DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE E INTERSECCIONAL EN LA LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

Hacia una Europa más inclusiva

Tesis doctoral presentada por: Dª Jone Itxaro Elizondo Urrestarazu

Tesis doctoral dirigida por: Dra. Beatriz Pérez de las Heras

Deusto
Universidad de Deusto

DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE E INTERSECCIONAL EN LA LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

Hacia una Europa más inclusiva

Doctoranda: Directora:

Dª Jone Itxaro Elizondo Urrestarazu Dra. Beatriz Pérez de las Heras

“In a real sense all life is inter-related. All men are caught in an inescapable network of mutuality, tied in a single garment of destiny. Whatever affects one directly, affects all indirectly. I can never be what I ought to be until you are what you ought to be, and you can never be what you ought to be until I am what I ought to be...

This is the inter-related structure of reality.”

Martin Luther King Jr.,

Letter from the Birmingham Jail, 16 de abril de 1963.

“We are linked. We are not ranked.

And this is a day that will change us forever because we are together.”

Gloria Steinem,

Women’s March, Washington, 21 de enero de 2017.

A mis padres por enseñarme a pensar, a valorar, agradecer, y como no,

el valor de la responsabilidad, el esfuerzo y la constancia.

A mis amamas:

A Maria Jesus, por ser un ejemplo de superación y fortaleza;

a Garbiñe, por su inteligencia,

por demostrarme cada día que siempre hay razones para sonreír.

Por su inagotable cariño.

Me lo han dado todo.

AGRADECIMIENTOS

Es difícil agradecer a todas esas personas que, directa o indirectamente, han contribuido a la elaboración de este trabajo. Considero que la experiencia vital forma el prisma con el que vemos la vida y precisamente por ello la gente que te acompaña en el camino, ya sea por un instante o toda la vida, siempre deja su huella. Gracias a todos. No obstante, debo agradecer expresamente a mis padres el haberme dado tantas oportunidades, el apoyo incondicional que han supuesto toda mi vida, y, especialmente, en este largo y arduo camino que ha supuesto la realización de la tesis doctoral. A mi hermano, Eneko, y a mis amigas y amigos, así como mis compañeras y compañeros, por su inquebrantable fe en mí y no dudar ni por un segundo que esta tesis vería la luz.

En segundo lugar a mi Directora, la doctora Beatriz Pérez de las Heras, por su inagotable paciencia y comprensión, dedicación y guía.

En tercer lugar, he de agradecer la oportunidad de estudiar un año en la Universidad de Leiden (Países Bajos) ya que fue en esta Universidad, bajo las lecciones de la profesora Rikki Holtmaat, donde tuve el primer contacto con la materia. En cuarto lugar, a mis compañeros de la FRA y el Migration Policy Group, y muy especialmente, a Maria Amor, Isabelle y Catharina por la experiencia que supuso trabajar con ellas durante el tiempo que estuve en Viena y Bruselas. En este sentido, mi más sentido agradecimiento al equipo de Human European Consultancy y a Alexandra y Erin de la Universidad de Utrecht, así como a cada uno de los expertos de la *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination.* La experiencia vivida en estos organismos han supuesto un impulso invaluable; y la inagotable dedicación, consejos y pasión por la materia de las personas que se han cruzado en mi camino han constituido una inspiración indescriptible.

Finalmente, debo agradecer a la Universidad de Deusto acogerme como estudiante hace tantos años, posteriormente como trabajadora y finalmente como doctoranda. Gracias a DEIKER y su gran equipo personal, por las ayudas para la formación del personal investigador, por confiar en lo que entonces era un proyecto y que ahora ya es una realidad.

Denoi, esker mila.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AUE	Acta Única Europea
CCEE	Comunidades Europeas
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y el Acero
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CEE	Comunidad Económica Europea
COE	Consejo de Europa
CRPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios	Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.
Directiva de igualdad en el empleo	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 como parte de la regulación específica en contra de la discriminación.
Directiva de igualdad racial	Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directiva de refundición igualdad de trato entre hombres y mujeres	Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 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).
Directivas 2000	Directiva 2000/43/CE y Directiva 2000/78/CE tomadas en su conjunto.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ECRI	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
EUMC	Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia
Eurostat	Oficina Europea de Estadística
FRA	Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
ICERD	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial
JAI	Cooperación policial y judicial en materia penal
Ley de igualdad	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (España)
NFP	Punto de Contacto Nacional
NNUU	Organización de Naciones Unidas
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	Organización No Gubernamental
PESC	Pacto política exterior y de seguridad común
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
RAXEN	Red europea de información sobre el racismo y la xenofobia
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE/TJCE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea, llamado hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

HIPÓTESIS CENTRAL 3

OBJETIVOS ESPECÍFICOS 3

MÉTODO 4

FUENTES 7

ESTRUCTURA INTERNA DE LA TESIS 8

INTRODUCTION 13

MAIN HYPOTHESIS 15

SPECIFIC OBJECTIVES 15

METHOD 16

SOURCES 19

INTERNAL STRUCTURE OF THE THESIS 20

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS NOCIONES DE IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN 23

1. INTRODUCCIÓN 23

2. LAS ACEPCIONES DE IGUALDAD 25

A. Igualdad formal 25

B. Igualdad sustantiva 27

C. Igualdad de oportunidades 29

D. Igualdad y no-discriminación 30

3. DISCRIMINACIÓN 31

A. Tipos de discriminación 35

i. Discriminación directa 36
ii. Discriminación Indirecta 40
iii. Acoso e instrucción de discriminar 44
B. Discriminación múltiple 47
i. Discriminación cumulativa 48
ii. Discriminación aditiva 49
iii. Discriminación interseccional 50
C. Excepciones 53
i. Acción positiva 53
ii. Causas de justificación 57

CAPÍTULO II

LA PAULATINA PROGRESIÓN NORMATIVA DE LA NO-DISCRIMINACIÓN: EL CASO EUROPEO 63

1. INTRODUCCIÓN 63

2. NORMAS DE REFERENCIA QUE HAN CONTRIBUIDO A LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EUROPEO 67

A. Pactos y Convenciones de Naciones Unidas 68
i. La Declaración Universal De Derechos Humanos (DUDH) 70
ii. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) 73
iii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) 75
iv. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) 77
v. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) 78
vi. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) 81
B. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo 84
C. Convenios del Consejo de Europa 84

3. LA EVOLUCIÓN DEL PRECEPTO DE NO-DISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA 88

A. El olvido y lento avance del aspecto social y los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas 88

i. Acta Única Europea: La irrupción de la esfera social en las CCEE- El olvido de la discriminación 92
ii. Tratado de la Unión Europea- Grandes cambios para la Unión, ninguno para la discriminación 96
iii. El cenit del Tratado de Ámsterdam y Niza: La igualdad como objetivo 99
B. La no-discriminación como Derecho: De la clásica jurisprudencia pretoriana del Tribunal de Justicia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 102
i. Principios Generales Del Derecho 103
ii. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea 112
iii. Constitución para Europa 116
iv. Tratado de Lisboa 118

CAPÍTULO III

EL CUERPO DE LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA ACTUAL DE LA UE: Desarrollo y alcance 121

1. INTRODUCCIÓN 121

2. LAS DIRECTIVAS 2000 – La progenie del artículo 13 TCE 123

A. La Directiva de igualdad racial- El primero entre los últimos 126
i. "Raza" u origen étnico 127
ii. Alcance de la protección 130
iii. El alcance del ámbito de aplicación 139
Acceso al empleo 141
Acceso a la orientación y formación profesional y reciclaje 142
Condiciones de empleo y trabajo, afiliación y participación en organizaciones 143
Protección social, y ventajas sociales incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria 143
Ventajas Sociales 144
Educación 144
Acceso a la justicia, bienes y servicios y oferta de los mismos 145
iv. Cuestiones problemáticas 147
B. La Directiva de igualdad en el empleo: acuerdo parcial 150
i. Religión o Convicciones 153
ii. Discapacidad 158

iii. Edad 162
Las excepciones 164
La revolución de Mangold 169
iv. Orientación Sexual 172

3. LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO: EL ANTIGUO BUQUE INSIGNIA 179

A. Directiva refundida 183
B. Directiva 2004/113: protección contra la discriminación de género (limitada) a bienes y servicios 189

4. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL CONTEXTO ACTUAL 192

A. El caso Parris 194
B. Opinión de la Abogada General Kokott 196
C. Sentencia del Tribunal de Justicia 199
D. La cuestión interseccional 201

CAPÍTULO IV

SUPERANDO LAS LIMITACIONES DEL DERECHO EUROPEO EN RELACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE E INTERSECCIONAL 183

1. INTRODUCCIÓN 183

2. LA EXIGENCIA DEL CARÁCTER EUROPEO DE LA INICIATIVA PARA DAR RESPUESTA A LA INTERSECCIONALIDAD 187

A. Rompiendo el techo de cristal: un arduo camino 188
B. La situación en los Estados miembros 191

3. LA NECESIDAD DE UNA DIRECTIVA 197

A. La Directiva horizontal: ¿Oportunidad perdida? 199
i. El proceso 200
ii. Contenido 202
iii. Discriminación múltiple 207
iv. Futuro de la propuesta 209
B. Una nueva propuesta de Directiva 212

4. REFORMULANDO LA LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA: Problemas y respuestas 215

A. La necesidad de un enfoque holístico 215

B. El crecimiento ilimitado de motivos de discriminación 217

i. Simplificar y reformular 218

ii. Concepción "espaciosa" de los campos existentes. 222

C. Conceptualización clara y prohibición expresa 225

D. Las fuerzas de opresión 226

E. El comparador 237

F. La naturaleza de las sanciones 238

G. Los organismos de igualdad 239

H. Datos de Igualdad 242

5. UNA NUEVA PROPUESTA INTEGRAL E INTEGRADORA 244

CONCLUSIONES 253

CONCLUSIONS 263

BIBLIOGRAFÍA 273

ANEXO LEGISLATIVO 311

ANEXO JURISPRUDENCIAL 321

INTRODUCCIÓN

El trato discriminatorio ha servido como medio para las más atroces acciones a lo largo de la historia. Ha sido utilizado por el ser humano como arma de guerra, genocidios, exclusiones, marginaciones, tortura o asesinato. Se trata de una contingencia social de especial relevancia, por su naturaleza y por las consecuencias que tiene para los países y sus ciudadanos, a pesar de lo cual en ocasiones parece haber sido relegada a ejemplos del pasado. Nada más lejos de la realidad, dado que la discriminación sigue vigente en nuestros días; adoptando nuevas formas, muchas veces sutiles, y provocando escisiones entre individuos, sociedades y naciones.

La discriminación no solo es injusta sino que además conlleva una pérdida de potencial humano para la totalidad de la sociedad. Las consecuencias que derivan de la discriminación y sus efectos no son desconocidas para nadie: dificultad de acceso a servicios y puestos de trabajo, segregación, marginación o pobreza endémica, que todos ellos llevan al mismo resultado final: que ciertos grupos vivan "al margen" de la sociedad. La oposición y el rechazo al diferente nos ha rodeado siempre, llegando a tejer una red que se reviste demasiadas veces de normalidad bajo el disfraz de los prejuicios más arraigados.

En este contexto, la Unión Europea, como actor internacional, ha promulgado diferentes normativas para combatir la discriminación. Desde el Tratado de Roma hasta el Tratado de Lisboa los poderes de la UE se han ido ampliando paulatinamente para permitir luchar contra esta lacra. Ello ha dado lugar al nacimiento del corpus de la legislación antidiscriminatoria Europea, compuesto por diferentes Directivas que protegen de la discriminación en base a "raza" u origen étnico, sexo, edad, discapacidad, orientación sexual y religión o creencias.

El trato diferente y perjudicial (discriminación) se halla prohibido en relación a una de esas características protegidas (especificadas en cada texto legislativo). Sin embargo, existen situaciones más severas y complejas en las que la discriminación puede darse en relación a más de una característica protegida. Este fenómeno se denomina discriminación múltiple.

Ese cuerpo de legislación antidiscriminatoria de la UE que mencionábamos no contiene normas expresas sobre cómo afrontar dichos casos, a pesar de que las instituciones Europeas han reconocido su existencia y han mostrado su preocupación acerca del fenómeno. La doctrina ha planteado numerosas conjeturas a este respecto, pasando por que la discriminación múltiple puede considerarse implícitamente cubierta por el derecho de la UE, o que hay subtipos (discriminación interseccional) que podrían no estar cubiertas.

El objetivo de esta tesis es analizar los conceptos, examinar la evolución de la legislación, estudiar el alcance la protección actual, y, en última instancia, aclarar si la discriminación múltiple puede considerarse cubierta por el derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea. La respuesta a esta pregunta implica asimismo analizar en profundidad las especificaciones de la tipología más problemática (a saber, discriminación interseccional) y analizar si es suficiente la labor legislativa llevada a cabo por los Estados miembros o, al contrario, es necesaria la acción legislativa por parte de la Unión. En este sentido, se perfilará una propuesta sobre el contenido que dicha acción legislativa debería cubrir para lograr, finalmente, una Europa verdaderamente inclusiva.

La atención recibida en los últimos años por parte de la comunidad académica, instituciones o *think-tanks* que se especializan en la materia, revelan la creciente preocupación por la dimensión y gravedad del hecho de que las víctimas de discriminación múltiple e interseccional puedan quedar fuera del amparo de la ley, resultando con ello en su invisibilidad. y exclusión social sistemática. El estudio del encaje que la discriminación múltiple, y especialmente la interseccional, tienen dentro del complejo engranaje de la Unión Europea sigue siendo un tema raramente explorado; y en las escasas ocasiones en las que se ha analizado, se ha realizado con un prisma marcadamente teórico. Es por ello que la discriminación múltiple y la respuesta que el Derecho debe darle, se ha convertido en un complejo reto jurídico-social que requiere respuestas coherentes y eficaces adaptadas. Una de las principales problemáticas en este camino es evitar que el reconocimiento de ésta dinamite los cimientos sobre los que se ha construido el derecho antidiscriminatorio.

En base a estas premisas, la pregunta a la que trata de responder esta tesis en definitiva es si la legislación antidiscriminatoria actual de la UE puede cubrir de forma

efectiva los casos de discriminación múltiple y en caso negativo proponer la forma de que estos casos estén cubiertos para lograr una UE verdaderamente inclusiva.

HIPÓTESIS CENTRAL

Con el objetivo de dar respuesta a la pregunta de investigación, la tesis parte de la hipótesis central de que, en la actualidad, el derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea no contemplaría la discriminación múltiple en su variante de discriminación interseccional, y que sería necesaria una propuesta legislativa por parte de la Unión Europea a este respecto.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Precisamente, para demostrar la veracidad de dicha hipótesis se plantean los siguientes objetivos específicos, cuya consecución permitirá responder a la pregunta de investigación que ha motivado la redacción de esta Tesis:

- Concretar el marco teórico analizando los objetivos de igualdad de la legislación antidiscriminatoria, así como el concepto de discriminación múltiple y sus subtipos.

- Analizar las fuentes inspiradoras del derecho antidiscriminatorio de la UE, y evidenciar patrones seguidos, así como examinar si estos instrumentos consideran la discriminación múltiple.

- Estudiar la evolución del derecho antidiscriminatorio en la UE, resaltando motivaciones, el proceso de toma de decisiones y la forma en la que se ha legislado.

- Examinar y evaluar el *status quo* del derecho antidiscriminatorio actual. Estudiar las medidas legislativas y la evolución jurisprudencial y señalar diferencias entre campos que puedan complicar o descartar que la discriminación múltiple se encuentre cubierta por el derecho antidiscriminatorio comunitario actual.

- Determinar si el Tribunal de Justica de la Unión Europea se ha enfrentado a alguna pregunta prejudicial que le obligase a posicionarse al respecto de la discriminación múltiple.

- Establecer, la forma más efectiva de incluir la discriminación interseccional en derecho. A este respecto, valorar si debería impulsarse la acción individual a nivel de los Estados miembros o si en cambio es necesario un instrumento legislativo por parte de UE. Analizar si es posible incluir dichas medidas en alguna de las propuestas legislativas pendientes.

- Proponer, estudiando de forma pormenorizada los problemas y oportunidades que presenta la discriminación interseccional, un instrumento jurídico que pueda incorporar de forma efectiva la prohibición de ésta, así como otros aspectos relacionados.

MÉTODO

El uso y la elección del método científico delimita e inevitablemente condiciona el desarrollo y los resultados que se van a lograr en un estudio de materia tan compleja como la que nos compete. NEERGARD, NIELSEN y ROSEBERRY resaltan la especial complejidad de las investigaciones en materia de gobernanza y legislación de la Unión Europea sin la existencia de un método propiamente "europeo". A esto añaden que los métodos que se utilizan actualmente fueron creados previos al nacimiento de la UE, con lo que cabe preguntarse si pueden lograr la aproximación flexible y pluralista que requiere esta disciplina y si no será una combinación de métodos "internos" de la materia como del método puramente dogmático, en combinación secundaria con métodos "externos" los que logren dicho objetivo.[1] En el mismo sentido, VAN GESTEL y MICKLITZ afirman que es precisamente la combinación de métodos y fuentes los que ayudarán a entender la complejidad de este ordenamiento. A mayor abundamiento, señalan que siguiendo la aproximación de "derecho en contexto", métodos y fuentes propios de otras disciplinas pueden combinarse con métodos doctrinales.[2]

Teniendo en cuenta esta visión, se ha hecho uso de diferentes métodos científicos (así como de fuentes) en el presente estudio; a saber los métodos dogmático, histórico, descriptivo, analítico, deductivo, exploratorio, comparativo y propositivo.

[1] NEERGAARD, U.B., NIELSEN, R., ROSEBERRY, L.M., "Introduction" en *European Legal Method- Paradoxes and Revitalisation*, Copenhaguen: DJOF publishing, 2011, p. 8.
[2] VAN GESTEL, R., MICKLITZ H.W., "Revitalising Doctrinal Legal Research in Europe: What about methodology?" en *European Legal Method- Paradoxes and Revitalisation*, Copenhaguen: DJOF publishing, 2011, pp. 25-74.

En primer lugar, se ha empleado el método jurídico-dogmático mediante el cual se ha tratado de establecer el marco teórico del objeto de estudio; analizando las nociones jurídicas de igualdad y no discriminación; para, a continuación, examinar detenidamente el significado de los tipos y excepciones de discriminación, prestando especial atención a la discriminación múltiple. De esta forma, se analizan y aclaran conceptos subyacentes a lo largo de toda la memoria.

En segundo lugar, se ha aplicado el método jurídico-histórico para examinar las fuentes en las que el derecho antidiscriminatorio europeo se ha inspirado y cuyo contenido y desarrollo ha tenido una influencia directa en el objeto de estudio. De la misma forma, se ha pretendido mostrar la evolución legal de las instituciones jurídicas analizadas. Estas referencias históricas han servido de ayuda para contextualizar el alcance actual y analizar las pautas y patrones que la Unión sigue a la hora de legislar en materia antidiscriminatoria.

En tercer lugar, se ha recurrido al método descriptivo-analítico para estudiar el cuerpo de la legislación antidiscriminatoria actual, resaltando la evolución jurisprudencial de los conceptos más importantes, los campos materiales cubiertos y los casos más representativos.

En cuarto lugar, se ha utilizado el método jurídico-deductivo de forma horizontal, explorando la posibilidad de que la discriminación múltiple en todas sus facetas esté *de facto* cubierto por el derecho de la UE.

Se ha considerado, asimismo el método exploratorio en quinto lugar, de forma que se han planteado preguntas o abierto debates para que puedan ser abordadas con mayor profundidad en futuros trabajos de investigación.

En sexto lugar, se ha utilizado el método comparativo de forma auxiliar en aras a presentar y estudiar la posible aplicación de diferentes soluciones jurídicas propuestas en relación a la discriminación múltiple en otros ordenamientos jurídicos.

En séptimo y último lugar, se ha empleado un método jurídico-propositivo para sugerir que la discriminación interseccional solo podrá ser efectivamente abordada si se propone una directiva inclusiva que cumpla con determinadas características.

Con todo, conviene destacar que se ha llevado a cabo una labor formativa complementaria en el proceso de elaboración de la Tesis; así como trabajo empírico en diferentes instituciones.

En este sentido, se ha asistido a distintos seminarios y jornadas vinculadas con el tema de investigación, como el workshop "EU non-discrimination law and policy – a future mandate?" organizado por el *Centre for European Law and Legal Studies* el 5 de diciembre de 2012 en la Universidad de Leeds; el seminario legal de la *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination* de 2015 que trataba sobre "Intersectionality, the Istanbul Convention, facilitation of work-life balance, reasonable accommodation law"; así como el de 2016 que trataba de "The meaning of racial and ethnic origin, Employment Equality Directive and people with psychosocial disabilities, Migration and discrimination, Pay transparency, Equal pay".

De igual forma, se han cursado seminarios dirigidos a la comunidad académica relacionados con la materia de estudio, muy especialmente en la *Academia Europea de Derecho* (ERA), a saber, "Current reflections on EU Anti-discrimination Law" tanto en octubre de 2014 como en junio de 2015, y "Current reflections of EU gender equality law" en junio de 2014.

Asimismo, se ha participado en dos Congresos con intervenciones relacionadas con el tema de la Tesis. En primer lugar, se realizó la presentación "New tendencies regarding same-sex marriage in the Member States of the European Union- A brief inside and outside perspective" en la conferencia *Challenges of the Knowledge Society* en mayo de 2013. En segundo lugar, se participó en la *Postgraduate Conference on Law* de la University of Copenhagen, celebrada el 29 y 30 de enero de 2015 con la presentación titulada "Equality and non-discrimination in the European Union- The horizontal directive- a lost opportunity?". De la misma forma se han publicado varios artículos, incluyendo "Discriminación racial y de origen étnico en la Europa de los Derechos", o "New tendencies regarding same sex marriage in the EU, an inside and outside perspective". Además de esto, se ha colaborado en un capítulo de un libro titulado "The Transcendental construction of the European Union: The challenges of the EU Social Model during and after the crisis" en la obra coordinada por Beatriz Pérez de las Heras *Democratic legitimacy in the European Union and global governance-Building a European Demos.*

Cabe destacar, que entre los meses de septiembre y diciembre de 2012 se realizó una estancia investigadora en la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), colaborando con los expertos legales que conforman el departamento *Equality and Citizens' Rights*, participando activamente en proyectos relacionados con igualdad y no-discriminación. Asimismo, la doctoranda ha trabajado como *Legal Policy Analyst* en antidiscriminación para el Migration Policy Group (MPG) de Bruselas. En este *think-and-do tank*, ha colaborado en numerosos estudios relacionados con la *European Network of legal experts in gender equality and non-discrimination,* y ha participado en proyectos competitivos sobre datos de igualdad o la inclusión de cláusulas de no-discriminación y diversidad en la contratación pública. Actualmente trabaja como experta independiente en igualdad, diversidad y no-discriminación para el Migration Policy Group.

Es importante señalar que el objeto de estudio, enmarcado expresamente en el contexto del Derecho comunitario hace sin duda que los resultados de la presente investigación estén encuadrados en este sistema, con las limitaciones que ello implica. No obstante, podrán extrapolarse ciertos principios a otros sistemas jurídicos, pero difícilmente las conclusiones de aquí extraídas serán aplicables de forma universal. Como todo trabajo estrechamente ligado a las personas y la sociedad, no es este un estudio que pretenda, ni pueda, ser absoluto e inmutable. De la misma forma, los resultados aquí deducidos, y las propuestas realizadas responden al prisma jurídico anti-discriminatorio desde el que se han realizado. Se han tomado en cuenta inevitablemente, pero de forma complementaria, corrientes doctrinales provenientes de la sociología jurídica, el feminismo y el feminismo negro.

FUENTES

Se han utilizado fuentes de diversa índole como base para el presente estudio, siendo éstas principalmente fuentes bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales.

En primer lugar, se ha tenido como base una amplia bibliografía de carácter internacional y de actualidad. Concretamente, se han consultado manuales, obras monográficas, capítulos de libros, artículos de revistas especializadas, informes y trabajos de organizaciones internacionales y regionales, *think-tanks*, instituciones gubernamentales, así como de asociaciones representantes de la sociedad civil. El

estudio de estos materiales de origen jurídico, ha sido complementado necesariamente, aunque en un segundo plano, con fuentes de sociología jurídica, feminismo y feminismo negro. Se ha considerado que dado que la interseccionalidad ha sido principalmente desarrollada por la corriente feminista negra, y adoptada posteriormente por otras disciplinas, era necesario tener en cuenta su perspectiva y avances, aunque sin perder el enfoque jurídico del que se reviste esta tesis. Es por esto, dada la naturaleza del objeto de estudio, que no se han abarcado en su totalidad y detalle todas las contribuciones de cada una de las disciplinas.

En segundo lugar, se han tenido como referencia instrumentos normativos internacionales, europeos y de los diferentes Estados miembros de la UE; así como ejemplos de Canadá, EEUU y Sudáfrica, ya que son países con experiencia dilatada a la hora de hacer frente a la discriminación múltiple.

En tercer lugar, se ha llevado a cabo un análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en relación al objeto de estudio. En este sentido, la mayor fuente jurisprudencial ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, se han tenido en cuenta algunos pronunciamientos de cuerpos de NNUU, así como casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Finalmente, se ha hecho referencia a sentencias nacionales, tanto de Estados miembros de la UE como de Estado Unidos, Canadá o Sudáfrica.

ESTRUCTURA INTERNA DE LA TESIS

Atendiendo al objetivo de la investigación, el presente estudio se estructura en cuatro capítulos principales, que desembocan en un capítulo de conclusiones y finalmente un apartado bibliográfico, así como anexos legislativos y jurisprudenciales.

El Capítulo Primero, titulado «Aproximación conceptual a las nociones de igualdad y discriminación», tiene como finalidad dibujar el marco conceptual y delimitar el significado de los conceptos clave que se utilizarán horizontalmente en la tesis. En primer lugar, se definirán los conceptos de igualdad y no discriminación en sus diferentes acepciones y su implicación en derecho para poder hablar de legislación antidiscriminatoria. En este sentido se analizan la igualdad formal, igualdad sustantiva e igualdad de oportunidades para poner de relieve la relación que estas acepciones tienen con los objetivos de la normativa antidiscriminatoria. De la misma forma, se aclarará la

relación entre los conceptos de igualdad y no-discriminación. Asimismo, se delimita conceptualmente la tipología del hecho discriminatorio, se explora el significado de discriminación múltiple y se aclaran los subtipos y la complejidad específica de cada uno de ellos. Igualmente, se aclara que no todo hecho discriminatorio es ilegal, de forma que se ahonda en los conceptos de acción positiva y las causas de justificación.

El Capítulo Segundo, bajo el título «La paulatina progresión normativa de la no-discriminación: El caso Europeo», parte de la base conceptual delimitada en el capítulo primero, y se centra en el estudio de las fuentes de inspiración y la evolución normativa del derecho antidiscriminatorio en la UE. Así, el propósito del Capítulo Segundo consiste en precisar cómo se ha entendido la no-discriminación desde otras instancias legales y cómo ha influido esto en la construcción del cuerpo de legislación antidiscriminatoria de la Unión. A tal fin, se realiza un análisis exhaustivo de Convenciones Internacionales que han sido señaladas por UE como fuentes de inspiración para la UE. En este sentido se someten a estudio los pactos y convenciones de Naciones Unidas, Convenciones de la OIT o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La segunda mitad del capítulo se centra en analizar de forma cronológica la lenta evolución de la base legislativa contenida en los tratados de la UE y la legislación secundaria a la que ésta ha dado origen.

El Capítulo Tercero, cuyo título es «El cuerpo de legislación anti-discriminatoria actual de la UE: desarrollo y alcance», constituye una aproximación a la realidad de la legislación antidiscriminatoria actual de la Unión Europea. En este sentido, se analizan el marco legislativo, campos materiales y alcance jurisprudencial del derecho de no discriminación en base a las Directivas que conforman el *corpus*. De esta forma, se comienza por la Directiva de igualdad racial, siendo la que ofrece protección más amplia. Aunque trata únicamente el campo de la discriminación por razón de "raza" u origen étnico es la que mayor alcance tiene, y por ello se analizan tanto el campo protegido como los ámbitos de aplicación uno a uno, ya que la interpretación que se da a cada uno de ellos es extrapolable al resto de Directivas que conforman el *corpus*. Por esta razón, se procede con el análisis de la Directiva de igualdad en el empleo que cubre los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual; centrando la atención principalmente en los campos que protege, al igual que se realiza posteriormente en relación a las Directivas de género. El enfoque de este análisis es

ofrecer una visión general del derecho antidiscriminatorio europeo, sin pretender ser un estudio pormenorizado de cada una de las Directivas. Finalmente, se afronta el reto de determinar si la discriminación múltiple puede considerarse implícitamente cubierta por el derecho antidiscriminatorio de la UE, mediante el análisis del único caso en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha debido de enfrentarse a una pregunta prejudicial en la que se abordaba dicha cuestión. En este sentido se analizan tanto las conclusiones de la Abogada General Kokott, así como la sentencia del TJUE, siendo éstas diametralmente distintas.

El Capítulo Cuarto, con el título «Superando las limitaciones del Derecho europeo en relación a la discriminación múltiple e interseccional», constituye el colofón del estudio realizado en los capítulos precedentes. Al concluir que la discriminación interseccional no puede entenderse cubierta por el derecho antidiscriminatorio de la UE, el capítulo trata de explorar la solución que debe darse a esta problemática. En este sentido, en primer lugar se determina a qué nivel se debe legislar (mediante la acción individual de los Estados miembros o, empero, mediante la acción legislativa de la Unión), para proseguir definiendo dicho instrumento legislativo, mediante un análisis crítico sobre los aspectos que éste debería cubrir. El capítulo finaliza con una propuesta integral e integradora al respecto.

A partir del estudio realizado en los cuatro capítulos, en el apartado de conclusiones se exponen los principales resultados de la investigación, fruto de los objetivos específicos formulados en esta sección, a través de los cuales se confirma la hipótesis central de la Tesis.

INTRODUCTION

Discriminatory treatment has served as a means to the most atrocious actions throughout history. It has been used by humankind as a weapon of war, genocide, exclusion, marginalization, torture or murder. It is a social contingency of particular relevance rooted in its nature and the consequences it brings for both countries and citizens alike, despite of which, at times, seems to be pictured as an example from the past. Nothing could be further from the truth, given that discrimination is still prevalent today, adopting new, often subtle forms, and provoking divisions between individuals, societies and nations.

Discrimination is not only unfair but also entails a loss of human potential for the whole society. The consequences of discrimination and its effects are not unknown to anyone: difficulty in accessing services and employment, segregation, marginalization or endemic poverty; all of which lead to the same end result, namely, that certain groups live "on the side-lines" of society. Opposition and rejection of that which is perceived as "different" has always surrounded us, weaving a network of the most deeply rooted prejudices that is too often cluttered under the guise of normality.

In this context the European Union as an international actor has enacted different regulations to combat discrimination. From the Treaty of Rome to the Treaty of Lisbon, the powers of the EU have gradually been extended to permit the fight against this scourge. This has led to the birth of the body of European anti-discrimination legislation, which consists of different Directives that protect from discrimination based on race or ethnic origin, sex, age, disability, sexual orientation and religion or belief.

Different and harmful treatment (discrimination) is prohibited in relation to one of these protected characteristics (specified in each piece of legislation). However, there are more severe and complex situations in which discrimination can occur in relation to more than one protected characteristic. This phenomenon is called multiple discrimination.

The body of EU antidiscrimination legislation mentioned above does not contain explicit rules on how to deal with such cases, despite the fact that the European

institutions have acknowledged its existence and expressed their concern about the phenomenon. Many theories have been presented in academia in this respect, both affirming that multiple discrimination can be understood to be covered by EU law implicitly, as well as stating that a subtype of multiple discrimination (intersectional discrimination) might in fact not be covered.

The aim of this thesis is to analyse the concepts; examine the evolution of the legislation; study the scope of the current protection; and ultimately, to clarify whether multiple discrimination can be considered to be covered by the European Union's antidiscrimination law. The answer to this question also involves an in-depth analysis of the specifications of the most problematic typology (namely, intersectional discrimination) as well as analysing whether the legislation enacted by the EU member states in this respect is sufficient, or on the contrary, whether the EU needs to take legislative action in this regard. In this sense, a proposal will be drafted; aiming at giving some insight as to what contents that legislative action would need to cover in order to finally achieve a truly inclusive Europe.

The attention received in recent years by the academic community, institutions or think tanks that specialize in the subject reveal growing concern about the magnitude and severity of the fact that victims of multiple and intersectional discrimination may fall outside the scope of the protection of the law, resulting in their invisibility and systematic social exclusion. The study of the way multiple and especially intersectional discrimination may fit within the complex gear of the European Union, remains a rarely explored topic; and in the few cases in which it has been analysed, it has been done from a highly theoretical prism. That is why multiple discrimination and the response that the law must give to it, has become a complex socio-juridical challenge that requires coherent, effective and adapted responses. One of the main problems in this sense would be how to conjugate the recognition of these phenomena without dynamiting the foundations on which antidiscrimination law has been constructed.

Based on these premises, the question this thesis tries to ultimately answer is whether the current EU anti-discrimination legislation can effectively cover cases of multiple discrimination, and if not, to make a proposal for these cases to be effectively covered in order to achieve a truly inclusive European Union.

MAIN HYPOTHESIS

In order to answer the research question, this dissertation is based on the main hypothesis that currently EU anti-discrimination law would not cover multiple discrimination understood as intersectional discrimination, therefore requiring a legislative proposal of the European Union.

SPECIFIC OBJECTIVES

Precisely to demonstrate the veracity of such hypothesis the following specific objectives have been set, which will ultimately help to answer the research question that led to the writing of this thesis.

- Establish a theoretical framework by ways of analysing the general equality goals of anti-discrimination legislation, as well as the concept of multiple discrimination and its subtypes.
- Analyse the international sources of inspiration for the EU to enact antidiscrimination laws, and reveal patterns followed. Examine whether these sources consider multiple discrimination in any way.
- Study the evolution of the notion of discrimination in EU law, highlighting motivations and decision-making processes in the regulation procedure.
- Examine and evaluate the *status quo* of the current antidiscrimination legislation in the EU. Study the legislative and jurisprudential developments and point out differences between fields that may complicate or discard that multiple discrimination could be covered by current EU antidiscrimination legislation.
- Determine whether the Court of Justice of the European Union has faced any prejudicial questions that would compel it to make a stand regarding multiple discrimination and EU law.
- Identify which would be the most effective way to include intersectional discrimination in law. In this regard, analyse whether individual action at the Member States' level should be encouraged, or if instead, EU legislation should be enacted. Consider whether it is possible to include these measures in any of the pending legislative proposals.

- Propose, by ways of studying the challenges and opportunities that intersectional discrimination presents, a legal instrument that can effectively incorporate its prohibition as well as covering other relevant related issues.

METHOD

The choice and use of a specific scientific method delimits and inevitably conditions both the development and results to be achieved in a project as complex as the one in hand. In this sense, NEERGARD, NIELSEN and ROSEBERRY highlight the particular complexity of European Union governance and legislation research based on the absence of a proper "European method". Given that the basic thoughts underlying the currents of thought in law, date prior to the birth of the EU, they wonder whether it is in fact possible to achieve the flexible and pluralistic approach required by this discipline using typical juridical methods, or whether a combination of "internal" and "external" methods may be necessary to achieve that goal.[3] In this sense, VAN GESTEL and MICKLITZ affirm that it is precisely a combination of methods that can help to understand the complexity of this discipline. Further, they point out that by following the "law in context" approach, methods and sources unique to other disciplines can be combined with doctrinal methods.[4]

Taking this standing point into account, different scientific methods (as well as sources) have been used in the present study; namely the dogmatic, historical, descriptive, analytical, deductive, exploratory, comparative and propositional methods.

First, the juridical-dogmatic method has been used, in order to set the theoretical framework of the subject matter, analyse the legal notions of equality and non-discrimination, and carefully examine the types and exceptions of discrimination, paying particular attention to multiple discrimination. Through this approach, concepts that would be used throughout the dissertation have been analysed and clarified.

Second, the legal-historical method has been applied to examine the sources that have both inspired, and are inspired by, EU anti-discrimination law. These sources have

[3] NEERGAARD, U.B., NIELSEN, R., ROSEBERRY, L.M., "Introduction" in *European Legal Method- Paradoxes and Revitalisation*, Copenhaguen: DJOF publishing, 2011, p. 8.
[4] VAN GESTEL , R., MICKLITZ H.W., "Revitalising Doctrinal Legal Research in Europe: What about methodology?" in *European Legal Method- Paradoxes and Revitalisation*, Copenhaguen: DJOF publishing, 2011, pp. 25-74.

had direct influence regarding the content and development of the subject matter. In the same way, they have been used to show the evolution of the legal proceedings that are analysed. These historical references have helped to contextualize the current scope of protection and to analyse the patterns that the EU follows while legislating in anti-discrimination matters.

Third, the descriptive-analytical method has been used to study the body of the current EU anti-discrimination legislation. In this sense, the jurisprudential evolution of the most important concepts, the material fields covered and the most representative cases have been highlighted.

Fourth, the deductive method has been horizontally used, exploring whether multiple discrimination in all its dimensions could be *de facto* covered by EU law.

Fifth, the exploratory method has been taken into account by ways of presenting or leaving some questions unanswered in order to both open the debate and raise issues that could be addressed in greater depth through future research.

In sixth place, the comparative method has been used in an auxiliary manner to present and study the possibility of applying the legal solutions proposed regarding multiple discrimination in other legal systems.

Finally, a legal-propositional method has been used to point out that intersectional discrimination can only be effectively addressed if a comprehensive and inclusive Directive that fulfils certain characteristics is enacted.

It should also be noted that supplementary formation has been conducted throughout the process of elaboration of this thesis, as well as empirical work carrying out in different organisations.

In this sense a number of seminars and conferences related to the research topic have been attended, such as the workshop "EU non-discrimination law and policy - a future mandate?" organized by the *Centre for European Law and Legal Studies* on 5 December 2012 at the University of Leeds; or the *Legal Seminar of the European network of legal experts in gender equality and non-discrimination* of 2015 which dealt with "Intersectionality, the Istanbul Convention, Facilitation of work-life balance, Reasonable accommodation law", as well as that of 2016 dealing with "The meaning of

racial and ethnic origin, Employment Equality Directive and people with psychosocial disabilities, Migration and discrimination, Pay transparency, Equal pay".

Similarly, several seminars directed at academics related to the subject matter, most notably in the *European Law Academy* (ERA), namely, "Current Reflections on EU Anti-discrimination Law" both in October 2014 and in June 2015, and "Current reflections of EU gender equality law" in June 2014.

During this period, two contributions have been presented in expert international Conferences. First, "New tendencies regarding same-sex marriage in the Member States of the European Union- A brief inside and outside perspective" was presented in the conference *Challenges of the Knowledge Society* in May 2013. Participation was also granted in the *Postgraduate Conference on Law* at the *University of Copenhagen*, held on 29 and 30 January 2015 with the presentation titled "Equality and non-discrimination in the European Union - The horizontal directive - a lost opportunity?". In the same way, a number of articles have been published, including "Discriminación Racial y de origen étnico en la Europa de los Derechos", or "New trends in the same sex marriage in the EU, an inside and outside perspective". In addition to this, a chapter titled "The Transcendental Construction of the Social Dimension of the European Union: The Challenges of the EU Social Model During and After the Crisis" was co-authored in a book edited by Beatriz Pérez de las Heras titled *Democratic legitimacy in The European Union and global governance - Building a European Demos*.

It is worth noting that the PhD candidate also carried out a study visit at the Fundamental Rights Agency of the European Union (FRA) from September to December 2012. Here, she worked within the *Equality and Citizens' Rights* department, actively participating in projects related to equality and non-discrimination. She has also worked as a Legal Policy Analyst in Antidiscrimination for the Migration Policy Group (MPG) in Brussels from July 2015 to May 2016. In this think-and-do tank, she worked as a researcher in numerous projects concerning the daily work of the *European network of legal experts on gender equality and non-discrimination*, and has participated in projects on equality data or the inclusion of non-discrimination and diversity clauses in public procurement. Currently, she works as an independent expert in equality, diversity and non-discrimination for the Migration Policy Group.

It is relevant to stress that the subject matter is expressly framed in the context of Community law, which entails that the results of this research are framed in this specific legal system, implying in turn several limitations. Even if certain principles may be extrapolated to similar legal systems, the conclusions drawn here will hardly be universally applicable. Such as any research closely linked to people and society, this is not a study that intends to, nor can be, absolute and immutable. In the same way, the results inferred and the proposals that are made, respond to the legal antidiscrimination perspective from which they have been made. Doctrinal trends and schools of thought such as juridical sociology, feminism and black feminism have inevitably been taken into account in a complementary way.

SOURCES

Sources of various kinds have been used as a basis for the present study, mainly bibliographic, legislative and jurisprudential sources.

Firstly, an extensive international and updated bibliography has been taken as a basis. In this respect, manuals, monographs, book chapters, articles of specialized journals, reports and papers of international and regional organizations, think tanks, government institutions, as well as civil society associations have been consulted. The study of these materials of legal origin has necessarily been supplemented, albeit in the background, with sources of juridical sociology, feminism and black feminism. Since intersectionality has mainly been developed by black feminism and only later adopted by other disciplines, it has been considered necessary to take into account its perspective and advances; nevertheless without losing the EU legal focus of this thesis. It is for this reason, given the nature of the object of study, that all the contributions of each of the disciplines have not been fully and completely covered.

Secondly, reference has been made to international, European Union and EU Member States' regulations. In addition, pieces of legislation from Canada, the USA and South Africa have been explored, given that these countries have a developed tradition dealing with multiple discrimination.

Thirdly, an analysis of the most relevant judicial decisions has been carried out. In this sense, the main jurisprudential source remains nonetheless the Court of Justice of the European Union. Nonetheless, a few pronouncements from UN bodies together with

a few European Court of Human Rights (ECtHR) cases have been examined., Finally, reference has been made to judgments from EU Member States' national courts, the United States, Canada and South Africa.

INTERNAL STRUCTURE OF THE THESIS

In accordance with the research aim, this thesis is structured in four main chapters followed by a chapter of conclusions and a bibliographical section, as well as legislative and jurisprudential annexes.

The first chapter, titled «Conceptual approach to the notions of equality and discrimination», aims to draw the conceptual framework and delimit the meaning of the key concepts that will be used horizontally in the thesis. In the first place, the concepts of equality and non-discrimination are delimited and their repercussions in law are defined. In this sense, formal equality, substantive equality and equal opportunities are analysed to highlight the relation that these notions have with the objectives of antidiscrimination law. In the same way, the relationship between the concepts of equality and non-discrimination is discussed. Likewise, the types of discrimination are conceptually delimited and the concept of multiple discrimination is analysed, as well as its subtypes and the specific complexity of each one of them. Equally, it is clarified that not any differentiation necessarily constitutes a discriminatory act; thus introducing the concepts of the positive action and possible causes of justification.

The second chapter, namely «The gradual regulatory progression of non-discrimination: the European case», relies on the conceptual basis defined in the first chapter and focuses on the study of the sources and normative evolution of anti-discrimination law in the EU. Thus, the purpose of chapter two is to clarify how non-discrimination has been understood from other legal instances and how this has influenced the evolution of EU antidiscrimination law. To this end, a comprehensive analysis of international conventions that have been identified as sources of inspiration by the EU is carried out. In this sense, United Nations conventions, ILO conventions or Council of Europe's conventions are examined. The second half of the chapter focuses on analysing chronologically the slow evolution of the legislative base contained in the EU treaties as well as the secondary legislation that was enacted on that basis.

Chapter Three, titled «The current body of antidiscrimination legislation: development and scope», constitutes an approximation to the current antidiscrimination legislation of the European Union. Accordingly, the Directives that form the *corpus* are examined, regarding their legal framework, meaning of the protected grounds, material scopes and jurisprudential evolution. In order to do that, the Racial Equality Directive (RED) is analysed in the first place, given that it is the Directive that offers the broadest scope of protection. In this section, apart from the specificities related to the grounds of the RED, the material scopes will be examined, since the interpretation of these is common to all antidiscrimination directives. For that reason, the section regarding the Framework Directive focuses only on the advances in each of the grounds of discrimination that protects, similarly to the section covering the Gender Directives. The focus of this analysis is to provide an overview of European antidiscrimination law, without pretending to be a detailed study of each of the Directives. Finally, the question of whether multiple discrimination can implicitly be understood to be covered by EU antidiscrimination law is addressed by ways of analysing the only case in which the Court of Justice of the European Union had to deal with a direct question on multiple discrimination. In this sense, Advocate General Kokott's conclusions and the judgement of the European Court of Justice are examined, given that they are diametrically opposite.

Chapter Four, titled «Overcoming the limitations of European law regarding multiple and intersectional discrimination» constitutes the culmination of the study carried out in the preceding chapters. Concluding that intersectional discrimination cannot be understood to be covered by EU antidiscrimination law, the chapter explores the most efficient and complete solution to solve this problem. With this objective in mind, first of all it is determined who should legislate in order to be efficient (either the Member States or the EU), followed by a critical analysis of the contents that such a legislative instrument should cover. The chapter ends with a comprehensive and inclusive proposal in this regard.

Following the research carried out throughout the four chapters, the central hypothesis of the thesis is confirmed and the specific objectives of the thesis are achieved in the conclusions section.

CAPITULO I

APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS NOCIONES DE IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El derecho Europeo ha establecido tradicionalmente como principio de igualdad la vieja máxima Aristoteliana de tratar a los iguales de igual forma y a los diferentes de forma distinta.[5] Aristóteles establecía que en una democracia no hay que olvidar las realidades cuyos supuestos difieren, en los que se tratará al ciudadano de forma diferenciada, siendo el ciudadano forzosamente distinto en cada régimen.[6]

Situándonos en una abstracción teórica, el deseo de igualdad es una máxima de las sociedades democráticas, cristalizándose en la no-discriminación, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades. TUSSMAN y TEMBROEK señalan que la demanda de una igual protección no puede ser aquella que pida que las leyes se apliquen de forma universal a todos, por lo que los legisladores deberán establecer cargas o beneficios especiales a grupos específicos.[7]

De hecho, una igualdad total, completa, no dejaría lugar a las necesidades, características personales y las opciones particulares de cada uno. La inherente tensión entre la necesidad de igualdad y el deseo de la individualidad se ha denominado la

---

[5] McCRUDDEN, C., PRECHAL, S., *The concepts of Equality and Non-discrimination in Europe: A practical approach*, Brussels: European Commission, 2009, pp.12.

