe tratarse de limitaciones, de carácter duradero o permanente, que tengan su origen en un problema de salud o en una malformación fisiológica de la persona afectada; -el problema de salud, como causa de la limitación funcional, debe diferenciarse, en principio, de esta limitación... En consecuencia, una enfermedad como causa de una posible futura discapacidad

no puede asimilarse, en principio, a tal discapacidad y, por lo tanto, no constituye ningún indicio para la prohibición de discriminación, en el sentido del artículo 13 CE, en relación con la Directiva 2000/78... Sólo existe una excepción a esta regla si a lo largo de la enfermedad se manifiestan limitaciones duraderas o permanentes que también puedan calificarse de discapacidades, sin perjuicio de la enfermedad que sigue su curso» (Conclusiones, asunto C-13/05, de 16 de marzo de 2006, párrafos 44, 45, 57, 76-79).

También el Tribunal de Justicia ha confirmado que es preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de *discapacidad* y de *enfermedad*. «La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período. Por lo tanto, para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de “discapacidad”, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración...» (TJCE, sentencia de 11 de julio de 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades*).

En otra sentencia el Tribunal ha hecho una interpretación muy progresiva de la discriminación por discapacidad, al entender que la Directiva 2000/78 (DOL 303, de 2000) debe interpretarse «en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resultaría contrario a la prohibición de discriminación directa», entendiéndose, además, que la prohibición de acoso no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas (sentencia de 17 de julio de 2008, *S. Coleman c. Attridge Law*, C-303-06).

Diversas normas de Derecho derivado, además de la citada Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000 que establece el mar-

co general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, han abordado situaciones relacionadas con las personas con discapacidad; así, la Directiva 89/654/CE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, prevé que «los lugares de trabajo deberán estar acondicionados teniendo en cuenta, en su caso, a los trabajadores minusválidos» (*DO L 393*, de 30 de diciembre de 1989). Por otra parte, con el fin de facilitar la movilidad de las personas con discapacidad, la Unión ya se ha comprometido a reducir el número de prestaciones de invalidez que no son exportables de un Estado miembro a otro [modificación prevista del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a los regímenes de seguridad social].

A su vez, se adoptó el Reglamento 2204/2002 relativo a las ayudas estatales para el empleo (*DO L 337*, art. 5), en el que se autoriza a los Estados miembros a financiar hasta un 60% de los costes salariales anuales y de las cotizaciones de seguridad social cuando una empresa contrate de forma permanente a un trabajador con discapacidad. Asimismo, puede concederse una ayuda para compensar toda reducción de productividad o permitir una adaptación de las instalaciones.

Este interés se ha mantenido e intensificado con iniciativas como la proclamación del año 2003 «Año Europeo de las personas con discapacidad» que tuvo un efecto muy positivo de sensibilización de toda la sociedad europea o el plan de acción como fue «Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo» (*COM (2003) 650*, 30 de octubre de 2003), estableciendo como prioridades:

- el acceso al empleo y el mantenimiento en la vida activa, incluida la lucha contra la discriminación;
- el aprendizaje permanente, como medio para apoyar y reforzar la capacidad de inserción profesional, la adaptabilidad, el desarrollo personal y la ciudadanía activa;
- las nuevas tecnologías, como instrumento para potenciar el papel de las personas con discapacidad y, por ende, para facilitar su acceso al empleo;
- la accesibilidad del entorno público construido, como medio para mejorar la participación en el trabajo y la integración en la economía y la sociedad.

En dicho Informe la Comisión hacía hincapié en «brindar un apoyo adecuado a las personas con discapacidad que no pueden obtener ingresos suficientes de una actividad profesional, así como para promover el acceso al empleo de aquellas personas que, aunque tienen capacidad para ganarse la vida, están excluidas del mercado de trabajo, son esenciales sistemas de protección social modernos. Así, por ejemplo, cada vez se presta mayor atención a la disponibilidad de incentivos en forma de prestaciones relacionadas con el empleo, a fin de hacer que el trabajo resulte rentable y de paliar los efectos de lo que se conoce como “trampas de la asistencia”». Este cambio de orientación, que trata de evitar la dependencia duradera de las prestaciones sociales pasivas privilegiando medidas activas del mercado de trabajo, tendrá un efecto positivo en la situación económica de los beneficiarios, así como en su autoestima, a condición de que se tengan en cuenta las situaciones individuales. También podría mejorar la estructura y la calidad del gasto público y contribuir a su viabilidad a medio y largo plazo.

El Reglamento sobre los derechos de las personas con discapacidad y de las personas de movilidad reducida en el transporte aéreo obliga a prestar servicio gratuito de asistencia a las personas con discapacidad, así como a disponer de personal preparado para ayudarles [Reglamento (CE) núm. 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, *DO L 204*, de 26 de julio de 2006].

En esa misma perspectiva, el año 2007 fue proclamado «Año Europeo de Igualdad de Oportunidades para Todos». También cabe mencionar los programas plurianuales para luchar contra la discriminación y la inclusión efectiva de las personas con discapacidad, como el plan de acción sobre discapacidad y su Estrategia europea sobre discapacidad (2004-2010). De estas acciones se deduce el compromiso de la Unión para reforzar las medidas destinadas a la incorporación de las personas con minusvalía en la vida profesional, en el marco de la estrategia europea para el empleo en el que también destaca la iniciativa comunitaria EQUAL y la Estrategia europea de empleo [*Disability mainstreaming in the European Employment Strategy*, EMCO/11/290605 (2005)]. En el Programa *eLearning* de la Comisión se mencionan expresamente las necesidades de las personas con discapacidad, al igual que en el plan de acción relativo al

aprendizaje de idiomas y la diversidad lingüística, y en el que tiene por objeto las capacidades y la movilidad.