[6] ARISTOTELES, *Política, Libro III, Ética Nicoméa, Política, Retórica y Poética*, Madrid: Gredos, 2011, p. 327. Cita literal: *"*No debemos olvidar que las realidades cuyos supuestos difieren específicamente- y uno de ellos es primero, otro segundo, y otro el siguiente- o no tienen absolutamente nada en común en cuanto tales, o escasamente. Y vemos que los regímenes políticos difieren unos de otros específicamente, y que unos son posteriores y otros anteriores. Los defectuosos y degenerados serán forzosamente posteriores a los perfectos. (En qué sentido decimos degenerados, quedará claro más adelante). De modo que también el ciudadano será forzosamente distinto en cada régimen*."*

[7] TUSSMAN, J., TENBROEK, J., "The Equal Protection of the Laws", *California Law Review,* nº 3, vol. 37, 1949, p. 344. "It is clear that the demand for equal protection cannot be a demand that laws apply universally to all persons. The legislature, if it is to act at all, must impose special burdens upon or grant special benefits to special groups or classes of individuals."

"paradoja de la igualdad"[8] o el "dilema de la diferencia".[9] En palabras de GERARDS, la paradoja de la igualdad es un eje de la comprensión legal del precepto: una de las muchas tareas de los legisladores y tribunales es encontrar soluciones practicables a ésta en cada situación.[10]

En este capítulo realizaremos una aproximación conceptual sobre la igualdad y la discriminación, tratando de reflejar la multitud de sub-conceptos que abarcan e identificar así los fenómenos a los que haremos referencia en los capítulos que siguen. Comenzaremos delimitando las acepciones de "igualdad" explorando para ello la igualdad formal, la igualdad sustantiva y la igualdad de oportunidades; así como el nexo entre la igualdad y la no discriminación.

Nos centraremos después en el objeto de estudio, analizando y describiendo el concepto de discriminación y delimitando los tipos aceptados en la doctrina general y de vigencia en la legislación antidiscriminatoria.

Se referenciará la construcción de la legislación antidiscriminatoria mediante grupos poseedores de características definidas y concretaremos el concepto y subtipos de discriminación múltiple para posibilitar el análisis de la evolución de la legislación discriminatoria europea en los capítulos posteriores y la posibilidad de que ésta cubra o no los casos de discriminación múltiple, específicamente los casos de discriminación interseccional. Para ello, ofreceremos ejemplos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos.

Por último explicaremos las excepciones a lo definido como discriminación pero admitido en derecho, como son la llamada acción positiva y las causas de justificación o excepciones.

---

[8] *Ibid*, p. 344. "Here, then, is a paradox: The equal protection of the laws is a "pledge of the protection of equal laws." But laws may classify. And "the very idea of classification is that of inequality."

[9] MINOW, M., *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, London: Cornell University Press, 1990, p. 20.

[10] GERARDS, J., "Equality as Legal Argument" en PECZENIK, A., and others (eds.), *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2005. http://www.transnationalbusinesslaw.com/equality-as-legal-argument.html (último acceso 20/03/2016)
"The equality paradox is central to the legal understanding of the principle: one of the main tasks of legislators and courts is to find practicable solutions for this paradox in concrete situations."

2. LAS ACEPCIONES DE IGUALDAD

El término "igualdad" puede contener variedad de acepciones que a su vez son relevantes en relación a, e ilustran el objetivo de, la legislación antidiscriminatoria. En el presente apartado se analizarán los diferentes significados que el término "igualdad" posee en relación a la legislación antidiscriminatoria.

En este sentido, los primeros apartados desgranarán someramente el significado del concepto de "igualdad formal", el de "igualdad sustantiva" e "igualdad de oportunidades". Por último el cuarto apartado analizará la interrelación de los conceptos de igualdad y no-discriminación.

A. Igualdad formal

La igualdad formal exige que en los textos legales, ante los tribunales o la administración pública y en la aplicación de la ley; se establezca y mantenga la igualdad de todas las personas. Se manifiesta de diferentes formas ya sea como igualdad en la ley, ante la ley, en el ejercicio de la ley o en el contenido de la ley. Es un "requisito" formal de todas las democracias y aparece en alguna de sus manifestaciones en la carta magna de prácticamente todos los países que poseen una, el Derecho de la UE y los tratados internacionales. La igualdad formal implica por tanto una obligación negativa para el Estado. Es decir, que en caso de que no existan diferencias que justifiquen lo contrario, el estado ha de abstenerse de tratar de forma diferenciada a sus ciudadanos.[11]

Al reconocer la igualdad ante la ley como principio garantizado en la constitución, se requiere, que cuando los ciudadanos se encuentren ante las autoridades u órganos judiciales se les considere iguales; es decir, que las normas se apliquen a todos los casos que cumplan los requisitos establecidos por esa misma norma. Por lo tanto, el requerimiento se corresponde con la correcta aplicación de la norma en sí.[12] Se trata de una postura derivada del Derecho Natural, estableciendo que los contenidos de la ley se aplicarán a todas las personas, lo que a su vez implica que se "… incorpora a la justicia conmutativa aristotélica y presupone la equiparación jurídica de todas las

[11] CONSEJO DE EUROPA, Explanatory report to the Protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms, Roma, 4 November 2000, apartados 24, p. 5.
[12] OPPENHEIM, F., "Egalitarianism as a descriptive concept" en POJMAN, L.P., WESTMORELAND, R. (eds.), *Equality: Selected Readings*, Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 55-65.

personas entre sí".[13] OPPENHEIM señala que reconocer la igualdad ante la ley no requiere que esa ley sea justa o igualitaria, sino que se aplique imparcialmente.[14] En esa misma línea, FREDMAN presenta la igualdad ante la ley como el paso básico, aunque insuficiente, de las democracias modernas.[15]

La *igualdad en la ley* es un requisito democrático que obliga al legislador a que atendiendo a esta máxima no realice distinciones en la ley y que de esta forma no dé lugar a la existencia de ningún tipo de privilegio. Por ello, este principio es imprescindible en las sociedades democráticas, que hace incompatibles con la propia esencia de la misma, cualquier tipo de sistema de dominación como puede ser la servidumbre o la esclavitud.

A continuación se ofrecen ejemplos de igualdad formal en textos legales de constituciones de Estados miembros de la UE:

> Constitución española de 1978 (Artículo 14): Los españoles *son iguales ante la ley,* (…) sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.[16]
>
> Constitución de la República Italiana (artículo 3): *Todos los ciudadanos* poseen una igual dignidad social y *son iguales ante la ley*, sin distinción de sexo, raza, idioma, religión, opinión política o personal y condición social.
> Es responsabilidad de la república eliminar los obstáculos de naturaleza económica o social que restringen la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidiendo así el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.[17]

[13] MARÍN CASTÁN, M.L., "La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 ¿Nuevo Derecho Natural de la Humanidad?" en BALADO, M., GARCIA REGUIRO, J.A. (eds.), *La Declaración de los Derechos Humanos en su 50 Aniversario*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 143-157. Tal y como se cita en ROMÁN DIAZ, M., "La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y sus conceptos de libertad e igualdad: una aproximación axiológica desde el prisma Bobbiano", *Ciencias Económicas*, nº 2, vol. 29, 2011, p. 22.
[14] OPPENHEIM, F., "Egalitarianism …", *op. cit.*, p. 56.
[15] FREDMAN, S., *Discrimination Law*, New York: Oxford University Press, 2ª Edición, 2011, p. 153.
[16] ESPAÑA, *Constitución Española de 1978*, publicada en el Boletín Oficial del Estado, nº 311 de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424.
[17] Cita original del Artículo 3 de ITALIA, Constitución de la República Italiana *(Costituzione della Repubblica Italiana*), aprobada el 22 de diciembre de 1947, "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

> Constitución de Irlanda de 1937 (artículo 40.1): Todos los ciudadanos deberán, como personas humanas, ser consideradas *iguales ante la ley*. Ello no debe utilizarse de manera de que el estado no pueda en sus promulgaciones tener debida cuenta a las diferencias de capacidad, física y moral y de la función social.[18]

La igualdad formal constituye la base para el concepto de discriminación directa y es visto como garante de la sociedad basada en la meritocracia, ya que establece que no se podrá realizar distinción alguna entre los ciudadanos de un Estado.

B. Igualdad sustantiva

La *igualdad sustantiva* difiere de la igualdad formal, ya que, partiendo desde el reconocimiento de la desigualdad social y económica existente en la sociedad, requiere que se tomen acciones para superarla. Es decir, que al contrario de lo que ocurre con la igualdad formal que para su aplicación requiere una acción negativa del Estado (abstenerse de tratar de forma diferenciada a sus ciudadanos), buscar la igualdad sustantiva exige obligaciones positivas, acciones activas concretas por parte del mismo. Tal y como establece FREDMAN, "La igualdad sustantiva transciende el trato igualitario, reconociendo que tratar a las personas de igual forma a pesar de las desigualdades pre-existentes o discriminaciones puede llevar a simplemente perpetuar la desigualdad".[19] Añade, además, que la igualdad sustantiva se centra no solo en el status de la persona, sino en los grupos en los que esa diferencia se muestra relacionada con la desventaja. Amplía su razonamiento diciendo, que el concepto de igualdad sustantiva debe entenderse como un concepto multidimensional que abarca cuatro objetivos que se solapan: Romper el círculo de desventajas asociadas con el estatus o con los grupos ajenos (dimensión redistributiva); promover el respeto por la igual dignidad y valor de todos, eliminando el estigma, los estereotipos, la humillación y la violencia (la

---

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."

[18] Cita original Artículo 40.1 de IRLANDA, Constitución de la República Irlandesa (*Bunreacht na hÉireann)* aprobada el 14 de junio de 1937:

"1. All citizens shall, as human persons, be held equal before the law.

This shall not be held to mean that the State shall not in its enactments have due regard to differences of capacity, physical and moral, and of social function."

[19] FREDMAN, S., *Human rights transformed Positive Rights and Positive Duties*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 178. Cita original: "Substantive equality transcends equal treatment, recognizing that treating people alike despite pre-existing disadvantage or discrimination can simply perpetuate inequality".

dimensión del reconocimiento); reestructurar, acomodar y afirmar positivamente las diferentes identidades mientras se mantienen los valores de la comunidad (la dimensión transformadora) y por último facilitar la participación plena de todos en la sociedad (la dimensión participativa).[20]

Es decir, que la *igualdad sustantiva* es aquella que busca la igualdad en efecto y que toma por tanto no solo la "cara" de la máxima Aristoteliana de que hay que tratar a los iguales de igual forma; sino también "la cruz", de forma que afirma que hay que tratar a los distintos de distinta forma para lograr una igualdad real. Está en este sentido, estrechamente ligado al concepto de "disparate impact discrimination",[21] que es la que se produce cuando las leyes son justas en forma pero discriminatorias en sus efectos debido al impacto desproporcionado que supone para ciertos grupos o personas. Este tipo de discriminación no suele realizarse de forma consciente sino que surge al ignorar las diferencias entre unas y otras personas (o grupos) y de aplicar una norma de forma uniforme. En numerosas ocasiones este tipo de discriminación surge de la creencia de que si no se legisla teniendo en cuenta a un grupo que debería protegerse especialmente es porque esa diferencia no existe; y, al contrario, en caso de incluir provisiones especificas en la ley se está reconociendo y alimentando un hecho que consideran inexistente. Esto ocurre de forma acusada en el caso de la inexistencia de protocolos (de salud, por ejemplo) específicos para la comunidad LGBT en algunos miembros de la UE.[22]

MCCOLGAN señala que es de hecho la igualdad sustantiva, más que la igualdad formal la que se configura como clave a la hora de combatir la discriminación.[23]

La igualdad sustantiva también se ha relacionado con la dignidad humana, y algunos ejemplos de leyes que han priorizado este principio son la legislación sobre baja de maternidad o paternal. En este sentido, se entiende que la igualdad sustantiva requiere prevenir y compensar por las desventajas que puede acarrear la maternidad o

[20] FREDMAN, S., *Discrimination Law…, op. cit.,* pp. 25-33 y 155-156.

[21] El concepto de "disparate impact discrimination" se ha acuñó especialmente en el Derecho estadounidense y dio origen posteriormente al concepto de discriminación indirecta.

[22] FRA, Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013,
La autora trabajó extensamente en este proyecto durante su estancia investigadora en la Agencia de derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) en otoño de 2013.

[23] McCOLGAN, A., *Discrimination, Equality and the Law*, Oregon: Hart publishing, 2014, p. 23.

paternidad en relación a la carrera profesional de la persona en cuestión. En el mismo sentido en el que relacionábamos la igualdad formal con el concepto de discriminación directa, la igualdad sustantiva puede ser relacionada con la discriminación indirecta, y muy especialmente con la acción positiva.

C. Igualdad de oportunidades

El concepto de igualdad de oportunidades está parcialmente basado en el modelo de justicia retributiva, ya que parte del reconocimiento de las injusticias sociales y de la necesidad de que el "punto de partida" individual de cada uno se iguale mediante ésta.

Coincide esta aproximación en reconocer las limitaciones de la igualdad formal, tal y como hace el modelo de igualdad sustantiva. Sin embargo la igualdad de oportunidades se centra especialmente en el punto de partida en vez de en el resultado. Es decir, la igualdad de oportunidades reconoce que la sociedad es y ha sido injusta en relación a ciertos colectivos y aboga por compensar esas barreras para que todos los ciudadanos puedan acceder a las mismas oportunidades que los grupos más favorecidos. En otras palabras, la igualdad de oportunidad reconoce la naturaleza superficial de la igualdad formal e incluye un elemento substantivo a su planteamiento.[24]

No obstante, existe una corriente académica que cuestiona que igualar el punto de partida mediante la igualdad de oportunidades sirva para garantizar la igualdad plena ya que solo se pueden igualar ciertos aspectos y consecuentemente no puede perfilarse como una herramienta para lograr la igualdad a largo plazo. En este sentido se argumenta que la vida individual y circunstancias de cada uno no pueden obviarse completamente, así como otras variantes como el talento individual. De esta forma, aunque se establezca un mismo punto de partida, raramente la cúspide o la meta será la misma.[25]

La igualdad de oportunidades intenta lograrse mediante una interpretación amplia del Derecho antidiscriminatorio, de forma que se trata de compensar injusticias sociales profundamente arraigadas que imposibilitan a ciertos grupos a acceder a

[24] EQUAL RIGHTS TRUST, *The Ideas of Equality and Non-Discrimination: Formal and Substantive Equality*, 8 de noviembre 2007, p. 4.
[25] A este respecto, por ejemplo, NOZICK, R., "Life is not a race" en POJMAN, L.P., WESTMORELAND, R. (eds.), *Equality- selected readings*, Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 167-170.

oportunidades que para otros son, en cambio, naturales. Esto se realiza mediante la llamada acción positiva que explicaremos más adelante en este mismo capítulo.

Las diferentes acepciones de "igualdad" que hemos explicado en el presente apartado, se ven claramente ilustradas en el siguiente apartado de la recomendación nº25 de la CEDAW, refiriéndose a medidas de acción positiva:[26]

> 8. En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer.

En la recomendación se habla de las diferentes obligaciones del Estado para hacer frente a la discriminación de la mujer, hablando de obligaciones a tres niveles. La primera de ellas se refiere a la igualdad formal, la segunda a la igualdad sustantiva y la tercera a la igualdad de oportunidades, dejando claro que son complementarias y no exclusivas para lograr la igualdad entre (en este caso) hombre y mujer.

D. Igualdad y no-discriminación

Aunque no siempre ha sido así, ya que el derecho de no-discriminación es un derecho moderno, y se considera formulado en la segunda mitad del siglo XX; la doctrina coincide en establecer que "Igualdad y no discriminación son hoy anverso y reverso de un mismo concepto que ampara a todo ser humano".[27] Añade MCCOLGAN que en lo que se refiere al Derecho antidiscriminatorio, el término igualdad se ha ido utilizando de forma más y más frecuente debido principalmente a que se percibe que el

[26] COMITÉ CEDAW, Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004.

[27] MANGAS MARTIN, A., "Articulo 21. No Discriminación" en MANGAS MARTIN, A. (ed.), *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario articulo a artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 397.

termino igualdad posee connotaciones más positivas que el de discriminación.[28]

De hecho, los dos términos están estrechamente ligados como hemos evidenciado en el análisis de las acepciones del concepto de igualdad, relacionándose ambos conceptos de forma continua. El Derecho antidiscriminatorio es además una herramienta imprescindible para lograr el objetivo de igualdad sustantiva. Esta forma de entender la igualdad se centra en las características reales o asumidas de un grupo de personas. En estos casos la diferencia de trato se basará en la posesión (o la presunción de poseer) esas características grupales. Lo importante en este caso es que la decisión de tratar de forma diferente a la persona se ha basado en la razón de su pertenencia a un colectivo. Como se analizará más detenidamente en este capítulo, dicha pertenencia puede ser real o figurada, así como provenir tanto del sector público como del privado. Asimismo, los grupos protegidos serán aquellos que la ley determina que merecen una mayor protección ("raza", edad, sexo, orientación sexual, minusvalía, etc.).

3. DISCRIMINACIÓN[29]

BOURN y WHITMORE establecen que la esencia de la discriminación radica en la imposibilidad de tratar a los seres humanos como individuos, reaccionando a las características asumidas de un grupo específico sin evaluar a los individuos en base a sus propios méritos en lo que a la circunstancia relevante se refiere.[30] Como caso ilustrativo, ofreceremos la imagen de una mujer de origen romaní al que se le niega el acceso a un puesto de trabajo específico debido a la falsa creencia de que no se puede confiar en los pertenecientes a esa etnia. En este caso la posible confianza que se tenga en el sujeto viene determinada por su pertenencia a una minoría étnica, y no por otros factores neutros y relevantes. Es decir, que la confianza que se puede tener en un individuo que va a ser un trabajadora en la empresa sí es relevante, pero no el hecho de

[28] McCOLGAN, A., *Discrimination …*, *op. cit.*, p. 14.

[29] Gran parte de este apartado está basado en el artículo ELIZONDO, J.I., "Discriminación racial y de origen étnico en la Europa de los Derechos", *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2011, pp. 71-116.

[30] BOURN, C.J., WHITMORE, J., *Race and Sex discrimination*, 2ª edición, Londres: Sweet and Maxwell, 1993, p. 45.

que esta se evalúe en base a su pertenencia a la etnia gitana.[31] La persistencia de estereotipos es perjudicial, ya que sirven como aproximaciones condescendientes a determinados grupos.[32] En el mismo sentido, PECES-BARBA afirma que "el principio de no-discriminación (y) afecta a aquellas condiciones de las personas que siendo distintas entre unas y otras no se consideran relevantes y no justifican un trato desigual".[33]

Tomemos el ejemplo del artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH):

> 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
>
> 2. Además, *no se hará distinción alguna* fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Como puede observarse no hay mención expresa a la "discriminación" sino a la "distinción". Éste es por tanto el elemento central de una acción discriminatoria, el trato diferenciado que resulta dañino para alguna de las partes, lo que nos deja a un grupo tratado de forma inferior a otro. Cuando este trato diferenciado se da hacía grupos o personas que contienen una característica común que entra en un ámbito protegido, como la "raza" u el origen étnico, la edad, religión, minusvalía, orientación sexual, sexo, etc. nos encontramos ante una discriminación. De hecho, en la legislación antidiscriminatoria de algunos países de la UE, como por ejemplo los Países Bajos, el concepto utilizado es el de distinción (*onderscheid*) en vez del de discriminación (*discriminatie*), razonado en base a que defienden que la discriminación nunca puede estar justificada, al contrario que un trato diferenciado.[34]

---

[31] FUNDACIÓN SECRETARIADO DEL PUEBLO GITANO, *Discriminación y Comunidad Gitana 2010,* Madrid: SFG, 2010, p. 74.

[32] Sobre estereotipos y su rol vid. TIMMER, A., "Gender stereotyping in the case law of the EU Court of Justice", *European equality law review,* 2016, nº 1, p. 38; SARGEANT, M. (ed.), *Discrimination law,* Harlow: Pearson Longman, 2004, p. 10 (entre otros).

[33] PECES-BARBA, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 183.

[34] GIJZEN, M., "Chapter 8: The Netherlands" en SARGEANT, M., *The Law on Age Discrimination in the EU*, The Netherlands: Kluwer law international, 2008, p. 165.

El primer elemento que se observa como bien dice DAVIES, es que la discriminación se trata de un acto, mientras que la igualdad puede corresponderse con el estado de las cosas, por lo que la legislación antidiscriminatoria se centra en los actos y el comportamiento en un intento de lograr dirigir a las personas hacia un estado de igualdad.[35]

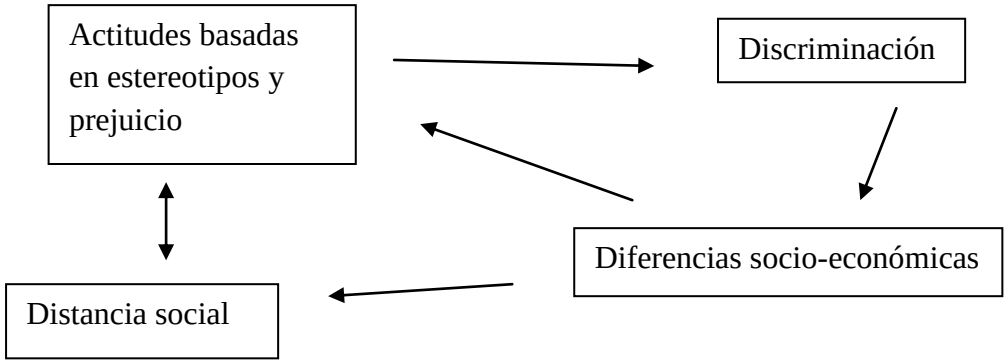
El segundo elemento que debemos distinguir es que ese acto (la discriminación o el trato diferenciado), como ya hemos mencionado, no es legal cuando se basa en una serie de "motivos" o características protegidas. Dependiendo del enunciado del precepto legal esos motivos serán más numerosos o no y se incluirán en una lista cerrada o por el contrario en una abierta. A pesar de parecer evidente, es necesario mencionar que eso motivos han evolucionado con el tiempo y que por tanto, aquellos que consideramos injustos no son los mismos hoy que los de hace 20 o 40 años.[36] La necesidad de consenso, por una parte social y por otra parte político, para legislar y proteger de la discriminación a determinados grupos, hace que el aspecto de la legislación antidiscriminatoria que se refiere a los motivos de discriminación no haya evolucionado lo rápido que debería haberlo hecho. Como es evidente, aquellos sistemas jurídicos que posean listas *numerus apertus* lograrán mayor flexibilidad a este respecto. En la actualidad el Derecho antidiscriminatorio de la UE distingue entre los siguientes motivos: Sexo, "raza" u origen étnico, edad, religión, orientación sexual y discapacidad.[37] Se trata pues, de una lista cerrada, lo que dificulta enormemente la flexibilidad necesaria en este aspecto y sería necesaria una modificación de los Tratados para dar cabida a más motivos de discriminación. Es importante mencionar además, que en numerosos sistemas jurídicos el Derecho antidiscriminatorio se ha implantado de forma gradual, siendo el motivo de discriminación en cuestión (generalmente "raza" o sexo) el centro de dicha normativa. Esto implica que tradicionalmente el Derecho antidiscriminatorio se ha redactado más en el sentido de "derechos antidiscriminatorios", siendo la regulación establecida (de forma más o menos estanca)

[35] DAVIES, G., "Discrimination and beyond in European Economic and Social Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, nº 1-2, 2011, p. 10.
[36] BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema, 1991, pp. 42-43.
[37] Artículo 19 del Tratado de la Unión Europea. Se añaden asimismo más motivos de discriminación en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero debido al efecto limitado de las disposiciones no se menciona aquí. Asimismo, la discriminación por razón de nacionalidad está prohibida en la UE, aunque no dentro de la legislación antidiscriminatoria. Se ahondará en este aspecto en el Capítulo II.

centradas en una única característica; y que solo posteriormente se ha ido legislando en base a nuevas características protegidas mediante instrumentos jurídicos independientes. Aunque este sistema ha funcionado excelentemente durante un tiempo y ha permitido avances en la lucha contra la discriminación de forma mundial, es la inmovilidad de esta base la que dificulta, y ha imposibilitado hasta ahora, la inclusión de la discriminación múltiple en el Derecho comunitario y de los Estados miembros. Este punto se expondrá a lo largo de todo el estudio.

CACHÓN, desde el prisma de la sociología jurídica, distingue entre tres tipos de discriminación: la "estructural" que es aquella que procede del mercado; la "institucional" que se trata de la que procede de la acción pública; y la referente a los "actores" que es aquella que se da entre individuos.[38] Debemos, asimismo, distinguir entre los actos discriminatorios puntuales y la discriminación sistémica. Esta última nace y alimenta un patrón de desigualdad persistente que se basa en el propio sistema.[39] En otras palabras, "los grupos contextualmente o históricamente excluidos o en desventaja comparten un rasgo común que los identifica: existe una historia de discriminación, de perjuicios sociales negativos contra dichos colectivos, susceptibles de ser reforzados por la normativa, lo cual disminuye la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo.[40] La forma en la que los Patrones de desigualdad interactúan, se reproducen y retroalimentan, puede visualizarse en el siguiente cuadro:

[38] CACHÓN, L., "España y la Directiva 2000/43: De la "ocasión perdida" a una legislación general sobre igualdad de trato", *Tiempo de Paz*, nº 73, 2004, p. 14.
[39] TSANG, C., "Uncovering Systemic Discrimination: Allowing Individual Challenges to a "Pattern or Practice"", *Yale Law & Policy Review,* vol. 32, nº 1, artículo 14, 2013, p. 320.
[40] En este aspecto, PELLETIER QUIÑONES, P., "La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista IIDH*, vol. 60, 2014, p. 207. GIMENEZ GLUK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona: Bosch, 2004, pp. 232-235.



Fuente: MAKKONEN, T.[41]

HOLTMAAT, por su parte, explica que el concepto de discriminación engloba, por una parte, una violación del principio (formal) de igualdad ante y en la ley, de forma vertical; el trato distinto entre los ciudadanos que resulte en una desventaja o exclusión de alguno de los sexos (en el caso de la discriminación por razón de sexo), de forma horizontal; la actitud irrespetuosa que viola la dignidad humana, englobando los discursos del odio y el acoso (especialmente el acoso sexual); y por último la exclusión sistémica o estructural de determinados grupos de la sociedad como resultado del estereotipar.[42]

A. Tipos de discriminación

A pesar de que otras disciplinas mencionan formas alternativas de clasificar la discriminación, seguiremos la aceptada comúnmente por la doctrina jurídica que es la establecida en la normativa europea; siendo la clasificación más adecuada para centrar el debate en las ciencias jurídicas y realizar el estudio de carácter dogmático. Por ello, distinguiremos la discriminación directa, la indirecta, el acoso o la instrucción de discriminar. De la misma forma, determinaremos el concepto de discriminación múltiple y sus subtipos, especialmente la discriminación interseccional. Por último analizaremos

[41] MAKKONEN, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Turku: Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002, p. 9.

[42] HOLTMAAT, R., "EC Sex Equality Law" presentación realizada en Barcelona el 6 de marzo de 2009 dentro del contexto de la *Conferencia sobre Igualdad de Género*. Presentación ppt disponible en: www20.gencat.cat%2Fdocs%2Finterior%2FHome%2F010%2520El%2520Departament%2FPrograma%2520per%2520a%2520l%2527equitat%2520de%2520g%25C3%25A8nere%2FJORNADA%2520EN%2520COMMEMORACI%25C3%2593%2FDocuments%2FRikki_Holtmaat.ppt&ei=9TL4UKqvK4nPhAfNsIGgDQ&usg=AFQjCNGU_f7Nr0cTisx1youoD673PYaYRA&bvm=bv.41018144,d.ZG4 (última visita 16/01/2013)

aquellas prácticas que, aunque aparentemente discriminatorias van dirigidas a la consecución de la igualdad *de facto*.

i. Discriminación directa

FREDMAN explica que, al observar la falta de efectividad del principio de igualdad ante la ley, se vio la necesidad de desarrollar legislación que eliminase la discriminación y perjuicios de actores públicos y privados. Ello dio a pie a prohibir la discriminación directa, que prohíbe el trato menos favorable (*less favourable treatment*) entre personas situadas de forma similar motivado por una lista de razones designadas por una lista preestablecida.[43]

En el ámbito comunitario la discriminación directa se define en todas las Directivas sobre discriminación. Por ejemplo, el artículo 2(2a) de la Directiva de Igualdad racial,[44] establece que esta ocurrirá cuando "por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable"; y la Directiva sobre la igualdad en el empleo,[45] que define qué ocurrirá cuando "una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1" (el artículo 1 establece que esos motivos serán religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación).

En lo que a los Estados miembros se refiere, en el caso de la Legislación española, el artículo 6 (1) de la comúnmente llamada "Ley de Igualdad" define la discriminación directa como "… la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable".[46] La *Equality Act* del Reino Unido de 2010 sin embargo, define la discriminación directa de forma más genérica y ofrece una idea de la

[43] FREDMAN, S., *Discrimination Law …, op. cit.,* p. 153.
[44] Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, publicado en Diario Oficial L 180 de 19 de julio de 2000, pp. 22-26.
[45] 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 como parte de la regulación específica en contra de la discriminación, publicado en Diario Oficial L 303 de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22.
[46] ESPAÑA, *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, publicado en el Boletín Oficial del Estado, nº 71, de 23 de marzo de 2007, pp. 12611-12645.

aproximación del *Common Law* al derecho de no-discriminación. La *Equality Act* define la discriminación directa de la siguiente forma "Una persona (A) discrimina contra otra (B), cuando debido a una característica protegida A trata a B de forma menos favorable que trata o trataría a cualquiera".[47]

BURRI y PRECHAL definen la discriminación directa estableciendo, que ocurre cuando una diferencia de trato puede ser explicada por el uso implícito o explícito de un criterio prohibido como por ejemplo nacionalidad o sexo.[48]

A pesar de que el CEDH[49] no establece definición alguna sobre discriminación, el TEDH ha definido la discriminación directa en numerosos casos como la diferencia de trato entre personas en situaciones análogas o notablemente similares basándose en una característica identificable.[50]

Aunque la identificación y persecución de la discriminación directa ofrece menos problemas que la indirecta hay ciertos elementos que son esenciales a la hora de identificarla. Estos son: el «trato desfavorable», el «comparador» y que la acción esté relacionado con un «motivos protegidos».

En lo que al trato desfavorable se refiere, debe haber una acción que conlleve un «trato desfavorable» para una persona. No todo trato desfavorable constituye una discriminación, lo que nos lleva a un elemento esencial de la discriminación: el «comparador». Para probar que un acto ha sido discriminatorio ha de cotejarse el trato recibido por dos personas en circunstancias comparables y establecer que el trato ha sido desfavorable para una de esas personas. La diferencia de trato entre estas dos personas en situaciones comparables debe tener un nexo causal con una «característica o motivo protegido». Para ello, es necesario plantear la pregunta de si la persona hubiera

[47] REINO UNIDO, *Equality Act*, 2010, disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15 Section 13, paragraph 1. "(1) A person (A) discriminates against another (B) if, because of a protected characteristic, A treats B less favourably than A treats or would treat others." (último acceso 20/03/2017)
[48] BURRI, S., PRECHAL, S., "Comparative approaches to gender equality and non-discrimination within Europe" en SCHIEK, D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law- Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, p. 216.
[49] CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4 de noviembre de 1950,* Estambul, 11 de mayo de 2011, ETS No.005.
[50] Entre otras, STEDH, *Carson y Otros c. UK*, de 16 de marzo de 2010, nº 42184/05; STEDH, *D.H. y Otros c. La República Checa,* de 13 de noviembre de 2007, nº 8030/77; o STEDH, *Burden c. UK*, de 29 de abril de 2008, nº13378/05.

sido tratada de la misma forma en caso de haber tenido distinto género, "raza" o edad o hubiera ocupado otra posición al respecto de alguno de los restantes motivos protegidos. El nexo de unión queda demostrado en caso de que la respuesta sea afirmativa.[51] Aun así, es necesario tener en cuenta que la disposición o práctica aplicada no ha de hacer necesariamente referencia explícita al motivo protegido, siempre que mencione otro factor indisociable de éste.

Resumiendo, para determinar si existe una discriminación directa, se analiza si el trato menos favorable se debe a un motivo protegido indisociable del factor concreto objeto de reclamación.

Como veremos más adelante existen excepciones admitidas en Derecho para que un hecho discriminatorio que cumple con todos los requisitos que hemos mencionado, esté justificado y no constituya una discriminación.

En el Derecho de la UE existe un caso en el que no es necesario el comparador, y es en la discriminación de mujeres embarazadas en el empleo, hecho que se ha reconocido de forma jurisprudencial. En este caso no es necesario demostrar que una mujer embarazada ha sido tratada de peor forma en relación a otra persona, ya que en ningún caso puede determinarse una situación como sustancialmente parecida para constituir un comparador. En el caso de discriminar a una mujer embarazada en el acceso al empleo se tratará como discriminación por razón de sexo, tal y como se instituyó a partir del caso *Dekker*[52] o en *Webb.*[53] En este último se estableció, en el caso de una mujer que fue contratada para cubrir una baja por maternidad pero que poco después de incorporarse descubrió que ella misma (Webb) estaba embarazada y fue por ello despedida; que su situación no puede compararse a la de un hombre que sufre la misma incapacidad, por razones médicas o de otra naturaleza, ya que el embarazo no puede en absoluto compararse a un estado patológico ni por ello, a una indisponibilidad de origen no médico.

[51] FRA, CoE, Manual de legislación Europea contra la discriminación, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010, p. 26.
[52] STJUE, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, asunto C-177/88, de 8 de noviembre de 1990, ECLI:EU:C:1990:383
[53] STJUE, *Carole Louise Webb v. Emo Air Cargo (Uk) Ltd.*, asunto C-32/93, de 14 de julio de 1994, ECLI:EU:C:1994:300

La discriminación asimismo puede reconocerse tanto si la característica que motiva dicho acto es real o asumida. Al igual que la innecesaridad del comparador en el caso de las mujeres embarazadas, la discriminación basada en una característica asumida se ha desarrollado jurisprudencialmente tanto por sentencias de los Estados miembros como por el TJUE. En este sentido, BOURN y WHITMORE analizan un caso de discriminación directa que se dio en los Tribunales Británicos en los que un empleado de una sala de juegos, que era caucásico, fue despedido por negarse a obedecer la orden de no permitir la entrada a jóvenes negros.[54] En este caso los Tribunales Británicos establecieron que había discriminación racial contra el empleado. De esta forma, no hace falta que la discriminación racial se refiera a la "raza" de la víctima. Indica HOWARD, que es posible condenar a alguien por discriminación racial basándose en que el que realiza la acción discriminatoria tiene la creencia de que la persona que es discriminada pertenece a una "raza" o etnia específica por dos razones: la primera de ellas es que en la propuesta de Directiva que hizo la Comisión se hablaba de que el principio de tratamiento igualitario debía aplicarse independientemente de que el origen racial o étnico fuese real o presunto; y la segunda que la directiva al definir la discriminación dice "*on ground of racial or ethnic origin*" y no "*his or her racial origin*".[55] Es lógico que se esté protegido contra la discriminación de cualquier tipo ya sea real o supuesta, siempre que de alguna forma el sujeto que reclama haya sido víctima de la acción. Esta teoría ha sido confirmada tanto por el TEDH como por el TJUE en numerosos casos.[56]

De la misma forma, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de ahora en adelante TJCE o TJUE) ha reconocido que la discriminación también puede darse "por asociación". Un caso sumamente interesante a este respecto es *Coleman*, en el que una madre denunció haber recibido trato desfavorable en el trabajo porque su hijo era minusválido. La Sra. Coleman llegaba ocasionalmente tarde al trabajo debido a las atenciones que requería su hijo y pidió que su horario se adecuase a dicha situación. Su

[54] REINO UNIDO, *Showboat Entertainments Centre v. Owens* [1984] United Kingdom Employment Appeal Tribunal, 1 W.L.R. 384, en BOURN, C., WHITMORE, J., "*Race and Sex…", op. cit.*, p. 46.
[55] HOWARD, E., "Anti Race discrimination Measures in Europe: An attack in two fronts", *European Law Journal*, vol. 11, nº 4, July 2005, p. 473.
[56] Vid., entre otros, STEDH, *Weller v. Hungary*, de 31 de marzo de 2009, nº 44399/05 (discriminación de paternidad-maternidad) o STJUE, *P contra S y Cornwall County Council*, asunto C-13/94, de 30 de abril de 1996, ECLI:EU:C:1996:170 (Discriminación por razón de sexo).

petición no solo fue rechazada, sino que la despidieron y fue víctima de comentarios abusivos basándose en la situación que vivía. Se demostró en el proceso judicial que a compañeros en puestos similares con hijos, no les habían puesto problemas cuando necesitaron flexibilidad de horario. Se llegó a la conclusión de que ello daba lugar a discriminación y acoso motivado por la minusvalía de su hijo, y que por tanto estaba siendo discriminada por "asociación".[57]

ii. Discriminación Indirecta

FREDMAN[58] explica el origen de la prohibición de la discriminación indirecta como un concepto nacido de los tribunales estadounidenses en el caso *Griggs v. Duke Power Co.,*[59] que se llamó discriminación de impacto desigual (*disparate impact discrimination*). El impacto desigual describe la situación en la que un trato aparentemente igualitario conlleva desventajas desproporcionales a un grupo específico que sufre de discriminaciones históricas. Éste trato será ilegal a no ser de que pueda justificarse. El concepto fue incorporado al derecho del Reino Unido y posteriormente se plasmó en el Derecho de la UE.[60]

En este sentido, la *Equality Act* define la discriminación indirecta en la sección 19 estableciendo que:

> Una persona (A) discrimina contra otra (B) cuando aplica sobre ella una ley, criterio o práctica con una característica protegida si:
>
> a) A aplica, o podría aplicarla a personas con las que B no comparte esa característica
> b) Pone, o podría poner a personas con las que B comparte esa característica en una desventaja específica comparando con personas con las que B no comparte esa característica.
> c) Pone, o podría poner a B en desventaja, y
> d) A no puede demostrar que es una manera proporcionada de lograr un objetivo legítimo.[61]

---

[57] STJUE, *Coleman v. Attridge Law and Steve Law,* asunto C-303/06, de 17 de julio de 2008, ECLI:EU:C:2008:415. Esta postura se confirmaría posteriormente en relación a "raza" u origen étnico en la STJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD y Komisia za zashtita ot diskriminatsia,* asunto C-83/14, de 16 de julio de 2015, ECLI:EU:C:2015:480.

[58] FREDMAN, S., *Discrimination Law…, op. cit.*, pp. 177-180.

[59] ESTADOS UNIDOS, *Griggs v. Duke Power,* Co 401 US 424 (1971).

[60] FREDMAN, S., *Discrimination Law…, op. cit.,* p. 154.

[61] REINO UNIDO, *Equality Act… op. cit.*, Section19. Traducción de la autora, el original reza como sigue
"19. Indirect discrimination:

Por tanto, la discriminación indirecta se perfila como aquella que aun no procediendo de una práctica directamente discriminatoria tiene como resultado una discriminación hacia un grupo concreto, como puede ser (por ejemplo) un grupo racial, religioso, de una determinada edad o una etnia específica.

La Directiva sobre Igualdad en el empleo la define como "una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros [que] pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o practica pueda justificarse directamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios(…)".[62]

La Ley de Igualdad española la define en el artículo 2 (b) como "… la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados".[63]

BURRI y PRECHAL afirman que la discriminación indirecta ocurre cuando los efectos de algunas prácticas, que aparentemente no afectan a un criterio prohibido resultan discriminatorios. Añaden, que la medida puede aplicar un criterio neutral (no-prohibido) o condiciones y requerimientos neutros que sin embargo tienen el mismo efecto que si se hubiera aplicado directamente ese criterio. Esto implica que la discriminación indirecta se centra en los efectos de las normas o comportamientos, tiene en cuenta, entre otras, realidades socio-económicas e incluye el hecho de que las

(1)A person (A) discriminates against another (B) if A applies to B a provision, criterion or practice which is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's.
(2)For the purposes of subsection (1), a provision, criterion or practice is discriminatory in relation to a relevant protected characteristic of B's if—
(a)A applies, or would apply, it to persons with whom B does not share the characteristic,
(b)it puts, or would put, persons with whom B shares the characteristic at a particular disadvantage when compared with persons with whom B does not share it,
(c)it puts, or would put, B at that disadvantage, and
(d)A cannot show it to be a proportionate means of achieving a legitimate aim.",

[62] Artículo 2 (2) (b) Directiva 2000/78…, *op. cit.*

[63]ESPAÑA, Ley Orgánica 3/2007…, *op. cit.*

personas se encuentran en distintos puntos debido a las diferencias sociales e individuales. Por ello, tal y como hemos establecido anteriormente la discriminación indirecta se relaciona especialmente con la igualdad sustantiva, y siguiendo a BURRI y PRECHAL, es uno de los indicadores que demuestran que un sistema legal acepta cierto grado de "*thick equality*".[64] NIELSEN añade que un precepto, criterio o práctica aparentemente neutral se considerará discriminación indirecta cuando sea intrínsecamente probable que afecte de forma adversa a una persona o personas en los motivos establecidos".[65]

Por tanto, para identificar una práctica indirectamente discriminatoria, es necesario que existan los siguientes elementos: una regla aparentemente neutra, resultados significativamente negativos en un grupo concreto y un comparador. El primer elemento es el elemento central que lo diferencia de la discriminación directa. En este caso no es el precepto legal o la regla la que contiene la propia "discriminación" sino que es el resultado (segundo elemento), el que se traduce en una situación de desventaja hacía un grupo cuya característica común se haya protegido.

En el caso de discriminación indirecta hacia un grupo étnico o racial, un caso muy ilustrativo es el caso de *D.H. y Otros c. la República Checa*.[66] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estableció que una política general o medida que tiene efectos desproporcionadamente perjudiciales en un grupo en particular pueden ser consideradas discriminatorias a pesar de que no estén dirigidas específicamente a ese grupo, y que la discriminación potencialmente contraria a la Convención puede ser consecuencia de una situación *de facto.* En este caso, en la República Checa se encontraron que teniendo 2 sistemas educativos paralelos (por una parte niños sin problemas de aprendizaje, y por la otra, niños que sí los tenían que acudían a escuelas especiales), había un número extraordinario de niños de origen Romaní en el segundo. Al realizar una investigación al respecto, se descubrió que esto se debía a que antes de enviar a un niño a uno u otro tipo de colegio se hacía una prueba de acceso y debido a su naturaleza era más probable que los niños Romaníes lo suspendiesen. Esto tenía

[64] BURRI, S., PRECHAL, S., "Comparative …", *op. cit.*, pp. 216-217.
[65] NIELSEN, R., "Is EU equality law capable of addressing discrimination yet?" en SCHIEK, D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law- Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, p. 44.
[66] STEDH, *D.H… op. cit.*

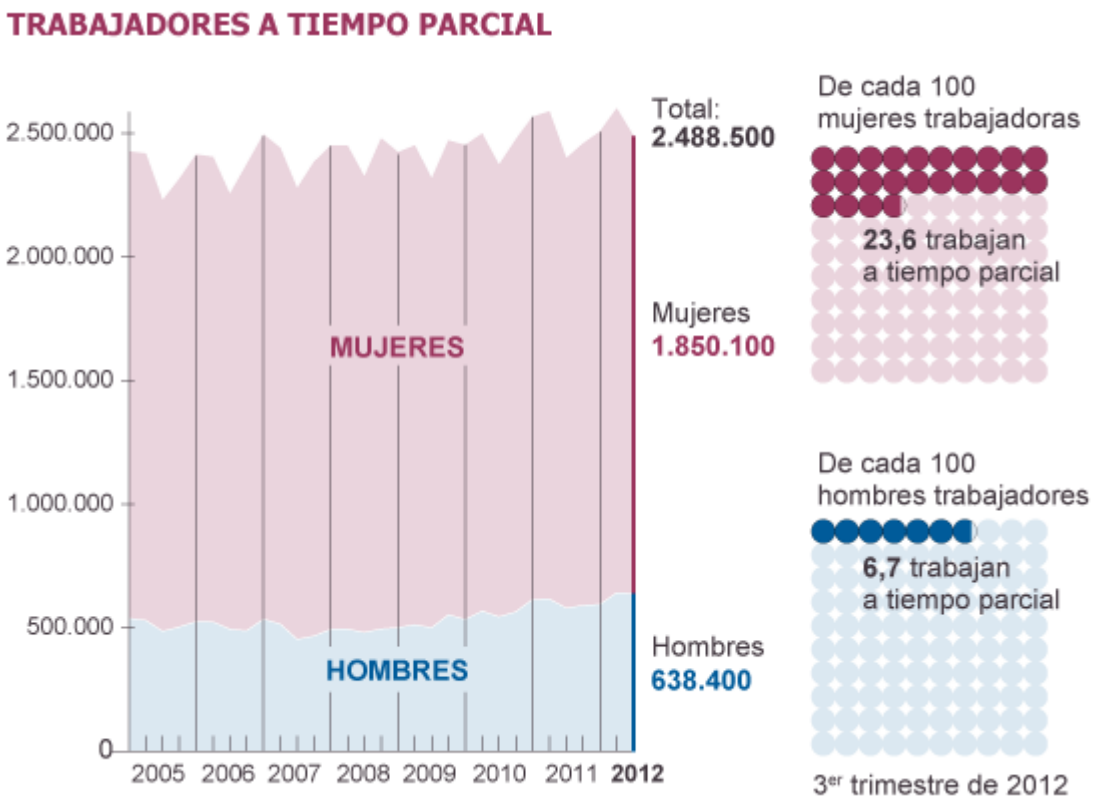
como resultado que un porcentaje importante de niños Romaníes se veían condenados a permanecer en el sistema educativo "secundario" con la lacra que ello suponía, condenándolos a la marginación por parte de la sociedad.

El segundo elemento que ya hemos procedido a nombrar es el efecto de impacto negativo en un grupo específico cuya característica común es un motivo protegido. En lo que al "comparador" se refiere, es necesario establecer el porcentaje de personas afectadas negativamente por esa regla aparentemente neutra, para de esta forma demostrar que el porcentaje de afectados de dicho subgrupo que contiene la característica protegida supera de forma considerable el número de personas afectadas negativamente por dicho precepto de otros subgrupos.

Para el estudio y justificación de dicho efecto es frecuente utilizar estadísticas, que, aunque son muchas veces muy complicadas de conseguir, constituyen un modo objetivo de probar el hecho discriminatorio. Esto contrasta con la escasa regularización sobre la obligación de recoger datos de igualdad y está en constante tensión con el derecho a la protección de datos. Otro elemento sensible en este aspecto lo constituye la percepción de los ciudadanos en relación a qué información se recoge y está disponible. Las atrocidades cometidas en la II Guerra Mundial con respecto a minorías sexuales, étnicas o religiosas siguen estando muy presentes en la conciencia colectiva, lo que dificulta la recolección de datos y esto complica probar casos de discriminación.

No obstante la necesidad de este tipo de datos es apremiante. Las estadísticas se han utilizado en numerosos casos llevados ante el TJUE,[67] que concernían medidas legislativas sobre pensiones que a pesar de ser formuladas de forma aparentemente neutra acababan afectando desproporcionalmente a un mayor número de mujeres que a hombres (debido a que el cambio afectaba negativamente a los trabajadores a tiempo parcial). En el caso *Elbal* por ejemplo, la prueba de que esta norma afectaba a más mujeres que hombre se realizó mediante estadísticas del INE, lo cual subraya la necesidad de obtener "datos de igualdad" para poder producir datos en los que basarse para probar la acción discriminatoria.

[67] STJUE, *Isabel Elbal Moreno v el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS),* asunto C-385/11, de 22 de noviembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:746. A este respecto también STJUE, *Hilde Schönheit v Stadt Frankfurt am Main* y entre *Silvia Becker v Land Hessen* , asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02, de 23 de octubre de 2003, ECLI:EU:C:2003:583



Fuente: Elaborada por el diario El País a partir de datos del INE, Encuesta de población activa.[68]

iii. Acoso e instrucción de discriminar

Para que exista acoso es necesario que, por una parte, haya una conducta relacionada con un motivo protegido como por ejemplo la "raza" u el origen étnico, que además tiene el objetivo o el efecto de violar la dignidad de la persona y/o incluso creando un ambiente degradante u hostil para la víctima.[69] ARAMENDI añade, que no es necesario que exista una conducta dolosa, siendo el resultado denigrante lo que define el núcleo del acoso.[70] La existencia del "hecho denigrante" indica que el acoso es una práctica discriminatoria muy relacionada con la dignidad, tal y como afirma

[68] ABELLÁN, L, "El Tribunal de la UE sentencia que España discrimina con las pensiones", EL PAIS, 22 de noviembre de 2012, disponible en http://economia.elpais.com/economia/2012/11/22/actualidad/1353579939_970553.html (último acceso 16/01/2013).

[69] FRA, CoE, Handbook on European non-discrimination law, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010, p. 31.

[70] ARAMENDI SANCHEZ, J.P., "Informe sobre el curso de formación jurídica sobre las directivas comunitarias en materia de discriminación en el empleo (Directivas 2000/43 y 2000/78)", *Tiempo de Paz*, nº 73, 2004, p. 54.

FREDMAN.[71]

En el Derecho comunitario se distinguen tanto el acoso como el acoso sexual. El acoso sexual ha estado prohibido expresamente por el Derecho comunitario desde hace décadas, y sin embargo el acoso se trataba como un subtipo de la discriminación directa antes de encontrarse tipificado en las Directivas 2000.[72] De hecho, en la Directiva 2006/54 relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres se definen tanto el acoso como el acoso sexual en su segundo artículo, dejando patente la relación entre acoso y dignidad humana:

> c)«acoso»: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo;
> d)«acoso sexual»: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; [73]

El acoso se prohíbe también en relación al resto de motivos protegidos por el derecho comunitario y tiene una doble vertiente: por una parte el objetivo, propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona, y por la otra crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

En este sentido, hubo un caso ante la Autoridad sobre el Trato Igualitario Húngaro[74] en el que en una escuela se amenazó a los niños Romaníes que se portaban mal con llamar a la "Guardia Húngara" para que se portaran bien. La Guardia Húngara era una organización nacionalista recientemente disuelta conocida por sus actos de extrema violencia contra los gitanos, con lo que el resultado fue que los profesores crearon un clima de miedo e intimidación insinuando posturas racistas, lo que se

[71] FREDMAN, S., *Discrimination Law*…, *op. cit.*, p. 228. "Dignity is now the basis of the statutory definition of harassment, both in the EU and in the UK".
[72] Las Directivas 2000 se componen de la Directiva 2000/43… *op. cit.*, y la Directiva 2000/78… *op. cit.*
[73] Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo 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) de 5 de julio de 2006, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 204/23 el 26 de julio de 2006, pp. 23-36.
[74] HUNGRÍA, Decisión Nº 654/2009 de la Autoridad sobre Trato Igualitario Húngaro del 20 de diciembre de 2009. Resumen en inglés: http://www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf (último acceso 10/03/2017)

consideró por el Tribunal como acoso. Es necesario aclarar que fue una amenaza de muerte que aun no siendo (probablemente) factible era más que suficiente como para crear semejante atmósfera.

A diferencia de lo que ocurre con la discriminación directa y la indirecta, no es necesario un comparador para probar que efectivamente se ha dado el hecho discriminatorio. Para ello, el Derecho Europeo adopta una aproximación subjetiva u objetiva de forma flexible. Es decir, que por una parte se toma en cuenta la percepción de la víctima de que el acoso ha tenido lugar, pero en el caso de que la víctima no haya sentido las consecuencias de los actos puede tomarse en cuenta la actitud objetivamente.

En cuanto a la "instrucción de discriminar" es destacable que aunque se establece por la legislación antidiscriminatoria europea como acto discriminatorio, no se define en ninguna de las Directivas.[75] Sin embargo, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) aclara que este concepto debería aunar tanto las instrucciones de naturaleza obligatoria, como las situaciones en las que hay una preferencia expresada o el estímulo de tratar a personas pertenecientes a un grupo protegido de forma menos favorable.[76]

En el caso Británico WEATHERSFIELD LTD, a una mujer, empleada en una empresa de alquiler de vehículos le fue dada la instrucción por parte de su supervisora, de negar la existencia de coches disponibles en caso de que acudiesen personas de negras o de origen asiático. El Tribunal consideró dicha instrucción de discriminar prohibida por la legislación nacional.[77]

En lo que a los preceptos del CEDH se refiere, el TEDH ha considerado que puede considerarse que entre en el ámbito de aplicación de otros derechos. En este sentido, ha señalado que el acoso podría entrar dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 o el 3 (derecho al respeto a la vida privada y familiar, o el derecho a no ser

[75] Directiva 2000/78... *op. cit.*, Artículo 3.4. "Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1."

[76] FRA, CoE, Handbook…, *op. cit.*, p. 33. La cita literal es la siguiente "In order to be of any worth combating discriminatory practices, it ought not to be confined to merely dealing with instructions that are mandatory in nature, but should extend to catch situations where there is an expressed preference or an encouragement to treat individuals less favourably due to one of the protected grounds".

[77] REINO UNIDO, *Weathersfield Ltd (T/A Van And Truck Rentals) V Sargent*: [1999] IRLR 9.

sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes) mientras que la instrucción de discriminar podría entrar en relación al artículo 9 o el 11 (libertad de religió o asociación) por ejemplo.[78] En caso de que se demuestre que se ha cometido un acto discriminatorio, el TEDH analizará los supuestos incumplimientos de estos artículos, en relación con el artículo 14. Aun así, no son muchos los casos que se cuentan en relación al acoso o la instrucción de discriminar que hayan llegado al TEDH.[79]

B. Discriminación múltiple

El de la discriminación múltiple es el concepto más controvertido en la legislación anti-discriminatoria. La razón para ello radica en la forma en la que la legislación antidiscriminatoria ha sido construida en las democracias modernas, siguiendo el modelo "single-axis" o de "eje-único" que tiene como resultado que sea complicado identificar los casos en los que un individuo ha sido discriminado por más de una razón. La doctrina coindice en la clasificación de éste fenómeno como "discriminación múltiple". Sin embargo, existe gran confusión conceptual entre las categorías y por tanto su contenido, lo que no hace sino alimentar la confusión existente alrededor de la definición de este precepto. En diferentes instancias jurídicas señala MAKKONEN que los conceptos de "*multiple disadvantages", "multiple discrimination", "double marginalization", "triple marginalization", "intersectional discrimination", "intersectional subordination", "intersectional vulnerability", "compound discrimination", "cumulative discrimination", "multidimensional discrimination", "interactive discrimination", "double discrimination"* o "*triple discrimination*" se confunden. En este sentido, añade que cuando no se requiere de exactitud conceptual sería positivo, debido a su marcado uso en el campo de los derechos humanos, utilizar el término "multiple discrimination" o "discriminación múltiple" como un término genérico que englobe toda posible casuística.[80]

La falta de exactitud afecta no solo a la locución genérica a utilizar sino también a los subtipos, tanto en lo referente al término, como al número o su contenido. En este sentido, hay autores que distinguen únicamente dos subtipos (discriminación múltiple

[78] FRA, CoE, Handbook…, *op. cit.*, p. 34.
[79] STEDH, *Paraskeva Todorova c. Bulgaria,* de 25 de marzo de 2010, nº 37193/07 o STEDH, *Baczkows*ki *y otros c. Polonia,* de 3 de mayo de 2007, nº 1543/06, ésta última referente a la discriminación por razón de orientación sexual.
[80] MAKKONEN, T., *Multiple, compound…, op. cit.,* pp. 9-13.

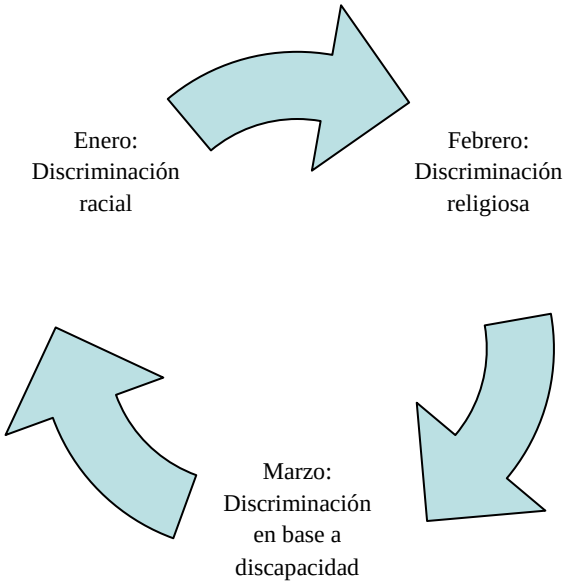
entendida como discriminación cumulativa y discriminación interseccional),[81] u otros que distinguen entre tres (Cumulativa, aditiva e interseccional).[82] Asimismo, algunos autores, como REY MARTINEZ, solo consideran la discriminación interseccional como la verdaderamente múltiple, utilizando ambos conceptos como sinónimos.[83] En pos de un análisis completo y exhaustivo en este apartado seguirá la segunda corriente, siendo la más completa y la única que utiliza términos diferenciados para referirse a los diferentes fenómenos de forma concreta.

En este sentido, diferenciaremos tres tipos de discriminación múltiple: la cumulativa, la aditiva y la interseccional, siendo ésta última la que más problemas plantea en su aplicación como explicaremos debidamente en las páginas que siguen a esta.

i. Discriminación cumulativa

La discriminación cumulativa o secuencial[84] ocurre cuando un mismo sujeto experimenta continuas o diferentes experiencias de discriminación en relación a diferentes motivos separadas temporalmente. Concurren en una sola reclamación, aun habiendo ocurrido en diferentes ocasiones, conectadas no obstante por un hilo conductor. La siguiente imagen ilustra este tipo de discriminación:

[81] Vid., entre otros, FREDMAN, S., *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, pp. 27-29.
[82] SOLANKE, I., "Multiple Discrimination and Multiple Conciousness", *Current Reflections on EU Gender Equality Law*, ERA, Trier, 2-3 junio de 2014.
ENAR, *The legal implications of multiple discrimination*, Enar factsheet 44, julio de 2011, http://www.enar-eu.org/IMG/pdf/fs44_-_the_legal_implications_of_multiple_discrimination_final_en.pdf (último acceso 10/03/2017)
HOWARD, E., "Multiple discrimination in law", *Think Equal Symposium on Multiple Discrimination*, 1 noviembre de 2011, National Commission for the Promotion of Equality (NCPE),), Malta. https://www.um.edu.mt/library/oar/bitstream/handle/123456789/10909/Think%20Equal,%20Symposium%20on%20Multiple%20Discrimination%20(NCPE).pdf?sequence=1&isAllowed=y (ultimo acceso 01/01/2017)
CARLES, I., JUBANY-BAUCELLS, O. (ed.) *GendeRace The use of racial antidiscrimination laws Gender and citizenship in a multicultural context Final Report*, junio de 2010.
[83] REY MARTINEZ, F., "La discriminación múltiple, una realidad antigua un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, septiembre-diciembre 2008, pp. 251-283.
[84] ENAR, *The legal implications…, op. cit.*



Discriminación cumulativa. Fuente: SOLANKE, I.[85]

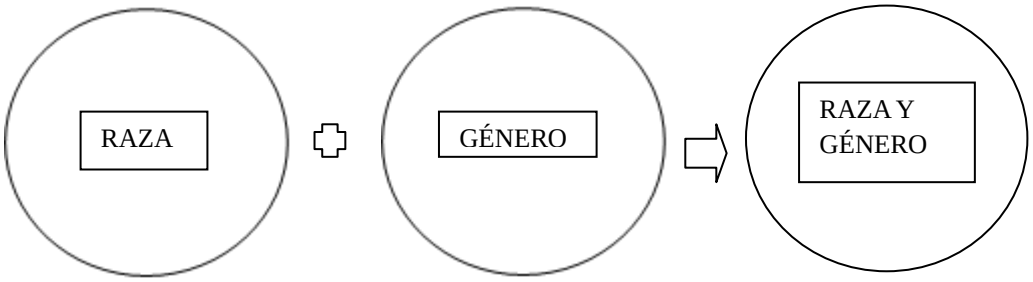
Un ejemplo de discriminación cumulativa sería el caso *Al Jumard v Clwyd Leisure*. Al Jumard demandó a su empleador por haber sido discriminado en una ocasión en base a su "raza" (mientras que varios trabajadores emitieron quejas a su empleador, éste solo estimó aquellas que provenían de los trabajadores blancos y no la de Al Jumard), y en otra ocasión por su discapacidad (su empleador no realizó los ajustes razonables que debería haber realizado para que Al Jumard pudiese trabajar).[86]

ii. Discriminación aditiva

La discriminación aditiva o compuesta ocurre cuando se sufre discriminación en diferentes campos que ocurren simultáneamente durante un solo evento. En el caso *Nwoke v Government Legal Service*,[87] Nwoke era una mujer de origen Nigeriano que quería solicitar un trabajo en la administración. Se realizó, entre otras pruebas, una entrevista presencial, en la que su puntuación se estableció en E (E siendo la puntuación más baja y A siendo las más alta). Nwoke interpuso una queja de que había sido discriminada en base a su raza, ya que todos sus colegas blancos, independientemente de su sexo habían sido puntuados más altos que ella. El tribunal le dio la razón, y encontró que también había discriminación por razón de sexo ya que si cualquiera de las

[85] SOLANKE, I., " Multiple Discrimination…", *op. cit.*
[86] REINO UNIDO, *Al Jumard v Clwyd Leisure Ltd* [2008] IRLR 345.
[87] SOLANKE, I., "Putting Race and Gender Together: A new approach to Intersectionality", *The Modern Law review*, vol. 72, nº 5, 2009, pp. 723 – 749.

mujeres hubiese conseguido el puesto ofertado, el salario hubiese sido substancialmente menor que el de un hombre. Por tanto, es un mismo hecho en el que se dan dos tipos de discriminación, pero que sin embargo no se encuentran unidos de forma indisoluble, tal y como ocurre en la discriminación interseccional.



Discriminación aditiva. Fuente: SOLANKE, I.[88]

iii. Discriminación interseccional

La discriminación interseccional es el subtipo de discriminación múltiple que potencialmente puede resultar más problemático ya que implica que un sujeto está siendo discriminado en base a dos o más campos de forma simultánea e indisoluble. Es decir, que es la especial mezcla de esas características, la interacción entre ambas, la que hace que una persona sea discriminada. En este sentido, este tipo de discriminación tiene un efecto sinérgico en el sentido de que sus efectos son más perniciosos que la suma de los factores. CRENSHAW acuñó el término a finales de los 80, explicando la realidad a la que se enfrentaban las mujeres afroamericanas en los Estados Unidos, poniéndole nombre a una realidad que siempre ha existido.[89] Así, decía que las experiencias discriminatorias de las mujeres negras pueden parecerse, y ser a su vez diferentes de aquellas sufridas por los hombres negros y las mujeres blancas. En numerosas ocasiones sufren doble discriminación o discriminación cumulativa bien en base a su sexo o en base a su raza; y sin embargo, muchas veces sufren discriminación interseccional en calidad de mujeres negras, no siendo la suma de "raza" y sexo, sino el solo hecho de ser una mujer negra la que genera la discriminación.[90] Es decir, el

[88] SOLANKE, I., " Multiple Discrimination…", *op. cit.*

[89] MacKinnon afirma que no puede cambiarse una realidad que no puede nombrarse; Crenshaw, por tanto dio el primer paso para reconocer a esas minorías discriminadas que quedaban fuera del espectro de la ley. MACKINNON, C., *Women´s lives Men´s Laws*, Mass: Belknap Press, 2007, p. 89.

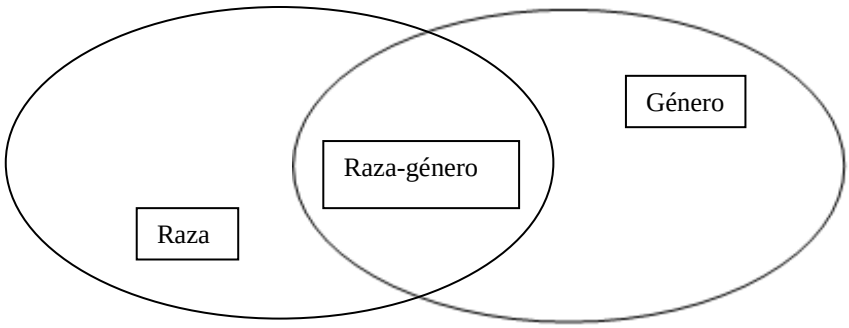
[90] CRENSHAW, K., "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, nº 1, 1989, artículo 8, p. 139.

concepto de interseccionalidad puede visualizarse como intrínsecamente unido al de identidad, que es el centro de la legislación antidiscriminatoria. Durante un tiempo la aproximación a ésta se realizaba eligiendo uno de los campos en los que la intersección ocurría (normalmente el de mayor protección), dejando el otro de lado. El problema principal con esta aproximación es que se corre el peligro de "primar" ciertos elementos de la identidad de una persona frente a otros, creando una identidad irreal, un discurso que no se corresponde con la realidad y se obvia además la especial vulnerabilidad que conlleva pertenecer a la intersección de ambas características protegidas.[91]

BARRÈRE y MORONDO aclaran que CRENSHAW pretendía acuñando la interseccionalidad demostrar:

> 1) que la mera yuxtaposición de los ejes de análisis hace que las mujeres negras desaparezcan a nivel teórico; y
> 2) que las limitaciones que arrastra ese planteamiento separador socavan los esfuerzos para ampliar los análisis feministas y antirracistas.[92]

CATALÁ destaca que en este tipo de discriminación "varios factores de discriminación actúan simultáneamente, produciendo de forma específica, un determinado tipo de exclusión".[93]



Discriminación interseccional. Fuente: SOLANKE, I.[94]

[91] FRA, EU-MIDI European Union Minorities and Discrimination Survey, Data in Focus Report-Multiple Discrimination, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010, p. 4.
[92] BARRÈRE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* nº 45, 2011, p. 29.
[93] CATALÁ PELLÓN, A., "Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 26, 2010, pp. 11-12.
[94] SOLANKE, I., "Multiple Discrimination…", *op. cit.*

Otro claro ejemplo de esto son las mujeres de la etnia *dalit* en India, a las que se les condena a una situación de explotaciones, abusos físicos y sexuales y se les fuerza a realizar únicamente tareas consideradas "infrahumanas" como limpiar las letrinas o retirar animales de las calles. Deben andar por caminos distintos al resto de las castas, y son maltratadas de forma habitual e impune. En ocasiones, se convierten en mujeres públicas, siendo forzadas a mantener relaciones sexuales con quien lo solicite (Devadasi).[95] No es únicamente su etnia por la son forzadas a ello (no todos los miembros de la etnia o casta son obligados a ello), ni por su condición social (no todos los indios pobres son sometidos a éstos tratos) y tampoco por su sexo (ya que no a todas las mujeres de la India se les fuerza a ello). Es la única combinación de su etnia, condición social y sexo las que les pone en esa situación de especial vulnerabilidad y por la que son discriminadas en la sociedad, en el acceso a la educación y en el acceso al empleo (entre otras). En la esfera más cercana, esta discriminación interseccional puede darse, por ejemplo en las mujeres migrantes que se dedican a la limpieza, a las que muchas veces se les ofrecen abusivos contratos; en la esterilización involuntaria que se ha dado en algunos Estados miembros de mujeres romaníes o la discriminación en el acceso a servicios de los discapacitados de etnia romaní.[96]

Relacionando los tipos de discriminación múltiple con los conceptos analizados anteriormente, es visible que la discriminación interseccional posee características especiales que pueden plantear más problemas a la hora de considerar que pueda estar incluido en el Derecho antidiscriminatorio que se centra en campos protegidos estancos que es el que se ha seguido en la legislación antidiscriminatoria en general, debido a que "crea" una categoría distinta que no puede considerarse bajo características protegidas individuales.[97]

---

[95] IRUDAYAM, A., MANGUBHAI, J.P., LEE, J.G., "Dalit Women Speak Out- Violence against Dalit Women in India", New Delhi: National Campaign on Dalit Human Rights, 2006, http://idsn.org/wp-content/uploads/user_folder/pdf/New_files/Key_Issues/Dalit_Women/dalitwomenspeakout.pdf (último acceso 10/03/2017).
MARTIN, D., *El drama de las mujeres hindúes: feminicidio y prostitución en nombre del dinero y la tradición*, EL PAIS, 14/12/2014, http://www.publico.es/actualidad/drama-mujeres-hindues-feminicidio-y.html (último acceso 20/10/2015)

[96] FRA, *Inequalities…, op. cit.,* p. 19.

[97] Insistiremos en este aspecto en el Capítulo IV.

C. Excepciones

Existen ciertas excepciones a lo que se considera una acción discriminatoria. Éstas pueden clasificarse en dos grandes bloques: por una parte la acción positiva que pretender introducir el factor de la igualdad sustantiva y compensar ciertas desigualdades; y por otra las causas de justificación o *defences* que pretenden generalmente realizar un balance de derechos que se encuentran en conflicto. Esta sección se ha venido a denominar como "excepciones" ya que independientemente de la denominación, todas ellas coinciden en que son excepciones a lo que de forma ordinaria consideraríamos una acción discriminatoria.

i. Acción positiva

Durante el siglo XX la igualdad de los ciudadanos independientemente de su condición se ha establecido como valor inherente de las constituciones de los estados democráticos, incorporando por tanto la igualdad ante la ley en la normativa estatal. Sin embargo, como ya se ha señalado anteriormente en el presente estudio, no es suficiente con ello. Mediante estas disposiciones se logró establecer la igualdad formal como valor fundacional de los estados democráticos, pero es asimismo necesario que el Estado facilite el camino hacia la igualdad de facto o igualdad real. Como explica CORNIDES (hablando de la igualdad de sexo) la igualdad no significa que los hombres y las mujeres deben tener los mismos derechos, sino que tengan las mismas condiciones de vida, ganen el mismo salario, ocupen el mismo número de puestos "senior" en los puestos de responsabilidad empresarial; y para la consecución de este tipo de igualdad las diferencias de facto entre los sexos (como por ejemplo el hecho de que únicamente las mujeres pueden quedarse embarazadas), en numerosas ocasiones se vuelve un obstáculo que solo puede ser superado mediante diferencias de trato deliberadas, llamadas "medidas positivas" o "discriminación positiva". De esta forma, aunque parezca extraño, "igualdad" supone lo contrario que "igualdad de derechos" y la legislación "anti-discriminatoria" puede resultar en ocasiones "pro-discriminatoria".[98]

Por tanto, hay ciertas prácticas que aunque discriminatorias a primera vista, no se consideran como tal porque están justificadas dentro del contexto democrático de

[98] CORNIDES, J., "Three Case Studies on Anti-Discrimination", *The European Journal of International Law*, vol. 23, nº 2, 2012, p. 527.

consecución de la igualdad (sustantiva). Con ello, surgieron leyes creadas para la promoción de la igualdad en los campos protegidos que se centran en promover la inclusión efectiva de grupos especialmente castigados. En este caso por tanto, admitir ciertas desigualdades a la igualdad resulta en un fin mayor.[99] PECES-BARBA afirma que en este caso "se produce una regulación jurídica distinta, que sin embargo tiene también la función de potenciar la igualdad ante la ley, y aquí sí se mantiene incólume el viejo principio de que hay que tratar desigualmente a los desiguales, precisamente para hacer posible la igualdad".[100]

Este tipo de medidas reciben diferentes denominaciones. Por ejemplo, Naciones Unidas denomina a estas prácticas "medidas especiales" mientras que la UE las llama "acciónes positivas"; siendo asimismo denominadas medidas de "discriminación positiva", "tratamiento preferencial", "acción afirmativa", o "acciones temporales especiales".

La discriminación positiva o acción positiva son medidas que se centran en las diferencias de los grupos que han de ser protegidos con el objetivo de lograr la igualdad *de facto.* También se relacionan con la *justicia rectificadora*, una de las concepciones de la justicia de ARISTÓTELES.[101] En este sentido, como ya hemos mencionado, el TEDH ha establecido en numerosas ocasiones que el fallo del estado a tratar a las personas en situaciones distintas de forma específica o diferente también constituye una violación del principio de no-discriminación.[102]

Uno de los grandes defensores de la acción positiva fue DWORKIN que analizó, basándose en el caso de la prohibición de acciones de discriminación positiva en el sistema educativo universitario de California y más tarde en el estado a mediados de los '90, si éstas son compatibles con el principio de igual protección ante la ley, desgranando las razones por las que no solo sí es compatible sino que son necesarias en

[99] RICOY CASAS, R.M., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Dykinson, 2010, p. 213.
[100] PECES-BARBA, G., "*Lecciones…", op. cit.,* p. 183.
[101] ARISTOTELES, "Justice as equality" en POJMAN L.P., WESTMORELAND, R. (eds.), *Equality-Selected readings*, New York: Oxford University Press, 1997, pp. 20-22.
[102] Entre otras, STEDH, *Thlimmenos v Greece*, de 6 de abril de 2000, nº 34369/97; o STEDH, *Pretty v UK*, de 27 de julio de 2002, nº 2346/02.

el sistema democrático.[103]

GIMENEZ GLUCK diferencia dentro de las acciones positivas dos tipos distintos: las "acciones afirmativas moderadas" y la "discriminación inversa". Al respecto de las acciones positivas en general define que deben tener una finalidad constitucionalmente deseable y debe realizarse un estricto control sobre ellas.[104]

El primer tipo de acciones se centran en corregir situaciones históricas de desigualdad que han perjudicado tradicionalmente a ciertos grupos alimentando patrones de desigualdad que se retroalimentan. GIMÉNEZ GLUCK asegura que estas medidas se centran más en la igualdad de oportunidades ya que "tratan de remover los obstáculos que impiden a los miembros de estos grupos llegar al proceso selectivo en igualdad de condiciones". Así añade que a pesar de que sean menos controvertidas también son menos efectivas ya que no aseguran el resultado, sino únicamente la igualdad al respecto del punto de partida.[105] Es decir, que apuntan a la consecución de una igualdad de oportunidades.

La discriminación inversa a cambio se centra en la igualdad de resultados, por ejemplo a través de cuotas o porcentajes de contratación reservados para una minoría. En este sentido se señala que a pesar de su efectividad (aseguran el resultado), provocan un daño directo en los grupos no beneficiados. Es por ello que son las medidas más polémicas y las que más detractores encuentra en su implantación.[106]

La UE establece mediante las Directivas del corpus antidiscriminatorio,[107] que los Estados miembros podrán adoptar medidas para prevenir o compensar por las desventajas que van unidas a los distintos grupos que la sufren. A pesar del carácter voluntario de la implantación de este tipo de medidas, en caso de aplicarlas deben respetarse ciertos límites y respetar ciertas condiciones que el TJUE ha establecido mediante su jurisprudencia.

---

[103] DWORKIN, R. M., *Virtud Soberana- la teoría y práctica de la Igualdad*, Barcelona: Paidós, 2003, pp. 419-451.
[104] GIMENEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 57-84.
[105] *Ibid.*
[106] *Ibid.*
[107] Entre otros: Artículo 7 de la Directiva 2000/78… *op. cit.,* y artículo 5 de la Directiva 2000/43… *op. cit.*

La implantación de estas medidas se ha hecho de forma muy variada, incluyendo tanto *hard law* como *soft law* (por ejemplo mediante programas de acción).[108] Estas medidas son de naturaleza excepcional y temporal. De hecho en cuanto a la temporalidad se ha establecido que no se han de extender en el tiempo o ámbitos más allá de lo necesario para corregir la desigualdad en cuestión.[109] En lo que al requisito de excepcionalidad se refiere, significa que las medidas deben ser el último recurso del estado para lograr la igualdad.[110] El TJUE ha establecido además, que las medidas deben ser proporcionales al objetivo que se quiere lograr, y que por tanto se establecerá un control estricto sobre éstas.[111]

La aplicación de este tipo de preceptos es especialmente visible en aquellas medidas dirigidas a la promoción de la mujer en la lucha contra la discriminación por razón de sexo. Numerosas medidas se aplicaron a este respecto en las últimas décadas, y aunque han logrado ciertos avances, es cierto que desgraciadamente no ha logrado el objetivo de la promoción e igualdad total entre hombre y mujer; de forma que muchas medidas aún hoy siguen en marcha, poniendo en tela de juicio la verdadera temporalidad de estas medidas.

En cuanto a los límites que estas medidas han de tener, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció un sistema doctrinal aplicable a todos los casos de discriminación mediante los casos *Kalanke, Marschall y Abrahamsson.*[112] En *Kalanke*, un puesto de trabajo fue concedido a una mujer debido a la legislación aprobada para la promoción de las mujeres en los puestos de trabajo, estableciendo que se le daría a las

[108] RUBIO CASTRO, A., "Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española", *Anuario de Filosofia del Derecho*, 2014, pp. 37-68.
[109] Por mencionar algunas: COMITÉ DE ICERD, Recomendación General No.32: Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, CERD/C/GC/32, 2009; COMITÉ DESC, Observación General No.13: El derecho a la educación, E/C.12/1999/10, 1999; COMITÉ DE CEDCM, Recomendación General No.25: El párrafo 1 del artículo 4 de la Convención (medidas especiales de carácter temporal), A/59/38(SUPP), 2004; COMITÉ DE DDHH, Observación General No.18: No discriminación, ONU A/45/40(vol.I.)(SUPP), 1989; COMITÉ DE ICEDR, Recomendación General No.30: Sobre la discriminación contra los no ciudadanos, ONU HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 2005.
[110] FRA, CoE, Handbook…, *op. cit.*, p. 42.
[111] STJUE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, de 17 de octubre de 1995, ECLI:EU:C:1995:322; STJUE, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-409/95, de 11 de noviembre de 1997, ECLI:EU:C:1997:533.; STJUE, *Abrahamsson and Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, asunto C-407/98, de 6 de julio de 2000, ECLI:EU:C:2000:367
[112] *Ibid.*

mujeres "prioridad absoluta e incondicional" en el acceso a los puestos de trabajo. El Tribunal estableció que aunque se aceptaban e incluso se recomendaban medidas en este aspecto, ésta en concreto tenía como resultado la discriminación de los hombres, y que esa "prioridad absoluta e incondicional" era desproporcionada al objetivo que se deseaba lograr. Por tanto, las reglas que autorizan la prioridad automática e incondicional no eran proporcionales y por tanto no válidas. Sin embargo, en el caso *Marschall*, cuyos hechos eran iguales, la regla que se tenía en cuenta establecía la prioridad de las mujeres en el acceso al puesto de trabajo en caso de que los méritos de uno y otro candidato fueran iguales; e incluso cabía la posibilidad de que esa prioridad no se tuviera en cuenta en caso de que el hombre poseyera alguna característica que inclinase la balanza a su favor. Siendo esta regla no absoluta y dejando la puerta abierta a que el candidato masculino pudiera acceder al puesto en caso de poseer una o más características que lo hicieran mejor candidato que la mujer, se entendió que esta regla sí era legal. En el caso *Abrahamsson*, sin embargo, la ley sueca establecía que se daría prioridad a los candidatos del sexo infrarrepresentado a no ser de que la diferencia entre las calificaciones de uno y otro candidato fueran tan grande que el no contratarlo constituiría una ruptura del principio de objetividad a la hora de contratar. El Tribunal estableció que la regla era desproporcionada en sus efectos, de forma que se consideró que no incumplía el principio de proporcionalidad de la discriminación positiva.

ii. Causas de justificación

Las causas de justificación son medidas que justifican que se trate diferente a uno (o unos) individuo(s) en base a una característica protegida; normalmente en base a intereses u objetivos específicos. Es decir, que en algunos casos la aplicación de un trato diferenciado se considerará justificada.

A pesar de que este tipo de medidas se encuentren recogidas en muchas de las legislaciones antidiscriminatorias, las causas de justificación específicas varían. En este sentido, por ejemplo, los preceptos legales establecidos por el TEDH y los de la UE difieren, así como la legislación del Reino Unido y otros países. Aunque en esencia son bastante aproximadas, tienen una forma diferente de visualizarlas.

En este sentido, mientras que la CEDH ha optado por establecer una justificación genérica en lo que a la discriminación directa e indirecta se refiere, la UE

ha optado por una aproximación diferenciada para los casos de discriminación directa (numerus clausus) e indirecta (genérica). Asimismo, mientras que el TEDH (y en consonancia ECRI) admiten justificaciones en relación a la discriminación racial siempre que sean justificaciones "objetiva(s) y razonable(s)",[113] la UE no admite justificación alguna.

Sin embargo, en lo que a la discriminación indirecta se refiere, las normas coinciden en que se establezca una defensa general de justificación objetiva, siendo la única forma para lograr no cometer una injusticia tratando de proteger de otra. A este respecto, el TEDH ha señalado que:

> [L]a diferencia de trato a personas en situaciones sustancialmente similares [...] es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido. [114]

En lo que se refiere a las justificaciones de la UE, éstas están contenidas en las Directivas del *Corpus;* y por tanto serán detenidamente analizadas en el Capítulo III. Por ello, y con intención de evitar repeticiones solo se indicarán algunas pinceladas al respecto. En este sentido, como señalábamos líneas atrás, es necesario realizar una clara distinción entre la discriminación directa e indirecta.

En lo que se refiere a la discriminación directa, las justificaciones o defensas pueden clasificarse en tres principales: requerimiento ocupacional esencial y determinante;[115] el permiso a las organizaciones basadas en la fe para discriminar en base a las creencias religiosas[116] y por último la discriminación por razón de edad.[117] A este respecto, la defensa relacionada con la edad es la única objetivamente justificable.

---

[113] ECRI, GPR Nº7 *Sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial*, aprobada el 13 de diciembre de 2002, apartado 2- 10.
[114] STEDH, *Burden… op. cit.,* apartado 60.
[115] Artículo 4 de la Directiva 2000/43… *op. cit*.: Requisitos profesionales esenciales y determinantes "No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado."
[116] Únicamente presente en la Directiva 2000/78… *op. cit.*, artículo 4.2.
[117] *Ibid*., artículo 6.

En cuanto a las justificaciones de discriminación indirecta, como mencionábamos líneas atrás tanto el TEDH como el cuerpo de legislación antidiscriminatoria de la UE[118] han establecido un sistema de justificación objetiva genérica[119] según el cual para que una práctica sea justificable han de darse dos requisitos: por una parte la norma debe perseguir un objetivo legítimo y por otra, su forma debe de resultar proporcional y ser necesaria para la consecución de ese objetivo. Este objetivo para resultar legítimo, debe asimismo, estar no relacionado con la discriminación,[120] sino que se base, por ejemplo en objetivos de política social. El TJUE ha establecido los límites a estos requisitos en su jurisprudencia. Baste decir en este Capítulo que ese acto debe ser la única forma de lograr el objetivo con un impacto mínimo y que ese objetivo ha de ser lo suficientemente importante como para que se realice una interferencia en el derecho de no-discriminación.[121]

En estos casos, por tanto, se permiten acciones que en principio se considerarían discriminatorias bajo una doctrina de justificaciones objetivas abierto. Dicho sistema de justificación abierto reside en poder justificar objetivamente con una finalidad legítima utilizando medios adecuados y necesarios disposiciones, criterios o prácticas que en un principio podrían considerarse discriminación indirecta. FREDMAN afirma que esto

[118] El "Cuerpo de Derecho Antidiscriminatorio" comprende:

- Directiva 2000/43… *op. cit*.
- Directiva 2000/78… *op. cit.*
- Directiva 2006/54… *op. cit.*
- Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, Diario Oficial de la Unión Europea L 373 de 21 de diciembre de 2004, pp. 37–43.

[119] Por ejemplo, Artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78… *op. cit.*, "b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios." En STEDH, *Burden… op. cit.,* apartado 60 *"*...difference in the treatment of persons in relevantly similar situations … is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized*"*.

[120] STJUE, *Hilde Schönheit… op. cit.*

[121] STJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*, asunto C-170/84, de 13 de mayo de 1986, ECLI:EU:C:1986:204.

implica que las justificaciones deberán ser objeto de un cuidadoso escrutinio antes de ser admitidas para poder así avanzar en el objetivo transformador de la igualdad.[122]

Todos los conceptos que han sido analizados en este primer Capítulo se han cristalizado en diferentes herramientas jurídicas, tanto en aquellas que sirvieron como inspiración para la Unión, como las promulgadas por ella; todas ellas objeto de estudio del Capítulo II.

[122] FREDMAN, S., *Discrimination Law...*, *op. cit.*, p. 182.

CAPITULO II

LA PAULATINA PROGRESIÓN NORMATIVA DE LA NO-DISCRIMINACIÓN: EL CASO EUROPEO

1. INTRODUCCIÓN

Una vez definido el marco conceptual en el Capítulo I, es esencial realizar el estudio de la progresión normativa de la igualdad y no discriminación en el Derecho comunitario. Para realizar esta labor es necesario, por una parte, prestar debida atención a las fuentes en las que el legislador Europeo ha encontrado su inspiración y han servido de contexto e impulso para la inclusión de las primeras referencias a la igualdad y no-discriminación en la legislación de la UE. Por otra, se ha de analizar la inclusión de éstas cláusulas en el Derecho comunitario, ya sea en los Tratados o sobre la base establecida en estos mediante el derecho derivado. Esta evolución se analizará desde los comienzos de las Comunidades Europeas (CCEE) pasando por todos los tratados fundacionales y sus modificaciones, así como a las Directivas que las bases contenidas en éstos han dado lugar, hasta la situación actual con la aprobación de las Directivas que conforman en cuerpo de la legislación antidiscriminatoria, cuyo análisis nos ocupará en Capítulo III.

Contribuye la primera sección de este capítulo por tanto a entender el contexto normativo que ha influido en la aprobación de disposiciones sobre igualdad y no-discriminación. La importancia de analizar las normas de referencia que han contribuido a la construcción del derecho antidiscriminatorio europeo reside en las sinergias que se generan en el contexto internacional y especialmente en materia de derechos humanos, difícilmente posibles de ignorar. En este sentido, se han distinguido en la primera parte del capítulo Convenciones, tratados y pactos de Naciones Unidas (NNUU); Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Convenciones del Consejo de Europa (CoE). Se ha realizado esta selección de fuentes de referencia atendiendo a las normas que expresamente se mencionan en los prólogos de las Directivas del cuerpo de legislación antidiscriminatoria de la UE como inspiración, y en el caso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

(CRPD),[123] debido a que la UE ratificó dicho instrumento. Esta sección pretende ayudar a la comprensión del modelo seguido por las Comunidades Europeas para legislar en materia antidiscriminatoria (basado en características protegidas) y ayudar a identificar patrones de influencia. De la misma forma, se realizará especial mención al respecto de si estos instrumentos mencionan a las víctimas de discriminación múltiple e interseccional o contienen normas expresas al respecto.

La segunda sección analiza la evolución legislativa de la Unión, desde los tímidos comienzos del derecho antidiscriminatorio, nacido de la necesidad de establecer normas mínimas en materia de igualdad de sexo que posteriormente iría desarrollándose, hasta el momento actual. El desarrollo de la legislación antidiscriminatoria de la UE es un camino que va inextricablemente unido al propio de la construcción del proyecto europeo; desde sus comienzos con la semilla de la discriminación por razón de sexo hasta su desarrollo actual. Como mencionábamos, las disposiciones legislativas han evolucionado a la par que el propio proyecto europeo. No obstante, es relevante señalar que en sus principios se desarrolló como un principio puramente económico basado en intereses meramente financieros, dado que se estaba dando un desarrollo normativo desigual en los propios Estados miembros al respecto de la igualdad de salarial entre sexos.

Es de vital importancia destacar en este punto que la construcción del derecho antidiscriminatoria se ha realizado siguiendo la corriente "single axis", de forma que se ha legislado de forma "uni-característica" dando como resultado que no todos los motivos de discriminación protegen en relación a los mismos campos materiales. Siendo esto así, puede afirmarse que la legislación antidiscriminatoria está fragmentada, y que ha estado fragmentada desde sus inicios. Esa fragmentación responde a los intereses de los Estados miembros ya que la evolución de la legislación antidiscriminatoria está unida a los intereses de los éstos y el nivel de aceptación común que se logre. Por ello, y como veremos en el presente capítulo, los "buques insignia" de la política antidiscriminatoria de la UE serán la discriminación por razón de sexo y nacionalidad. Son éstos los motivos sobre los que antes se empezó a legislar y que mayor desarrollo han suscitado, acompañados de una cuantiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de

[123] NNUU, *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,… op. cit.*

las Comunidades Europeas (TJCE) primero y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) después.

Permítanme realizar una breve puntualización, necesaria no obstante, para comprender el funcionamiento del derecho antidiscriminatorio en la UE. Ante todo, es de suma importancia subrayar que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos el derecho de la UE configura por una parte el derecho antidiscriminatorio en general (motivado por sexo, "raza" u origen étnico, edad, discapacidad, orientación sexual, etc.) y por otra la discriminación por razón de nacionalidad. Ésta última se articula junto a la ciudadanía de la unión y entra en el ámbito de la libre circulación de personas,[124] y por tanto, solo se aplica en lo que se refiere a los ciudadanos de los Estados miembros y no a ciudadanos de terceros países.[125] Por tanto, cuando hablemos del derecho antidiscriminatorio nos referiremos únicamente al resto de motivos que han sido legislados por la UE como el cuerpo del derecho antidiscriminatorio.

Continuando con lo que comentábamos en las líneas precedentes, la lucha contra la discriminación en lo que afecta a las personas (y no referido en un contexto puramente económico de exportaciones) comenzó con la lucha contra la discriminación de las mujeres en lo que a igual retribución en el empleo se refiere. Esta situación se mantendrá hasta la inclusión del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam,[126] que posteriormente daría origen a las Directivas 2000. Hasta entonces, la legislación antidiscriminatoria se encontrará centrada únicamente en el contexto del empleo y la seguridad social en el contexto de la discriminación por razón de sexo o género.[127]

Es importante destacar que los Tratados fundacionales no contienen disposiciones expresas sobre derechos fundamentales y antes de la entrada en vigor del

[124] Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, publicado en Diario Oficial L 158 de 30 de abril de 2004, pp. 77-123.

[125] Las dificultades de separar en ocasiones determinados campos como "raza" u origen étnico y nacionalidad se analizarán en el Capítulo III.

[126] Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial C 340 de 10 de noviembre de 1997. Tratado de Ámsterdam a partir de ahora.

[127] FRA, CoE, Handbook*..., op. cit.*, p. 14.

Tratado de Ámsterdam fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que elaboró un sistema de garantías. Éste a su vez se basaría en la más elaborada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya venía desarrollando su labor en el campo de los derechos humanos desde 1959.

La razón para la escasa actividad normativa a este respecto reside en que los derechos humanos y sociales no se creían necesarios, puesto que las divergencias en la protección social no eran consideradas como capaces de crear desventajas inaceptables. Las dos únicas áreas en las que era necesario legislar a este respecto eran la garantía de no discriminación por motivos de nacionalidad contra ciudadanos de los Estados miembros e igual paga para hombres y mujeres. En lo que al resto de motivos de discriminación se refiere, se permitió que fuesen los Estados los que creasen y aplicasen las medidas adecuadas. Incluso con el reconocimiento de la necesidad de crear una Europa con un "rostro social" y el desarrollo profundo del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la década de los '70, las CCEE continuaron declinando la responsabilidad para legislar sobre cualquier otro tipo de discriminación.[128]

En el preámbulo del texto por el que se establece la *Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Europeo,* ya se reconoce una cultura jurídica común sobre derechos fundamentales: "con el afianzamiento de su fe profunda en las libertades básicas… y el mantenimiento esencial, por una parte, de un sistema político realmente democrático y, por otra, de la idea de respeto común de los derechos humanos…; decidimos en cuanto gobiernos de Estados Europeos, animados del mismo espíritu y poseedores de un legado común de bienes espirituales, tradiciones políticas, respeto de la libertad y primacía de la Ley".[129]

Así, coincido con ORTIZ HERRERA cuando afirma que "Libertad, paz, bienestar, justicia social, derechos humanos, Estado de Derecho, libertad de opinión, libre circulación de personas e ideas, respeto a los valores jurídicos, políticos y morales de los Estados miembros, en definitiva, el ideal democrático en su conjunto, son paradigmas constantes en numerosos textos substanciales de la construcción europea,

[128] FREDMAN, S., "Equality: A New Generation?", *Industrial Law Journal,* vol. 30, nº 2, junio 2001, p. 149.
[129] Tal y como se cita en HÄBERLE, P., "Derecho Constitucional Común Europeo", *Revista de Estudios Políticos,* nº 79, 1993, pp. 15.

destacando la importancia del respeto a los derechos humanos como elemento definidor de su cultura".[130]

Comenzaremos en las líneas que siguen a desarrollar las fuentes de inspiración y la influencia que éstas han tenido en el desarrollo de la legislación antidiscriminatoria europea, que aunque lenta, ha avanzado significativamente en las últimas décadas para reflejar "la igualdad como valor, la igualdad como objetivo, la igualdad como derecho fundamental, la transversalidad de la igualdad, la no discriminación y la prohibición de discriminaciones indirectas y la inversión de la carga de la prueba en los litigios relativos a la igualdad o la no discriminación" tal y como menciona FREIXES.[131] Para ello comenzaremos estudiando las fuentes de inspiración para seguir con el análisis de la evolución del precepto de igualdad y no discriminación en los tratados, la legislación secundaria y la llamada jurisprudencia pretoriana del Tribunal de Justicia.