Diversos programas persiguen garantizar un acceso mejorado y efectivo de las personas con discapacidad al lugar de trabajo mediante el diseño y la construcción de edificios que respeten el principio de diseño universal (o *diseño para todos*), o su acceso a las infraestructuras culturales y de ocio, a los programas de turismo, a los transportes, a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, etc. Igualmente, diversos instrumentos financieros facilitan políticas de integración; así, el Fondo Social Europeo da preferencia a proyectos que faciliten el acceso a personas con discapacidad o mejoran sus capacidad de empleo o los Programas marco de Investigación incluyen la discapacidad entre sus ámbitos preferenciales.

Las obligaciones formales en relación con esta categoría de personas son las siguientes:

- prohibir a todos los poderes públicos cualquier discriminación por razón de discapacidad y, por tanto, no ser tratado de forma desfavorable por el hecho de la discapacidad (art. 21 de la Carta);
- los poderes públicos comunitarios se comprometen a adoptar las medidas necesarias para combatir la discriminación por razón de la discapacidad (art. 13 TCE y 19 TFUE), como la citada Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DOL 303*) y las otras normas mencionadas;
- los poderes públicos comunitarios deben integrar el conjunto de circunstancias que les conciernen en las políticas públicas, previniendo y evitando consecuencias perjudiciales y actuando de forma positiva (sistemas de cuotas o reserva de puestos de trabajo, financiando o subvencionando determinadas adaptaciones); el art. 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) integra el objetivo de la no discriminación por razón de discapacidad en la formulación de propuestas de políticas comunitarias (transversalidad o *mainstreaming*). Naturalmente, también sería deseable que todos los poderes públicos nacionales incluyesen la elimina-

ción de las desigualdades que sufren las personas con discapacidad en sus diversas políticas;

- la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los arts. 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate (TJCE, sentencia de 11 de julio de 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades*).
- y el precepto que comentamos (art. 26) prevé un trato más favorable y medidas que compensen su desigualdad con dos finalidades u objetivos: 1) que puedan gozar de autonomía, y 2) que se puedan integrar en la vida social y profesional y la vida política activa.

Mediante diversas iniciativas, la Unión viene promoviendo políticas que eviten el problema de la exclusión y la infraparticipación de las personas con discapacidades, eliminando los diversos obstáculos a la igualdad de oportunidades y a la plena participación en todos los aspectos de la vida social, cultural y política.

El objetivo no es meramente asistencial o pasivo; es mucho más importante su integración y su participación activa en la vida social y económica e impulsar la eliminación de las barreras, además de las físicas, de tipo técnico y jurídico que impiden su plena y regular integración en todos los campos de la actividad humana.

Además, la Unión ha sido un actor activo en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, mientras se discutió el Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad influyendo su derecho en el reciente Convenio de Naciones Unidas puesto a la firma el 30 de marzo de 2007 [la posición de la Comisión puede verse en *COM (2003) 16 final*, de 24 de enero de 2003]. En dicho Informe la Comisión pedía «... que se adopte un instrumento jurídicamente vinculante eficaz y realista para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Este instrumento debería inspirarse en los siguientes principios generales:

- reafirmar a nivel legislativo el principio de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos fundamentales que el resto de la humanidad;
- reafirmar a nivel legislativo los valores esenciales en juego: a saber, la igualdad, la dignidad, la libertad y la solidaridad;
- garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio real y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos, luchando contra cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad y promoviendo la igualdad de trato y la toma en consideración de la diferencia.

El instrumento en cuestión debería mencionar y definir todos los derechos humanos, incluidos los derechos políticos y civiles fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales. Conforme al planteamiento al que se ha hecho referencia, basado en la persona como titular de derechos humanos, dicho instrumento debería imponer a los Estados que lo ratifiquen la obligación de hacer todo lo posible por garantizar que las personas con discapacidad estén en condiciones de ejercer realmente sus derechos. El establecimiento de un mecanismo eficaz de supervisión y la especificación de disposiciones de ejecución son aspectos decisivos para garantizar la aplicación eficaz de este nuevo instrumento internacional».

Mediante el reconocimiento de derechos específicos para las personas con discapacidad, la Unión Europea reafirma su compromiso de hacer realidad el principio de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y de evitar o suprimir cualquier forma de discriminación negativa por motivo de discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

BIEL PORTERO, I. «Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al reglamento (CE) núm. 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006». *Revista General de Derecho Europeo* 13 (2007).

- BIFULCO, R., M. CARTABIA y A. CELOTTO coords. *L'Europa dei Diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*. Bolonia: Il Mulino, 2001.
- CARDONA LLORENS, J. «Migración, Derechos Humanos y Discapacidad». En F. Aldecoa Luzárraga y J. M. Sobrino Heredia, dirs. *Migraciones y desarrollo*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 47 y ss.
- HOSKING, D. L. «Great Expectations: Protection from Discrimination Because of Disability in Community Law». *European Law Review* 5. Vol. 31 (2006): pp. 667 y ss.
- LENAERTS, K. y E. SMIJTER. «A “Bill of rights” for the European Union». *Common Market Law Review* (2001): pp. 273 y ss.
- QUINN, G. «Disability discrimination law in the European Union». En H. Meenan, ed. *Equality Law in an Enlarged European Union*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 231 y ss.
- SANJOSÉ GIL, A. «El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 13 (2007).
- SERRANO GARCÍA, I. *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Madrid: IUSTEL, 2008.
- VV. AA. *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la convención de las Naciones Unidas*. Madrid: 2007.
- WADDINGTON, L. *From Rome to Nice in a wheelchair. The Development of a European Disability Policy*. Maastricht: Europe Law Publishing, 2006.