2. NORMAS DE REFERENCIA QUE HAN CONTRIBUIDO A LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO EUROPEO

La Unión Europea ha tomado inspiración de numerosas instancias a la hora de incluir disposiciones en los Tratados y redactar Directivas en el campo de la no-discriminación. Se han distinguido, a este respecto tres categorías: las Convenciones de Naciones Unidas (NNUU), los Convenios de la OIT y por último la Convención Europea de Derechos Humanos. Como mencionaba anteriormente la selección se basa en las propias herramientas jurídicas procedentes de la UE que señalan a éstas (especialmente en los prólogos de las Directivas) como fuente de inspiración del Derecho Comunitario. En este aspecto, los instrumentos que aquí se examinan son tanto anteriores a cualquier referencia antidiscriminatoria en el Derecho de la Unión, como coetáneos.

[130] ORTIZ HERRERA, S., "Los derechos fundamentales en los Tratados europeos. Evolución y situación actual", *Documento de trabajo de la Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos Serie Unión Europea*, CEU Ediciones, 34/2010, 2010, p. 5.

[131] FREIXES, T., "La Igualdad De Mujeres Y Hombres En El Derecho De La Unión Europea- Una valoración tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa", en el colectivo *Jornadas Internacionales Sobre igualdad de género y políticas públicas,* Universidad De Málaga, 2010, http://www.eumed.net/eve/igpp/ponencias/MTFS-ponencia.pdf (último acceso 13/03/2017)

Estas convenciones tienen una triple vertiente en cuanto al efecto en el derecho de igualdad y no discriminación. Por una parte, los estados firmantes tienen la obligación de respetar éstas Por otra, las propias convenciones influyen en la creación de otros parecidos de distinto nivel, es decir, que las Convenciones de las NNUU han tenido efecto directo o indirecto sobre los tratados y protocolos del Consejo de Europa, así como en la creación y desarrollo de instrumentos jurídicos análogos. Por último influyen en la creación de legislación estatal que vendrá a proteger estos derechos.[132]

Así, han impulsado la creación, y servido de inspiración de las normas jurídicas de la UE. En este apartado se expondrán las ideas y directrices más importantes del origen, sentido y alcance de estas normas y se señalará si contienen disposiciones sobre la discriminación múltiple.

A. Pactos y Convenciones de Naciones Unidas

Hay numerosos tratados de derechos humanos a nivel mundial que contienen artículos sobre igualdad y no-discriminación, e incluso algunos que se dedican exclusivamente a alguna de las vertientes del derecho de no-discriminación. Ejemplo de estos últimos son la *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 18 de diciembre de 1979 (en sus siglas en inglés CEDAW)[133] o la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (ICERD),[134] de 21 de diciembre de 1965. De hecho, tal y como afirma DE SCHUTTER, el requerimiento de la igualdad y la no-discriminación se ha situado en el centro de la legislación internacional de derechos humanos desde sus orígenes.[135]

[132] NNUU, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, 2012, http://www.un.org/es/documents/udhr/law.shtml (último acceso 22/12/2012). "De hecho, la Declaración Universal de Derechos Humanos ha inspirado más de 80 declaraciones y tratados internacionales, un gran número de convenciones regionales, proyectos de ley nacionales de derechos humanos y disposiciones constitucionales que, en conjunto, constituyen un sistema amplio jurídicamente vinculante para la promoción y la protección de los derechos humanos."

[133] NNUU, *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* Nueva York, 18 de diciembre de 1979, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1249, No. 20378, p. 13.

[134] NNUU, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,* Nueva York, 7 de marzo de 1966, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 660, No. 9464, p. 195.

[135] DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law,* 2 edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 632.

Es necesario tener en cuenta que aunque los conceptos principales de las Declaraciones y Pactos de Derechos Fundamentales no significasen lo mismo en el tiempo en el que fueron redactados y en el tiempo presente, éstos se han ido ampliando y han sido actualizados principalmente mediante la jurisprudencia y la evolución semántica de las propias palabras. De esta forma, y tal y como afirma ROMÁN, "Los conceptos de libertad e igualdad son los principales ejemplos que muestran la permanencia morfológica de las palabras, no obstante que su significado ha variado a lo largo del tiempo. Esta mutación semántica, a nuestro juicio es lo que permite a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)[136] trascender en el tiempo y adquirir la relevancia que tiene en el ámbito jurídico internacional; es decir, no solo los conceptos de libertad e igualdad se convierten en catalizadores sino que también le permite adaptarse permanentemente a la realidad internacional por medio de los significados emergentes que se le otorguen a estos valores jurídicos fundamentales en el futuro".[137]

A pesar de que Corte Internacional Permanente de Justicia produjo una serie de sentencias en las décadas de los años 20 y 30, en el ámbito internacional podemos decir que las convenciones y pactos de NNUU son las fuentes principales en cuanto a su influencia en el desarrollo del derecho de no-discriminación.[138] Dentro de estos tratados pueden hacerse dos distinciones: aquellos pactos y tratados relevantes que se ocupan de los derechos humanos en general (DUDH, PIDESC y PIDCP)[139] y aquellos que se centran en proteger a grupos castigados y necesitados de mayor protección, los llamados especializados. Éstos se basan en la aproximación de "campo protegido" y se establecen en base a éstos. Por esta razón, a pesar de que la Organización de Naciones Unidas (NNUU) ha puesto de manifiesto que reconocen la existencia de la discriminación múltiple y ha resaltado la necesidad de proteger a los grupos más desfavorecidos dentro de los grupos protegidos (especialmente en las intersecciones de género y "raza", o

[136] NNUU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Paris, 1948.
[137] ROMÁN DIAZ, M., "La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y sus conceptos de libertad e igualdad: una aproximación axiológica desde el prima Bobbiano", *Ciencias Económicas*, nº 2, vol. 29, 2011, p. 24.
[138] SCHIEK, D., WADDINGTON, L., BELL, M., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 8.
[139] Declaración Universal de Derechos Humanos.; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

discapacidad y género); la aproximación jurídica en la que se basan estas herramientas legislativas dificultan mucho el establecimiento de herramientas jurídicas específicas de protección. Esto significa que solo tienen en cuenta una vertiente (e.g.: "raza" en el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial), y, o bien no es posible interponer una queja al comité supervisor en base a las dos, o las víctimas no identifican dichas Convenciones con algún motivo protegido más que el "principal". Asimismo, la mayor parte de las Convenciones internacionales que tratan sobre discriminación datan de décadas, y el momento en el cual se redactaron la interseccionalidad aún estaba siendo formulada. Aun así, puede observarse un cambio en las Convenciones más recientes, como en la CRPD que contiene un artículo específico que señala la discriminación múltiple que sufren las mujeres con discapacidades, así como en algunas decisiones del Comité de la CEDAW.

La selección que aquí se analiza viene delimitada por la mención expresa de éstos instrumentos en los preámbulos de las Directivas del Corpus excepto en el caso de la CRPD, que fue aprobada posteriormente, pero no obstante se ha incluido al ser el primer Convenio de NNUU del que la UE es parte. Los Convenios de NNUU que mayor influencia han tenido en relación a la legislación antidiscriminatoria de la UE son los siguientes, siguiendo la clasificación que realizan de FREDMAN[140] o la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA):[141]

i. La Declaración Universal De Derechos Humanos (DUDH)

En el preámbulo de la Declaración, aprobada en 1948, se reconocen la dignidad intrínseca y los iguales e inalienables derechos de todos los miembros de la familia humana como fundamento de la libertad, justicia, progreso social, mejores niveles de vida y la paz en el mundo. Aquí, la igualdad se expresa de manera explícita, mientras que en sus artículos se expresará tanto explícita como implícitamente.

La igualdad se menciona junto a la dignidad, el derecho a la vida, la libertad y la seguridad, aunque en muchos de los otros derechos fundamentales reconocidos se

[140] FREDMAN, S., *Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2012, pp. 27-31.
[141] FRA, *Inequalities and multiple discrimination…, op. cit.,*, pp. 22-24.

establece que serán aplicados "a todos" (lo cual parece indicar que se aplican los artículos sin distinción). Tal y como resalta ROMÁN "la expresión "toda persona" se encuentra en 23 de los 30 artículos de la declaración lo que constituye una primera noción de igualdad presente en la DUDH".[142]

Continuando con el análisis del parafraseado que afecta al objeto de estudio; el artículo 1 establece la igualdad como principio fundamental:

> Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

En este artículo, la igualdad es vista como un derecho autónomo, mientras que en otros artículos, tales como el artículo 10,[143] la igualdad se muestra como base para participar en el sistema jurídico.

En el artículo 2, se incide y desarrolla la idea establecida en el primer artículo, expresando que toda persona tiene todos los derechos y libertades establecidos en el texto sin distinción de ningún tipo, y lo mismo ocurre con las siguientes disposiciones de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Es relevante en este punto subrayar que se establece el derecho de no-discriminación unido al disfrute de los demás derechos, al igual que en el artículo 14 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH), con una fórmula que después se reproducirá en algunas de las legislaciones estatales.

> Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Además, no hay mención expresa a la "discriminación" sino a la "distinción", entendida como el trato diferenciado que discrimina a alguna de las partes, lo que nos

[142] ROMÁN DIAZ, M., "La Declaración…", *op. cit.*, p. 22.

[143] Artículo 10 DUDH "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal."

deja a un grupo tratado de forma inferior a otro. Establece una lista de motivos de discriminación abierta, en la que se mencionan los más comunes ("raza", color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento,...), además de hacer referencia al origen nacional o situación del país de que la persona provenga, "condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía" y se añade la formulación "o cualquier otra condición" para acomodar otros motivos que aunque en ese momento no se considerasen relevantes pueden surgir más adelante.

El artículo 7 reconoce la igualdad ante la ley y establece el derecho de no-discriminación y la igual protección de la ley en base a ello. Une además, la discriminación al efectivo disfrute de los derechos y libertades enumeradas en la Declaración.[144]

En lo que a la aplicabilidad se refiere, se trata de una Declaración, por lo que no es jurídicamente vinculante en un principio, y por tanto, no genera obligaciones jurídicas para los Estados. Sin embargo, prácticamente todos los miembros de NNUU han firmado la Declaración e incluido artículos en sus constituciones que reconocen la validez de este documento de forma expresa ya sea de forma directa o ejerciendo su fuerza en lo que a la interpretación se refiere.[145] La Declaración se menciona en el considerando 3 de la Directiva 2000/43; el nº 4 de la Directiva 2000/78 y el nº 2 de la Directiva 2004/113.

[144] Artículo 7 DUDH: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

[145] En el caso de España, por ejemplo, se incorpora en el artículo 10.2 de ESPAÑA, *Constitución Española de 1978… op. cit.* "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España."

ii. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*[146] forma parte, junto con el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP)[147] de los denominados *Pactos de Nueva York*, que se aprobaron el 16 de diciembre de 1966. La igualdad está presente en todo el texto, estableciendo que los derechos serán disfrutados por "todos" o "sin distinción alguna".

En el preámbulo, se reconoce "la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables", que es fundamental para "la libertad, la justicia y la paz en el mundo".

El derecho de no-discriminación se recoge en el artículo 2.2, estableciendo que en el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, el Estado debe garantizar sin ningún tipo de discriminación por "motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". La formulación del derecho en este caso se realiza por tanto ligado al disfrute del resto de derechos (siendo por tanto no-autónomo) y motivado por una lista de motivos amplia que incluye una fórmula semi-abierta como "cualquier otra condición social". La no-discriminación, en este caso por razón de sexo, también se menciona en el artículo 3; en él se dice que los Estados partes tienen que garantizar la igualdad de derechos de hombres y mujeres para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos países como Bangladesh o Kuwait emitieron reservas en lo que a estos artículos se refiere estableciendo que se interpretarían de acuerdo con el significado que se le asigne en la ley estatal. Bélgica también emitió sus reservas en cuanto a la no-discriminación motivada por la nacionalidad, aclarando de antemano que ello no significaba que los extranjeros pudieran adquirir los mismos derechos que sus ciudadanos.[148]

[146] NNUU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y* Culturales, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 993, No. 14531 1, p. 3.
[147] NNUU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 999, No. 14668, p. 171 3.
[148] RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, España: Universidad de Murcia, Colección Estudios de derecho, 2004, p. 213.

Además de esto, en el artículo 7 se reconoce la igualdad de oportunidades, estableciéndola como garantía en el trabajo. Por ejemplo, en el apartado (i) se dice que el salario debe ser equitativo y las condiciones de trabajo sin distinciones de ninguna clase, pero haciendo una especial mención a la igualdad mujer-hombre. De la misma forma, el artículo 7 (c) garantiza la "Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad".

Los Estados parte promoverán la realización de los derechos reconocidos en el Pacto "individualmente y a través de la asistencia internacional y la cooperación, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena realización de los derechos reconocidos en el presente Pacto por todos los medios apropiados, incluyendo particularmente la adopción de medidas legislativas" (art. 2.1).

Asimismo, hay una mención especial a los países en desarrollo (artículo 2.3), que establece que teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, puede determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto a extranjeros (no-nacionales).

En casi todos los artículos, a la vez que reconocen el derecho específico, se detalla la forma de lograr el pleno desarrollo del mismo. Por ejemplo, en el artículo 6 se reconoce el derecho al trabajo y se dice que los países incluirán en las medidas que han de adoptarse la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

A pesar de que no se halle mención alguna en su articulado, el Comité del PIDESC, en su Comentario General nº 20, reconoce la existencia de la discriminación

cumulativa e interseccional, y establece que el impacto específico que conlleva, debe ser tomado en consideración a la hora de establecer compensaciones.[149]

El Pacto se menciona en el considerando 3 de la Directiva 2000/43; el considerando 4 de la Directiva 2000/78 y el considerando 2 de la Directiva 2004/113.

iii. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Como ya hemos comentado en el apartado anterior, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* se firmó junto al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* aunque no obtuvo el mismo apoyo y no llegaron a ratificarse a la vez. Mientras que el PIDESC se aprobó el 3 de enero de 1976, el PIDCP se aprobó el 23 de marzo de 1976. Las tres herramientas internacionales analizados hasta ahora en esta sección (DUDH, PIDESC y PIDCP) constituyen unidos, la llamada Carta Internacional de Derechos Humanos.

El presente Pacto consta de un preámbulo, seis partes diferenciadas y dos protocolos facultativos (el primero establece el mecanismo mediante el que los individuos pueden interponer denuncias por violaciones del Pacto contra los Estados miembros, mientras que el segundo Protocolo establece la abolición de la pena de muerte). Al contrario de lo que ocurría con la DUDH, estos Pactos sí son vinculantes para los estados que los ratifican, ya que se establecen obligaciones jurídicas para los Estados firmantes, además de formar órganos para vigilar el efectivo cumplimiento de esas obligaciones (Comité de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respectivamente). Sin embargo, los mencionados protocolos Facultativos son optativos y solo generarán obligaciones jurídicas en caso de que se ratifiquen expresamente.

La mención del principio de igualdad y no discriminación es una constante en la totalidad del pacto. En ocasiones se reconoce directamente, aunque también de forma indirecta, como por ejemplo en el artículo 25 (“sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades”, y “en condiciones generales de igualdad” etc.), el 14.1 (“Todas las

[149]COMITÉ DESC, Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, apartado 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2009, apartados 17-27 etc.

personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia…") o el 17.2 ("Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques…") por mencionar algunos.

Además, durante todo el Pacto se realizan menciones como "nadie podrá ser…" o "Todos…", "Todas las personas…" de forma constante, lo que implica que la igualdad se reconoce ligada principalmente al derecho fundamental de la dignidad, entre otros.[150]

Los artículos más importantes de este pacto en cuanto a la igualdad y no-discriminación se refiere, son los artículos 2.1 (reconocimiento de los derechos sin ninguna distinción), 3 (reconocimiento de los derechos establecidos por el pacto de igual forma a hombres y mujeres), 20.2 (límites de la libertad de expresión: apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia), 24.1 (derechos de los niños, no-discriminación), 26 (igualdad ante la ley y e igual protección de las leyes; derecho de no-discriminación) y 27 (derechos de las minorías).

Analizando el artículo 26 con mayor profundidad, se establece en la primera frase que "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley". Esto implica que se establece la obligación de igualdad formal de que la ley debe proteger a todos por igual y que no cabe ningún tipo de discriminación en la ley. Para lograr el objetivo de igualdad propuesto, en la siguiente frase se propone el procedimiento para conseguirlo: "A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.". El artículo establece por tanto la independencia del derecho de no-discriminación como derecho autónomo, pero sin separarlo en ningún caso del principio de igualdad. Al contrario, en el ya mencionado artículo 3 se establece de forma accesoria, uniéndolo al disfrute de los demás derechos establecidos en el Pacto.

[150]Esta afirmación se refuerza echando un vistazo al preámbulo del Pacto "… conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,…" y "…Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, …"

El Pacto se menciona expresamente en el considerando 3 de la Directiva 2000/43; el considerando 4 de la Directiva 2000/78 y el considerando 2 de la Directiva 2004/113.

iv. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD)

La Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965. Alrededor de la década de los 60, hubo gran cantidad de crímenes relacionados con la discriminación y el odio racial en una u otra vertiente. Con ello en mente, y con la intención de poner freno y declarar su rechazo a este tipo de actitudes y delitos, los Estados acordaron realizar una convención para ello. Debido a la falta de acuerdo, ésta se cristalizaría primero en una declaración (Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial)[151] que constituyó uno de los más importantes antecedentes de la Convención. La diferencia más acusada entre estas es el efecto jurídico de la Convención y el de la Declaración.

La Convención entró en vigor el 4 de enero de 1969 y consta de 25 artículos divididos en tres partes principales y un amplio preámbulo en el que destaca el rechazo a la teoría de "razas" humanas refiriéndose a la presunta superioridad de una frente a la otra.

La discriminación racial se define en el primer artículo, estableciendo una amplia definición que agrupa, por una parte el *acto* en sí (distinción, exclusión, restricción o preferencia), por otra el *motivo* ("raza", color, linaje u origen nacional o étnico) y finalmente el *efecto* (que tenga por objeto o como resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública). En este artículo también se clarifica que los contenidos de la Convención no afectarán a la regulación nacional que establezca distinciones en derechos de los nacionales y no nacionales, y que solo constituirá una brecha el que se castigue o premie a alguna nacionalidad en particular. Se aprueba además la adopción de "medidas especiales" en el sentido de acción positiva como medio temporal para alcanzar la igualdad de ciertos grupos.

[151] Firmada el 20 de noviembre de 1963 mediante la resolución 1904 (XVIII) de la Asamblea General.

En la primera parte de la Convención se establecen, además de lo mencionado en el párrafo anterior, las obligaciones a los Estados. En la segunda parte, se establecen los medios de monitorización y control de la implementación de los compromisos adquiridos por los gobiernos, así como el mecanismo de resolución de conflictos entre las partes a través del *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*. La tercera y última parte se centra en los detalles de ratificación, entrada en vigor y enmiendas.

En lo que a la discriminación múltiple se refiere, no hay en el articulado de la Convención mención expresa alguna. No obstante, se han realizado dos recomendaciones generales que tocan otras realidades a parte de la principal de la Convención ("raza"): la nº 25 que relaciona género y "raza", reconociendo la especial vulnerabilidad de las mujeres de minorías raciales, solicitando que los Estados miembros tomen la perspectiva de género en su trabajo;¡ y la recomendación nº 34 relativa a las mujeres de ascendencia africana, que pide a los Estado Miembros que tengan en cuenta su situación de especial vulnerabilidad, ya que en numerosas ocasiones son víctimas de la discriminación múltiple por efecto de sus políticas y medidas.[152]

Se menciona expresamente la ICERD en el considerando 3 de la Directiva 2000/43 y el 2 de la Directiva 2004/113.

v. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)

La Convención se aprobó el 18 de diciembre de 1979, tras años de trabajo de la *Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer* (creada en 1946 por las NNUU) y en 1999 se firmará un Protocolo Facultativo adicional.[153] La Convención se menciona expresamente en el considerando 3 de la Directiva 2000/43; el considerando 4 de la Directiva 2000/78; y el considerando 2 de la Directiva 2004/113.

[152] COMITÉ ICERD, Recomendación General No.34, Discriminación racial contra afrodescendientes, 2011.
COMITÉ ICERD, Recomendación General No.25. relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, 2000.
[153] NNUU, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* Nueva York, 6 de octubre de 1999, United Nations Treaty Series, vol. 2131, No. 20378, p. 83.

Posee VI partes además de un largo prólogo. Las cuatro primeras tratan de definiciones y derechos específicos relacionados con la discriminación de la mujer, mientras que las dos últimas hablan del establecimiento del *Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer* y su funcionamiento; así como del efecto sobre otros tratados, compromiso de los Estados miembros y la administración de la Convención.

La Convención se refiere explícitamente a la igualdad durante casi todo el texto, dando especial énfasis a la igualdad entre hombres y mujeres uniéndolo a lo ya establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La discriminación se menciona en el sentido de un tratamiento no igualitario. Tal como se define en el artículo 1, se trata de cualquier "…distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

Como se aclara en el preámbulo, el espíritu de la Convección radica en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres. El documento detalla el significado de la igualdad y la no-discriminación de las mujeres y ofrece medidas para su logro.

Según el preámbulo, la discriminación contra la mujer es algo que sucede y viola los principios de igualdad de derechos y respeto a la dignidad humana; constituye un obstáculo a la participación de la mujer en igualdad de condiciones con el hombre en la vida política, social, económica y cultural de los países; impide el crecimiento de la prosperidad de la sociedad y la familia; y hace más difícil el pleno desarrollo del potencial de las mujeres en el servicio de sus países y de la humanidad.

Los países que firmaron y ratificaron la Convención adquirieron promesas en firme como la establecida en el 2º artículo, en el que se pide a los Estados modificaciones de sus legislaciones forma expresa en los siguientes términos:

> a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
> b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
> c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
> d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación
> e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
> f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
> g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Los Estados parte tienen la obligación de procurar que las mujeres lleguen a un estado de plena igualdad con los hombres en los siguientes terrenos: vida política y pública, representación, nacionalidad, educación, empleo, salud, beneficios económicos y sociales, en el mundo rural, el derecho y la vida del matrimonio y la familia. Otros artículos mencionan el papel del género, los estereotipos y prejuicios o la prostitución.

A pesar de no contener mención expresa a la discriminación múltiple en la Convención, el Comité de la CEDAW ha tenido en cuenta otras perspectivas y ha identificado en numerosas ocasiones los casos de discriminación múltiple. Por ejemplo, en *Alyne da Silva Pimentel Teixeira*[154] el Comité entendió que la víctima había sido discriminada en el acceso a los servicios de salud en base a su sexo y su origen étnico (ascendencia africana). Alyne estaba embarazada de seis meses cuando empezó a sentir molestias severas, con lo que acudió a una consulta privada para ser tratada. En ésta recibió una atención pobre, con lo que su situación empeoró y decidió llamar a una ambulancia de un hospital público. Sin embargo, la petición de una ambulancia fue rechazada y debido a que su familia no podía permitirse el coste que suponía contratar una ambulancia privada, Alyne no recibió la atención de emergencia que requería y murió de una hemorragia en el hospital. La Comisión insistió en la especial

[154]COMITÉ CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira,* communication No. 17/2008, de 30 de noviembre de 2007.

discriminación que sufren las mujeres de ascendencia africana y de los sectores socio-económicos más bajos. El Comité señaló que Alyne había sido discriminada no sólo debido a su sexo, pero también debido a su estatus como una mujer de ascendencia africana y por sus antecedentes socio-económicos.

De la misma forma, en sus recomendaciones 27 y 28 el Comité ha indicado que la discriminación de las mujeres que se centra en su género está intrínsecamente unida a otros factores como la orientación sexual y la identidad de género.[155]

vi. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)

Se trata de la convención más reciente de las analizadas, ya que fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. A mayo de 2017, ha obtenido 160 firmas, incluyendo la de la UE.[156]

La Convención se llevaba gestando desde la década de los ‘80 buscando el modo de lograr una Convención que buscase eliminar la discriminación que sufren las personas con discapacidad. Finalmente se optó por un enfoque más completo y aunque gran parte del contenido de la Convención sigue apoyándose en la igualdad y la no-discriminación trata otros aspectos de gran importancia.

Los Estados parte a la Convención se comprometen mediante su ratificación a promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidades y garantizar su plena igualdad en la ley. La Convención ha servido como un importante catalizador des-estigmatizando la imagen de las personas con discapacidad, presentándolas ante la sociedad como igualmente poseedores de derechos humanos.

La Convención está formada por un preámbulo y 50 artículos, que recogen derechos de carácter civil, político, social, económico y cultural y se acompaña de un

[155] COMITÉ CEDAW, General recommendation No. 27 on older women and protection of their human rights, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, 2010.
COMITÉ CEDAW, General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2010.
[156] Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad publicada en el Diario Oficial L 23 de 27 de enero de 2010, pp. 35–61.

protocolo facultativo.[157] El artículo 3 recoge los principios generales de la Convención, que son los siguientes:

1. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
2. La no discriminación;
3. La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
4. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
5. La igualdad de oportunidades;
6. La accesibilidad;
7. La igualdad entre el hombre y la mujer;
8. El respeto a la evolución de las facultades mentales de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Una de las aportaciones más importantes de la convención es la incorporación del término "*reasonable accomodation*" o "ajustes razonables" muy desarrollado en el *common law*.[158]

Los artículos sobre la discriminación, dado el sentido y origen de la Convención son numerosos, aunque es el artículo 5 en el que se establece una prohibición genérica de la discriminación. Consta de 4 apartados: en el primero se defiende la igualdad formal de las personas con discapacidad; en el segundo se prohíbe toda discriminación; y en el tercero y cuarto se aprueban y recomiendan las medidas de discriminación positiva como medio de lograr la igualdad. En el siguiente artículo se reconoce la extrema vulnerabilidad de las mujeres y en el artículo 7 la de los niños y niñas con discapacidad. En el decimosegundo artículo se establece el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley. Prácticamente en todos los artículos se menciona que se reconoce el derecho para "todos sin excepción", "en igualdad de oportunidades", o "sin discriminación y en base a la igualdad de oportunidades", dando así énfasis a la

[157] NNUU, *Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, vol. 2518, No. 44910, p. 283.

[158] Artículo 2, definiciones: "… Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a la personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;…"

importancia de la prohibición de la discriminación motivada por la discapacidad de una persona.

El artículo 6 de la Convención se dedica a las mujeres con discapacidad y es donde se menciona la discriminación múltiple. Éste artículo significó un gran paso al estar ésta reconocida *ex profeso* en la ley, aunque únicamente será aplicable en el caso de mujeres discapacitadas. Éste reza:

> 1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.
>
> 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

El Protocolo facultativo configura la creación del *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. El no haber ratificado el Protocolo significará, por tanto, que el Comité no podrá recibir ninguna comunicación que concierna a un estado Parte a la Convención que no sea parte del Protocolo.

La Unión Europea es parte firmante en ésta Convención, por lo que ha de respetar las disposiciones de la misma. Ello ha implicado en la práctica ciertos cambios en la legislación antidiscriminatoria europea, empezando por la interpretación del término de discapacidad (ya que la definición ofrecida en la Convención es mucho más completa que las disposiciones de la Directiva de igualdad en el empleo).[159] En el mismo sentido, a finales de 2015 se presentó una propuesta de Directiva que pretende instaurar una *Acta Europea de Accesibilidad* para completar el marco normativo específico de las personas con discapacidades en la UE.[160] No obstante, cabe preguntarse si la UE no debería incorporar, asimismo, disposiciones en su ordenamiento en relación a la discriminación múltiple del artículo 6.

[159] Directiva 2000/78/CE… *op. cit.*

[160] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios, COM(2015) 615 final, 2 de diciembre de 2015.

B. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha tenido gran influencia con sus Convenios en el desarrollo de la legislación antidiscriminatoria de la UE.

En este aspecto, tienen gran importancia el Convenio 100[161] y el Convenio 111[162] de la OIT, ambos poseedores del status de Convenio Fundamental de la OIT.

El Convenio 100 se centra en la igualdad de remuneración entre los sexos y sirvió como ejemplo e inspiración para la legislación antidiscriminatoria por razón de sexo. El Convenio 111 sin embargo es algo posterior (1958) pero no obstante previo a cualquier tipo de legislación antidiscriminatoria europea de amplio espectro (en cuanto a motivos). Éste trata sobre la discriminación en materia de empleo y se menciona en el preámbulo de la Directiva 2000/78 (considerando 4). Este Convenio protege de la discriminación por razón de "raza", color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social y contiene definiciones muy básicas sobre la discriminación, pero no obstante servirá de base para la legislación de la UE en este aspecto. Ambos han sido además ratificados por todos los Estados miembros de la Unión Europea.

C. Convenios del Consejo de Europa

En este apartado se han incluido las Convenciones que se han nombrado en los considerandos de las Directivas que conforman en cuerpo actual del derecho antidiscriminatorio en la UE, que han sido aprobadas en el seno del Consejo de Europa (CoE).

Entre estas cabe mencionar especialmente el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*,[163] más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) debido a la especial trato que la Unión le ha dado a esta Convención, ya sea mediante la inspiración del TJUE en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la inclusión de los derechos enumerados en el Convenio como "principios generales del

[161] OIT, *Convenio C-100 sobre igualdad de remuneración*, Adoptado en Ginebra, 34ª reunión CIT el 29 de junio de 1951, entrada en vigor el 23 mayo 1953.
[162] OIT, *Convenio C-111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, Adoptado en Ginebra, 42ª reunión CIT el 25 junio 1958, entrada en vigor el 15 junio 1960.
[163] CONSEJO DE EUROPA, *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentale,… op. cit.*

Derecho comunitario" o directamente estableciendo la futura adhesión de la UE al CEDH en el Tratado de Lisboa.[164] El artículo 6(3) TUE establece, además, que el CEDH será una fuente directa de los principios generales del Derecho de la Unión Europea y por tanto únicamente constituirá un principio de interpretación hasta la adhesión de la UE a ésta. Asimismo, se menciona expresamente en el preámbulo de las Directivas del Corpus.[165]

En vistas a esta adhesión numerosos académicos han fijado su vista en la compatibilidad de las normativas en relación a los diferentes derechos. En cuanto a la discriminación, el CoE y la FRA publicaron un manual que estudia la compatibilidad de éstas, tratando de encontrar los puntos comunes. No obstante la academia ha sido más crítica en este aspecto.[166] En este sentido, BESSON y BURRI defienden que en relación a la discriminación de sexo los enfoques distan muchísimo a pesar del diálogo judicial y la fuente que el CEDH siempre ha construido.[167] Las justificaciones y su aproximación que hemos comentado en el Capítulo I constituyen, por ejemplo, uno de los puntos potencialmente problemáticos. GERARDS defiende en este sentido, que es posible que así como la adhesión puede implicar que el TJUE se adapte en la mayoría de los aspectos y materias a la ampliamente establecida jurisprudencia del TEDH; puede que sea precisamente el campo de la no- discriminación la materia en la que dicha adaptación pudiera ser reversa.[168] En cualquier caso parece claro que la adaptación deberá hacerse nivelando hacía arriba y no hacia abajo teniendo en cuenta la importancia y sensibilidad de la materia.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), recoge en su artículo 14 el derecho de no-discriminación. En este Convenio, al contrario de lo que ocurre en la

[164] Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007, publicado en el Diario oficial C 306 de 17 de diciembre de 2007.

[165] En este sentido, vid. considerando 1 y 4 de la Directiva 2000/78… *op. cit.;* Artículo 2 de la Directiva 2000/43… *op. cit.*, y considerando 1 y 2 de la Directiva 2004/113… *op. cit.*

[166] TOBLER, C., "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaoRV*, vol. 74, 2014, pp. 521-561.

[167] BESSON, S., "Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?", *Human Rights Law Review,* nº 8, vol. 4, 2008, pp. 676 y ss.
BURRI, S., "Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law? A Comparison of Legal Contexts and Some Case Law of the EU and the ECHR", *Utrecht Law Review,* nº 9, vol. 1, 2013, pp. 102- 103.

[168] GERARDS, J., "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, nº 13, vol. 1, 2013, p. 102.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), no se configura la no-discriminación como derecho autónomo. Esto implica que se protege a los individuos de la discriminación sufrida en relación con los demás derechos enumerados en la Carta. De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha establecido de forma reiterada que el artículo 14 complementa otras medidas sustantivas de la Convención y sus Protocolos. Así, no tiene existencia independiente, ya que solo tiene efecto en relación a los "derechos y libertades" protegidas por esas normas. Sin embargo, el reconocimiento de la violación del artículo 14 no presupone de forma automática la brecha de uno o más de esos otros preceptos legales a los que debe ir unido. Su autonomía por tanto viene definida por dos elementos: la necesidad de relacionar la violación del artículo 14 a otros artículos de la Convención y la innecesaridad de que haya una efectiva brecha en esos artículos, siendo autónomo hasta este límite, ya que no cabría considerar su aplicación si los hechos del caso no entraran dentro del ámbito de protección de una o más normas legales.[169]

> Artículo 14. Prohibición de discriminación.
>
> El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Como puede observarse, este artículo enumera 11 motivos de discriminación, y contiene una cláusula abierta ("o cualquier otra situación") que permite que si el Tribunal considera el motivo relevante el caso concreto, éste quede cubierto por la Convención.

[169] STEDH, *Karner v Austria*, 24 de Julio de 2003, no. 40016/98, apartado 32. "The Court reiterates that Article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence, since it has effect solely in relation to the "rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions, and to this extent it is autonomous, there can be no room for its application unless the facts of the case fall within the ambit of one or more of the latter (see *Petrovic v. Austria*, judgment of 27 March 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-II, p. 585, § 22)."

El Consejo de Europa (CoE) aprobó asimismo en 2000 el *Protocolo nº 12*, creando un derecho completamente autónomo a la no-discriminación que, sin embargo, no ha sido ratificado por todos los países que si ratificaron la CEDH.[170]

En este sentido, es también importante mencionar la *Carta Social Europea*[171] de 1961 (y su revisión en 1996),[172] que han sido fuente en la Carta de Derechos Fundamentales y el Tratado de Lisboa de la UE, mencionada en el preámbulo y cuyo contenido en las Explicaciones de la misma han impregnado la redacción de buena parte de las disposiciones.[173] La Carta Social Europea contiene el reconocimiento de una serie de derechos sociales, entre los que se encuentran el derecho a una remuneración justa (artículo 4), determinadas medidas destinadas a proteger a los niños y personas jóvenes en el acceso y condiciones de empleo (artículo 7), el derecho a la protección de las mujeres trabajadoras (artículo 8) y los derechos de las personas con discapacidad (artículo 15), entre otros. Se reconoce además en el preámbulo que el disfrute de los derechos sociales debe ser asegurado sin discriminación por razón de "raza", color, sexo, religión, opiniones políticas extracto social u origen social.

El Consejo de Europa aprobó asimismo el *Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, también denominada la Convención de Estambul en 2011, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014.[174] Esta Convención pretende instaurar un marco de protección y prevención en relación a la violencia que experimentan las mujeres. No se menciona la discriminación múltiple en su texto, aunque si se hace referencia en el artículo 4(3) a que las medidas a implantar de acuerdo a la Convención deben asegurarse sin discriminar a cambio en base a otros motivos de discriminación:

> La aplicación por las Partes de las disposiciones del presente Convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada

[170] A este respecto, a fecha de 10/03/2017 únicamente 10 Estados miembros de la UE han ratificado dicho protocolo. Vid.: http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/chartSignature/3 (último acceso 10/03/2017)
[171] CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*, Turín, 18 de octubre de 1961, ETS No.035. CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*, Estrasburgo, 3 de mayo de 1996, ETS No.163.
[172] La Carta Social Europea de 1961, *op. cit.*, solo mencionaba la discriminación en su preámbulo.
[173] JIMENA, L., "La Consagración de los Derechos Fundamentales: de Principios Generales a Texto Fundacional de la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto* nº 50, 2014, p.184.
[174] CONSEJO DE EUROPA, *Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, Estambul, 11 de mayo de 2011, CETS No.210.

> en particular en el sexo, el género, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, la fortuna, el nacimiento, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, el estado de salud, la discapacidad, el estado civil, el estatuto de emigrante o de refugiado, o cualquier otra situación.

Existe una propuesta de adhesión a este Convenio por parte de la UE de marzo de 2016.[175]

3. LA EVOLUCIÓN DEL PRECEPTO DE NO-DISCRIMINACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

A. El olvido y lento avance del aspecto social y los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas

Como ya se ha mencionado en la introducción, la legislación antidiscriminatoria de la UE se ha desarrollado de forma paralela al proceso de construcción y ampliación de las competencias de la Unión. Cuando en 1951 se creó el Mercado común de carbón y acero, se hizo para controlar los dos elementos principales que influían en la creación de las armas y evitar que Europa viviese una III Guerra Mundial.

Está comúnmente aceptado[176] que la primera inclusión de un precepto legal sobre igualdad y no-discriminación en los tratados comunitarios lo encontramos en el artículo 119 del Tratado de Comunidad Económica Europea de 1957, empero, con referencia exclusiva a la igualdad de retribución entre sexos y presentándolo como principio que guie la recién creada CEE (Comunidad Económica Europea).[177]

Sin embargo, es cierto que tal y como afirma QUESADA, las primeras referencias o menciones a la no discriminación, aunque no en un contexto social sino económico se

[175] Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, COM(2016) 109 final, 4 de marzo de 2016.
Sobre los efectos de dicha adhesión, vid. NOUSIAINEN, K., CHINKIN, C., *Legal implications of EU accession to the Istanbul Convention*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.
[176] FRA, CoE, Handbook*…, op. cit.,* p. 14.
[177] Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, no publicado en el Diario Oficial. De ahora en adelante Tratado de la CEE o TCEE.

realizaron ya en el Tratado de la CECA,[178] en referencia exclusiva a la discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros.[179] Como ya hemos señalado en la introducción del Capítulo la discriminación por razón de nacionalidad no se considera que forme parte del cuerpo legislativo del derecho antidiscriminatorio. Se menciona en este momento por tanto únicamente por ser la primera referencia a la discriminación, pero nos abstendremos de mencionarlo de aquí en adelante.

El artículo 69 del Tratado de la CECA hablaba por tanto sobre la discriminación por razón de nacionalidad en el contexto de la libre circulación de trabajadores prohibiendo expresamente en su apartado 4º "Los Estados miembros prohibirán toda discriminación en la retribución y en las condiciones de trabajo entre trabajadores nacionales y trabajadores inmigrados, sin perjuicio de las medidas especiales referentes a los trabajadores fronterizos; en particular tratarán de buscar entre sí cuantas soluciones sigan siendo necesarias a fin de que las disposiciones relativas a la seguridad social no constituyan un obstáculo para los movimientos de la mano de obra.".[180] Relata MORENO que "la apertura de un mercado común para el carbón y el acero implica la supresión de derechos de aduanas y de restricciones cuantitativas a la libre circulación de productos, la prohibición de medidas discriminatorias y de subvenciones o ayudas para estas industrias por parte del estado", razón por la cual se incluyó dicho artículo.[181]

En el Tratado de la CEE se incorporaron, como hemos mencionado, disposiciones relativas a la discriminación de sexo, aún situados en un contexto en el

[178] Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el 18 de abril de 1951, no publicado en el Diario Oficial. De ahora en adelante, Tratado de la CECA.

[179] QUESADA SEGURA, R., "La no-discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 3, 2007, p. 54.

[180] Es trascendental subrayar e insistir en que cuando hablamos de discriminación por razón de nacionalidad hablamos de la discriminación que pueda darse entre los nacionales de los distintos estados que componen la UE, siendo nacionales de "tercer estados" el resto. Las normas a las que nos referimos nacen de la libre circulación de personas en el mercado laboral de la UE y por tanto la discriminación es la que puede darse dentro de los sujetos con esa libertad, no el resto, algo sumamente criticado por la doctrina. Vid. a este respecto FREDMAN, S., "Equality…", *op. cit.*, p. 152; LORD LESTER OF HERNE HILL, "New European equality measures", *Public law*, nº 4, 2000, pp. 562-567; o BROWN, C., "The Race Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe?", *Yearbook of European Law*, nº 21, 2001, pp. 195-227.

[181] MORENO JUSTE, A., *El Tratado de Roma*, Madrid: Información e Historia S.L. Colección Cuadernos del Mundo Actual. Nº 48, 1994, p. 14.

que las pocas competencias transferidas a la UE siguen siendo netamente económicas. Ello se hizo para evitar que los Estados que formasen parte de esa Comunidad no pudieran obtener ventajas económicas ofreciendo sueldos menores o condiciones menos favorables a las mujeres.[182]

La intención principal se enfoca, por tanto, en que el diferente desarrollo de esas legislaciones antidiscriminatorias no llevase al empleo de mano de obra barata, traducido en una ventaja competitiva sobre otros Estados miembros. Parece lógica por tanto, la conclusión de que los primeros pasos de la legislación antidiscriminatoria no se aplicaron por una mayor consideración hacía las féminas, basados en la idea de lo justo, sino por razones exclusivamente económicas. Por tanto, no es tanto una común idea sobre los derechos sociales y humanos, sino al contrario, una puramente pragmática lo que mueve a la las Comunidades Europeas a prohibir que uno de sus miembros no pudiese utilizar una circunstancia de derecho interno para lograr una ventaja competitiva, utilizando las mujeres como mano de obra de bajo coste frente a otro que sí regulaba la igualdad de salarios entre sexos. La primera vez que se legisló en materia de igualdad, por tanto, no había uniformidad ni consenso entre los Estados miembros y sin embargo, se decidió que sería legislando a nivel europeo la forma en la que se lograse establecer un mínimo de armonización y coherencia a este respecto.

Habrá que esperar a que la Unión vaya floreciendo para que la preocupación en materia de igualdad torne, ya que, tal y como asegura FREDMAN fue solo con la aceptación de la convergencia de objetivos económicos, y objetivos sobre justicia y equidad que se concedió el poder de legislar en materia de no-discriminación.[183]

Aun así, y dado que preservar la paz de la postguerra seguía siendo una prioridad de primer orden; BELL defiende que los Estados miembros reconocieron mediante la inclusión de dicha disposición en el Tratado de la CEE, que la integración económica llevaría consigo de forma inevitable efectos sociales; y que por tanto, podría decirse que se debatió el papel apropiado para la política social desde los cimientos de lo que

[182] FRA, CoE, Handbook *..., op. cit.,* p. 14
[183] FREDMAN, S., "Equality…", *op. cit.*, p. 152.

posteriormente se convertiría en la Unión Europea.[184] El artículo 119, por tanto, incorporaba la discriminación de sexos reflejado en la igualdad salarial:

> Artículo 119 Tratado de CEE
>
> 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.
>
> 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.
>
> La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:
>
> a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
>
> b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

Este artículo dará asimismo comienzo a la aprobación de la legislación secundaria, muy prolífica durante los años que culminarán con el que actualmente se llama el cuerpo de la legislación antidiscriminatoria, que surgiría principalmente tras el Tratado de Ámsterdam.

En lo que a la discriminación por razón de sexo se refiere, la primera Directiva a este respecto fue Directiva 75/117/CEE del Consejo de 10 de febrero de 1975,[185] relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos. Tal y como indica su rúbrica, la Directiva prohíbe toda discriminación de sexo en lo que a la remuneración se refiere, incluyendo, la descripción de "igualdad de retribución", estableciendo la eliminación de las discriminaciones existentes en este aspecto en los Estados miembros y alentando a los éstos a tomar medidas para proteger a las trabajadoras de cualquier abuso o despido y establecer medidas en su legislación para asegurar la igualdad de retribución, como por ejemplo, mediante la protección

[184] BELL, M., *Antidiscrimination law and the EU*, Oxford University Press, 2002, capítulo I (version en pdf de la biblioteca de la LSE online)

[185] Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, Diario Oficial L 045 de 19 de febrero de 1975, pp. 19-20.

específica en los convenios colectivos. Se trató de una Directiva muy importante, que, aunque dejaba ciertos elementos fuera de la definición de salario, fue posteriormente ampliada tras el Tratado de Ámsterdam (artículo 141 tras el Tratado de Maastricht-antiguo 119 TCEE) para incluir cualquier elemento de carácter retributivo y cualquier forma de retribución en la definición de salario.[186] Se derogaría posteriormente en virtud de la Directiva 2006/54/CE,[187] (Directiva de refundición igualdad de trato entre hombres y mujeres) que refundió numerosas Directivas para hacer más práctica la aplicación de sus disposiciones.

En este periodo de tiempo también se adoptó la Directiva 76/207/CEE[188] del Consejo de 9 de febrero, relativa a la igualdad de sexo en el acceso al empleo, a la formación, condiciones de trabajo y a la promoción profesional. Esta Directiva amplió la garantía de la igualdad de trato a todos los aspectos relacionados con la relación laboral. En el artículo 1.2 de esta directiva se preveía que el Consejo, para asegurar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social adoptaría, a propuesta de la Comisión, disposiciones que precisarían, de forma especial, su contenido, alcance y modalidades de aplicación. Basándose en ello, el Consejo adoptó la Directiva 79/7/CEE,[189] relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de la seguridad social.

i. Acta Única Europea: La irrupción de la esfera social en las CCEE- El olvido de la discriminación

En el Acta Única Europea[190] (AUE de ahora en adelante), firmada en Luxemburgo el 28 de febrero de 1986 se produjo una pequeña "revolución" en lo que a la esfera social de la Unión se refiere. De hecho, aunque la esfera social se hubiese

[186] QUESADA SEGURA, R., "La no-discriminación…", *op. cit.,* p. 61.
[187] Directiva 2006/54/CE… *op. cit.*
[188] Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, publicado en el Diario Oficial L 39 de 14 de febrero de 1976, pp. 40-42.
[189] Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, Diario Oficial L 006 de 10 de enero de 1979, pp. 24-25.
[190] Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, publicado en el Diario Oficial L 169 de 29 de junio de 1987. De ahora en adelante Acta Única Europea o AUE.

comenzado a perfilar ya mediante el CEE, fue en el AUE donde se empezó a perfilar como un instrumento decisivo en éste área.[191]

De hecho, en el preámbulo se afirma e introducen los derechos y libertades, así como la esfera social en un doble guiño hacía los derechos ya reconocidos en el derecho interno de los Estados miembros y hacia los instrumentos ya aprobados del Consejo de Europa, como son el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y la Carta Social Europea.[192]

> DECIDIDOS a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, *en particular la libertad, la igualdad y la justicia social*, (…) [193]

El texto, tal y como asegura QUESADA SEGURA, "fue un instrumento decisivo: incorpora derechos sociales al derecho originario, modificando el Tratado de Roma, e introduce dos nuevas subsecciones: Política social, y Cohesión económica y social".[194] Sin embargo, y aunque se habló de ello en la gestación del Acta, no existió el consenso necesario para incluir los derechos fundamentales entre las nuevas políticas comunes.[195]

Como ya hemos mencionado, aunque la política social ya había empezado a trazarse en los tratados anteriores, el artículo 21 del AUE introducirá el artículo 118A que autoriza al Consejo, decidiendo por mayoría cualificada en el marco del procedimiento de cooperación, a adoptar, medidas para "la mejora…del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores" mediante directivas. Sin embargo, aparte de estas menciones que afectan el derecho de no-discriminación en el sentido de que allanan el camino a seguir, es cierto que no existe ni un solo artículo que añada algo a lo ya establecido por los Tratados anteriores.

Tal y como afirma CHUECA SANCHO, en el AUE se trató de realizar la operación de "maquillar" los Tratados originales en materia de los derechos fundamentales en general. Añade, además, que "durante casi cuatro décadas, los Tratados comunitarios

[191] QUESADA SEGURA, R., "La no-discriminación…", *op. cit.,* p. 57.
[192] Estos instrumentos del CoE han sido objeto de análisis en la primera mitad del presente Capítulo.
[193] Cursiva incorporada por la autora.
[194] QUESADA SEGURA, R., "La no-discriminación…", *op. cit.,* p. 57
[195] BONET MARCO, E., *Introducción al Acta Única Europea*, Madrid: ESIC, 1988, p. 29.

permanecieron impasibles a la evolución de los derechos fundamentales efectuada por el Tribunal de Justicia y refrendada por Declaraciones del Parlamento Europeo, de la Comisión, del Consejo Europeo y del Consejo de las CCEE (hoy Consejo de la UE)".[196]

Aunque no se trate de un Tratado como los que venimos analizando hasta el momento, es importante analizar llegados a este punto la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores*,[197] adoptada en 1989 por todos los Estados miembros exceptuando, como es sabido, el Reino Unido, bajo la batuta de la entonces Primera Ministra Margaret Thatcher.[198]

En ésta se realiza un catálogo de derechos sociales de los trabajadores en el que la discriminación se menciona una vez más en el preámbulo, pero por otro lado se menciona la discriminación como derecho y se establecen más áreas que el sexo o la nacionalidad para ello:

> Considerando que, para garantizar la igualdad de trato, es conveniente luchar contra las discriminaciones en todas sus formas, en particular las basadas en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias, y que, con espíritu de solidaridad, es importante luchar contra la exclusión social.

Además de ésta mención, la igualdad de trato y oportunidades se menciona en varios puntos de la Carta, mientras que la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres se garantiza en el artículo 16, sugiriendo además "acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres", es decir, dando los primeros pasos para impulsar medidas sustantivas como forma de lucha contra la discriminación sistémica.[199] Los artículos 20 al 24 tratan, aunque no se mencione la

[196] CHUECA SANCHO, A., "La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados Comunitarios" en MATIA PORTILLA, F.J., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2002, p. 23.

[197] La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, firmada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

[198] DE LA VILLA DE LA SERNA, P., "Las tres Cartas Europeas sobre Derechos Sociales", *Revista Del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001, p. 274. El Reino Unido la adoptó en 1998, durante la integración de los principios de la carta en el Tratado de Ámsterdam.

[199] Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989… *op. cit.*
"Artículo16. Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres.
Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución,

discriminación, sobre las condiciones específicas de los jóvenes y personas de avanzada edad. El artículo 26 por su parte se refiere a las personas con discapacidades y según FLYNN fortaleció la igualdad en la ley de los mismos.[200]

> 26. Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social.
> Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.

No obstante del gran paso que supuso la Carta, en relación a los Tratados fundacionales y de modificación, podemos afirmar que la discriminación aún no encuentra el reconocimiento que le corresponde hasta el Tratado de Ámsterdam.

Sin embargo, en esta década la legislación secundaria se desarrollará en relación a la igualdad de sexo de forma importante. De hecho, en 1986 se aprobó la incorporación (no-progresiva) del principio de igualdad en la seguridad social mediante la Directiva 86/378/CEE[201] (que será posteriormente modificada por Directiva 96/97/CE[202] y refundida en la Directiva 2006/54)[203]. Ésta Directiva trataba la baja por maternidad; así como la Directiva 86/613/CEE,[204] que establecía las condiciones de las mujeres embarazadas autónomas incluyendo aquellas dedicadas a la actividad agrícola y la baja por maternidad.

---

las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional.
Conviene, asimismo, desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares."

[200] FLYNN, L., "The implications of article 13- After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?", *Common Market Law Review*, nº 6, vol. 36, 1999, p. 1127.

[201] Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, publicado en Diario Oficial L 225 de 12 de agosto de 1986, pp. 40-42.

[202] Directiva 96/97/CE del consejo de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, Diario Oficial L 046 de 17 de febrero de 1997, pp. 20-24.

[203] Directiva 2006/54/CE… *op. cit.*

[204] Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, Diario Oficial L 359 de 19 de diciembre de 1986, pp. 56-58.

ii. Tratado de la Unión Europea- Grandes cambios para la Unión, ninguno para la discriminación

En los ´90 numerosos *lobbies* o grupos de interés comenzaron a movilizarse para que la prohibición de discriminación no quedara restringida únicamente a los campos de la nacionalidad y sexo.[205] Sin embargo, no lograrían su objetivo en el primero de los Tratados que se firmó en esa década (Maastricht)[206] y tuvieron que esperar hasta el Tratado de Ámsterdam para ver sus esfuerzos recompensados.

Aun así, tal y como afirma SADURSKI, fue la natural evolución de la Comunidad Europea hacia una entidad más política y constitucional, encapsulada a su vez con la adopción del término "Unión" en el Tratado de Maastricht (1992) la que eventualmente introdujo los derechos y la democracia en la agenda de la UE.[207]

El Tratado de la Unión Europea (TUE) firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 y marca un antes y un después en la historia de la integración europea, estableciendo los cimientos de la integración política. Así, se instaura el sistema de los tres pilares: las Comunidades Europeas, la política exterior y de seguridad común (PESC) y la cooperación policial y judicial en materia penal (JAI). El aspecto social cobra importancia y se crea la ciudadanía europea.

En el artículo B del tratado se establecen los objetivos de la Unión, y es importante mencionar que no se alude a la igualdad ni a la desaparición de toda discriminación como tal. Se sigue preparando el terreno, no obstante, hablando de promover un "progreso económico y social equilibrado y sostenible" o mediante la "protección de los derechos e intereses de los nacionales…".

[205] FRA, CoE, Handbook *…, op. cit.*, p. 14.
[206] Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, publicado en el Diario Oficial C 191 del 29 de julio de 1992. De ahora en adelante TEU o Tratado de Maastricht.
[207] SADURSKI, W., "Adding a Bite to a Bark? A story of article 7, EU enlargement, and Jorng Haider", *The University of Sidney- Sidney Law school, Legal Studies Research Paper,* nº 10/1, January 2010, p. 2. "It was only the evolution of the European Community towards a more political and constitutional entity, symbolically encapsulated by the adoption of the name of the European *Union* in the Maastricht Treaty (1992), that eventually placed rights and democracy on the Union's agenda."

De la misma forma, se puede apreciar que se introducen los derechos humanos y fundamentales como objetivo general (artículo 130 U.2)[208] y se alude al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (artículo F.2.):

> La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

La ya mencionada *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores* se anexionó al tratado como "Acuerdo sobre la política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte", y como su propia rúbrica indica el Reino Unido se negó a firmarlo una vez más. Este acuerdo trata la discriminación de sexos en su artículo 6, estableciendo:

> 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo.
>
> 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.
>
> La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:
>
> a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la misma base de una misma unidad de medida,
>
> b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.
>
> 3. El presente artículo no impedirá que cada Estado miembro mantenga o adopte medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.

QUESADA afirma que estableció, "un mecanismo que permitía la aprobación por mayoría cualificada de las Directivas de armonización en materia de seguridad e higiene y protección de los trabajadores".[209]

[208] Tratado de la Unión Europea, versión aprobada por el Tratado de Maastricht. Artículo 130 U. 2. La política de la Comunidad en este ámbito contribuirá al objetivo general de desarrollo y consolidación de la democracia y del Estado de derecho, así como al objetivo de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

[209] QUESADA SEGURA, R., "La no-discriminación…", *op. cit.,*, p. 57.

En lo que se refiere a la legislación secundaria, se promulgó la Directiva 92/85/CEE del Consejo que se centraba en la protección de la mujer embarazada, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.[210]

En 1996, se presentó una Directiva que modificaría la Directiva 86/378/CEE[211] relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. Ese mismo año, se aprobó la Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 1996[212] sobre la integración del principio de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los Fondos estructurales europeos y el Consejo presentó la Directiva 96/34/CE,[213] que establecería un marco jurídico con arreglo del "Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICEF, el CEEP y la CES", que establecía disposiciones mínimas sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y así promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

En 1997 se aprobó la Directiva 97/75/CE[214] por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE, y que en 2010 sería derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010.[215]

---

[210] Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), publicado en el Diario Oficial L 348 de 28 de noviembre de 1992, pp. 1-7.

[211] Directiva 96/97… *op. cit.* Esta Directiva a su vez se verá refundida en la Directiva 2006/54… *op. cit.*

[212] Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 1996 sobre la integración del principio de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los Fondos estructurales europeos publicada en el Diario Oficial C 386, 20 de diciembre de 1996, pp. 1-3.

[213] Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, publicada en el Diario Oficial L 145 de 19 de junio de 1996, pp. 4-9.

[214] Directiva 97/75/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, publicada en el Diario Oficial L 10 de 16 de enero de 1998, p. 24.

[215] Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE Texto pertinente a efectos del EEE, publicada en el Diario Oficial L 068 de 18 de marzo de 2010, pp. 13-20.

Respecto a los medios para probar la discriminación de sexo, se aprobaría la Directiva 97/80/CEE[216] que establecía la reversión de la carga de la prueba en estos casos, de forma que sería responsabilidad del empleador demostrar la ausencia de discriminación cuando puedan probarse indicios de la misma. Ésta Directiva no se aplicó en el Reino Unido e Irlanda del Norte, por lo que al año siguiente se aprobó la Directiva 98/52/CE[217] del Consejo de 13 de julio que ampliaba la aplicación territorial a los estas dos regiones. Posteriormente estas medidas se derogarían mediante el texto de la Directiva refundida.

iii. El cenit del Tratado de Ámsterdam y Niza: La igualdad como objetivo

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, completó la legislación comunitaria en los aspectos que se dejaron pendientes en Maastricht en lo que respecta a los derechos fundamentales, al menos en lo que a la discriminación se refiere. Este tratado supuso un hito en el área de la no-discriminación, ya que se incluyó, por una parte el artículo 13 en el TCE, que constituiría la base para legislar y promulgar Directivas sobre discriminación en relación a más motivos que sexo; y que por otra parte establecía la discriminación como valor transversal, de forma que se impuso como principio que debía presidir todas las políticas comunitarias; tanto como objetivo, así como medio de acción.

Al mismo tiempo se especifican en el Tratado puntos que ya habían sido desarrollados por la jurisprudencia del TJCE, como por ejemplo definiciones conceptuales específicas, muy relevantes y que se plasman especialmente en el artículo 141 del TCE (antiguo artículo 119 TCEE).[218] Asimismo se amplían los campos en los que la discriminación por razón de sexo está prohibida (recordemos que inicialmente se planteó enfocado únicamente hacia la igualdad retributiva):

> 1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

[216]Directiva 97/80… *op. cit.*

[217] Directiva 98/52/CE del Consejo de 13 de julio de 1998 relativa a la ampliación de la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, publicado en el Diario Oficial L 205 de 22 de julio de 1998, pp. 66-67.

[218] BALLESTER PASTOR, M.A., "El principio Comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, p. 34.

> 2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.
> La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:
> a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
> b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.
> 3. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.
> 4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, 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.

Finalmente, el ya mencionado artículo 13 TCE incluyó por vez primera en un tratado de la UE una disposición de discriminación genérica que no fuese centrado en la discriminación de sexo o nacionalidad, incluyendo los campos protegidos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Este artículo se sitúa, además, en la primera parte del Tratado que trata de los principios de la Unión, por lo que la no-discriminación se establece como principio que regirá la misma.

A pesar de que el TJCE ya había desarrollado un "sistema de garantías" en cuanto a los derechos fundamentales en general y a la discriminación en particular mediante la llamada jurisprudencia pretoriana,[219] FLYNN señala que con el artículo 13 se le pretendía dar una base más segura a todo ese sistema de garantías y posibilitar medidas que recogiesen en instrumentos legales la doctrina establecida por el TJCE,[220] además de incluir por primera vez los motivos de discapacidad, edad, orientación sexual, de origen racial o étnico y religión o convicciones.

[219] Ésta se analizará en la siguiente sección.
[220] FLYNN, L., "The implications…", *op. cit.*, p. 1127.

> Artículo 13
> Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

La adopción del artículo 13 refleja el reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de desarrollar un enfoque coherente e integrado en materia de lucha contra la discriminación. Este enfoque tiene por objeto maximizar los esfuerzos conjuntos para combatir la discriminación y aprovechar las transferencias de experiencias y buenas prácticas en los distintos ámbitos. No obstante, también es de vital importancia observar que este artículo tiene un status subordinado con el resto de disposiciones concernientes al trabajo ("Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado...").

Mediante el Tratado de Ámsterdam, la igualdad entre hombre y mujer se incluirá entre las misiones de la Unión en el artículo 2 TCE. Además, al detallar los principios de la UE en al artículo 3.1 TCE, se añade "En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.". De esta forma se establece la igualdad de sexo como principio transversal (*mainstreaming*) que afecta a todas las leyes y políticas de la UE que persigan los objetivos que se han enumerado en el punto primero y por tanto la prohibición de discriminación. El *mainstreaming* de género implica "la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas".[221]

Podría afirmarse que la obligatoriedad de incluir la perspectiva de género en todas las leyes y políticas de la UE incluye también las leyes antidiscriminatorias independientemente del motivo y que ello implica la aceptación (al menos teórica) de la figura de la discriminación múltiple siempre que una de las características sea el sexo. Sin embargo no ha habido caso alguno que haya puesto en tela de juicio esta afirmación.

[221] GRUPO DE ESPECIALISTAS EN MAINSTREAMING, "Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de "buenas prácticas". Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS)", *Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Serie documentos, nº 28, Madrid, 1999, p. 26.

El Tratado de Niza[222] no traerá consigo progresos de importancia, exceptuando que el artículo 13 será modificado añadiéndole un segundo punto para poder aprobar medidas incentivadoras por mayoría cualificada del Consejo.[223]

> No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros, emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251.

El establecimiento de la igualdad como objetivo y la incorporación del artículo 13 en el Tratado de Ámsterdam implicaron la creación de lo que actualmente se denomina el cuerpo de derecho antidiscriminatorio actual, cuyo contenido ocupará el Capítulo III. En el año 2000 se aprobaron dos Directivas que son las que componen actualmente, junto con la Directiva de refundición 2006/56 y la Directiva 2004/113/CE el actual cuerpo de legislación antidiscriminatoria.[224] Tras la incorporación del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam habrá que esperar hasta el año 2000 a que se aprobaran las Directivas que protegían de la discriminación más allá del sexo o la nacionalidad. En julio de 2000 verá la luz la Directiva 2000/43/CE,[225] también llamada Directiva de igualdad racial, que se afianzará así como el motivo de discriminación con una protección más amplia. Ese mismo año, en diciembre se aprueba la Directiva 2000/78/CE, llamada Directiva de igualdad en el empleo.[226]

B. La no-discriminación como Derecho: De la clásica jurisprudencia pretoriana del Tribunal de Justicia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Como se ha señalado repetidamente, los tratados constituyentes de la UE no contenían ningún precepto específico sobre los derechos humanos ya que no se consideró que las Comunidades que se creaban en esos momentos tendrían repercusiones a este nivel.

---

[222] Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001, publicado en el Diario Oficial C 325 de 24 de diciembre de 2002.

[223] COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde - Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada COM/2004/0379 final, de 28 de mayo de 2004, p. 5.

[224] Estas herramientas se estudian en profundidad, al constituir el llamado "cuerpo" de la legislación antidiscriminatoria europea en el próximo Capítulo.

[225] Directiva 2000/43/CE… *op. cit.*

[226] Directiva 2000/78/CE… *op. cit.*

Sin embargo, la UE siempre ha tenido los Derechos Humanos en mente, como se demuestra en el preámbulo de la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Europeo en 1950 que reza "con el afianzamiento de su fe profunda en las libertades básicas… y el mantenimiento esencial, por una parte, de un sistema político realmente democrático y, por otra, de la idea de respeto común de los derechos humanos…; decididos en cuanto gobiernos de Estado Europeos, animados del mismo espíritu y poseedores de un legado común de bienes espirituales, tradiciones políticas, respeto de la libertad y primacía de la Ley…".[227]

No obstante, y mediante la aplicación de la legislación comunitaria, pronto empezaron a plantearse problemas en este aspecto a los que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dio respuesta basándose en el consenso existente en las legislaciones de los Estados miembros; fundamentándose para ello principalmente en las tradiciones constitucionales, y en la ya desarrollada doctrina del TEDH, ya que todos los Estados miembros de las Comunidades Europeas eran asimismo firmantes del Convenio, formando así el corpus jurisprudencial conocido como "principios generales del derechos comunitario".[228] Por tanto, mediante la creación de un marco de protección se logró dar mayor alcance y significado a la muy limitada legislación sobre derechos fundamentales. Afirma BALLESTER que se configuró un marco conceptual muy avanzado que daría lugar a importantes cambios en todas las instancias, no solo sirviendo como fuente al futuro cuerpo de legislación antidiscriminatoria de la UE sino incluso en relación a la legislación de los Estados miembros; implementando figuras hoy tan conocidas como la acción positiva o discriminación indirecta (conceptos descritos en el Capítulo I) o estableciendo la necesidad de la inversión de la carga de la prueba en los casos de discriminación.[229]

i. Principios Generales Del Derecho

Como ya hemos establecido de forma reiterada mediante el análisis de la evolución de las disposiciones sobre discriminación y derechos fundamentales en los Tratados de la UE; en los tratados fundacionales hay muy escasas referencias a la igualdad y no discriminación e incluso a los derechos fundamentales. Fue por ello el

[227] Tal y como se cita en ORTIZ HERRERA, S., "Los Derechos…", *op. cit.,* p. 5.
[228] FRA, CoE, Handbook*..., op. cit.*, p. 16.
[229] BALLESTER PASTOR, M.A., "El principio…", *op. cit.*, p. 34; también a este respecto y refiriéndose a la discriminación de sexo vid. FREIXES, T. "La Igualdad De Mujeres…", *op. cit.*

TJCE el responsable de la composición y reconocimiento de los "principios generales del Derecho comunitario" que fue perfilando el sistema de garantía de estos en la Unión. Tal y como afirma ORTIZ, "La jurisprudencia del TJCE ha sido, en algunos periodos de la construcción europea, la fuente de derecho primordial en materia de derechos fundamentales".[230] La elaboración de este sistema se realizó gracias al artículo 220 (artículo 164 pre-Niza) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que establecía que le correspondía al TJCE garantizar "el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado"; y a la paulatinamente desarrollada dimensión política europea basada en un modelo de sociedad que se funda en los derechos fundamentales a través de las tradiciones constitucionales de sus Estados miembros.

La vertiente de derechos fundamentales que presentan los principios generales del Derecho comunitario bebe por tanto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[231] (pre-Tratado de Lisboa era la formula mediante la cual tenían efecto sus disposiciones),[232] la CEDH y las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Es más, el artículo 6 del Tratado de la UE tras el Tratado de Lisboa, plantea la adhesión de la propia UE al CEDH y en su 3 apartado afirma que tanto la CEDH y las tradiciones constitucionales de los Estado miembros continuarán alimentando los principios generales del Derecho de la Unión.

> Artículo 6 (antiguo artículo 6 TUE)
>
> 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.
>
> Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.
>
> Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

[230] ORTIZ HERRERA, S., "Los Derechos…", *op. cit.*, p. 7.

[231] Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza, publicada en el Diario Oficial C 364 del 18 de diciembre de 2000.

[232] Sin embargo, hasta la aprobación del Tratado de Lisboa no obtendrán sus disposiciones carácter vinculante.

> 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.
> 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

El status especial que se le ha dado al CEDH, aun así no es nuevo, ya que las instituciones Europeas han dotado al Convenio de un rol prominente desde el principio de la andadura comunitaria. De hecho, en la siguiente declaración conjunta realizada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 5 de abril de 1977 puede leerse:

> 1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión subrayan la importancia primordial que atribuyen al respecto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales.
> 2. En el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas, respetarán y seguirán respetando tales derechos.[233]

Como veníamos diciendo, los derechos fundamentales fueron reconocidos y defendidos por el TJCE creando un *corpus* jurisprudencial que ha logrado superar la parquedad de disposiciones legales en relación a la discriminación que se sufrió hasta la aprobación del Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Lisboa.[234]

La primera sentencia que el TJUE registró a este respecto fue el caso *Stauder contra la ciudad de Ulm* el que dio pie a todo el corpus. En este caso, la Comisión Europea, autorizó a los Estados miembros a vender mantequilla a precio reducido debido al excedente de productos lácteos. Para ello, se decidió que los favorecidos mediante dichas medidas fueran consumidores con necesidades económicas apremiantes y beneficiarios de asistencia social. Para realizar un control de los beneficiarios y evitar abusos se estableció que la rebaja sobre el precio de la mantequilla se realizaría

[233] PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Y COMISIÓN EUROPEA, Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° C 103, 2 de abril de 1977 pp. 1 –2.
[234] Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, publicado en el Diario Oficial C 306 de 17 de diciembre de 2007.

mediante un sistema de cupones donde debía aparecer el nombre del beneficiario. Stauder, ciudadano alemán, entendió que este requisito representaba una violación de su dignidad humana, y una discriminación injustificada, presentando ante los Tribunales Alemanes una demanda en la que apuntaba a una brecha de los artículos 1 y 3 de la Ley Fundamental de Bonn. Los Tribunales Alemanes, plantearon entonces la cuestión prejudicial ante el TJCE de si era posible que la Decisión que había adoptado la Comisión fuese inválida de acuerdo con los "principios generales del Derechos Comunitario"; a lo que el Tribunal contestó que, "…interpretada de este modo, la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia". [235]

Este razonamiento fue desarrollado también en otras sentencias, en las que el respeto a los derechos fundamentales, ergo, a la no-discriminación se tenía en cuenta como "principio general del Derecho Comunitario". En este sentido, en *International Handelsgesellschaft contra Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide* el Tribunal afirmó abiertamente que "la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia; que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de estructura y de los objetivos de la Comunidad…".[236]

Del mismo modo, en *J. Nold contra la Comisión,* el Tribunal insistió afirmando que:

> 13. Considerando que, como ha sostenido el Tribunal de Justicia, los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal;
>
> Que, al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados;

[235] STCE, *Stauder contra City of Ulm*, asunto C-29/69, de 12 de noviembre de 1969, ECLI:EU:C:1969:57, apartado 7.
[236] STJUE, *Internationale Handelsgesellschaft Mbh*, asunto C-11/70, de 17 de diciembre de 1970, apartado, ECLI:EU:C:1970:114, apartado 4.

> Que los Tratados Internacionales para la Protección de los Derechos Humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario;
> Que los motivos formulados por la demandante deben ser apreciados a la luz de estos principios.[237]

Otra sentencia de importancia, ya que delimitó las competencias del TEDH y el TJCE es el caso *Cinéthèque contra Fédération nationale des cinemas français* en el que se estudiaba el caso de la explotación a través de cinta o cd de películas proyectadas simultáneamente en las salas de cine. En este caso, después de responder a las demás preguntas que se formulaban en la cuestión prejudicial, el Tribunal se pronunció sobre si la Ley francesa puede o no ser incompatible con el CEDH (artículo 10, libertad de expresión). En su respuesta, el TJCE admite que los derechos fundamentales entran en el ámbito del Derecho comunitario, pero declina que la responsabilidad de examinar la compatibilidad de la ley nacional con el CEDH le corresponda. De esta forma la separación de poderes y competencias entre el TEDH y el TJUE quedó clara. A pesar de que el CEDH forme parte de los "principios generales del derecho" siempre que la cuestión se refiera directamente a la compatibilidad de la Convención con la ley nacional será competencia del TEDH;

> 25. Las sociedades demandantes y coadyuvantes 'en los litigios principales plantearon también el problema de si el artículo 89 de la Ley francesa sobre la comunicación audiovisual vulnera la libertad de expresión, prevista en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y si, por lo tanto, es incompatible con el Derecho comunitario.
> 26. Si bien es cierto que incumbe al Tribunal de Justicia garantizar el respeto de los derechos fundamentales en el ámbito propio del Derecho comunitario, no le corresponde, sin embargo, examinar la compatibilidad con el Convenio Europeo de una ley nacional que, como en el caso de autos, pertenezca a un ámbito reservado a la apreciación del legislador nacional.[238]

Siguiendo la distinción que realiza TOBLER, dejando de lado la aplicación de los principios generales en su variante más genérica, nos centraremos en los principios

[237] STJUE, *J., Nold Kohlen und Baustoffgrosshandlung v la Comisión Europea*, asunto C- 4/73, de 14 de mayo de 1974, apartado 13, ECLI:EU:C:1974:51
[238] STJUE, *Cinéthèque contra Fédération nationale des cinemas français,* casos conjuntos C- 60 y 61/84, de 11 de julio de 1985, ECLI:EU:C:1985:329

generales relacionados con variantes específicas del derecho de no-discriminación.[239] En este sentido, fuera del ámbito de los casos que se refieren al estatuto de los trabajadores de las Comunidades Europeas, despuntan los casos Defrenne, en especial *Defrenne II*[240] y *Defrenne III.*[241]

La famosa decisión del Tribunal en *Defrenne II* trata principalmente el reconocimiento del efecto directo de las disposiciones de los tratados. En este caso, la azafata de la aerolínea belga Sabenna, Gabrielle Defrenne, interpuso una demanda alegando que había sufrido discriminación por razón de sexo prohibido por el artículo 119 Tratado de la CEE. Ella alegó que la aerolínea le pagaba menos que a sus colegas masculinos. El Tribunal reconoció que había habido una brecha y que el artículo 119 Tratado de la CEE tenía efecto horizontal directo y por tanto no era únicamente aplicable en disputas entre individuos y el gobierno sino también entre entes privados. KANTOLA y NOUSIAINEN, afirma que a partir de entonces el artículo del Tratado sobre igualdad de salarios concedió a los ciudadanos de los Estados miembros un derecho exigible que era asimismo un derecho fundamental de la Comunidad. Específicamente, el Tribunal dictaminó que disposiciones del Tratado suficientemente precisas e incondicionales, que no necesitan de acción adicional alguna por los Estados miembros, confieren derechos individuales que los Tribunales Nacionales deben garantizar.[242]

En este sentido, el Tribunal afirmaba:

> 8. Que el artículo 119 apunta a un doble objetivo;
> 9. Que, por una parte, habida cuenta de la diferencia en el grado de evolución de las legislaciones sociales en los distintos Estados miembros, el artículo 119 está concebido para evitar que, en lo que a la competencia intracomunitaria se refiere, las empresas radicadas en Estados que efectivamente hayan establecido el principio de igualdad de retribución no sufran merma alguna

[239] TOBLER, C., "The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staft' Cases to the *Mangold* Approach" en COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (ed.),*The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, 2013, The Netherlands: Asser press, pp 443-469.
[240] STJUE, *Gabrielle Defrenne, v Société Anonyme belge de navigation aérienne (Sabena),* asunto C-43/75 de 8 de abril de 1976, ECLI:EU:C:1976:56
[241] STJUE, *Gabrielle Defrenne, v Société Anonyme belge de navigation aérienne (Sabena),* asunto C-149/77, 15 de junio de 1978, ECLI:EU:C:1978:130
[242] KANTOLA, J., NOUSIAINEN, K., "Institutionalizing Intersectionality in Europe", *International Feminist Journal of Politics*, nº11, vol. 4, diciembre de 2009, p. 464.

> en el ámbito de la competencia en relación con las empresas sitas en Estados que todavía no hayan eliminado la discriminación salarial en detrimento de la mano de obra femenina;
> 10. Que, por otra parte, dicha disposición responde a los objetivos sociales de la Comunidad, la cual no se limita a una unión económica, sino que, al mismo tiempo, mediante una acción común, debe garantizar el progreso social, promover la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de los pueblos europeos, tal como subraya el Preámbulo del Tratado.

A su vez, hacía referencia a la finalidad y el espíritu de las leyes, estableciendo que:

> 11. Que dicha finalidad queda confirmada por la inserción del artículo 119 en el conjunto del capítulo consagrado a la política social, cuya disposición eliminar, a saber el artículo 117, señala «la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso»;
> 12. Que de este doble objetivo, económico y social, se desprende que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad.

De la misma forma reconocía la aplicabilidad directa de dicho artículo y la obligación de los Estados miembros de la adopción de medidas adecuadas para la consecución del objetivo concreto:

> 19. Que no se puede ignorar, en efecto, que un desarrollo completo del objetivo a que apunta el artículo 119, a través de la eliminación de todas las discriminaciones entre trabajadores femeninos y masculinos, directas o indirectas, en la perspectiva no sólo de las empresas individuales, sino también de sectores completos de la industria e incluso de la economía en general, en ciertos casos, puede suponer, la determinación de criterios cuya puesta en práctica requiere la adopción de medidas comunitarias y nacionales adecuadas;
> 24. Que al menos, en dichos supuestos, el artículo 119 puede aplicarse directamente y, por lo tanto, puede generar derechos en favor de los justiciables, que los órganos jurisdiccionales deben salvaguardar;

Es interesante también señalar que se esclareció que la utilización de la palabra "principio" no disminuía la importancia de dicho artículo, sino que al contrario, lo dotaba de carácter fundamental para las CCEE:

> 28. Que, en primer lugar, no se puede formular ningún razonamiento, contra el efecto directo, del empleo que hace este artículo del término «principio», ya que en la terminología del Tratado, esta expresión se utiliza precisamente para hacer resaltar el carácter fundamental de algunos preceptos, como se desprende, por ejemplo, del título dado a la primera parte del Tratado, consagrado a los «principios», y del artículo 113, según el cual, la política comercial de la Comunidad se basa en «principios uniformes»;

> 29. Que al atenuar este concepto, hasta el punto de dejarlo reducido al rango de una vaga indicación, se verían afectados, de manera indirecta, los propios fundamentos de la Comunidad y la cohesión de sus relaciones exteriores.
> 39. Que, en efecto, al tener el artículo 119 un carácter imperativo, la prohibición de discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos se impone no únicamente a la actividad de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, de trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares.
> 40. Considerando que, por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el principio de la igualdad de retribución del artículo 119 puede ser invocado ante los órgano jurisdiccionales nacionales y que éstos tienen el deber de garantizar la protección de los derechos que tal precepto confiere a los justiciables, en particular en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de retribución desigual de trabajadores femeninos y masculinos para un mismo trabajo, cuando este último se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público.

En el caso *Defrenne III*,[243] el Tribunal reconoció que la eliminación de la discriminación de género forma parte de los derechos fundamentales, sin embargo se negó a ampliar el ámbito del artículo 119 (ahora 141) para que la igualdad de género se ampliara a otras condiciones laborables. La negativa del Tribunal a ampliar el ámbito de aplicación de las disposiciones de los tratados no obstante, no es nueva, a pesar de que en ocasiones la interpretación de dichas disposiciones ha sido realizada de forma dadivosa para dar cabida a realidades que en un principio no se contemplaron.[244] Esto paso en el caso *P v S and Cornwall*,[245] mediante el cual se reconoció que los casos de discriminación por razón de reasignación de sexo tendrían cabida bajo las directivas de género. MCCRUDDEN o TRIDIMAS que defienden que este caso es un ejemplo de cómo el Tribunal ve el principio de igualdad como un principio general del Derecho de la Unión.[246]

[243] STJUE, *Gabrielle Defrenne, v Société Anonyme belge de navigation aérienne (Sabena),* asunto C-149/77*… op. cit.*
[244] Durante décadas la discriminación por razón de reasignación de sexo fue contestada debido a que había tanto corrientes que la situaban, en un conjunto indisoluble dentro del colectivo LGBTI, dentro del contexto de discriminación por razón de orientación sexual en vez de género. Se utiliza el término "dadivosa" en este sentido, debido a que gracias al reconocimiento del TJUE la reasignación de sexo obtiene mayor protección que en caso de que se hubiese reconocido dentro del ámbito de protección de discriminación por razón de orientación sexual.
[245] STJUE, *P contra S… op. cit.*
[246] McCRUDDEN, C., PRECHAL, S., *The concepts*…, *op. cit.*, p. 5; o TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law* (2ª ed), Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 104.

Otra de las mayores aportaciones de la clásica jurisprudencia pretoriana del TJUE en lo que a discriminación se refiere, fue el desarrollo del concepto y los medios probatorios de la discriminación indirecta en el Derecho comunitario. A este respecto cabe mencionar tanto la decisión en el caso *Schönheit*[247] como las condiciones necesarias para establecer la existencia de la discriminación indirecta que el A.G. Léger enumeró en *Nolte*[248] y el TJCE amplió en *Schönheit. Schönheit* trata de un caso en el que se implementó una regla sobre el cálculo de pensiones entre trabajadores fijos y a tiempo parcial que aparentemente se realizó de forma objetiva y neutra, pero que se demostró que tenía efectos desproporcionados negativos sobre los trabajadores a tiempo parcial, que eran en su mayoría mujeres (88%). Por ello, el Tribunal estableció que dicho criterio no era compatible con el artículo 119 del Tratado ya que afectaba desproporcionalmente a las mujeres respecto de los hombres. En el ya mencionado caso Nolte el abogado general Léger aclaró que para que una práctica se considere discriminatoria, ésta debe afectar a «"un número muy superior de mujeres que de hombres" [Rinner-Kühn[249]], a "un número considerablemente inferior de hombres que de mujeres" [Nimz[250], Kowalska[251]] o a "muchas más mujeres que hombres" [Roks, Sra. de De Weerd[252], y otros].»

Uno de los mejores ejemplos de la importancia del reconocimiento del status de "principio general del derecho" es el caso *Mangold*.[253] En este caso, el TJUE indicó que el principio de no-discriminación por razón de edad era un principio general del derecho de las Comunidades europeas a lo que las Directivas son una expresión concreta de éste.[254] Como principio general del derecho no se debe acoger a ninguna norma

[247] STJUE, *Hilde Schönheit…, op. cit.*

[248] Conclusiones del A.G. Léger en el caso *Inge Nolte y Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, 31 de mayo de 1995, ECLI:EU:C:1995:154, apartados 57-58.

[249] STJUE, *Rinner Kühn contra FWW Spezial* Gebäudereinigung, asunto C-171/88, de julio de 1989, ECLI:EU:C:1989:328.

[250] STJUE, *Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C -184/89, 7 de febrero de 1991, ECLI:EU:C:1991:50

[251] STJUE, *Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C -33/89, de 27 de junio de 1990, ECLI:EU:C:1990:265

[252] STJUE, *Roks, Sra. de De Weerd, y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y Otros*, asunto C -343/92, de 24 de febrero de 1994, ECLI:EU:C:1994:71

[253]McCRUDDEN, C., PRECHAL, S., *The concepts…, op. cit.*, p. 5.

[254] STJUE, *Werner Mangold v Rüdiger Helm,* asunto C-144/04, de 22 de noviembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:709

temporal, al contrario que la Directiva 2000/78 cuya aplicación era la controvertida en el caso concreto (el plazo de trasposición no había vencido y mientras tanto Alemania adoptó una norma que contradecía el espíritu de ésta). Otras sentencias que han hecho uso de los principios generales del derecho, defendiendo que las Directivas no son más que una expresión concreta de un principio más amplio son *Kücükdeveci* o *DI*.[255]

ii. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Ya durante el Consejo Europeo de Colonia de 1999 se resaltó la necesidad de dotar a la Unión con una Carta de Derechos Fundamentales.[256] Sin embargo, éste fue un proceso arduo ya que se esgrimía el argumento de la innecesaridad de la misma debido a la existencia previa del CEDH y los numerosos tratados firmados por los Estados miembros; además de que en las tradiciones constitucionales modernas ya se incluían los derechos humanos como garantía. Sin embargo, la práctica del TJUE así como la imposibilidad de que la UE ignorara la faceta social y de derechos fundamentales de ésta, hicieron imposible que se continuase dando la espalda a esta necesidad. En Colonia se señaló que la CDFUE debería recoger los principios generales contenidos en diferentes herramientas legales, los Estados miembros etc., de forma que se reconociesen derechos ya reconocidos pero dispersos en distintos Convenios y herramientas legales en pos de una mayor seguridad jurídica.

Tras el Consejo Europeo de Colonia en 1999 el Consejo propuso, mediante sus conclusiones 44 y 45 que los derechos fundamentales en la UE debían ser consolidados en una Carta y para ello se incluyó el Anexo IV, que contenía la decisión para ello. En este Anexo se subrayaba el reconocimiento de la preexistencia de los derechos fundamentales en la UE mediante el amplio trabajo del TJUE y los ya mencionados "principios generales de la comunidad europea" sin embargo dejando en evidencia que la futura existencia de un documento que especificase y delimitase los derechos se realizaba para ampliar la visibilidad de los mismos a los ciudadanos de la UE.[257]

---

[255] STJUE, *Seda Kücükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG*., asunto C-555/07. de 19 de enero de 2010, ECLI:EU:C:2010:21
STJUE, *Dansk Industri (DI) contra Sucession Karsten Eigil Rasmussen*, asunto C-441/14, de 19 de abril de 2016, ECLI:EU:C:2016:278

[256] CONSEJO EUROPEO, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_es.htm (último acceso 10/03/2010)

[257] *Ibid.*

En las conclusiones también se dibuja el contenido de los derechos (los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales, así como derechos económicos y sociales). De la misma forma, deja claras las fuentes que han de tomarse en cuenta a la hora de redactar los derechos en la Carta:

-Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales
-Tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros
-Principios generales del Derecho comunitario
-Carta Social Europea
-Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (artículo 136 TCE)

Se establece entonces la necesidad de crear un órgano para la redacción de la Carta que deberá estar compuesto por delegados de los Jefes de Estado y de Gobierno y del Presidente de la Comisión Europea y miembros del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales, junto con observadores del TJUE. De la misma forma se implementa la necesidad de que se tomen en cuenta las opiniones del Comité Económico y Social, del Comité de las Regiones, de grupos sociales y de expertos.[258]

En el Consejo de Tampere, celebrado el 15 y 16 de octubre de 1999 se establecería en el Anexo de las conclusiones, la composición, método de trabajo y disposiciones de trabajo de forma más específica.[259] Finalmente, 7 de diciembre de 2000 se adoptará en Niza la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Convención para ello aprobaría el borrador el 2 de octubre de 2000). Sin embargo, habrá que esperar al Tratado de Lisboa (2009) para que la Carta sea jurídicamente vinculante, ya que en Niza se aprobó de forma meramente declarativa. La razón de esto fue que su valor jurídico fue discutido desde el principio y hubo que esperar casi 10 años para ver ocupar el lugar que le corresponde: al mismo nivel que los Tratados fundacionales. No se ha de desdeñar, no obstante, el valor declarativo de la Carta, ya que previamente el TJUE la nombró como fuente de derecho comunitario.

[258] *Ibid*.
[259] CONSEJO EUROPEO, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm (último acceso10/03/2013)

Una vez adoptada junto con el Tratado de Lisboa, los derechos contenidos en la Carta deben ser respetados tanto por la Unión Europea cuando proponga y aplique legislación, así como por los Estados miembros cuando apliquen la legislación comunitaria.[260] Esta última condición fue impuesta por la Republica Checa, Polonia y el Reino Unido en el protocolo nº 30, para poder limitar la Carta al Derecho de la UE, impidiendo así que cualquiera de sus ciudadanos pudiera invocarla en casos de derecho nacional. Además de esta salvaguarda, el artículo 51(2) establece que las instituciones de la UE solo podrán aplicar la Carta en el marco de las competencias ya atribuidas por los tratados y no podrán utilizar la Carta para auto-atribuirse otras.[261] También es cierto, que en cualquier caso, las instituciones tienen en cuenta la Carta a la hora de aprobar nueva legislación, de forma que se ajuste a los estándares de derechos humanos establecidos en la misma. Asimismo, y según lo previsto en el artículo 267 del TFUE, el Tribunal puede pronunciarse sobre la aplicación de la Carta mediante cuestión prejudicial.

La propia CDFUE reconoce en su preámbulo nacer de "los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones comunes de los Estados miembros el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" dando continuidad al sistema de garantías o principios generales del derechos comunitario.

Debido a la pre-existencia y a los guiños y colaboración explícita entre el TJUE y el TEDH, se estableció que si alguno de los derechos recogidos en la Carta se corresponde con derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el significado y el ámbito de aplicación de dichos derechos será el mismo que el definido por el Convenio, aunque la legislación comunitaria pueda contemplar una protección más amplia (artículo 52.3 CDFUE). Además se establece que cualquiera de

[260] Articulo 51(1) CDFEU: Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y Órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros ·nicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.

[261] En consonancia con el artículo 6 de la versión consolidada del TEU.

los derechos derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE deberá interpretarse de conformidad con dichas tradiciones (artículo 53.4 CDFUE).

La CDFUE contiene 7 capítulos: Dignidad, Libertad, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia y el último que contiene disposiciones generales.

El Capítulo III se dedica por tanto a la Igualdad y contiene 7 artículos, además de mencionar la igualdad en el preámbulo configurándolo como un principio básico en el que se basa la Unión.[262] En cuanto al articulado, el primer artículo del Capítulo III es el 20, que establece la Igualdad ante la Ley. El artículo 21 es el artículo que reconoce expresamente el derecho de no-discriminación:

> 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.

Como podemos observar, el artículo establece una serie de motivos de discriminación, ampliando en 7 los motivos de discriminación establecidos por el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam. No se trata de una enumeración cerrada, ya que como establece la primera frase, se prohíbe *toda* clase de discriminación y la exposición de motivos que viene a continuación son ejemplos de campos que tradicionalmente han encontrado más prácticas discriminatorias, a pesar de no contener, como la mayor parte de las disposiciones legales anti-discriminatorias la mención expresa de "cualquier otra situación". SCHIEK señala que esto implica que (si contamos "raza" u origen étnico y religión o creencias como dos campos) que el Derecho de la Unión protege de la discriminación en 17 campos distintos, lo que conlleva una proliferación importante de los campos de discriminación.[263] Este artículo ha sido invocado en numerosas ocasiones ante el TJUE. Sin embargo, no ha habido un pronunciamiento jurisprudencial importante a este respecto, ya que suele ir acompañando a artículos de las Directivas

[262]CDFUE, preámbulo: "… Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad,…"
[263] SCHIEK, D., LAWSON, A., *European Union Non-discrimination law and intersectionality- Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability discrimination*, Farnham: Ashgate, 2011, p. 12.

que componen el corpus del derecho antidiscriminatorio de la UE y el Tribunal no entra a pronunciarse sobre el artículo 21 ya que elige el instrumento jurídico más concreto.[264]

El apartado 2 del artículo 21 versa sobre la discriminación por razón de nacionalidad, y se corresponde al párrafo primero del artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debiendo aplicarse de acuerdo con este último.

El artículo 22 habla del respeto de la Unión hacía la "Diversidad cultural, religiosa y lingüística" y los otros tres artículos restantes versan sobre la igualdad e integración de distintos grupos como la igualdad entre hombres y mujeres, los derechos específicos de los niños y ancianos e integración de personas discapacitadas respectivamente.

La inclusión de la Carta es sin duda un paso importante en la protección de los derechos fundamentales en la Unión, pero es igualmente relevante su limitado ámbito de aplicación.

iii. Constitución para Europa

El Tratado de una Constitución para Europa,[265] aunque fallido, realizaba ciertos avances en materia de derechos fundamentales en la UE, ya que, por una parte contenía la CDFUE en la Parte II del Tratado, trabajo que después del fiasco del Tratado Constitucional retomará el Tratado de Lisboa, y por otra, contenía numerosos artículos relacionados con la discriminación. A pesar de ello, es cierto que escasamente se variaba en cuestiones de fondo y la mayor parte de las aportaciones se recogieron posteriormente en el Tratado de Lisboa.

La no-discriminación está presente en varios de sus artículos y se reforzó la protección a este derecho al conceder fuerza vinculante a la CDFUE. El artículo I-3 afirmaba que "La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la

[264] MOSCHËL, M., "Update on CJEU Equality Case Law", *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination legal seminar,* 25 de noviembre de 2016, Bruselas, *http://www.equalitylaw.eu/seminars/90-2016-seminar* (último acceso 13/03/2017)

[265] Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, publicado en el Diario Oficial C 310 el 16 de diciembre de 2004.

cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo. Este artículo, así como el artículo 2 será reproducido posteriormente en el Tratado de Lisboa, enumerando la no-discriminación como fundamento de la UE (artículo 2)[266] y como valor esencial (artículo 3.3).[267]

Por otra parte, en el artículo I-9 se reconocía la importancia de los derechos fundamentales en la UE y se hacía una vez más referencia a la CEDH y a las tradiciones constitucionales de la UE, dejando la puerta abierta a una futura adhesión, tema que retomará también el Tratado de Lisboa.

Mientras tanto, se dieron avances en la legislación secundaria, específicamente en el campo de la discriminación por razón de sexo. En 2004 se aprobó la Directiva 2004/113/CE[268] del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, que ampliará el ámbito de la discriminación de sexo para incluir, tal y como hace la Directiva 2000/43[269] (en relación a "raza" u origen étnico el área de bienes y servicios). Sin embargo, no alcanzará todos los ámbitos de protección que la directiva de igualdad racial ofrece, dejando de lado el campo de la educación y confirmando la "raza" u el origen étnico como motivo de discriminación más protegido.

En el año 2006 se aprobó asimismo la Directiva 2006/54/CE del 6 de julio. Ésta supone la refundición de varias disposiciones en un único texto (Directiva 75/117/CE, Directiva 86/378/CE, Directiva 97/80/CE y Directiva 2002/73/CE),[270] cubriendo de este

[266] Tratado de Lisboa, art 2, "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres."

[267] Tratado de Lisboa, art 3.3 " …La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño…"

[268] Directiva 2004/113… *op. cit.*

[269] Directiva 2000/43… *op. cit.*

[270] Directiva 75/117… *op. cit.*

Directiva 86/378… *op. cit.*

Directiva 97/80… *op. cit.*

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica 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

modo áreas relacionadas con el empleo y la formación profesional: contratación, acceso al empleo o trabajo no remunerado; despido; formación y promoción profesional; afiliación a las organizaciones de trabajadores o empresarios.

iv. Tratado de Lisboa

No hubo cambios sustanciales en el Tratado de Lisboa en cuanto a los motivos de discriminación o los campos materiales se refiere, siendo el cambio de status jurídico de la CDFUE el paso más relevante en el área de la discriminación. Aun así la igualdad y no-discriminación está presente en el Tratado modificativo, tanto en el TUE como en el TFUE y en lo que sigue nos referiremos a los artículos relevantes a la igualdad y no-discriminación en las versiones consolidadas de los mismos. Para empezar, en el preámbulo se indica la igualdad (entre otros) como valor que inspira la construcción de la UE. Por otra parte, el artículo 2 TUE consagra la no-discriminación, la igualdad (especialmente de género) y los derechos de las minorías como valores fundamentales de la Unión:

> La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, *igualdad*, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, *incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías*. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por *el pluralismo, la no discriminación*, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la *igualdad entre mujeres y hombres*. (Cursiva añadida)

En el artículo 3 TUE, la Unión establece sus objetivos y se refuerza en su punto tercero su compromiso en la lucha contra *"*la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño". Mediante estas disposiciones, el Tratado de Lisboa convierte este principio de no-discriminación, que tiene como objeto garantizar la igualdad de trato entre los individuos cualquiera que sea su nacionalidad, sexo, "raza" u origen étnico, su religión o sus convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; en un objetivo de la Unión Europea (UE).

La II parte del TFUE (No Discriminación y Ciudadanía de la Unión) incorpora «no discriminación» al apartado que antes rezaba "Ciudadanía de la Unión Europea". En éste se encuentran el antiguo artículo 12 que pasa a ser el 18 sobre la discriminación

profesionales, y a las condiciones de trabajo. publicado en Diario Oficial L 269 de 5 de octubre de 2002, pp. 15-20.

por razón de nacionalidad o el antiguo 13 que pasa a ser el 19 que daba poderes al Consejo a legislar en materia de no-discriminación. En el artículo 45.2 se establece y afirma una vez más que la discriminación por razón de nacionalidad entra dentro del ámbito de la libre circulación, afirmando que "La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo". La igualdad de retribución sigue encontrando su encaje en el Artículo 157 (antiguo artículo 141 pre-Lisboa y 119 del TCEE).

Puede que la aportación más relevante del Tratado de Lisboa sea la cláusula horizontal (ampliando el *mainstreamin*g de género- que se reafirma en el artículo 8- a todos los motivos de discriminación contenidos en el artículo 19 TFUE) encaminada a integrar la lucha contra las discriminaciones en el conjunto de las políticas y las acciones de la Unión mediante el artículo 10:

> En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Además de estas disposiciones, en el TFUE también encontramos la lucha contra la discriminación y el fomento de la igualdad de género como objetivos del mercado interior (artículo 3.3 TFUE), así como la afirmación de la vertiente *ad extra* del principio de no-discriminación "En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses..." (artículo 3.5 TFUE).

Una vez analizadas la lenta evolución de la inclusión del principio de no discriminación en los Tratados constitutivos y su desarrollo en el derecho secundario; es necesario centrar la atención en el fruto de ésta y analizar el corpus de la legislación antidiscriminatoria actual en el Capítulo III.

CAPITULO III:

EL CUERPO DE LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA ACTUAL DE LA UE: Desarrollo y alcance

1. INTRODUCCIÓN

Una vez analizados los conceptos clave en el primer capítulo; así como las fuentes inspiradoras y la evolución de la base jurídica para legislar en cuanto a la discriminación se refiere en la UE en el segundo; es el momento de analizar el alcance del cuerpo de la legislación antidiscriminatoria actual en la UE.

Como ya evidenciamos en el II Capítulo, no solo en los Tratados se ha establecido la protección contra la discriminación, sino que sobre la base de éstos se ha construido, mediante Directivas, el verdadero corpus del derecho antidiscriminatorio de la UE. Nos referimos concretamente a una serie de Directivas aprobadas en la década del 2000, tras los pasos dados en los ´70 y ´80 en discriminación de género y la presión de los lobbies y el Parlamento Europeo a este respecto.[271] Ya hemos mencionado, de hecho, las Directivas más relevantes que fueron promulgadas a medida que los poderes de la UE se iban ampliando mediante los tratados en el Capítulo II; que fueron dibujando poco a poco, y posicionando la normativa sobre discriminación por razón de sexo como buque insignia, un marco legislativo de amplio espectro.[272]

Las Directivas 2000, así como las Directivas de género[273] forman parte del *Acquis Communautaire*, el cuerpo de Derecho que los Estados que aspiran a formar parte de la UE deben aplicar con anterioridad a la adhesión. La fecha límite para la trasposición de éstas era 2003, por lo que, los 10 nuevos Estados miembros que pasaron a formar parte de la Unión en 2004, Bulgaria y Rumanía (que lo hicieron en 2007) y finalmente Croacia en 2013 debieron cumplir con la obligación de alinear su legislación antidiscriminatoria con las Directivas antes de adherirse a la UE.

[271] WADDINGTON, L., "The new equality directives: mixed blessings" en COSTELLO, C., BARRY, E. (eds.), *Equality in Diversity*, 2003, Ashfield: Irish Centre for European Law, p. 39.
[272] Vid. Capítulo II.
[273] Con "Directivas de género nos referimos a la Directiva 2006/54… *op. cit*., y la Directiva 2004/113… *op.cit.,* en su conjunto.

En este capítulo analizaremos el que se considera el cuerpo de la legislación antidiscriminatoria de la Unión Europea, empezando por las Directivas 2000, desarrolladas en base al artículo 19 TFUE (antiguo articulo 13 TCE), para terminar con dos Directivas en materia de igualdad de género. Esto nos permitirá tener una visión completa de las herramientas legales que conforman el cuerpo de legislación antidiscriminatoria actual, así como el alcance de cada una de ellas. De forma horizontal, trataremos el tema de la discriminación múltiple en éstas herramientas, para terminar con una sección dedicada exclusivamente a la sentencia Parris, único caso del TJUE en el que se ha tratado el tema de forma más o menos expresa.[274] La "Directiva de igualdad racial" y la "Directiva de igualdad en el empleo" unidas (Directivas 2000) constituyen hoy un marco legislativo antidiscriminatorio desarrollado. El amplio ámbito de aplicación, así como la primacía sobre y el efecto directo en los sistemas nacionales han originado un robusto paquete legislativo que no deja duda del compromiso legal de la UE para proteger a aquellos que viven dentro de su territorio de la discriminación.[275]

Como hemos destacado durante los apartados anteriores, y tal y como resalta FLYNN, con las Directivas 2000 se confirmó asimismo la disgregación de la normativa antidiscriminatoria europea por motivos. Se confirmó, de ésta forma que los diferentes motivos de discriminación recibirán tratamiento individualizado; teniendo como resultado una protección asimétrica que constituyen una paradoja ya que podría decirse que en la legislación antidiscriminatoria actual algunas formas de discriminación son más iguales que otras.[276]

Como demostraremos en el presente Capítulo, a pesar de que se ha logrado que la legislación antidiscriminatoria constituya un cuerpo legislativo-jurídico muy avanzado, la "jerarquía"[277] que se ha creado en la legislación antidiscriminatoria de la UE mina no solo el papel de la propia Unión como garante y defensor de la igualdad

[274] STJUE, *David L. Parris y Trinity College Dublin, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and Skills*, asunto C-443/15, de 24 de noviembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:897

[275] FRA, Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the situation of equality in the European Union 10 years on from initial implementation of the equality directives, Viena, 1 de octubre de 2013, p. 3. http://fra.europa.eu/en/opinion/2013/fra-opinion-situation-equality-european-union-10-years-initial-implementation-equality (ultimo acceso 13/03/2017)

[276] FLYNN, L., "The implications …", *op. cit*., p. 1127.

[277] BARRY, E., "Diferent hierarchies- Enforcing Equality Law" en COSTELLO, C., BARRY, E. (eds.), *Equality in Diversity- The new Directives*, Ashfield: Irish Centre for European Law, 2003, pp. 411- 435.

sino también su habilidad para evolucionar y desarrollar mecanismos para ocuparse de la discriminación múltiple.

2. LAS DIRECTIVAS 2000 – La progenie del artículo 13 TCE[278]

Como ya hemos reflejado en su momento, las Directivas 2000, integradas por la Directiva 43/2000 y la Directiva 78/2000, forman el núcleo de la legislación antidiscriminatoria. Éstas cubren conjuntamente la discriminación por los siguientes motivos: "raza" u origen étnico , religión o convicciones, orientación sexual, discapacidad y edad.

Mientras que la Directiva 2000/43 se refiere exclusivamente a la protección de los grupos discriminados debido al origen racial o étnico (Directiva de igualdad racial); la Directiva 2000/78 (Directiva de igualdad en el empleo) se ocupa de la discriminación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. Ambas Directivas constituyeron un importante paso por parte de la Comisión Europea para tratar de lograr una protección jurídica eficaz contra la discriminación, pero difieren principalmente en los ámbitos de aplicación, siendo la Directiva 2000/43/CE la de más amplio alcance.

En lo que a la discriminación racial se refiere, empezando por una serie de resoluciones[279] de la Comisión Europea en 1995 basándose en la Comunicación del 13

[278] Parte del presente apartado se basa o se encuentra en ELIZONDO URRESTARAZU, J.I., "Discriminación racial y de origen étnico en la Europa de los Derechos", *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 6, 2011, pp. 71-116.

[279] PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 1995, sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo publicada en el Diario Oficial C 308, 20 de noviembre de 1995, p. 140.
PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 1995, sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo publicada en el Diario Oficial C 126, 22 de mayo de 1995, p. 75.
CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 23 de octubre de 1995, reunidos en el seno del Consejo, sobre la respuesta de los sistemas educativos a los problemas del racismo y la xenofobia, publicada en el Diario Oficial C 312, 23 de noviembre de 1995, pp. 1-4.
CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución, de 5 de octubre de 1995, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y de los asuntos sociales publicada en el Diario Oficial C 296, 10 de noviembre de 1995, pp. 13-14.

de diciembre de 1995,[280] y una *Acción común sobre la acción contra el racismo y la xenofobia;*[281] se fueron adoptando una serie de medidas adicionales para la protección específica de este campo que culminaron con la Directiva 2000/43/CE.[282] El resto de motivos de discriminación contenidos en al artículo 19 del TFUE encontrarán su mayor regulación en la Directiva 2000/78/CE.[283]

Las Directivas 2000 se aprobaron sin gran oposición y relativamente rápido, siendo como señala WADDINGTON, curioso, ya que el partido marcadamente racista de Jörg Haider acababa de ganar las elecciones en Austria, algo que aumentó las tensiones existentes, hasta el punto de que algunos Estados miembros se prepararon para el caso de tener que tomar acciones contra este.[284] Sin embargo, la respuesta de los Estados miembros vino en forma de adopción de la Directiva de igualdad racial, tratando de resaltar la igualdad racial como uno de los valores más "europeos" y no solo no se opusieron a la adopción de la Directiva, sino que la impulsaron.[285] Señala BELL que de hecho es posible que las prisas por reaccionar al aumento de popularidad de este tipo de partidos fuera la razón de que la Directiva no encontrase oposición, hasta el punto de haber obviado puntos potencialmente problemáticos contenidos en la Directiva.[286]

Para la redacción de las Directivas, la Comisión se inspiró en las medidas aprobadas anteriormente en el campo de la igualdad de género, muy especialmente las relativas a la Directiva 76/207.[287] De esta forma, términos como discriminación directa, indirecta etc., que ya habían sido desarrollados legislativa y sobre todo jurisprudencialmente se tomaron prestados de dicha normativa, asegurando así cierta coherencia entre las Directivas antidiscriminatorias.

---

[280] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo, COM(95) 653 final, de 13 de diciembre de 1995.
[281] CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acción común 96/443/JAI, 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, publicada en el Diario Oficial L 185 de 24 de julio de 1996, pp. 5-7.
[282] Directiva 2000/43… *op. cit.*
[283] Directiva 2000/78… *op. cit.*
[284] WADDINGTON, L., "The new equality Directives…", *op. cit.,* p. 40.
[285] COMISIÓN EUROPEA, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on certain Community measures to combat discrimination, COM (1999)564, 25 de noviembre de 1999, p. 8.
[286] BELL, M., "Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive", *The Equal Rights Review,* vol. 3, 2009, p. 11.
[287] Directiva 76/207… *op. cit.*

La diferencia con las medidas anteriormente adoptadas en materia de discriminación, que a su vez constituyó el avance más significativo, fue el ámbito de protección; ya que así como las Directivas sobre igualdad de género habían quedado relegadas a los ámbitos del empleo y la seguridad social; la Directiva 2000/43/CE amplió su aplicación a la protección social, incluyendo la seguridad social y la sanidad, ventajas sociales, educación y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluyendo la vivienda. Sin embargo, la Directiva 2000/78/CE quedó limitada a la discriminación en el empleo, educación vocacional y pertenencia a organizaciones de trabajadores o empleadores, excluyendo la seguridad social de forma expresa, así como el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos (incluida la vivienda).

La introducción de estas medidas específicas lograría un aumento significativo del nivel de protección contra la discriminación en la Unión Europea y los Estados miembros, ya que impulsó que todos los gobiernos nacionales, incluso los que ya contaban con algún tipo de regulación en esta materia, introdujesen cambios importantes en sus legislaciones. De la misma forma se impulsaría la creación de órganos especializados de igualdad y la ampliación de las competencias de los órganos ya existentes.[288]

Estas dos Directivas se completaron mediante la creación de un programa comunitario de acción para combatir la discriminación con un presupuesto de 100 millones de euros entre 2001-2006.[289]

Las Directivas 2000 han creado amplia jurisprudencia en el TJUE. La Directiva 2000/78 ha sido sobre la que más casos se han recibido en el TJUE,[290] siendo ello en parte porque cubría más campos aunque fuese más reducido en su ámbito de aplicación, y porque introducía campos en los que poco o nada (en el caso de algunos Estados miembros) se había legislado sobre ellos. A esto hay que añadir que ambas Directivas son directivas que establecen requerimientos mínimos, pero que se alienta ir más allá y

[288] Directiva 2000/43… *op. cit.*, artículo 13.

[289] Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006), publicado en Diario Oficial L 303 de 2 de diciembre de 2000, pp. 23-28.

[290] COMISIÓN EUROPEA, Commission Staff Working Document- Annexes to the Joint Report on the application of the Racial Equality Directive (2000/43/EC) and the Employment Equality Directive (2000/78/EC), SWD(2014) 5 final, 17 de enero de 2014, p. 12.

regular de forma más amplia (considerando 25 de la Directiva 2000/43 y artículo 6 de la misma, así como considerando 28 de la Directiva 2000/78 y artículo 8).

De los campos protegidos de la Directiva 2000/78 ha sido la edad el que más (y más impactante) jurisprudencia ha producido, siendo prueba de ello las sentencias *Mangold* y *Kücükdeveci* que marcaron un hito en el entendimiento del alcance de la legislación antidiscriminatoria.[291]

En cuanto a la discriminación múltiple se refiere, ésta no se prohíbe en ningún artículo pero su existencia se reconoce en el preámbulo de ambas directivas. Sin embargo, el reconocimiento retórico no encuentra un apoyo en el articulado de la Directiva. *Ergo*, en un principio podría decirse que legislar a nivel de estado miembros sobre discriminación múltiple no solo no está prohibido sino que se recomienda por parte de las instituciones europeas a pesar de la ausencia de normas explícitas.

A. La Directiva de igualdad racial- El primero entre los últimos

La Directiva 2000/43, también llamada Directiva de igualdad racial, prohíbe la discriminación tanto directa como indirecta, así como el acoso y las instrucciones para discriminar en lo que a discriminación racial y étnica se refiere bien sea en el sector público como en el privado en lo que atañe al empleo, formación profesional, condiciones de trabajo, participación en organizaciones sindicales o empresariales, la protección y seguridad social, así como la protección sanitaria, ventajas sociales, educación y acceso a bienes y servicios públicos.

La Directiva de igualdad racial se aprobó en julio de 2000, mientras que la Directiva de igualdad en el empleo[292] se aprobó en diciembre de ese mismo año. Si se toman los dos documentos puede observarse que la estructura del documento legislativo es la misma, aunque la directiva de igualdad en el empleo contiene tanto más considerandos como artículos, debido a que los campos de especial protección son también mayores, y algunos de ellos requieren de amplio detalle dado que algunos aspectos de éstos no se encontraban regulados con anterioridad en algunos de los Estados miembros, como por ejemplo la discriminación por razón de edad.

[291] STJUE, *Werner Mangold… op. cit.* y STJUE, *Seda Kücükdeveci… op. cit.*
[292] Directiva 2000/778… *op. cit*.

i. "Raza" u origen étnico

El primer problema lo encontramos en que no se define[293] en la Directiva a que se refiere el legislador con "origen racial o étnico". Ambos términos son confusos cuando se tratan de definir en un plano concreto. Por una parte, la teoría de las "razas" humanas se ha negado por parte de la mayor parte de las instituciones internacionales, y "origen étnico" es un término cargado de confusión ideológica. No existen diferencias biológicas que justifiquen que haya subtipos dentro de la "raza" humana.[294] Aporta ABRISKETA a este respecto que el concepto actual de "raza" se funda en las teorías racistas postcoloniales.[295] En este sentido, se trata de una construcción social que se ha impuesto y ulteriormente aceptado; un concepto construido en base a la comparación cultural del grupo dominante para justificar atrocidades históricas.

En cuanto a "origen racial", en el considerando 6 de la Directiva se establece que "La Unión Europea rechaza las teorías que tratan de establecer la existencia de las razas humanas. El uso, en la presente Directiva, del término «origen racial» no implica el reconocimiento de dichas teorías". En este sentido se han manifestado también tanto el CoE mediante el ECRI, como la UE rechazando este término aunque justifican su uso debido a su uso extendido y para que de esta forma aquellos que erróneamente creen en las "razas" del ser humano vean que la discriminación en este campo está prohibida.[296] En el mismo sentido, la UNESCO lleva rechazando el término "raza" de forma sistemática (por inexistente) desde 1978. Claros ejemplos de esto los artículos 1.1 y el 2.1 de la *Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales.*[297]

[293] A este respecto se han adaptado ciertos pasajes del artículo de la autora reproducen párrafos del artículo ELIZONDO URRESTARAZU, J.I. "Discriminación racial….", *op. cit.* En lo que a la definición de los términos de "raza" y origen étnico vid. pp. 77- 80.

[294] BOAS, F., *Race, Language, and Culture*, New York: The MacMillan Company, 1940, pp. 3-17.

[295] ABRISKETA, J., "La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo", *Revista electrónica de Estudios Internacionales,* nº 29, junio de 2015, p. 5.

[296] Vid. ECRI, GPR No. 7 Sobre legislación nacional para combatir el racismo…, *op. cit.,* , nota al pie nº 1 "Dado que todos los seres humanos pertenecen a la misma raza, la ECRI rechaza las teorías basadas en la existencia de "razas" diferentes. No obstante, en la presente Recomendación la ECRI utiliza este término para garantizar que la legislación protege igualmente a las personas que normalmente y, por error, se consideran pertenecientes a "otra raza"".

[297] UNESCO, *Declaración sobre la Raza y los Perjuicios Raciales*, 27 de noviembre de 1978. Al mismo respecto ya se pronunció en el preámbulo de su Carta constitutiva en 1945 de la siguiente forma: « la grande y terrible guerra que acaba de concluir fue posible por la negación de los principios democráticos de la dignidad, de la igualdad y del respeto del hombre, y por la voluntad de sustituir tales principios,

Este acercamiento terminológico ambiguo o de rechazo se ha cristalizado asimismo en algunos Estados miembros. En este sentido, las leyes Belgas contra la discriminación establecen que la discriminación basada en "sexo, *la llamada raza*, descendencia, origen étnico o nacional, orientación sexual, estatus civil, nacimiento, fortuna, edad, religión o credo, estado de salud presente o futuro, discapacidad u característica física alguna" queda prohibida.[298] De hecho, la mayor parte de las provisiones en las leyes Belgas hablan de la consabida "*so-called race*" o la "así llamada raza" debido a que en 2003 el legislador federal argumentó que el uso del término "raza" podría dar la impresión de que se aceptaba y confirmaba la existencia de diferentes "razas", mientras que el concepto era inexistente y solo existía en la mente del racista.[299] Asimismo, Austria ha eliminado la noción de "raza" de los textos legales para ser sustituida por "afiliación étnica" y Hungría a "afiliación racial" y "pertenencia a una minoría étnica".[300]

Aumentando aún más la confusión terminológica, en numerosas ocasiones "raza" y "etnia" se toman como sinónimos o se establecen como si lo fueran, debido a que el término "raza" es muy controvertido. SOLLORS explica que el término "raza" comenzó a verse unido con el fascismo en la II Guerra Mundial, con lo que el vocablo pasó a verse "contaminado", razón por la cual se recuperó el término etnia, hasta entonces en desuso.[301]

Encontrar una definición precisa de lo que el término etnia implica es sumamente complicado, ya que suele definirse alrededor de los términos de una "Comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.".[302] Ese "Etc." es clave, ya que dependiendo de qué factores se tomen en cuenta se establecerá la etnicidad de un grupo. BARTH, de hecho, afirma que se ha construido

---

explotando los prejuicios y la ignorancia, como el dogma de la desigualdad de los hombres y de las razas», y lo lleva haciendo desde entonces.

[298] Traducción de la autora, BRIBOSIA, E., RORIVE, I., *Country report non-discrimination Belgium 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 37.

[299] Vid LEMMENS, P., HEYLEN, B., VANDEVEN, E., VRIELINK, J., *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation* – Belgium, Leuven, Belgium, March 2008.

[300] CHOPIN, I., "Implementation of EU anti-discrimination law in the Member States: a comparative approach", *ERA*, Abril 2011, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/01_Overview/2011_04%20Chopin_EN.pdf (último acceso 13/03/2017)

[301] SOLLORS, W., "Ethnicity and Race" en GOLDBERG, D.T., SOLOMOS, J. (eds.), *A Companion to Racial and Ethnic Studies*, Oxford: Blackwell, 2002, pp. 97 y ss.

[302] Real Academia de la Legua española, vigesimosegunda edición.

como una "supercategoría" que tiene la potencialidad de incluir muchas minorías.[303] FARKAS señala que elementos que definen a las minorías pueden ser: un pasado común, sustrato religioso, lenguaje u origen. Añade además que hay ciertas minorías que en naturaleza eran minorías religiosas que se han acabado "racializando" como puede ser los judíos o los musulmanes.[304]

En la sentencia *CHEZ*, el TJUE arrojó algo de luz en este aspecto, cuando afirmó que:

> 46. A la luz de la detallada exposición que en ese sentido contiene la resolución de remisión, resumida en los apartados 29 a 33 de la presente sentencia, se advierte que los interrogantes del tribunal remitente no conciernen a la cuestión de si un origen gitano puede calificarse como «origen étnico» en el sentido de la Directiva 2000/43 y, más en general, del Derecho de la Unión, lo que ese tribunal se inclina fundadamente por considerar cierto. *En efecto, el concepto de origen étnico, que proviene de la idea de que los grupos sociales se identifican en especial por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, de lengua, de origen cultural y tradicional y de entorno de vida, se aplica a la comunidad gitana* [véanse en ese sentido, a propósito del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las sentencias Natchova y otros c. Bulgaria, de 6 de julio de 2005, asuntos n^{os} 43577/98 y 43579/98, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-VII, y Sejdić y Finbci c. Bosnia-Herzegovina, de 22 de diciembre de 2009, asuntos n^{os} 27996/06 y 34836/06, *Recueil des arrêts et décisions* 2009, §§ 43 a 45 y 50]." (cursiva añadida por la autora).[305]

El Tribunal toma prestada la definición del TEDH, estableciendo como elementos para definir una etnia:

1- Nacionalidad

2- Fe religiosa

3- Lengua

4- Origen cultural y tradicional

5- Entorno de vida

[303] BARTH, F., "Introduction" en BARTH, F. (ed.), *Ethnic groups and boundaries: The social organization of cultural difference*, London: George Allen & Unwin, 1969, pp. 9-39.
[304] FARKAS, L., *The meaning of racial and ethnic origin under EU law- between stereotypes and identities*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, pp. 36-37.
[305] STJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria…, op. cit.*

Unido a esto, CHOPIN y NIESSEN,[306] así como HOWARD[307] critican la falta de los motivos de creencia o religión en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43, ya que son motivos que van muy unidos a lo que se considera discriminación racial habiendo numerosos grupos etnoreligiosos, más aún cuando el Tribunal señala la religión común como uno de los aspectos que conforman un grupo étnico.[308] Esta característica se legisló en la Directiva 2000/78,[309] de más restringido alcance que la Directiva de igualdad racial.

En cuanto a la aceptación de qué minorías constituyen en efecto grupos étnicos y cuáles no, hay una confusión generalizada, aunque parece quedar claro que los romaníes entran dentro de esta definición. En cuanto a otras minorías nacionales, que potencialmente podrían considerarse grupos étnicos y así beneficiarse del gran espectro de protección que la no-discriminación racial y de origen étnico posee en Europa, no hay consenso alguno.[310] MINORITY GROUP INTERNATIONAL considera que en Europa existen tres tipos de minorías: aquellas que se denominan "indígenas" como los Sami; los "históricos" como los escoceses y las "nuevas minorías" que se forman mediante la migración. Por tanto, estas comunidades podrían potencialmente en un principio acceder al estatus de "etnia", pero habrá que esperar a un pronunciamiento por parte de las instituciones.[311]

ii. Alcance de la protección

La discriminación directa se define en el artículo 2.2 a), estableciendo que será cuando, por motivo del origen étnico o racial una persona sea tratada de manera menos

[306] CHOPIN I., NIESSEN J., "Combating racism in the European Union with legal means-A comparison of the Starting Line and the EU Commission's proposal for a Race Directive*",* MPG Group, 25 de agosto de 2000, http://www.migpolgroup.com/public/docs/98.CombatingRacismintheEuropeanUnionwithLegalMeansAComparisonoftheStartingLineandtheEUCommissionsproposalforaRaceDirective_2000.pdf (último acceso 13/03/2013)

[307] HOWARD, E., "The EU Race Directive. Time for change?", *International Journal of Discrimination and the law,* 2007, vol. 8, pp. 237-261.

[308] Vid. a este respecto la definición de "raza" u origen étnico en este mismo capítulo.

[309] Directiva 2000/78… *op. cit.*

[310] Esto es visible en THORNBERRY, P., MARTIN ESTEBANEZ, M.A., *Minority Rights in Europe*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2004, pp. 49-50 "… there has also been reluctance to utilize "national minority" as a ground of discrimination, although "ethnic origin" and "race" may function as near equivalents".

[311] MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL, *World Directory of Minorities*, Londres: MRG, 1997, p. 126.

favorable de lo que sea, haya sido, o vaya a ser tratada otra en situaciones comparables. De forma similar se define, estableciendo una coherencia necesaria en lo que a los conceptos se refiere, en la Directiva de igualdad en el empleo y las Directivas 2004/113 y 2006/54[312] relativas a la igualdad de género en distintos ámbitos.

Al respecto de la discriminación indirecta, la Directiva establece que "existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas…".[313] La Comisión también incluyó el acoso y las ordenes o instrucciones para discriminar como práctica discriminatoria (artículo 2.3 y 2.4).

Es importante remarcar que se admiten algunas excepciones al principio de igualdad de trato, que serán legítimas en determinados casos. En lo que a la discriminación directa se refiere, la Directiva establece una casuística de justificaciones cerrada,[314] mientras que en relación a la discriminación indirecta será abierta. No obstante, se erigen salvaguardas que ocurrirán cuando"… dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios". Asimismo, se establece un "test de responsabilidad" para probar que una disposición resulta en una posición intrínsecamente desventajosa para la persona o grupo en cuestión, mediante evidencia estadística u otro medio probatorio.

WINKLER considera que se introdujeron dos novedades fundamentales mediante la Directiva: la primera es que se introdujeron medidas de protección social y seguridad social, educación y suministro y acceso a productos y servicios además de en el empleo; mientras que la segunda se refiere a que se obliga a los Estados miembros a que proporcionen organismos que promuevan el principio de igualdad de trato.[315]

[312] Directiva 2000/78… *op. cit.;* Directiva 2004/113… *op. cit*. y Directiva 2006/54 … *op. cit.*
[313] Artículo 2.2.b. de la Directiva 2000/43… *op. cit.*; Directiva 2000/78… *op. cit.*; y Directivas 2004/113…,*op. cit.* y 2006/54… *op. cit.* (varían, por supuesto, los motivos en cada Directiva).
[314] Artículo 4 requisitos profesionales esenciales y determinantes, Directiva 2000/43… *op. cit.*
[315] WINKLER, B., "Nuevas Medidas para luchar contra la discriminación en la Unión Europea", *Afers Internacionals,* nº 53, 2001, pp. 97-104.

En lo que a éstos últimos se refiere, la Directiva de igualdad racial obliga a la creación de un órgano nacional[316] responsable de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico ya sea nuevo o dentro de un servicio responsable a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales (artículo 13).

Por otra parte y de forma sinérgica impulsó la creación a nivel europeo de un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia (EUMC);[317] que más tarde sería sustituido por la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA).[318] Este Observatorio tenía la misión de "facilitar a la Comunidad y sus Estados miembros datos objetivos, fiables y comparables a nivel europeo sobre los fenómenos del racismo, la xenofobia y el antisemitismo, que pudieran serles de utilidad cuando, en los ámbitos de sus competencias respectivas, adoptaran o definieran acciones".[319] Era asimismo responsable de crear y coordinar una «Red europea de información sobre el racismo y la xenofobia» (RAXEN) estableciendo para ello un organismo en cada Estado miembro

[316] Los órganos que se crearon siguiendo éste mandato fueron los siguientes: Ombud for Equal Treatment (Austria), Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism (Bélgica), Commission for Protection Against Discrimination (Bulgaria), Office for the Ombudsman (Croacia), Office for the Commissioner for Administration (Chipre), Office for the Public Defender of Rights (República Checa), Danish Institute for Human Rights y Board of Equal Treatment (Dinamarca), Gender Equality and Equal Tretment Commissioner (Estonia), Ombudsman for Minirities y Ombudsman for Equality (Finlandia), Defender of Rights (Francia), Federal Anti-Discrimination Agency (Alemania), Greek Ombudsman (Grecia), Equal Treatment Authority y Office of the Commissioner for Fundamental Rights (Hungría), Equality Authority (Irlanda), National Office against Racial Discrimination (Italia), Office of the Ombudsman(Letonia), Office of the Equal Opportunities Ombudsperson (Lituania), Centre for Equal Treatment (Luxemburgo), National Commission for the Promotion of Equality (Malta), Netherlands Institute for Human Rights (Países Bajos), Human Rights Defender (Polonia), Commission for Immigration and Intercultural Dialogue, Commission for Citizenship and Gender equality y Commission for Equality in Labour and Employment (Portugal), National Council for Combating Discrimination (Rumania), National Centre for Human Rights (Eslovaquia), Advocate of the Principle of Equality (Eslovenia), Race and Ethnic Equality Council (España), Equality Ombudsman (Suecia) y finalmente en el caso del Reino Unido, Equality and Human Rights Commission (para Gran Bretaña) y Equality Comission for Northern Ireland (Irkanda del Norte). COMISIÓN EUROPEA, Commission Staff Working Document… *op. cit.* SWD(2014) 5 final, pp. 8-10.

[317] Reglamento (CE) n° 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, publicado en el Diario Oficial L 151 de 10 de junio de 1997, pp. 1-7, modificado posteriormente por el Reglamento (CE) nº 1652/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1035/97 por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, publicado en el Diario Oficial L 245 el 29 de septiembre de 2003, pp. 33-35.

[318] Reglamento (CE) nº 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicado en el Diario Oficial L 53 de 22 de febrero de 2007, pp. 1-14.

[319] Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia- Síntesis de la legislación de la UE http://europa.eu/legislation_summaries/other/c10411_es.htm (último acceso 13/03/2017).

NFP (National Focal Points). En el Reglamento se especifica que se tendrá en cuenta las actividades ya realizadas por instituciones de la UE, así como de otras organizaciones internacionales como el Consejo de Europa. Es importante resaltar en este punto que en el momento de fundación del EUMC[320] existía ya el ECRI (European Comission against Racism and Intolerance) que fue fundado por el CoE en 1993, con lo que hubo voces que alertaron de una posible duplicación de actividades.[321] Por esa razón se firmaron sendos acuerdos y se adaptaron decisiones para aprovechar sinergias en vez de duplicar trabajo.[322] Éstos recogen, entre otros, que habrá contactos regulares y puesta a disposición recíproca de la información y datos recogidos en el marco de sus actividades, así como difusión mutua de los trabajos del otro. De la misma forma, se decidió incentivar el trabajo conjunto y las consultas recíprocas entre los dos organismos, con el fin de coordinar sus actividades y potencialmente complementar sus programas de trabajo sobre temas de interés común.

En cuanto a los órganos nacionales creados en virtud del artículo 13, como se ha mencionado, la Directiva da la posibilidad de crear nuevos organismos *ad hoc* o en cambio crearse bajo el paraguas de órganos de defensa de los derechos fundamentales en general. En cualquier caso deberán contar con independencia y poseer las competencias necesarias para velar por el cumplimiento de la Directiva, incluyendo las siguientes:

[320] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre las actividades del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, acompañado de propuestas de refundición del Reglamento (CE) n° 1035/97 del Consejo, COM (2003) 483 final, 5 de agosto de 2003.

[321] El ECRI se formó mediante la CONSEJO DE EUROPA, Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance (Adopted by the Committee of Ministers on 13 June 2002 at the 799th meeting of the Ministers' Deputies, amended by Resolutions CM/Res(2013)12 and CM/Res(2014)2 adopted, respectively, on 9 October 2013 and 19 February 2014 at their 1180th and 1192nd meetings).

[322] Decisión del Consejo de 21 de diciembre de 1998 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa con el fin de establecer, con arreglo al apartado 3 del artículo 7 del Reglamento (CE) no 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, una estrecha cooperación entre el Observatorio y el Consejo de Europa publicado en el Diario Oficial L 44 de 18 de febrero de 1999, pp. 33-36; y Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa con el fin de establecer, con arreglo al apartado 3 del artículo 7 del Reglamento (CE) nº 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, una estrecha cooperación entre el Observatorio y el Consejo de Europa, de 10 de febrero de 1999, publicado en el Diario Oficial L 44, de 18 de febrero de 1999, pp. 34-36.

- prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación.

- realizar estudios independientes sobre la discriminación.

-publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.

El cumplimiento de estos requisitos mínimos no ha estado libre de escollos. En este sentido (por ejemplo), en 2007 la Comisión emitió una opinión razonada a la que siguió la notificación formal de apertura de procedimientos contra la Republica Checa, y señaló que no se había designado un organismo de igualdad tal y como la Directiva exigía (entre otras violaciones).[323] Este procedimiento se resolvió no obstante sin mayor complicación dado que la Republica Checa se apresuró a modificar las disposiciones necesarias y la Comisión cerró los procedimientos abiertos contra ésta el l4 de Mayo de 2010.[324] En la misma línea, la Comisión abrió procedimientos contra Finlandia[325] en 2013 ante el TJUE, ya que se estableció dentro del defensor del pueblo para las minorías el requerido organismo de igualdad sin que éste tuviera las competencias necesarias para cumplir el mandato de la Directiva. La Comisión envió una notificación formal y una opinión razonada con lo que el gobierno envió una propuesta de una nueva ley antidiscriminatoria al parlamento nacional. En esta propuesta, sin embargo el mandato del organismo seguía siendo insuficiente.[326] Finalmente se aprobó una nueva ley de igualdad que replanteaba el sistema seguido en cuanto al organismo de igualdad.

[323] Las otras violaciones comprendían:
-No definió adecuadamente todas las formas de discriminación establecidos por la Directiva 2000/43/EC
-Algunos campos no están suficientemente protegidos
-En algunas áreas no se aplicaron las disposiciones acerca de la carga de la prueba
-Solo ofrece protección contra la victimización para los empleados

[324] COMISIÓN EUROPEA, "European Commission closes two legal cases against Czech Republic on equality legislation", 5 de mayo de 2010, http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&furtherNews=yes&langId=es&newsId=791 (último acceso 13/03/2017)

[325]COMISIÓN EUROPEA, "Commission refers Finland to the Court of Justice for not having a racial equality body for employment matters", 10 de julio de 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-811_en.htm (último acceso 20/03/2017)

[326] HILTUNEN, R., "Draft of comprehensive anti-discrimination legislation published", Flash report 1446-FI-4-10 May 2014, available at http://www.equalitylaw.eu/downloads/1458-fi-9-new-anti-discrimination-legislation-presented-to-parliament (último acceso 16/03/2017)

Empero, expertos nacionales dudan de si el problema se ha solucionado.[327]

Las Directivas sobre discriminación establecen que en caso de se estime que existen principios para asumir discriminación en un caso, la carga de la prueba se revertirá, de forma que los demandados deberán demostrar que no se ha realizado tal discriminación.[328] A pesar de esta medida, lo cierto es que probar indicios de discriminación es sumamente complicado. De hecho, concretar los medios probatorios ha acarreado numerosos problemas, ya que los datos de igualdad disponibles son escasos, y existe una tensión continua entre las leyes de protección de datos o privacidad y la necesidad de tener datos de igualdad. En el caso *Meister,*[329] el TJUE trató el tema de los medios probatorios en relación a la discriminación indirecta, que presenta más problemas que la directa a la hora de enjuiciar. En este caso la Sra. Galina Meister, nacida en 1961 y de origen ruso, denunció haber sido discriminada en por parte de una empresa alemana por razón de su sexo, de su edad y de su origen étnico ya que alegaba cumplir con todos los requisitos de la oferta de empleo y había sido rechazada sin posibilidad de acceder a una entrevista mientras que la empresa volvió a publicar el anuncio solicitando candidatos.

El TJUE estimó que la solicitud de la señora Meister de información sobre las razones de por las que no había sido seleccionada y sobre si la empresa había contratado o no a otro candidato y en base a qué criterios, no era lícita. Para ello se basó en el caso *Kelly*[330] sobre la discriminación por razón de sexo[331] y aprovechó (debido a que la pregunta prejudicial lo solicitaba)[332] para aclarar este punto sobre otros artículos análogos en las Directivas 2006/54 y 2000/78, no solo en la 2000/43.[333]

[327] HILTUNEN, R., *Country report non-discrimination Finland 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 71.
[328] Directiva 2000/43… *op. cit*., artículo 8.
[329] STJUE *Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GmbH*, asunto C-415/10, de 19 de abril de 2012, ECLI:EU:C:2012:217
[330] STJUE, *Patrick Kelly y National University of Ireland*, asunto C-104/10, de 21 de julio de 2011, ECLI:EU:C:2011:506
[331] Sobre la Directiva 97/80... *op. cit.*, de la que hemos hablado brevemente en el Capítulo anterior y que fue refundida posteriormente en la Directiva 2006/ 54 de la que hablaremos en el presente Capítulo.
[332] STJUE *Galina Meister ... op. cit.,* "1)¿Han de interpretarse el artículo 19, apartado 1, de la Directiva 2006/54 […], el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43 […] y el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 […] en el sentido de que, en caso de no ser seleccionado, al trabajador que acredite cumplir los requisitos para un puesto ofrecido por un empresario se le debe conceder el derecho a ser

En este caso el Tribunal de Justicia se refirió a la regla de la carga de la prueba y consideró que la discriminación indirecta puede acreditarse por numerosos medios, incluyendo el uso de pruebas estadísticas (apartado 43). Sin embargo aclara que el ordenamiento de la Unión no prevé "el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro candidato" (apartado 46).

Por tanto, a pesar de que la legislación antidiscriminatoria de la UE permita la reversión de la carga de la prueba, no obliga a los potenciales empleadores a tener que razonar sus decisiones. Sin embargo, el Tribunal estableció que pese a que el Derecho de la Unión no obligase a ello, nada indica que no pueda legislarse a este respecto a nivel nacional y facilitar así el flujo de información. Además, el Tribunal parece indicar con su decisión que la forma preferencial para probar estos casos serán los datos estadísticos. En este sentido serán de gran importancia por tanto los institutos estadísticos de los Estados miembros, así como los estudios combinados de la Agencia de Derecho Fundamentales de la Unión Europea (FRA). Aun así, los datos sobre igualdad son todavía escasos, especialmente en lo referido a "raza" u origen étnico ya que se considera en muchas ocasiones información de alta sensibilidad y no se recoge.

La Directiva prevé, asimismo, la protección de los denunciantes contra las represalias, estableciendo que los "Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato".[334]

Los artículos 10 y 11 establecen, además la obligación de divulgación de información y el diálogo social con los interlocutores clave, así como con las organizaciones no-gubernamentales.[335] La Directiva establece que pueden denunciar

---

informado sobre si éste contrató a otro candidato y, en caso afirmativo, con arreglo a qué criterios se realizó dicha contratación?"

[333] Directiva 2006/54… *op. cit.* y Directiva 2000/78… *op. cit.*

[334] Artículo 10, artículo 11 en la Directiva 2000/78… *op. cit.,* también establecida en las Directivas 2006/54… *op. cit.* y 2004/113… *op. cit*. bajo el rótulo de protección contra las represalias o represalias.

[335] Artículos 12, 13 y 14 de la Directiva de igualdad en el empleo, *op. cit.*

hechos las presuntas víctimas y se pide a los Estados miembros que faciliten a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tengan un interés legítimo, a iniciar en nombre del demandante o en su apoyo y autorización procedimientos.[336] A este respecto, es muy interesante la sentencia *Firma Feryn*,[337] muy relacionado también con el caso *Accept*[338] que comentaremos en el apartado concerniente a la Directiva 78/2000 y la orientación sexual.

Firma Feryn, era una empresa especializada en la venta y la instalación de puertas basculantes y seccionales, que fue acusada de aplicar una política de contratación discriminatoria por el *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* (Centrum de ahora en adelante), organismo nacido de los requerimientos de la Directiva 43/2000 en Bélgica, basándose en manifestaciones públicas de uno de los administradores de la empresa. Éste declaró que no empleaban a "extranjeros" ya que ello podía causar reticencias en los clientes porque debían acudir a sus domicilios privados para la instalación de las puertas, y el hecho de que fueran extranjeros podría disminuir la confianza de los clientes en ellos. Lo especial de esta sentencia es que no había una víctima concreta que hubiese interpuesto la demanda, sino que fue Centrum el que, de oficio, la interpuso. Este aspecto fue, de hecho, el que hizo que en primera instancia se desestimase la demanda nivel nacional, ya que "no existía prueba ni presunción de que alguna persona hubiera solicitado el empleo y no hubiera sido contratada por razón de su origen étnico" (apartado 17). El caso se llevó al Tribunal de apelación, que planteó la cuestión prejudicial al TJUE.

El Tribunal, declaró, por una parte que en el artículo 2.2. de la Directiva de igualdad racial se define la discriminación directa como "la situación en la que, por motivos de origen racial o étnico, una persona «sea tratada» de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable" y añade que el artículo 7 "exige que los Estados miembros garanticen la existencia de procedimientos judiciales de los que puedan valerse «todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio

[336] Artículo 7 en la Directiva 2000/43… *op. cit.*,; artículo 9 en el caso de la Directiva 78/2000… *op. cit.*,; artículo 9 en la Directiva 2004/113… *op. cit.*, y artículo 17 en la Directiva 2006/54… *op. cit.*,.

[337] STJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y Firma Feryn NV*, asunto C-54/07, de 10 de Julio de 2008, ECLI:EU:C:2008:397

[338]STJUE, *Asociaţia Accept y Consiliul Naţional pentru Combaterea Discriminării***,** asunto C-81/12, de 25 de abril de 2013, ECLI:EU:C:2013:275

de igualdad de trato», y los organismos de interés público que actúen ante los tribunales «en nombre del demandante o en su apoyo»".[339]

No obstante, el Tribunal aclara que "De ello no puede deducirse, sin embargo, que la falta de un denunciante identificable permita concluir que no existe discriminación directa en el sentido de la Directiva 2000/43. En efecto, ésta tiene como objeto, según recuerda su considerando octavo, «promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social». Con esa finalidad el artículo 3, apartado 1, letra a), de la misma Directiva precisa que ésta abarca "los criterios de selección y las condiciones de contratación" (apartado 23). De esta forma se atendió a los objetivos de la Directiva para lograr una interpretación que resultase más adecuada para la consecución de los mismos, superando los argumentos de los Gobiernos británico e irlandés que alegaban que la queja debía provenir de una persona identificable víctima de facto de la discriminación.

El Tribunal sostuvo que un empleador que declara públicamente que no contratará empleados de un determinado origen étnico o racial incurre, de hecho, en una actitud disuasoria para que ciertos candidatos presenten sus solicitudes y, en consecuencia, implica impedir su acceso al mercado laboral, lo que constituye discriminación directa en materia de contratación en el sentido de la Directiva.

Por otra parte, en lo que respecta a la presentación de la demanda por parte del Centrum, el Tribunal consideró que aunque el artículo 7 de la directiva no obligaba a los estados a dar poderes a las asociaciones a interponer demandas de oficio y sin víctima identificable, siendo la Directiva una directiva de mínimos (artículo 6.1 y considerando 25) "no se opone en modo alguno a que los Estados miembros reconozcan en su legislación nacional el derecho de las asociaciones que tengan un interés legítimo en lograr que se respete dicha Directiva, o del organismo o los organismos designados conforme al artículo 13 de ésta, a promover los procedimientos judiciales o administrativos dirigidos a hacer respetar las obligaciones derivadas de la misma Directiva, sin que actúen en nombre de un denunciante determinado, o a falta de un denunciante identificable". No obstante, se aclara que es competencia exclusiva del juez nacional apreciar si su legislación admite tal posibilidad. Dicho de otra forma, no existe

[339] STJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen…, op. cit*., apartado 22.

la obligación de legitimar los organismos para poder interponer ese tipo de demandas, pero se permite.[340]

De la misma forma se contesta a la aplicación de las sanciones: "La Directiva 2000/43 no requiere, sin embargo, sanciones concretas, sino que deja a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar el objetivo que persigue la Directiva" (apartado 37) y "deben ser también efectivas, proporcionadas y disuasorias" (apartado 38). Ello implica que no habiendo obligación de los Estados miembros a establecer sanciones de algún tipo en concreto o al menos establecer recomendaciones, mínimos y máximos al respecto, se abre la puerta a que existan muy distintos niveles de protección en los Estados miembros, fallando así el Derecho de la UE en su labor armonizadora.[341]

iii. El alcance del ámbito de aplicación

La prohibición de la discriminación en las Directivas antidiscriminatorias de la UE cubre tres áreas principales: el empleo, el sistema de bienestar y el acceso a los bienes y servicios. Hoy por hoy, la Directiva de igualdad racial se aplica en estas tres áreas (artículo 3); mientras que la Directiva de igualdad en el empleo sólo se aplica en el ámbito del empleo (artículo 3). En el caso de la discriminación de género, la Directiva de refundición igualdad de trato entre hombres y mujeres (artículo 7) y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios (artículo 3) se aplican respectivamente en el ámbito del empleo y el acceso a los bienes y servicios, pero no del acceso al sistema de bienestar. La definición concreta de cada uno de estos campos no se encuentra en ninguna de las Directivas, razón por la que la interpretación de los tribunales ha sido, y sigue siendo, tan importante. En numerosos casos las definiciones se han tomado prestadas de las Directivas de género preexistentes, lo que ha asegurado una interpretación coherente en el Derecho de la UE de estos conceptos. Este apartado es por tanto, menos en aquellos campos que se señalan como exclusivos de alguna de las Directivas, común.

[340] Esta figura se conoce como "actio popularis".

[341] SAWYER, K., "The interpretation of EC Anti-Discrimination Directives 2000/43 and 2000/8 by the European Court of Justice", ERA 2008, p. 6, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12_Jurisdictions/2008_Sawyer-EN.pdf (último acceso 13/03/2017)

No nos extenderemos en exceso en la definición del ámbito de aplicación, cuya definición, aunque de gran importancia no afecta directamente al objeto de estudio. Si afecta, sin embargo, el hecho de que las diferentes Directivas no prevean los mismos ámbitos de aplicación, ya que en un caso de discriminación múltiple es probable que, debido al requerimiento de "directiva de mínimos", los campos que se ven afectados no encuentren protección en el ámbito en el que ocurren de la misma manera. Es decir, que puede ser (en caso de haberse quedado en los mínimos establecidos por la Directiva), por ejemplo la religión no se cubra en el acceso a bienes y servicios, mientras que en género sí. En caso de tener que presentar una denuncia por discriminación porque se le prohíbe el acceso a una tienda a una mujer musulmana que lleve velo; solo podría interponer la demanda sobre género pero no sobre religión ya que no estaría cubierta.

MOTIVO	DIRECTIVA	AMBITO DE APLICACIÓN
"Raza" u origen étnico	2000/43	Acceso al empleo Orientación, formación profesional (incluida la superior) y reciclaje Condiciones de empleo y trabajo Afiliación y participación en organizaciones *Protección social* *Ventajas sociales* *Educación* *Acceso de bienes y servicios (incluida vivienda)*
Sexo	2006/54 2004/113	Acceso al empleo Orientación, formación profesional (incluida la superior) y reciclaje Condiciones de empleo y trabajo Afiliación y participación en organizaciones *Protección social* *Asistencia sanitaria* *Acceso de bienes y servicios (incluida vivienda)* *Exclusión expresa de medios audiovisuales y

		de comunicación.
Religión y convicciones, discapacidad, edad, y orientación sexual	2000/78	Acceso al empleo Orientación, formación profesional (incluida la superior) y reciclaje Condiciones de empleo y trabajo Afiliación y participación en organizaciones

Tabla 1: Protección asimétrica por campos- elaboración propia

A continuación se ofrece un breve análisis de cómo han definido los tribunales los campos de aplicación:

Acceso al empleo

La protección en el empleo aúna los siguientes campos: las condiciones de acceso al empleo, la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; y las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

En el caso *Meister* se estableció que "acceso al empleo" implica "una persona que trata de acceder a un empleo, incluso en lo referido a los criterios de selección y las condiciones de contratación para ese empleo"[342] y en el caso *Nils-Johannes Kratzer y R+V Allgemeine Versicherung AG,* el Tribunal aclaró que una persona cuya candidatura no tiene como objetivo la búsqueda del empleo (sino en este caso lograr el reconocimiento como demandante de empleo y una indemnización) la protección brindada por las Directivas no será aplicable, ya que "Una interpretación contraria sería incompatible con el objetivo perseguido por tales Directivas, que consiste en garantizar a toda persona la igualdad de trato «en asuntos de empleo y ocupación», ofreciéndole

[342] STJUE, *Galina Meister …, op. cit,.* apartado 33.

una protección eficaz contra determinadas discriminaciones, en particular por lo que respecta al «acceso al empleo»".[343]

En el caso *Vital Pérez*, el Tribunal estableció que la limitación de edad (30 años) establecida para participar en la formación y potencialmente acceder a una plaza como policía municipal no era conforme al Derecho de la Unión.[344] A pesar de que la Directiva 78/2000 permite ciertas excepciones siempre que estén justificadas y sean proporcionales el Tribunal consideró que ésta era excesiva.

En casos no relacionados con las Directivas 2000, el Tribunal ha definido el acceso al empleo como todos los factores de influencia que una persona debe tener en cuenta antes de adoptar la decisión o no de una oferta de trabajo.[345]

Acceso a la orientación y formación profesional y reciclaje

El acceso a la orientación y formación profesional ha sido definida por el Tribunal en el contexto de la libre circulación de personas en el caso *Gravier* de la siguiente forma: "30 Se desprende de estos textos que, independientemente de la edad y del nivel de formación de los alumnos o de los estudiantes, toda modalidad de enseñanza que prepare para adquirir una capacitación para una profesión, oficio o empleo específicos, o confiera la aptitud necesaria para ejercer dicha profesión, oficio o empleo, está comprendida en la formación profesional, aunque el programa de estudios incluya una parte de formación general."[346] En *Brown* el Tribunal corroboró y amplió de cierta forma esa definición: "12. Procede observar a este respecto que el hecho de que un centro de enseñanza imparta en cierta medida formación profesional no basta para considerarlo como escuela de formación profesional, en el sentido de aquella disposición. La expresión «escuela de formación profesional» tiene un sentido más restringido y se refiere a centros que imparten únicamente una enseñanza que, o bien

[343] STJUE, *Nils-Johannes Kratzer y R+V Allgemeine Versicherung AG*, asunto C‑423/15 de 28 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:604.
[344] STJUE, *Mario Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo*, asunto C‑416/1, de 13 de noviembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2371, apartado 35.
[345] STJUE, *Meyers contra Adjudication Officer*, asunto C-116/94, de 13 de julio de 1995, ECLI:EU:C:1995:247
[346] STJUE, *Gravier contra Ville de Liège y otros*, asunto C- 293/83, de 13 de febrero de 1985. ECLI:EU:C:1985:69

está intercalada en la actividad profesional o bien está estrechamente relacionada con ésta, en especial durante el aprendizaje. Este no es el caso de las universidades".[347]

Condiciones de empleo y trabajo, afiliación y participación en organizaciones

La interpretación que el Tribunal ha realizado sobre qué entra dentro de la definición de "condiciones de empleo, incluidos el despido y la retribución" es amplia, de forma que prácticamente cualquier circunstancia derivada de la relación laboral se considera incluida.[348]

Asimismo, la Comisión aclaró en las directrices publicadas en el momento de aprobar la Directiva que el objetivo de que se contenga el campo de la pertenencia a las organizaciones de trabajadores y empleadores es "Garantiza(r) que no se producirá discriminación alguna tanto por lo que se refiere a la pertenencia como a las ventajas proporcionadas por este tipo de organizaciones".[349]

Protección social, y ventajas sociales incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria

La Directiva 43/2000 contiene en su articulado medidas para prohibir la discriminación racial o de origen étnico en el ámbito del acceso al sistema de bienestar y otras formas de seguridad social, incluido el acceso a prestaciones en especie mantenidas «en común» por el Estado, como la asistencia sanitaria pública, la educación y el sistema de seguridad social.[350] El Tribunal en el caso *Lesar* aclaró que ello implica que "… los regímenes profesionales de seguridad social son «los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de seguridad social [(DO 1979, L 6, p. 24; EE 05/02, p. 174)] cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las

[347] STJUE, *Steven Malcom Brown y Secretary of State for Scotland*, asunto C-197/86, de 21 de junio de 1988, ECLI:EU:C:1988:323

[348] FRA, CoE, Manual de…, *op. cit.*, p. 68.

[349] Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, COM/99/0566 final - CNS 99/0253 de 25 de noviembre de 1999.

[350] De la misma forma, la Directiva 2006/54… *op. cit*., cubre el ámbito de "los regímenes profesionales de seguridad social" (artículo 1c).

prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa».”[351]

Ventajas Sociales

El término no está definido en las Directivas, pero se trata de un campo extensamente regulado en materia de discriminación por razón de nacionalidad. El Reglamento (CEE) nº 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores[352] obliga a los Estados miembros a conceder las ventajas sociales independientemente de la nacionalidad. Dichas ventajas fueron definidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como prestaciones de naturaleza económica o cultural concedidas en los Estados miembros por las autoridades públicas o por organizaciones privadas.[353]

En el caso *Even*, en el contexto de la libre circulación de personas se indicó que “ventajas sociales” incluirían aquellas que “con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el solo hecho de residir en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad”.[354]

Educación

No se contiene ningún tipo de definición en las Directivas, y al contrario que ante el TEDH no ha habido casos ante el TJUE que pueda aclarar qué se entiende cubierto por “educación”. Sin embargo, el documento explicativo de la Directiva aclara

[351] STJUE, *Franz Lesar y Beim Vorstand der Telekom Austria AG eingerichtetes Personalam*, asunto C-159/15, de 16 de junio de 2016, ECLI:EU:C:2016:45, apartado 27.
[352] Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968… *op. cit.*
[353] Propuesta de Directiva del Consejo… COM/99/0566 final - CNS 99/0253 de 25 de noviembre de 1999, *op. cit.*
[354] STJUE, *Procedimiento penal contra Even*, asunto C-207/78, de 31 de mayo de 1979, ECLI:EU:C:1979:144, apartado 22 “It follows from all its provisions and from the objective pursued that the advantages which this regulation extends to workers who are nationals of other member states are all those which, whether or not linked to a contract of employment , are generally granted to national workers primarily because of their objective status as workers or by virtue of the mere fact of their residence on the national territory and the extension of which to workers who are nationals of other member states therefore seems suitable to facilitate their mobility within the community .”

en este caso que el ámbito "educación" incluye aquellos supuestos en los que el acceso se supedite a la concesión de becas y subvenciones.[355]

En septiembre de 2014, la Comisión abrió procedimientos contra la Republica checa por las políticas de segregación de los niños romaníes en el acceso a la educación, apoyada posteriormente por un informe independiente realizado por Amnistía Internacional denunciado los hechos. El caso se encuentra pendiente, pero el gobierno Checo niega la veracidad de dicho informe.[356] En abril de 2015 la Comisión decidió abrir procedimientos contra Eslovaquia por la misma razón.[357] Asimismo, en mayo de 2016, tras varios meses de investigaciones, la Comisión envió una carta notificación formal a Hungría por exclusión sistemática de niños romaníes de la educación. En este sentido, la Comisión señala tanto inquietudes relacionadas con la legislación de igualdad de trato como por las prácticas administrativas relacionadas con la educación. La preocupación principal de la Comisión radica en la excesiva segregación y desproporcionada representación de niños de origen romaní en las escuelas especiales para niños con discapacidad mental.[358]

Acceso a la justicia, bienes y servicios y oferta de los mismos

El acceso a bienes y servicios y oferta de los mismos está contemplados tanto en relación a "raza" u origen étnico (Directiva 2000/43) como en relación a sexo (Directiva 2004/113).

La sentencia *Runevič-Vardyn* permitió al TJUE extenderse en la interpretación del término de "servicios".[359] En este caso, una señora de origen polaco residente en Lituania (y con nacionalidad polaca), llamada «Małgorzata» «Runiewicz» solicitaba que

[355] Propuesta de Directiva del Consejo… COM/99/0566 final - CNS 99/0253 de 25 de noviembre de 1999, *op. cit.*

[356] CTK, "Czech EdMin says Amnesty International report is not based on true facts", ROMEA.CZ, 24 de abril de 2015, http://www.romea.cz/en/news/czech/czech-edmin-says-amnesty-international-report-is-not-based-on-true-facts (último acceso 26 de mayo de 2015)

[357] AMNESTY INTERNATIONAL, EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM, EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, AND OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, "Commission takes tougher stance on Member States discriminating Roma", ERRC, http://www.errc.org/cms/upload/file/slovakia_infringement_joint_pr-29-april-2015.pdf (último acceso 26/05/2015)

[358] COMISIÓN EUROPEA, "Fact Sheet: May infringements' package: key decisions", Bruselas, 26 de mayo de 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1823_es.htm (último acceso 26/10/2016)

[359] STJUE, *Malgožata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others*, caso C-391/09, de 12 de mayo de 2011, ECLI:EU:C:2011:291

se inscribiera con arreglo al idioma polaco y no lituano, su nombre en el registro (que el lituano quedó «Malgožata Runevič»). El 16 de agosto de 2007, la demandante en el asunto principal presentó ante el Registro Civil de Vilna una solicitud para que su nombre y apellido, según figuran en su certificado de nacimiento, es decir, «Malgožata Runevič», fueran modificados por «Małgorzata Runiewicz» y para que su nombre y apellido, según figuran en su certificado de matrimonio, es decir «Malgožata Runevič-Vardyn», fueran modificados por «Małgorzata Runiewicz-Wardyn», a lo que el Registro Civil contestó que según la normativa aplicable no era posible modificar los documentos. El TJUE estableció que "Una normativa nacional que establece que los nombres y apellidos de una persona sólo pueden transcribirse en los documentos de dicho Estado acreditativos del estado civil con arreglo a las normas de grafía de la lengua oficial nacional atañe a una situación que no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico".[360] Asimismo, en el apartado 46 de la sentencia añade que "Procede recordar asimismo que los trabajos preparatorios relativos a la Directiva 2000/43, que fue adoptada por el Consejo de la Unión Europea por unanimidad, conforme al artículo 13 CE, indican que el Consejo no quiso tomar en consideración una propuesta de enmienda del Parlamento Europeo según la cual «el ejercicio de las funciones de cualquier órgano o autoridad públicos, incluida la actuación policial, el control de la inmigración y el sistema judicial penal» se incluiría en la lista de actividades enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de esta Directiva y, por ello, entraría en el ámbito de aplicación de ésta".

En el caso *CHEZ*, el tribunal trató un caso de acceso a los contadores de electricidad de una tienda. En la sentencia, el Tribunal aprovechó para recordar, por una parte que "esta Directiva sólo es la expresión, en el ámbito considerado, del principio de igualdad, que es uno de los principios generales del Derecho de la Unión, reconocido en el artículo 21 de la Carta, el ámbito de aplicación de dicha Directiva no puede definirse de manera restrictiva (sentencia Runevič-Vardyn y Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291,

[360] Ibid. Apartado 45 de la sentencia: "45-Si bien es cierto que el artículo 3, apartado 1, letra h), de la Directiva 2000/43 se refiere, de manera general, al acceso a bienes y servicios disponibles para el público y a la oferta de éstos, no cabe entender, tal como señala el Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, que una normativa nacional de esta índole esté comprendida en el concepto de «servicio» en el sentido de esta disposición"

apartado 43)". Asimismo, en el apartado 43 añade que el suministro de la electricidad en el domicilio del usuario final de un contador eléctrico, que constituye un accesorio inseparablemente unido a ese suministro, está en efecto comprendido en el ámbito de aplicación. La sentencia declara también que la referencia a "los límites de las competencias atribuidas a la Unión" que siempre que haya una regulación Europea al respecto puede considerarse dentro de dichas limitaciones (apartado 44).[361]

A nivel nacional, en Suecia se dio un caso de discriminación racial en el acceso a bienes y servicios cuando a dos mujeres romaníes y a sus hijos se les denegó la entrada a un restaurante porque los dueños de este argumentaban haber tenido experiencias negativas previas con personas romaníes y por tanto su política establecía no permitir el acceso a ninguna persona de ese origen étnico. El tribunal nacional estableció que habían sido víctimas de discriminación racial directa y les adjudicó una compensación económica por daños.[362]

iv. Cuestiones problemáticas

La Directiva de igualdad racial establecía julio de 2003 como plazo máximo para la trasposición de ésta al derecho interno.[363] Ésta fue problemática en numerosos Estados miembros. Por ejemplo, la trasposición en el Estado español fue un verdadero ejemplo de cómo no hacer las cosas: en primer lugar, la trasposición se hizo fuera de plazo, ya que se realizó a finales del año 2003; en segundo lugar, la forma en la que se traspuso no fue la adecuada (mediante la Ley 62/2003 de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el 2004)[364] y por último siendo la Directiva una "ley de mínimos" que animaba a los Estados miembros a ir más allá de las disposiciones que ésta contenía, se minimizó lo mínimo, resultando en que había ausencias significativas en el resultado final.[365] Además, se esquivó el debate público en un país en el que en 2009 solo un 36% de los ciudadanos conocían sus derechos ante la discriminación.[366] Puede considerarse, no obstante, que mediante distintas leyes se han

[361] STJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria…, op. cit.*
[362] SUECIA, *Ombudsman against Ethnic Discrimination v Tahsin Akmese (Lilla Kunghsallen restaurant)*, Caso nº T 2285-05, Gävle Disctrict Court de 16 de junio de 2006.
[363] Artículo 16 de la Directiva 2000/43…, *op. cit.* .
[364]ESPAÑA, *Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden*, publicada en el Boletín Oficial del Estado, nº 313, de 31 de diciembre de 2003, pp.46874- 46992.
[365] CACHÓN, L., "España…", *op. cit.*, pp. 13-22.
[366] EUROBAROMETRO, Discrimination in the EU in 2009, Report nº 317, noviembre de 2009, p. 39.

cumplido los objetivos de las Directivas, y que en el caso de España se ha ido más allá especialmente debido a las leyes promulgadas para lograr la igualdad y no discriminación en la discriminación por orientación sexual, así como la creación, durante el gobierno socialista de un Ministerio de Igualdad.

Como comentábamos, España no fue el único país que aplicó las Directivas fuera de plazo, como dejaba en relieve la Comisión en un informe sobre la aplicación de las Directivas en 2005: Eslovaquia no aprobaría hasta mayo de 2004 la "Anti-discrimination Act" e Irlanda aprobó la *Equality Act* en 2004. Malta, Francia, Dinamarca, Hungría, Bélgica, Austria o Grecia también las traspusieron fuera de plazo, así como Suecia o Polonia, cuya "Law on National and Ethnic Minorities and Regional Language" no entraría en vigor hasta mayo de 2005 (Polonia entró a formar parte de la UE en 2004, con lo que el retraso no es tan significativo como el de aquellos Estados que sí formaban parte de la UE con anterioridad).[367] La Comisión inició procedimientos contra Austria, Alemania, Finlandia, Grecia y Luxemburgo en el primer aniversario de la fecha límite de trasposición porque estos países o bien no habían iniciado el procedimiento para la trasposición o lo habían hecho de forma incompleta.[368] Esta dejadez en la trasposición de la Directiva es cuanto menos sospechosa, y denota cierto desinterés por parte de las autoridades nacionales, algo intolerable en un contexto democrático, ya que la democracia se basa en la igualdad y pluralidad de sus miembros; y que sorprende viendo la voluntad que los Estados miembros demostraron con la celeridad en aprobar la Directiva.

Asimismo, como ya evidenciamos en su momento, la legislación antidiscriminatoria no contempla la discriminación por razón de nacionalidad, y por tanto se extrae expresamente de la protección brindada a la discriminación por razón de "raza" u origen étnico, siendo regulada en el ámbito de las libertades comunitarias y en lo referente únicamente a los nacionales de los Estados miembros, es decir, a los ciudadanos europeos. Defiende ABRISKETA en este sentido que esto supone una

[367] COMISIÓN EUROPEA, Equality and non-discrimination Annual report 2005, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005, pp. 7-17. Las denominaciones a las leyes de los Estados miembros se corresponden con los términos utilizados en dicho informe.

[368] COMISIÓN EUROPEA, "Commission goes to the European Court of Justice to enforce EU anti-discrimination law", IP/04/947, 19 de Julio de 2004, http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/947&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en (último acceso 13/07/2011)

situación delicada, dado que las principales víctimas de discriminación racial son los nacionales de terceros países.[369] En la sentencia *Kamberaj,*[370] esto se vio confirmado, cuando un residente legal en Italia procedente de Albania fue rechazado en su petición de ayudas para el acceso a la vivienda de personas de renta baja y llevó su caso al TJUE invocando tanto la Directiva 2000/43 como la Directiva 2003/109/EC.[371] El Tribunal afirmó que "… de conformidad con los artículos 1 y 2, apartados 1 y 2, de la Directiva 2000/43, ésta se aplica únicamente a las discriminaciones directas o indirectas basadas en el origen racial o étnico. El artículo 3, apartado 2, de la citada Directiva precisa que ésta no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y de las condiciones por las que se regulan tanto la entrada como la residencia de nacionales de países terceros y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de países terceros y de los apátridas".[372] El Tribunal confirmó, por tanto, que la Directiva 2000/43 no incluye la discriminación por razón de nacionalidad, como nacional de país tercero. No obstante, también es cierto que en la sentencia *Firma Feryn*, las declaraciones vertidas por el empleador se referían a "extranjeros" sin especificar el origen de estos (probablemente nacionales de terceros países),[373] lo que parece dejar la puerta abierta a la posibilidad de que en ciertos casos los nacionales de terceros países puedan estar cubiertos por la Directiva.[374] En el mismo sentido, BENEDÍ afirma que en la sentencia CHEZ, el Tribunal confirmó que algunos casos de nacionalidad podrían quedar cubiertos por la Directiva 2000/43. De hecho, como ya se ha señalado en el primer apartado de esta sección, el TJUE estableció una definición de "raza y origen étnico" que considera la nacionalidad como uno de los elementos que forman el origen étnico. BENEDÍ afirma en este sentido que no existe real contradicción

[369] ABRISKETA, J., "La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 29, junio de 2015, p. 22.
[370] STJUE, *Servet Kamberaj* contra*e Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano*, Provincia autonoma di Bolzano, asunto C-571/10, de 24 de abril de 2012, ECLI:EU:C:2012:233
[371] Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, publicado en el Diario Oficial L 16/44 de 23 de enero de 2004, pp. 44-53.
[372] STJUE, *Servet Kamberaj*…, *op. cit*., apartado 49.
[373] STJUE, *Centrum voor gelijkheid…, op. cit.*
[374] ABRISKETA, J., "Racial discrimination: Key convergences between Strasbourg and Luxembourg" en BENEDEK, W., BENOÎT-ROHMER, F., KETTEMANN, M.C., KLAUSHOFER, R., NOWAKEN, M., (eds.), *European yearbook on Human Rights*, nº 16, 2016, pp. 131-132.

entre las sentencias *Kamberaj*, *Firma Feryn* y *CHEZ,*[375] ya que mientras en la primera el elemento principal era la nacionalidad, en el los dos últimos la nacionalidad suponía un elemento del "trasfondo étnico" de la cuestión principal.[376] Afirma, en este mismo sentido que la definición ofrecida por el TJUE en CHEZ abre la puerta a que algunos grupos como los Judios o los Sikh puedan ser considerados cubiertos por la Directiva 2000/43 en vez de por religión bajo la Directiva 2000/78.[377]

Otro aspecto problemático de esta Directiva y del resto de Directivas en materia de antidiscriminación es asimismo el gran desconocimiento de éstas por parte de la sociedad. De hecho, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) afirma que, según las evidencias recogidas por esta misma agencia, y a pesar de los esfuerzos políticos para que el público se familiarizase con la legislación anti-discriminatoria europea, ésta no ha recibido suficiente atención ni preocupación para concluir que es una herramienta eficiente y suficientemente invocada en los tribunales.[378]

B. La Directiva de igualdad en el empleo: acuerdo parcial

La Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, únicamente regula en el empleo y la formación la discriminación ocurrida por razón de religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual o edad. Es la primera y única Directiva que se ha aprobado por estos motivos, y no va más allá del empleo y la ocupación, realizando además numerosas excepciones o aclaraciones limitando claramente el ámbito de aplicación; como por ejemplo la exclusión expresa en el preámbulo de que ninguna de las provisiones contenidas en el documento debe ser interpretada como para obligar a los Estados miembros a realizar cambios en el derecho civil o de familia.[379]

---

[375] STJUE, *Servet Kamberaj*…, *op. cit*.
STJUE, *Centrum voor gelijkheid…, op. cit.*
STJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria…, op. cit.*
[376] BENEDÍ LAHUERTA, S., "Ethnic discrimination, discrimination by association and the Roma community: CHEZ", *Common Market Law Review,* vol. 53, nº 3, 2016, pp. 805-806.
[377] *Ibid.*, p. 816.
[378] FRA, *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the situation of equality…, op. cit.,*, p. 3.
[379] Directiva 2000/78 … *op. cit.* considerando 23.

Tal y como ocurre en la Directiva 2000/43 en la Directiva de igualdad en el empleo tampoco se definen los campos de especial protección: religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual o edad. En el caso de "religión o creencias", como hemos comentado en el apartado anterior, existe la dificultad de establecer los límites exactos que diferencian un grupo religioso de uno étnico. La discapacidad tampoco se define, aunque se le dedican varios considerandos y el artículo 5, destinados a definir y establecer los "ajustes razonables". Sin embargo, ha habido numerosas sentencias que han distinguido por ejemplo, la enfermedad, crónica de la discapacidad como *Chacón Navas*[380] y finalmente se ha decidido, tras la adhesión de la UE al CRPD adoptar la definición de discapacidad ahí contenida. El campo que más atención jurisprudencial ha tenido ha sido, sin duda la edad; dando lugar a sentencias revolucionarias como *Mangold*. Tal y como afirma ORDOÑEZ, "la Directiva 2000/78/CE está teniendo un alcance extraordinario en la aplicación del Derecho de la Unión Europea y en el desarrollo del derecho a la igualdad de trato en el empleo".[381]

Las definiciones de los conceptos clave de discriminación (directa, indirecta, acoso e instrucción de discriminar)[382] son iguales que a las de la Directiva 2000/43/CE, así como las disposiciones en cuanto a la carga de la prueba, requisitos mínimos, defensa de derechos, protección contra represalias, divulgación de información, y diálogo social. De la misma forma, los ámbitos de aplicación material, aunque son menos que los contenidos en la Directiva de igualdad racial, aquellos que coinciden se definen en la misma línea.

Se hace hincapié en las medidas positivas (artículo 7), que se explicaron en el Capítulo I de la presente memoria. De esta forma, se hace especial ahínco en que a lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral. No

[380] STJUE, *Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades SA*., C-13/05, de 11 de julio de 2006, ECLI:EU:C:2006:456

[381] ORDOÑEZ, D., "Comentario de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Cuadernos Europeos de Deusto, nº 49, 2013, p. 166.

[382] Directiva 2000/78… *op. cit*. ;artículos 2.2, 2.3 y 2.4.

obstante, aprobar medidas de acción positiva sigue sin ser un requisito de la Directiva (al igual que en la Directiva 43/2000).

Incluye, sin embargo ciertas disposiciones específicas a los motivos de discriminación, como la justificación de diferencias de trato por motivos de edad (artículo 6) o los ajustes razonables (*reasonable accommodation*) para las personas con discapacidad en el acceso al empleo y la formación (artículo 5).

Otra de las diferencias principales con la Directiva 2000/43, radica en que se establecen excepciones para las fuerzas armadas y de seguridad (artículo 3.4 y considerandos 18 y 19) en lo que a discapacidad y edad se refiere, y establece además que no estarán obligadas a contratar o mantener en su puesto de trabajo personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios. En su aplicación, los Estados miembros deberán determinar claramente el ámbito de aplicación de ésta excepción, ya que, como todas las excepciones son escrudiñadas de forma muy estricta.

En el Capítulo III de la Directiva, se incluyó un artículo (15) para Irlanda del Norte estableciendo excepciones específicas debido al Acuerdo de Viernes Santo en Irlanda del Norte, que se firmó el 10 de abril de 1998, con la intención de salvaguardar el Acuerdo de paz.

> Artículo 15 Irlanda del Norte
>
> 1. Para hacer frente a la infrarrepresentación de una de las principales comunidades religiosas en los servicios policiales de Irlanda del Norte, las diferencias de trato en materia de contratación en dichos servicios, incluido el personal de apoyo, no constituirán discriminación, en la medida en que dichas diferencias de trato estén explícitamente autorizadas por la legislación nacional.
>
> 2. Con objeto de mantener el equilibrio de las posibilidades de empleo para el cuerpo docente en Irlanda del Norte, contribuyendo al mismo tiempo a superar las divisiones históricas entre las principales comunidades religiosas existentes, las disposiciones de la presente Directiva en materia de religión o de convicciones no se aplicarán a la contratación de cuerpo docente en las escuelas de Irlanda del Norte, en la medida en que ello esté explícitamente autorizado por la legislación nacional.

MCCOLGAN señala que esta excepción únicamente se aplica en esta Directiva, y que no se encuentran excepciones parecidas ni en la Directivas de género ni en la Directiva de igualdad racial. Señala en este sentido, que curiosamente, se hace referencia a la religión, y que debido a la estrecha relación entre etnia y comunidad religiosa podría no servir para el objetivo para el que fue concebida la medida.[383] Además en la propuesta de Directiva Horizontal de 2008[384] no se hace mención a una excepción de tales características.

En este caso la Directiva tenía que transponerse al derecho nacional como muy tarde para el 2 de diciembre de 2003, pero se ofreció la posibilidad de un plazo añadido de hasta tres años (artículo 18) para aplicar las disposiciones relativas a la discriminación de edad y discapacidad. Hubo varios Estados miembros que solicitaron esta prórroga: Bélgica, Alemania, Países Bajos, Suecia y Reino Unido para aplicar las disposiciones concernientes a la edad, y Francia y Suecia para la aplicación de las normas relativas a la discapacidad. Dinamarca solicitó prorroga de un año para aplicar las medidas relativas a edad y discapacidad. A este último respecto también solicitó el Reino Unido un año en lo concerniente a la formación profesional.[385]

Debido a la coincidencia de la mayoría de las disposiciones entre una Directiva y otra, se procederá a hacer hincapié en las diferencias en los apartados que siguen, centrándonos para ello en los campos protegidos.

i. Religión o Convicciones

Hasta el año 2016 no había habido casos de discriminación religiosa ante el TJUE, aunque si en los Tribunales nacionales y especialmente en el TEDH. En 2017 no obstante el TJUE emitió su decisión sobre dos casos de naturaleza similar: Los casos *Achbit*a[386] y *Bougnaoui.*[387] BENEDÍ defiende que estos dos casos deberían haberse analizado tomando en cuenta los ajustes razonables a pesar de que la directiva no

[383] McCOLGAN, A., *Discrimination…*, *op. cit.*, pp. 418-419.
[384] Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual COM(2008) 426 final, 2 de julio de 2008.
[385] COMISIÓN EUROPEA, *Igualdad…, op. cit.*, p. 7.
[386] STJUE, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y G4S Secure Solutions NV,* asunto C-157/15, de 14 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:203
[387] STJUE, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) y Micropole SA,* asunto C-188/15, de 14 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:204

establezca la obligación a los Estados miembros de considerar los ajustes razonables con respecto a la religión, defendiendo que podría argumentarse que esta obligación deriva del propio concepto de la discriminación indirecta y por tanto no requiere de obligaciones expresas.[388] No obstante, como veremos en las líneas que siguen el TJUE no ha considerado esta opción.

Achbita es el caso de una mujer belga de religión musulmana que fue despedida por llevar el velo en el trabajo. La Sra. Achbita trabajaba como recepcionista de una empresa de seguridad, en cuyo puesto no llevaba el velo, a pesar de no estar expresamente prohibido (aunque la empresa defiende que era una norma tácita), aunque sí que lo hacía fuera del trabajo. La Sra. Achbita comunicó en abril de 2006 que había decidido por razones religiosas llevar el velo también en el trabajo, y tras una baja por enfermedad comunicó que tras su incorporación el 15 de mayo llevaría el velo. El comité de empresa decidió entonces poner la prohibición por escrito, y se acordó que a partir del 13 de junio de 2006 se prohibiría llevar en el lugar de trabajo "… signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas y/u observar cualquier rito derivado de éstas". La Sra. Achbita se incorporó a la empresa y siguió utilizando el velo, y por ello fue despedida a fecha de 12 de junio de 2006.

El Tribunal comienza analizando el caso estableciendo qué puede entenderse por "religión" ya que no se define en la Directiva. En este sentido, acude tanto al CEDH como a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y mediante este último a la CDFUE:

> 26 Sin embargo, el legislador de la Unión se remite, en el considerando 1 de la Directiva 2000/78, a los derechos fundamentales tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), que, en su artículo 9, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

[388] BENEDÍ LAHUERTA, S., "Wearing the veil at work: Achbita and Bougnaoui - Can a duty to reasonable accommodation be derived from the EU concept of indirect discrimination?", EU LAW ANALYSIS, 15 de marzo de 2016, http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/wearing-veil-at-work-achbita-and.html (último acceso 10 de octubre de 2016).

> 27 En el mismo considerando, el legislador de la Unión se remite igualmente a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho de la Unión. Pues bien, entre los derechos que proceden de esas tradiciones comunes y que han sido reafirmados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), se encuentra el derecho a la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la Carta. Con arreglo a esta disposición, este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. Tal como se desprende de las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (DO 2007, C 303, p. 17), el derecho garantizado en el artículo 10, apartado 1, de ésta corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la Carta, tiene el mismo sentido y alcance que él.
>
> 28 Dado que el CEDH y, posteriormente, la Carta recogen una acepción amplia del concepto de «religión», ya que incluyen en él la libertad de las personas de manifestar su religión, cabe considerar que el legislador de la Unión siguió el mismo enfoque al adoptar la Directiva 2000/78, de modo que procede interpretar que el concepto de «religión» que figura en el artículo 1 de la Directiva cubre tanto el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa.

Además de las declaraciones del Tribunal, la Comisión ha declarado que el concepto de convicción o creencia debe incluir tanto la creencia como las convicciones filosóficas (como por ejemplo los agnósticos o ateos), pero que aunque no tiene por qué ser únicamente de naturaleza religiosa, no contemplaría las ideas políticas.[389]

Al respecto a la cuestión de discriminación directa, el Tribunal manifiesta que la norma aprobada por el Comité de empresa está redactada de forma que atañe a "cualquier uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo"[390] y que por tanto no puede considerarse que discrimine directamente hacia la Sra. Achbita. No obstante, el Tribunal se apresura a aclarar que podrá considerarse una discriminación indirecta en caso de que se acredite "que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del

[389] COMISIÓN EUROPEA, Commission Staff Working Document… *op. cit*. SWD(2014) 5 final, Annex II, p. 11.
[390] STJUE, *Samira Achbita…*, *op. cit.*, apartado 44.

empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, extremos que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente". El Tribunal declara por tanto que el Tribunal nacional deberá decidir si la prohibición se ha establecido como respuesta a una conducta específica, pero tal y como afirma BENEDÍ, existe evidencia suficiente en un principio para concluir que la prohibición se estableció como respuesta a la decisión de Achibita de utilizar el velo en el trabajo; es decir, que esa fue la razón para introducir la prohibición expresa que constituye la base sobre la que se la despidió; constituyendo por tanto discriminación directa.[391]

El caso francés *Bougnaoui*, también se trata un caso de despido de una mujer por llevar el velo islámico. En este caso, no obstante, hay alguna variante que lo distingue del caso Achbita. La Sra. Bougnaoui, por ejemplo llevaba el pañuelo dentro y fuera del trabajo desde el primer día que empezó a trabajar para su empleador (Micropole Univers). Por otra parte, la Sra. Bougnaoui no tenía un trabajo que le exigía estar el 100% del tiempo de cara al público, sino que combinaba tiempo en las oficinas centrales con visitas a clientes, con lo que la empresa le indicó que podía llevar el velo en las instalaciones pero no fuera, ya que rompía con la neutralidad religioso-filosófica que la empresa quería mostrar. Por último, y esto tiene relación con las preguntas prejudiciales que posteriormente se han planteado al TJUE, en el caso de la Sra. Bougnaoui, un cliente se quejó de que el "hijab" le molestaba y le pidió que no lo usase.

Las preguntas formuladas por los tribunales referentes son también diferentes. En Achbita, el tribunal belga pregunta al TJUE si la regla de neutralidad del empleador constituye una discriminación directa, mientras que en Bougnaoui, el Tribunal francés solicita aclaración sobre si el requisito de neutralidad bajo demanda del cliente puede entenderse como un requisito ocupacional (art 4.1). A este respecto, en el artículo 4 se establece la excepción general de "requisitos profesionales" aplicable a cualquiera de los motivos mencionados en la directiva siempre que ese requisito profesional sea esencial y determinante, al igual que en la Directiva de igualdad racial.

[391] BENEDÍ LAHUERTA, S., "Wearing the veil…", *op. cit.*

A este respecto, el Tribunal establece que "la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición".[392]

En cuanto a las excepciones, es necesario mencionar que el artículo 4 contiene un 2º punto en el que se permite a las iglesias y otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona que no constituya discriminación siempre que la característica constituya un requisito profesionales esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. En consecuencia, da permiso a las iglesias y otras organizaciones públicas y privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, exigir a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización, pero nunca podrá justificar una discriminación basada en otro motivo.

Se han dado casos a nivel nacional de los Estados miembros que ejemplifican la aplicación de dicha justificación. En el Reino Unido los Tribunales establecieron en el caso *Amicus* que la excepción se aplicaría a un número muy limitado de puestos relacionados con la promoción o la representación de la religión, como los ministros religiosos, y que no se permitiría a las organizaciones religiosas, como los colegios y las residencias confesionales, alegar que el puesto de profesor (cuya finalidad es la educación) o enfermera (cuya finalidad es la asistencia sanitaria) están unidos esencialmente a «los fines de una religión organizada».[393] Aunque no relacionado con la discriminación basada en la religión, aunque sí con la excepción del artículo 4.2, en Finlandia trataron un caso sumamente interesante en el que la Catedral de la Iglesia Evangélica Luterana de Finlandia había rechazado la solicitud de una mujer como capellán debido a que tenía una relación homosexual de forma pública y pretendía registrarla. La iglesia se basó en la excepción ofrecida por la Directiva, pero el Tribunal consideró que ser heterosexual no era un requisito profesional esencial para dicho puesto, ya que en las reglas internas y normativas de la orden no se hacía referencia

[392] STJUE, *Asma Bougnaoui… op. cit.* declaración final.
[393] REINO UNIDO, *Amicus MSF v Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860

alguna a la sexualidad de los vicarios y capellanes.[394]

ii. Discapacidad

Hasta hace muy poco el concepto de discapacidad era uno especialmente difuso para los Tribunales. No obstante, el TJUE ha aclarado tras la ratificación de la CRPD por parte de la UE, que la Directiva 2000/78 debe ser interpretada, en lo que a la discapacidad se refiere, de acuerdo a ésta. En el artículo 1 de la Convención se establece que "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".[395]

Previamente, en la sentencia *Chacón Navas,*[396] el Tribunal distinguió la enfermedad de la discapacidad, estableciendo que:

> 43. La finalidad de la Directiva 2000/78 es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.
>
> 44. Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.
>
> 45. El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece que «la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad». 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 obstaculizado durante un largo

[394] FINLANDIA, Vasaan Hallin-oiekus- 04/0253/3, caso 187-1del 24 de agosto de 2004 resumen en ingles disponible en: https://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawFrontEndAccess.do?id=181&destination=simple (último acceso 10/03/2013)

[395] En este sentido, vid. entre otras, STJUE, *HK Danmark,en representación de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskaby y entre HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge, contra Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013, ECLI:EU:C:2013:222, apartado 37.

[396] STJUE, *Sonia Chacón Navas… op. cit.*

> 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.

Sin embargo, esto no significa que ningún tipo de enfermedad pueda entrar a formar parte del concepto de discapacidad. A diferencia de Chacón Navas, en *Ring and Werge,*[397] la enfermedad era de largo término y no conllevaba la imposibilidad de trabajar, sino que era capaz de trabajar al menos a tiempo parcial pero para ello era necesario realizar una serie de ajustes. Por ello la sentencia aclara que "Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78" (apartado 41).

En la sentencia *FOA,*[398] el Tribunal distinguió la obesidad de la discapacidad. En ella se establece que la obesidad *per se* no constituye ni un campo de especial protección en sí mismo (apartados 35 y 36), ni se equipara a la discapacidad (apartado 58), y que además el Tribunal no puede "…ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva (véanse las sentencias *Chacón Navas*, EU:C:2006:456, apartado 56, y *Coleman*, C-303/06, EU:C:2008:415, apartado 46)"(apartados 35 y 36).

Tras ello, el Tribunal se pregunta si cabría considerar que entre dentro del concepto de discapacidad y esté protegido por la Directiva 2000/78. Para ello, recuerda que la definición de discapacidad es la establecida en la CRPD, y por tanto debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (apartado 53).

[397] STJUE, *HK Danmark…, op. cit.*

[398] STJUE, *Fag og Arbejde (FOA), por cuenta de Karsten Kaltoft, y Kommunernes Landsforening (KL)*, asunto C‑354/13, de 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2463

Añade, además dos especificaciones: por una parte, que el concepto embarca no solo la imposibilidad, sino la dificultad para el ejercicio de la actividad profesional (apartado 54), y por otra, que la discapacidad "no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a ésta" (apartado 56).

Es decir, que son los efectos de la obesidad, y no la obesidad *per se* los que pueden o no constituir una discapacidad, y por tanto será necesario analizar cada caso concreto. El TJUE aclara, no obstante que se hará especial hincapié en si "la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearan una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional" (apartado 60).

La consideración de la obesidad como discapacidad no es nueva, ya que en los últimos años se han resuelto un gran número de casos de esa forma en los tribunales en los Estados Unidos.[399] En estos casos, se ha utilizado la legislación antidiscriminatoria en relación a la discapacidad refiriéndose a la percepción de la persona que comete la discriminación. Es decir que esas personas independientemente de que tuviesen o no una discapacidad derivada de su peso eran percibidas como tal. Esta aproximación evita entrar en el análisis del concepto de discapacidad en sí y debido a que la legislación comunitaria actual establece que la discriminación puede ser real o percibida, el TJUE podría haber utilizado o puede utilizar esta aproximación en un futuro.

En cuanto a la definición del término "duradero" de la definición de discapacidad de la Convención, el Tribunal ha declarado en el caso *Daouidi* que para la determinación de éste requisito se deberá tener en cuenta:

> 59- Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que:
>
> – El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral

[399] Vid. por ejemplo, ESTADOS UNIDOS, *Cook v. Rhode Island, Department of health, Retordation and Hospitals*, 10 F.3d 1, 23, 28 (1st circle, 1993).
ESTADOS UNIDOS, *EEOC v. Texas Bus Lines*, 923 F. Supp. 965 (S.D.TX 1996), 971.
ESTADOS UNIDOS, *McDermott v Xerox Corp*., 102 A.D.2d 543 (1984), 544
A este respecto también SOLANKE, I., "A Legal Remedy for Corpulent Women of Colour" en SCHIEK, D., LAWSON, A., (eds.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, Surrey: Ashgate, 2011, pp. 209-211.

> no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.
> - Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.
> - Al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.[400]

En cuanto a los ajustes razonables que se regulan en el artículo 5 de la Directiva, se establece una obligación de realizarlos para garantizar la observancia del principio de igualdad de trato hacia las personas con discapacidades para que puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente o para que se les ofrezca formación, salvo que dichos cambios constituyan una carga excesiva. A este respecto, en la sentencia *Comisión contra Italia*,[401] la Comisión denunció al estado Italiano por incumplimiento con sus obligaciones al transponer la Directiva, ya que la legislación italiana no contemplaba una obligación general de adoptar ajustes razonables para las personas con discapacidad, sino que lo hacía de forma sectaria. El TJUE estableció que la obligación implica que todos los empleadores deben adoptar medidas efectivas y prácticas cuando sea necesario a favor de todas las personas con discapacidad siempre que no constituyan una carga excesiva.

En *Ring and Werge* también se estableció que los ajustes razonables son consecuencia de la discapacidad, y no elementos constitutivos (45-46), además de aclarar que la reducción del tiempo de trabajo podrá constituir una de las medidas a tomar como "ajuste razonable".

[400] STJUE, *Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L., Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, asunto C‑395/15, de 1 de diciembre de 2016 ECLI:EU:C:2016:917

[401]STJUE, *Comisión Europea contra República Italiana*, asunto C-312/11, de 4 de julio de 2013, ECLI:EU:C:2013:446

Otro caso interesante en lo que a discapacidad se refiere es el caso *Odar*.[402] Éste era un trabajador de una empresa alemana, que interpuso una demanda alegando que se le había discriminado por razón de edad y discapacidad en relación a las indemnizaciones por extinción laboral. Era en efecto, un caso de discriminación interseccional, que sin embargo, el Tribunal estableció como un caso de discriminación por razón de discapacidad. Es cierto, no obstante, que las preguntas prejudiciales que se le remitieron al Tribunal no incluían una sobre la discriminación conjunta de los dos motivos, sino que se analizaban por separado, y el TJUE no entró (a pesar de hacerlo en numerosas ocasiones aunque nunca a este respecto) *ex officio* a analizar la discriminación múltiple.

Otra sentencia relevante en el ámbito de la discriminación por razón de discapacidad fue la sentencia *Coleman*, que ya hemos comentado en el Capítulo I, extendió en ámbito de aplicación personal a la "discriminación por asociación".[403]

iii. Edad

La protección contra la discriminación por razón de edad era una asignatura pendiente de la UE que se legisló en el ámbito comunitario mediante la Directiva 2000/78. En pocos Estados miembros existía regulación previa a la aplicación de la Directiva, por lo que, como hemos comentado, fue uno de los campos en los que éstos tuvieron que solicitar una prórroga para su aplicación.[404]

En un comienzo, y cuando el paro juvenil no era aún un objetivo clave de las políticas de empleo, FREDMAN recuerda que la aplicación de esta Directiva tenía por objetivo principal contrarrestar el ímpetu demográfico posibilitando mantener a los trabajadores de más edad como fuerza laboral, enfocando la adopción de estas medidas como un objetivo instrumental, de alguna forma alejado de la protección del derecho fundamental a la no-discriminación y a la dignidad humana.[405] MEENAN destaca la edad como un campo de protección "único". Por una parte todos tenemos una edad y es además una característica mutable, ya que todos nos haremos mayores. Es por ello una

[402] STJUE, *Johann Odar contra Baxter Deutschland GmbH*, asunto C-152/11 de 6 de diciembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:772
[403] STJUE, *Coleman…, op. cit.* o STJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria…,op. cit.*
[404] Por ejemplo, en Reino Unido no se aprobarían hasta 2006 mediante la REINO UNIDO, *Employment Equality (Age) Regulations* 2006 (SI 2006/714).
[405] FREDMAN, S., *Discrimination law…, op. cit.,* p. 105.

característica con potencialidad como ninguna otra de interactuar con otros campos de discriminación y formar casos de discriminación múltiple.[406]

Al contrario que en otros motivos de discriminación, el comparador se establece de forma diferente, ya que no hay un grupo de edad "dominante" al cual establecer como tal. Tampoco hay un grupo de especial protección preestablecido, aunque se reconoce de forma general que son los jóvenes y los mayores. Establecer límites a esos grupos es tarea ardua, flexible y llena de excepciones. Esto es visible tanto en la Directiva como en todas aquellas normativas implantadas en base a la edad de la persona física en cuestión, como por ejemplo el establecimiento de una edad mínima para poder optar al permiso de conducción.

El artículo 6 establece las justificaciones por motivo de edad.[407] Este artículo contiene en realidad dos justificaciones separadas:

> 1. Por una parte si las excepciones 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 la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son *adecuados y necesarios*.[408] La excepción contenida en el primer apartado del artículo 6, podría considerarse como una cláusula de excepción semi-abierta.
>
> 2. La determinación para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores; y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo. Por tanto, no requiere un test de proporcionalidad, pero se ha de tener cuidado con no discriminar a otros grupos de especial protección.

Como ya hemos mencionado, la discriminación por razón de edad ha sido el motivo por el que más casos han llegado al TJUE y que ha asentado precedentes muy

[406] MEENAN, H., "Age discrimination…", *op. cit.*, p. 279.
[407] Este punto se trató también en el Capítulo I a la hora de establecer el marco conceptual.
[408] Énfasis añadido por la autora.

controvertidos y tan relevantes como los establecidos por *Mangold*[409] y *Kücükdeveci.*[410] Es más, los casos de discriminación por razón de edad se han ido acumulando y han llegado muy rápido a un Tribunal que curiosamente no se pronunció en ningún caso de discriminación de sexo hasta que no pasó más de una década desde la primera inclusión de la protección en los Tratados.[411]

Mangold se trató de una sentencia sumamente controvertida, que podemos centrar, en lo relevante a la materia de estudio en dos puntos que requerirán nuestra atención: El primero es el cuidado con el que trata el TJUE las excepciones a la discriminación, algo que también se trató en otros casos como *Palacios de la Villa*[412] *o Hütter.*[413] El segundo, que tuvo y tiene gran relevancia es el pronunciamiento del TJUE sobre el valor de la no-discriminación por razón de edad como principio de aplicabilidad horizontal de la UE y los efectos que esto conlleva.

Las excepciones

Tal y como afirma REQUENA, la mayor parte de los casos que han llegado al Tribunal en relación al campo protegido de edad han tratado sobre las excepciones establecidas en la Directiva y el alcance de éstas.[414]

Con respecto a la excepción "semiabierta" del artículo 6.1,[415] nos centraremos en las sentencias *Mangold, Palacios de la Villa, Hütter, Vital Pérez* y *Salaberria.*[416]

---

[409] STJUE, *Werner Mangold…, op. cit.*

[410] STJUE, *Seda Kücükdeveci…, op. cit.*

[411] STJUE, *Gabrielle Defrenne y Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena),* asunto C-80/70, de 25 de mayo 1971, ECLI:EU:C:1971:55

[412] STJUE, *Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*, asunto C-411/05, de 16 de octubre de 2007, ECLI:EU:C:2007:604

[413] STJUE, *David Hütter v Technische Universität Graz*, asunto C-88/08, de 18 de junio de 2009, ECLI:EU:C:2009:381

[414] REQUENA CASANOVA, M., "Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto Wolf a la sentencia del TJUE Vital Pérez", INAP, Estudios y comentarios, 30 de septiembre de 2016. http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506660 (último acceso 14/03/2017)

[415] Directiva 2000/78… *op. cit.* Artículo 6
Justificación de diferencias de trato por motivos de edad
1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que 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.
Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

El caso *Mangold* trata de un hombre alemán de 56 años que se vio afectado por ciertos cambios en la legislación laboral. El Sr. Mangold estaba empleado en un despacho de abogados con un contrato temporal. La legislación alemana, con intención de incentivar la contratación introdujo una modificación en la ley y estableció que los contratos temporales podrían realizarse para un máximo de dos años y podrían ser renovados máxime tres veces con el objetivo de tratar de evitar abusos. Sin embargo, esta protección no se aplicaría en caso de que el trabajador hubiese cumplido ya 60 años (y la modificación de la ley cambió los 60 por 52, dejando desprotegidos a posibles abusos a los mayores de 52). De esta forma, el Sr. Mangold se vio afectado por la normativa que consideró que le dejaba desamparado y que constituía una discriminación por razón de edad injustificada. El Tribunal en seguida reconoció que existía una diferencia de trato, y analizó si esa diferencia de trato estaba justificada en base al artículo 6(1) de la Directiva. Para ello se refirió a los objetivos de la política en cuestión para establecer si constituían un objetivo legítimo, a lo que contestó afirmativamente dado que era promover la integración vocacional de los trabajadores de mayor edad que suelen encontrar mayores dificultades a la hora de acceder a un empleo. Ante la cuestión de si esta medida era o no apropiada y necesaria, sin embargo el Tribunal contestó de forma negativa:

> 64. Sin embargo, como ha señalado el órgano jurisdiccional nacional, la aplicación de una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal da lugar a una situación en la que todos los trabajadores mayores de 52 años, independientemente de que se encontraran desempleados inmediatamente antes de celebrar el contrato y cualquiera que hubiera sido la duración del eventual período de desempleo, podían celebrar, hasta el momento en el que pudieran reclamar el abono de una pensión de jubilación, contratos laborales de duración determinada que pueden ser prorrogados un número indefinido de veces. Este nutrido grupo de

---

a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;
b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;
c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

[416] STJUE, *Werner Mangold…, op. cit.;* STJUE, *Félix Palacios de la Villa…, op. cit.;* STJUE, *David Hütter…, op. cit.;* STJUE, *Mario Vital Pérez…, op. cit.; y* STJUE, *Gorka Salaberria Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias*, asunto C-258/15, de 15 de noviembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:873

> trabajadores determinado exclusivamente en función de la edad, corre el riesgo de quedar excluido, durante gran parte de su carrera profesional, del beneficio de la estabilidad del empleo, que, sin embargo y como se deduce del Acuerdo marco, constituye un factor importante para la protección de los trabajadores.
>
> 65 Procede considerar que tal normativa, al emplear la edad del trabajador como único criterio de aplicación de un contrato de trabajo de duración determinada, sin que se haya demostrado que la fijación de un límite de edad como tal, independientemente de cualquier otra consideración relacionada con la estructura del mercado laboral de que se trate y de la situación personal del interesado, sea objetivamente necesaria para la consecución del objetivo de inserción profesional de los trabajadores desempleados de edad avanzada, excede de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. El principio de proporcionalidad exige que las excepciones a los derechos individuales concilien, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2002, *Lommers,* C-476/99, Rec. p. I-2891, apartado 39). Por tanto, tal normativa nacional no puede ampararse en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

Sin embargo, en *Palacios de la Villa*, el Tribunal admitió la excepción establecida por la normativa española mediante la cual era posible la extinción automática de la relación laboral cuando el trabajador alcanza los 65 años de edad y tiene derecho a una pensión de jubilación, establecida mediante un convenio colectivo. El Tribunal, para empezar, examinó si esta cuestión entraba dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, ya que no hemos de olvidar que la edad de jubilación se encontraba excluida expresamente mediante el considerando 14 ("La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación"), pero basó la competencia en que se trataban asuntos relativos a «condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración», que sí están expresamente incluidas. En cuanto al objetivo legítimo entiende que las medidas para facilitar el acceso al empleo intergeneracional mediante convenio colectivo lo es (a pesar de que no se mencione expresamente en la norma siempre que sea identificable), y pasa a analizar la compatibilidad con el artículo 6.1 y se pronuncia de la siguiente forma:

> 72. Parece razonable que las autoridades de un Estado miembro estimen que una medida como la controvertida en el litigio principal puede ser adecuada y necesaria para alcanzar el objetivo legítimo invocado en el marco de la política nacional de empleo, que consiste en favorecer el pleno empleo facilitando el acceso al mercado de trabajo.

> 73. Además, no puede estimarse que con dicha medida se vean excesivamente menoscabadas las expectativas legítimas de los trabajadores que hayan sido objeto de una medida de jubilación forzosa por haber alcanzado el límite de edad previsto, puesto que la normativa pertinente no se basa sólo en una edad determinada, sino que tiene también en cuenta la circunstancia de que, al término de su carrera profesional, los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión de jubilación, como la prevista por el régimen nacional controvertido en el litigio principal, que se fija en un nivel que no puede considerarse inadecuado.
>
> 74. Por otro lado, la normativa nacional pertinente ofrece a los agentes sociales la posibilidad de recurrir en los convenios colectivos –y, por lo tanto, con una flexibilidad considerable– al instrumento de la jubilación forzosa, de tal modo que pueden tenerse debidamente en cuenta no sólo la situación global del mercado de trabajo en cuestión, sino también las características propias de los puestos de que se trate.

En *Hütter*, un joven trabajador de la Universidad de Graz (Austria) se vio discriminado por razón de edad debido a las normas austriacas sobre establecimiento de la remuneración. En este caso el Sr. Hütter fue ofrecido, junto con una compañera con la que había completado un periodo de aprendizaje técnico un contrato de tres meses en la Universidad. Para establecer la cuantía de la remuneración, las normas en vigor establecían que la experiencia laboral anterior a los 18 años de edad no sería tomada en cuenta para dicho cómputo. Por ello a él se le estableció cierta compensación mientras que a su compañera, que era 22 meses mayor que él se le concedió otra superior a pesar de que la experiencia que tenían para el puesto fuese similar.

El Tribunal estableció que el objetivo por el que se había aprobado dicha ley era legítimo, ya que esa medida pretendía no desfavorecer a las personas que hayan cursado estudios secundarios, no incitar a los alumnos a abandonar este tipo de estudios y, más genéricamente, para que no resultase costoso para el sector público el aprendizaje dirigido a favorecer la inserción de los jóvenes aprendices en el mercado laboral. Sin embargo, en cuanto a lo apropiado y necesario de la medida es cuando el Tribunal establece que la justificación objetiva no había sido del todo desarrollada ya que tenía un impacto desproporcional en los trabajadores jóvenes, especialmente en este caso en el que la experiencia del Sr. Hütter y su compañera era la misma y sin embargo la edad de él afectaba la cuantía de la remuneración.[417]

[417] STJUE, *David Hütter…, op. cit.*

El artículo 6.1 de la Directiva establece, asimismo, excepciones aplicables al acceso a las fuerzas armadas, servicios de policía, penitenciarios, o de socorro. El considerando 18, por una parte, establece que "Concretamente, la presente Directiva no puede tener el efecto de obligar a las fuerzas armadas, como tampoco a los servicios de policía, penitenciarios, o de socorro, a contratar o mantener en su puesto de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios". Este considerando, tomado en conjunto con el artículo 4.1[418] y la excepción del artículo 6.1(c) ha producido un número de sentencias sobre las condiciones bajo las cuales establecer un límite de edad para el acceso a los cuerpos de bomberos (*Wolf*),[419] policía local (*Vital Pérez*)[420] o la Ertzaintza- policía autonómica (*Salaberria*) [421] esté o no justificado bajo la Directiva. En este sentido, el Tribunal se ha basado principalmente en las funciones y naturaleza del puesto concreto.

El caso *Vital Pérez* fue llevado al TJUE por el Juzgado Contencioso-Administrativo de Oviedo, en el que el Sr. Vital Pérez había interpuesto una demanda ya que consideraba que se estaban vulnerando sus derechos y se le estaba discriminado en base a su edad debido a que las normas establecían un límite de edad de 30 años para el acceso a las pruebas de admisión para agente de policía local. El Tribunal estudió el caso, y tras comprobar que por una parte que no había uniformidad en las comunidades autónomas, y por otra que existían unas pruebas físicas eliminatorias que eran las que actualmente comprobaban la forma física de los aspirantes, estableció que ésta normativa se oponía al derecho de la Unión.

Sin embargo, en el caso *Salaberria* el Tribunal volvió a reforzar la excepción para los cuerpos de seguridad del Estado, y estableció que la limitación para el acceso a la Ertzaintza de 35 años no era contraria a la Directiva, tal y como había afirmado

[418] Directiva 2000/78… *op. cit*., artículo 4, apartado 1, de esta Directiva tiene el siguiente tenor: «No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.»

[419] STJUE, *Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main*, asunto C-229/08, de 12 de enero de 2010, ECLI:EU:C:2010:3

[420] STJUE, *Mario Vital Pérez…, op. cit.*

[421] STJUE, *Gorka Salaberría…, op. cit.*

similarmente en *Wolf* (que el límite de 30 años para acceder a un empleo como bombero no era contrario a la Directiva). Para justificar la diferencia entre lo establecido en *Vital Perez* y *Salaberria*, el Tribunal afirmó que por una parte, las características del trabajo de la policía autonómica y de la policía municipal eran de naturaleza muy distinta, al mismo tiempo que resaltaba los derechos y obligaciones que el puesto en la policía autonómica vasca acarrea. De la misma forma, el Tribunal destacó que la vida útil de un agente en su puesto se vería disminuida si se aceptase que la Academia Vasca de Policía y Emergencias permitiese el acceso al empleo (de agente) a personas mayores de 35 años, ya que la edad debe entenderse de "manera dinámica, teniendo en cuenta los años de servicio que prestará el agente después de ser seleccionado" (apartado 48).

En cuanto a las excepciones contenidas en el 2º apartado del artículo 6, éste reza del siguiente modo:

> No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo.

En relación a ésta excepción se pronunció el Tribunal en *Lesar.*[422] El Sr. Lesar era un funcionario que se quejó de discriminación por razón de edad por no haberse tomando en cuenta los periodos de trabajo educacional previos a que cumpliese los 18 años para el cómputo del importe de su jubilación. El Tribunal confirmó que se trataba de discriminación por razón de edad, pero sin embargo consideró que estaba justificada en base al artículo 6.2 (que debe ser interpretado de forma restrictiva), en la medida en que tal normativa pretende garantizar una determinación uniforme, en el contexto de un régimen de jubilación de los funcionarios, de la edad para poder beneficiarse de ese régimen y de la edad para optar a las prestaciones de jubilación que en él se concedan.

La revolución de Mangold

El segundo aspecto que se desarrolló en *Mangold* (además de las excepciones que ya hemos comentado), que tuvo y tiene gran relevancia, es el pronunciamiento del

[422] STJUE, *Franz Lesar*…, *op. cit.*

TJUE sobre el valor de la no-discriminación por razón de edad como principio de aplicabilidad horizontal de la UE. A este respecto se trató de una sentencia sumamente controvertida.[423] En un principio de hecho, se pensó que iba a quedarse en una sentencia anecdótica, ya que hubo muchas posibilidades de aplicar este mismo principio en numerosas sentencias que siguieron a *Mangold* hasta que llegaron *Kücükdeveci* y posteriormente *DI.*[424] Es acertado decir que el Tribunal ha concedido a la discriminación por razón de edad un status especial mediante estas sentencias.

Por una parte, se trataban de disputas que concernían dos partes privadas. El TJUE había establecido anteriormente (vid. *Marshall*[425] y *Dominguez*[426] a este respecto) que las Directivas no son aplicables a disputas entre dos partes privadas, ya que carecen de efecto horizontal y solo pueden obligar a los Estados. En *Mangold* y *Kücükdeveci*, así como en *DI,* el Tribunal declaró la aplicabilidad directa del principio general de no-discriminación por razón de edad, a la que, según el Tribunal, la Directiva únicamente da expresión concreta.

La sentencia alemana *Mangold* fue la primera en la que se declaró la aplicabilidad directa del principio de no discriminación por razón de edad. Recordemos que en este caso la Directiva aún no se había implementado en Alemania, Sin embargo, el Tribunal estableció que:

> 74- En segundo lugar y sobre todo, la Directiva 2000/78 no establece por sí misma el principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación. En efecto, a tenor de su artículo 1, esta Directiva únicamente tiene por objeto «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual», mientras que, como se deduce de los considerandos primero y cuarto de la Directiva, el

[423] En este sentido (entre otros) :
-Opinión de la A.G. Eleanor Sharpston en el caso *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, asunto C-427/06, 22 de mayo de 2008, ECLI:EU:C:2008:297
- SCHIEK, D., "The ECJ decision in mangold: A further twist on effects of directives and constitutional relevance of community equality legislation", *Industrial Law journal*, nº 3, vol. 35, 2006, pp. 329 -341.
-DE MOL, M., "Kücükdeveci: Mangold revisited - Horizontal direct effect of a general principle of EU law: Court of justice of the European Union (grand chamber) judgment of 19 January 2010, case C-555/07, Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG", *European Constitutional Law Review*, nº 2, vol. 6, 2010, pp 293 -308

[424] STJUE, *Dansk Industri (DI)…, op. cit.*

[425] STJUE, *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching).*asunto C-152/84, del 26 de febrero de 1986, ECLI:EU:C:1986:84

[426] STJUE, *Maribel Domínguez y Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, asunto C‑282/10, e 24 de enero de 2012, ECLI:EU:C:2012:33

> principio mismo de prohibición de estas formas de discriminación encuentra su fuente en distintos instrumentos internacionales y en la tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.
>
> 75- Por lo tanto, el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario. Cuando una normativa nacional está comprendida en su ámbito de aplicación, como sucede con el artículo 14, apartado 3, de la TzBfG, modificado por la Ley de 2002, en su condición de medida de aplicación de la Directiva 1999/70 (a este respecto véanse también los apartaos 51 y 64 de esta sentencia), el Tribunal de Justicia, que conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por parte del órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con tal principio (en este sentido, véase la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero, C-442/00, Rec. p.I-11915, apartados 30 a 32).
>
> 76- Consiguientemente, el respeto al principio general de igualdad de trato, en particular por razón de la edad, no puede, por sí solo, depender de la expiración del plazo concedido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a una directiva destinada a establecer un marco general para luchar contra la discriminación por razón de la edad, especialmente en lo relativo a la organización de las vías de recurso adecuadas, la carga de la prueba, la protección contra las represalias, el diálogo social, las acciones positivas y otras medidas específicas de aplicación de dicha Directiva.

Este aspecto de la sentencia fue sumamente controvertido, ya que implicaba novedades significativas. Por una parte, el Tribunal estableció que no era necesario que la Directiva estuviera transpuesta al derecho nacional para poder interponer una demanda, siempre que la normativa nacional en cuestión fuera en contra del espíritu de ésta. Por otra parte declaró que a pesar de que estos actos legales no pueden teóricamente establecer obligaciones para las partes privadas sino para los estados; que el principio de no discriminación por razón de edad tiene aplicación horizontal en los litigios. Por último abrió la puerta a que ese principio de no discriminación por razón de edad pueda extenderse al resto de motivos de discriminación contenidos en la Directiva 2000/78, y debido a que tienen mayor protección concreta, podemos suponer que en "raza" u origen étnico y sexo (en la sentencia *Kücükdeveci*, de hecho, se citó por analogía la sentencia *Defrenne* en el apartado 21).[427] Sin embargo, el TJUE ha evitado pronunciarse a este respecto en los casos que se le han planteado. En el caso *Kücükdeveci* confirmó lo establecido en *Mangold* y reforzó la obligación de los

[427] STJUE, *Seda Kücükdeveci*… *op. cit.;* STJUE, *Gabrielle Defrenne*… C- 43/75, *op. cit.*

Tribunales nacionales de dejar de lado la normativa nacional que no sea compatible con el principio de no discriminación por razón de edad, aplicando este de forma directa.

En el caso más reciente (*DI*) la legislación danesa prohibía la indemnización para la terminación de la relación laboral cuando al mismo tiempo el trabajador podía acceder a la pensión por jubilación. El juez nacional preguntó al Tribunal si era posible que aplicase el principio de no-discriminación por razón de edad en el litigio en cuestión, ya que, de acuerdo con *Mangold* y *Kücükdeveci* el ámbito que cubre es el mismo o más amplio que el de la Directiva y la Directiva no era aplicable al tratarse de un litigio entre dos particulares. El Tribunal afirmó que efectivamente la Directiva no era aplicable, pero que el juez nacional debía aplicar la ley siempre de tal forma que fuese en la misma línea que la Directiva.

> 36- Por otra parte, se desprende del apartado 47 de la sentencia Association de médiation sociale (C-176/12, EU:C:2014:2) que el principio de no discriminación por razón de la edad confiere a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal que ―aun en los litigios entre particulares― obliga a los órganos jurisdiccionales nacionales a abstenerse de aplicar las normas nacionales incompatibles con dicho principio.

A diferencia que en *Mangold* y *Kücükdeveci* en el que no quedaba claro cuál era el ámbito de aplicación y alcance del principio de discriminación por edad, el TJUE en *DI*[428] estableció que el principio será aplicable allá donde la Directiva no sea aplicable, estableciendo, por tanto, efecto subsidiario para éste.

> 23- Asimismo, ha de precisarse que, puesto que la Directiva 2000/78 no consagra por sí misma el principio general de no discriminación por razón de la edad, sino que se limita a concretarlo en materia de empleo y de trabajo, el alcance de la protección concedida por esa Directiva no rebasa el concedido por dicho principio. Al aprobar esta Directiva, el legislador de la Unión Europea quiso definir un marco más preciso, destinado a facilitar la aplicación concreta del principio de igualdad de trato y, en especial, a determinar distintas posibles excepciones a tal principio, acotándolas mediante una definición más clara de su ámbito de aplicación.

iv. Orientación Sexual

La normativa antidiscriminatoria en lo que a orientación sexual se refiere, está contenida en la Directiva 2000/78, y fue uno de los puntos más controvertidos y que con más cautela se normativizó. De hecho, la UE abordó este tema con su habitual

[428] STJUE, *Dansk Industri (DI)… op. cit.*

prudencia, estableciendo en el preámbulo de dicha directiva que "lo dispuesto en la presente directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y las prestaciones que dependen del estado civil" (considerando 22) limitando el efecto de las disposiciones a lo expuesto en la Directiva.[429]

En la sentencia *Accept*[430] se aborda el alcance de la prohibición de la discriminación basada en la orientación sexual. En este caso, la asociación Accept (la asociación de oficio, sin que hubiese un particular que lo denunciase, tal y como ocurrió en el caso *Firma Feryn)*[431] demandó al equipo Steau de Bucarest,y a uno de sus directivos (Sr. Becali) debido a unas declaraciones que éste realizó de carácter público[432] que no dejaban lugar a dudas que un jugador no sería contratado basado en su orientación sexual (en el contexto en el que hablaban sobre la supuesta posible homosexualidad de un potencial jugador- X). La asociación Accept interpuso entonces una queja ante el *Consiliul Naţional pentru Combaterea Discriminării* (CNCD- el órgano creado para cumplir con la Directiva 43/2000 al que se le concedieron más poderes para tratar con los casos de discriminación cubiertos por las Directivas 2000). El CNCD impuso una sanción de amonestación considerando el acto acoso. Accept consideró que dicha sanción era insuficiente en base a la Directiva 43/2000 y demandó al CNCD.

Según Accept, las suposiciones de los periodistas, confirmadas por el Sr. Becali, sobre la homosexualidad de X, frustraron la contratación de dicho jugador. Accept alegaba que el Club no se había desmarcado de las declaraciones vertidas por el Sr. Becali y que además había confirmado que "la presencia de un homosexual «tensiones tanto en el equipo como en la grada»" (apartado 27).

[429] ELIZONDO URRESTARAZU J.I., PETRESCU, O.M., "New tendencies regarding same sex marriage a brief inside and outside perspective", *Lex et Scientia international Journal***,** nº 20, vol. 2, 2013, p. 18.
[430] STJUE, *Asociaţia Accept…, op. cit.*
[431] STJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen…, op. cit*.
[432] *Ibid.* El Sr. Becali hizo las siguientes declaraciones: "'¡No cojo a un homosexual en el equipo ni aunque el Steaua tenga que cerrar! A lo mejor no es homosexual. Pero ¿y si lo es? Nada pinta un homosexual en mi familia y el [FC Steaua] es mi familia. Prefiero jugar con alguien de la cantera que tener un homosexual en el terreno de juego. Para mí esto no es discriminación. No pueden obligarme a que trabaje con cualquiera. Yo también tengo derecho a trabajar con quien quiera, igual que ellos tienen sus derechos. ¡No lo cogería ni aunque el mismísimo Dios en sueños me garantizase al 100 % que X no es homosexual! Se ha escrito demasiado en los periódicos que es homosexual. ¡No lo cogería ni aunque [el actual club del jugador X] me lo ofreciera gratis! Ya puede ser el mayor pendenciero y el mayor borracho…que como sea homosexual no quiero saber nada de él?"

Uno de los puntos que se tratan en la sentencia se refiere a que según el Club, el Sr. Becali carecía de vinculación con el Club, no poseyendo por tanto capacidad necesaria para vincular o representar al club en materia de contratación de personal. Dicho argumento se consideró invalidado ya que el Sr. Becali se presentaba a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y la sociedad como el principal directivo de dicho club. Además el Sr Becali había vendido sus acciones del club en el momento de verter dichas declaraciones, pero no se había registrado en el registro mercantil dicha venta y por tanto, de acuerdo con la ley rumana no era oficial.

Otra de las cuestiones prejudiciales versaba sobre la inversión de la carga de la prueba, ya que le correspondía al club probar que no había habido discriminación por razón de orientación sexual en la contratación del personal, pero alegaban que ello podría violar el derecho a la vida privada de los trabajadores. A este respecto el Tribunal se manifestó de la siguiente forma:

> 55- A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cuando se acrediten hechos que permitan presumir que existe una discriminación en el sentido de dicha Directiva, la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato exigirá que la carga de la prueba recaiga en los demandados de que se trate, quienes habrán de demostrar que no hubo violación de dicho principio (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, *Coleman*, C-303/06, Rec. p. I-5603, apartado 54).
>
> 57- Para desvirtuar la presunción simple cuya existencia puede deducirse del artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no es necesario que la parte demandada demuestre que en el pasado se contrató a personas con determinada orientación sexual, pues, en determinadas circunstancias, tal exigencia podría violar el derecho al respeto a la vida privada.
>
> 58- En el marco de la apreciación global que corresponde entonces efectuar al tribunal nacional que conoce del litigio, la apariencia de discriminación basada en la orientación sexual podría refutarse a partir de un conjunto de indicios concordantes. Tal como Accept alegó, en esencia, entre tales indicios podría figurar, en particular, una reacción de la parte demandada de que se trate distanciándose claramente de las declaraciones públicas que dieron lugar a la apariencia de discriminación, así como la existencia de disposiciones expresas en materia de política de contratación de personal de esa parte demandada, al objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato en el sentido de la Directiva 2000/78.

El último punto de la cuestión prejudicial atiende a la inusual regulación del CNCD y el procedimiento para incoar un proceso ante éste, ya que aunque el plazo de presentación del caso frente al organismo es de un año desde que los hechos ocurrieran,

en caso de que hayan pasado más de 6 meses ya no es posible para el CNCD imponer una sanción pecuniaria y debe restringirse a una "amonestación". Ahora bien, tanto la Directiva como el Tribunal en numerosos casos han establecido que las sanciones que se impongan deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias en relación con el infracción cometida. El Tribunal establece claramente que "En ningún caso puede considerarse compatible con la ejecución correcta y eficaz de la Directiva 2000/78 una sanción meramente simbólica".[433]

A pesar de la excepción del considerando 22 que establece que la Directiva se aplicará sin perjuicio de las leyes nacionales sobre el status matrimonial y los beneficios que de ahí se derivan, ha habido un número de sentencias que se han acercado a ello, como por ejemplo *Hay.*[434]

El Sr. Hay era un trabajador de *Credit Agricole Mutuel* que se unió a su compañero de la única forma que el derecho francés admitía en esos momentos (11 de julio de 2007) para las parejas del mismo sexo que era el "*pacto de solidarité*" (PACS) regulado en el Código Civil. El Código de trabajo dispone que todo trabajador tenga derecho a mínimo 4 días de permiso sin perjuicio de lo establecido en los convenios colectivos (Artículo L 221-1). El Convenio de *Crédit Agricole* establecía en el artículo 20 que se concederían 10 días laborables en caso de matrimonio del trabajador (artículo 20) y tendría derecho a una prima por matrimonio (artículo 34). El 10 de julio del 2008 se modificaron los artículos relativos al matrimonio del Convenio colectivo para que las ventajas fueran extensivas a los casos de PACS.

El Sr. Hay pidió los días y la prima que se concedían a los matrimonios en el momento de la unión, que le fue rechazada argumentando que dichas ventajas se aplicaban solo en caso de matrimonio. Por ello, el Sr. Hay demandó a *Crédit Agricole* para obtener el cobro de la prima, así como una compensación por los días de permiso denegados. La sentencia del 13 de octubre desestimó la demanda, basándose en que el matrimonio no está vinculado a la relación laboral, sino a la civil, y a pesar de que la modificación del convenio colectivo se había realizado en julio, éste no tenía efectos retroactivos. La sentencia fue confirmada en la *Cour d'appeal de Poitiers,* por lo que el

[433] *Ibid*, apartado 64.
[434] STJUE, *Frédéric Hay y Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, asunto C-267/12, de 12 de diciembre de 2013, ECLI:EU:C:2013:823

Sr. Hay se dirigió a la *Cour de cassation* afirmando que con arreglo al artículo 144 del Código Civil, tan sólo pueden contraer matrimonio las personas de distinto sexo, mientras que, según el artículo 515-1 de dicho Código, las personas del mismo sexo únicamente pueden celebrar un PACS y que por tanto se trataba de un caso de discriminación por razón de orientación sexual contraria al artículo L.122-45 del Código de trabajo y a los artículos 1 a 3 de la Directiva 2000/78, así como al artículo 14 del CEDH.[435]

El Tribunal estima que la prima y los días de permiso entran en el concepto de "remuneración" que debe interpretarse en sentido amplio y comprende, en particular, todas las gratificaciones en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legales o tengan carácter voluntario (apartado 28). Asimismo, estima que el matrimonio que da lugar a esas ventajas y el PACS son situaciones análogas, suficientes para constituir el comparador (apartados 32-40).

EL TJUE concluye por tanto que:

> El artículo 2, apartado 2, letra a), 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un convenio colectivo, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual se excluye a un trabajador que celebra con una persona del mismo sexo un pacto civil de convivencia, por el que se crea una pareja de hecho registrada, del derecho a obtener determinadas ventajas que se conceden a los trabajadores con ocasión de su matrimonio, tales como determinados días de permiso especial retribuido y una prima salarial, cuando la normativa nacional del Estado miembro de que se trate no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, en la medida en que, habida cuenta del objeto y de las condiciones de concesión de tales ventajas, el referido trabajador se encuentre en una situación análoga a la de un trabajador que contraiga matrimonio.[436]

Maruko,[437] *Römer*[438] y *Hay,*[439] los tres siendo casos de discriminación por razón de orientación sexual, debatiendo lo que entraña el término "remuneración" (en este

[435] *Ibid.* Apartado 20.
[436] *Ibid.* Declaración final.
[437] STJUE, *Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, asunto C-267/06, del 1 de abril de 2008, ECLI:EU:C:2008:179

aspecto el tribunal confirmó en *Maruko* y *Römer* que la pensión de viudedad entra en el concepto, al igual que confirmó en *Hay* que comprendía los complementos al salario principal), confirman que el trato que se le dé a una pareja homosexual que comparte lazos comparables por analogía al matrimonio, debe ser igual al de la pareja heterosexual unida en matrimonio en lo que al empleo (y con ello a las posibles remuneraciones) se refiere, independientemente de que el matrimonio sea o no exclusivo para parejas heterosexuales. Se centra la analogía por tanto en los derechos y obligaciones de los esposos y de los miembros de parejas estables inscritas. Así se pronunció también en *Dittrich*,[440] refiriéndose al reembolso de tasas médicas que en caso de uniones heterosexuales se realizara a los funcionarios, éste debería considerarse como remuneración.

> 43. La circunstancia de que el PACS no esté reservado a las parejas homosexuales, a diferencia de lo que sucede en el caso de la pareja estable registrada a que se refieren los asuntos que dieron lugar a las sentencias Maruko y Römer, antes citadas, es irrelevante y, en particular, no modifica la naturaleza de la discriminación contra las parejas homosexuales, las cuales, a diferencia de las parejas heterosexuales, no podían legalmente contraer matrimonio en el momento de los hechos del litigio principal.[441]

En *Maruko* se trató el caso de un ciudadano alemán que solicitó una pensión de viudedad de su pareja (estaban registrados como pareja de hecho, que era la única unión reconocida por el estado Alemán en esos momentos), en la que el Tribunal se pronunció en los siguientes términos:

> El artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual el miembro superviviente de una pareja inscrita, tras fallecer el otro miembro, no tiene derecho a percibir una pensión de supervivencia equivalente a la que se otorga a un cónyuge supérstite, cuando, en el Derecho nacional, la institución de la pareja inscrita coloca a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a dicha prestación de supervivencia. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el miembro superviviente de una pareja inscrita se halla en una situación comparable a la de un cónyuge beneficiario de la

[438] STJUE, *Jürgen Römer y Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C-147/08, de 10 de mayo de 2011, ECLI:EU:C:2011:286
[439] STJUE, *Frédéric Hay… op. cit.*
[440] STJUE, *Dittrich, Klinke y Müller contra Bundesrepublik Deutschland* asuntos C-124/11, C-125/11 y C-143/11, del 6 de diciembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:771
[441] STJUE, *Frédéric Hay…, op. cit.*

prestación de supervivencia establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por el *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.[442]

En *Römer*, similarmente el Tribunal indica que "El artículo 1 de la Directiva 2000/78, puesto en relación con los artículos 2 y 3, apartado 1, letra c), de la misma, se opone a una normativa como la controvertida en el procedimiento principal, en virtud de la cual un beneficiario miembro de una pareja estable inscrita no percibe una pensión complementaria de jubilación equivalente a la que se otorga a un beneficiario casado que no vive permanentemente separado, a pesar de que, en el Derecho nacional, la institución de la pareja estable inscrita parece colocar a las personas del mismo sexo en una situación análoga a la de los cónyuges en lo que respecta a dicha pensión. El análisis de la analogía entre ambas situaciones debe centrarse en los derechos y obligaciones de los esposos y de los miembros de parejas estables inscritas –tal como se derivan de la normativa interna aplicable al matrimonio y de la aplicable a las parejas estables inscritas, respectivamente– que resulten pertinentes, habida cuenta de los requisitos de concesión de la prestación en cuestión. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si un miembro de una pareja estable inscrita se halla en una situación jurídica y fáctica análoga a la de un cónyuge beneficiario de la pensión de jubilación complementaria establecida en el régimen de previsión profesional gestionado por la *Freie und Hansestadt Hamburg*".[443]

El Tribunal da un paso adelante reconociendo el mismo derecho de las parejas homosexuales registradas (en los países que lo permiten) a tener los mismos derechos que las parejas casadas de distinto sexo. Sin embargo nada dice de esos derechos de las parejas del mismo sexo a las que no se les reconoce el derecho a una unión en el derecho nacional; y teniendo en cuenta el considerando de la Directiva 78/2000 que indica que la directiva no podrá interpretarse en el sentido de que otorgue derechos que obligasen a modificar el derecho civil de los Estados miembros; desemboca en una situación de aplicación no-uniforme del derecho de no-discriminación por razón de orientación sexual, con lo que algunas personas homosexuales serán "más iguales" a las heterosexuales, y otras no. Sería interesante, no obstante, que un caso de estas características en el supuesto de un matrimonio o unión reconocida y celebrada en un Estado miembro que reconozca dichos derechos de ciudadanos que residan en un Estado

[442] STJUE, *Tadao Maruko… op. cit., declaración final.*
[443] STJUE, *Jürgen Römer… op. cit.., declaración final.*

miembro que no lo haga, habida cuenta de que el Parlamento Europeo lleva aprobando resoluciones desde los años 90 instando a los Estados miembros a reconocer el derecho a las uniones del mismo sexo, así como recomendando el reconocimiento de los matrimonios o uniones celebradas en otros Estados miembros.[444]

Concluimos la sección dedicada a la Directiva 2000/78 afirmando que la Directiva constituye, una iniciativa necesaria, aunque insuficiente en sus campos de aplicación y que peca de prudente, como numerosas de las disposiciones que la Comisión aprueba. Es más, la propia Comisión fue consciente de ello y lo dejó de manifiesto en la consulta y posterior publicación del Libro Verde en 2004 "Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada".[445]

3. LA DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO: EL ANTIGUO BUQUE INSIGNIA

Como ya comentamos en el Capítulo II, la lucha contra discriminación por razón de sexo (o de género) en la UE tiene sus raíces en el artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea que entró en vigor en 1958, ahora artículo 157 del TFUE. Éste artículo tiene efecto directo y sirve como base para la producción de legislación secundaria. Además de en éste artículo, sexo está incluido como campo protegido en el artículo 19 del TFUE, junto con el resto de motivos de discriminación.

La legislación europea sobre la discriminación de género se divide en 5 grandes bloques:

1. Empleo y ocupación- Directiva 2006/54/EC.[446]
2. Reconciliación laboral

[444] En este aspecto, ELIZONDO, URRESTARAZU, J.I., y PETRESCU O., "New tendencies…", *op. cit.* De la misma forma, en el caso Parris, el Tribunal considera el matrimonio del Sr. Parris que se celebró en el Reino Unido cuando en Irlanda no estaba aún permitido en un caso irlandés. No obstante, como se analizará en la última sección del presente Capítulo no entra a valorar la validez de dicho matrimonio previo. STJUE, *David L. Parris…, op. cit.*

[445] COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde - Igualdad y no discriminación*…, *op. cit.*

[446] A este respecto, también Directiva 2010/41/CE del Consejo, de 7 de julio de 2010**,** sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, publicado en el Diario Oficial L 180 de 15 de julio de 2010, pp. 1-6.

a. Protección de la trabajadora embarazada: Directiva 92/85 y la propuesta de Directiva COM(2008) 637 final que fue retirada por la Comisión en julio de 2015.[447]

b. Baja por maternidad: Directiva 2006/54 (Directiva 2010/41 para los autónomos).[448]

c. Baja paternal: Directiva 2006/54 y Directiva 2010/18.[449]

3. Seguridad social: Directivas 79/7 para los trabajadores autónomos y Directiva 2006/54/EC.[450]

4. Acceso a bienes y servicios: Directiva 2004/113/EC.[451]

5. Toma de decisiones en grandes empresas: En este aspecto hay una propuesta del año 2012 para mejorar el equilibrio entre géneros entre los directores no ejecutivos de empresas inscritas en bolsas de valores.[452]

Las principales Directivas que recogen la discriminación por razón de sexo de forma comparable al resto de motivos son la Directiva 2004/113 y el texto refundido de la Directiva 2006/54. Las demás Directivas recogen especificaciones propias del campo protegido o extienden su protección a trabajadores autónomos, pero no amplían de forma sustancial los campos materiales. Éstas establecen el marco de protección contra la discriminación por razón de sexo, y como hemos mencionado anteriormente en el presente Capítulo, en lo que se refiere a los campos materiales no está equiparado a la protección que se ofrece a la discriminación racial y étnica; a pesar de ser uno de los

[447] Directiva 92/85… *op. cit.* y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, COM(2008) 637 final, 3 de octubre de 2008.
[448] Directiva 2006/54… *op. cit.* y Directiva 2010/41… *op. cit.*
[449] Directiva 2006/54… *op. cit.* y Directiva 2010/18… *op. cit.*
[450] Directiva 2006/54… *op. cit.*, y Directiva 79/7… *op. cit.*
[451] Directiva 2004/113… *op. cit.*
[452] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, COM(2012) 614 final, 14 de noviembre de 2012.

pilares de lucha contra la discriminación desde el principio en la UE, siendo éste uno de los temas más criticados en la desmembrada legislación antidiscriminatoria de la UE.[453]

La discriminación por razón de género se refiere a aquélla que se basa en la pertenencia a uno u otro sexo. Tal y como se viene evidenciando, es el aspecto que mayor desarrollo ha tenido en cuanto a número de normativas y ha sido considerada como un elemento fundamental de la política social de la UE desde hace décadas. La discriminación por razón de sexo o género ha sido extensamente analizada por la doctrina y desarrollada por el TJUE. Ya se han tratado algunas de las sentencias más importantes en relación a género en partes anteriores del presente estudio[454] por lo que nos centraremos en otros aspectos de la Directiva en el presente apartado.

Las Directivas que protegen de la discriminación por razón de sexo se han interpretado de tal forma que "sexo" engloba mucho más que la discriminación hombre-mujer. En este sentido, se ha entendido que cubren la concepción o identidad de género, definido por los Principios de Yogyakarta de la siguiente forma:

> Se entiende por identidad de género la profundamente sentida experiencia interna e individual del género de cada persona, que podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo el sentido personal del cuerpo (que, de tener la libertad para escogerlo, podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole) y otras expresiones de género, incluyendo el vestido, el modo de hablar y los amaneramientos.[455]

De esta forma, la protección se entiende extendida no solo a personas transgénero, sino también "a los que eligen otros medios para expresar su sexualidad, como el travestismo o, sencillamente, adoptan una manera de hablar o utilizan cosméticos que suelen asociarse a miembros del sexo opuesto".[456]

---

[453] En este aspecto, vid. por ejemplo SCHIEK, D., "Revisiting intersectionality for EU anti-discrimination law in an economic crisis – A critical legal studies perspective*", Sociologia del Diritto*, 2016, nº 2, pp. 23-44.

[454] Vid. por ejemplo, STJUE, *Gabrielle Defrenne…* asunto C- 43/75, *op. cit.;* STJUE, *Gabrielle Defrenne…* asunto C-149/77, *op. cit*.; STJUE, *Hilde Schönheit…, op. cit.;* Conclusiones del A.G. Philippe Léger en el caso *Inge Nolte… op. cit.;* o STJUE, *P contra S…, op. cit.* en el Capítulo II.

[455] INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ), "Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*"*, marzo de 2007, http://www.yogyakartaprinciples.org/ (último acceso 15/03/2017) Introducción.

[456] FRA, CoE, Handbook*…, op. cit.* p. 94.

No obstante, un estudio del FRA evidenció la existencia de cierta confusión en cuanto a incluir a estas personas dentro de la protección ofrecida por razón de orientación sexual (entendiendo el colectivo LGBTI como unidad en vez de explorar los problemas de cada uno de los grupos ahí incluidos) o por razón de sexo.[457]

En cualquier caso, como comentábamos en el Capítulo II, desde el caso *P. contra S.*[458] el TJUE considera a estos colectivos incluidos en el espectro de protección dibujado por las Directivas de género, que es además más amplio que el ofrecido a las víctimas de discriminación por orientación sexual mediante la Directiva 2000/78. En este sentido, el Tribunal afirmó que "En efecto, tales discriminaciones se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo del interesado. Por lo tanto, cuando una persona es despedida por tener intención de someterse o haberse sometido a una operación de cambio de sexo, recibe un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación" (apartado 21). Por tanto, concluye el Tribunal, que la justicia debe proteger a la persona y evitar atentados contra su dignidad y libertad (apartado 22).

En este sentido el TJUE ha producido numerosas sentencias reafirmando su aproximación, como *K.B.*[459] o *Richards.*[460] En *K.B.* se analizó un caso en el que a la compañera vital (K.B.) de un transgénero (R) se le denegó la pensión de viudedad debido a que, a pesar de operarse, no pudo modificar su partida de nacimiento para la reasignación de sexo con lo que no pudo casarse de forma legal con K.B.. K.B. llevó el caso a los tribunales y éstos realizaron una cuestión prejudicial al TJUE. Éste estableció, que a pesar de que no había discriminación por razón de género ya que la negativa a percibir la pensión se basaba en no estar casado (independientemente de su sexo originario o reasignado); la legislación británica en cuestión era incompatible con el principio de igualdad de trato del artículo 141 del TFUE (ahora 156), puesto que impedía que los transexuales se beneficiaran de parte de la retribución de sus parejas.

[457] FRA, Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I - Legal Analysis, Viena: Fundamental Rights Agency of the European Union, 2009, pp. 129-144.
[458] STCE, *P contra S..., op. cit.*
[459] STJUE, *K.B. contra National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, asunto C-117/01, de 7 de enero de 2004, ECLI:EU:C:2004:7
[460] STJUE, *Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, asunto C-423/04, de 27 de abril de 2006, ECLI:EU:C:2006:256

En *Richards* (que era una mujer que nació hombre), se trató la diferencia de trato de la legislación británica sobre acceso a la pensión estatal. Esta norma establecía que las mujeres podían acceder a ella a los 60 años de edad y los hombres a los 65. Richards pidió la pensión a los 60 años, que fue rechazada dado que la reasignación de sexo no estaba reconocida por ley y seguía figurando como hombre. El tribunal confirmó una violación del artículo 4(1) de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, en base a que "debe interpretarse en el sentido de que se opone a una legislación que no reconoce la pensión de jubilación, por no haber alcanzado aún la edad de 65 años, a una persona que, con arreglo a los requisitos que establece el Derecho nacional, cambia de sexo masculino a sexo femenino, cuando esa misma persona habría tenido derecho a tal pensión a la edad de 60 años si se hubiera considerado que, según el Derecho nacional, era mujer" (apartado 38).

Cabe preguntarse, aunque la respuesta solo cabe ser afirmativa, si la discriminación sufrida por otros colectivos como los "intersex",[461] que en agosto de 2013 pasaron a estar reconocidos en el derecho civil alemán como un género distinto[462] sería considerada discriminación de género, a pesar de que sea la misma categorización única de la dualidad de sexos hombre/mujer lo que atente contra su dignidad. Esto ya se ha hecho en Australia, donde se modificó la ley sobre discriminación de género para dar cabida a la discriminación intersex dentro de esta categoría[463].

A. Directiva refundida

Una vez aclarados ciertos aspectos comunes a todas las Directivas de género, las secciones que siguen pretender dar un breve resumen de los aspectos diferenciadores de éstas. La Directiva 2006/54/CE del 6 de julio, supone la refundición de varias

[461] El término Intersex cubre variaciones corporales con respecto a las normas establecidas culturalmente de masculinidad y femineidad, incluyendo las variaciones en el nivel de los cromosomas, las gónadas y genitales. Definición procedente de CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons, Council of Europe meeting- Foreign affairs, Luxemburgo, 24 de junio de 2013, p. 4.
A este respecto, también FRA, The fundamental rights situation of intersex people, Viena: European Union Agency for Fundamental Rights, 2015.

[462] ALEMANIA, *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)*, de 7 de mayo de 2013.

[463] AUSTRALIA, *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Bill* 2013, Act no.: 98, de 28 de junio de 2013.

disposiciones en un único texto,[464] por lo que es la Directiva de discriminación de sexo que cubre más áreas en lo que al empleo y la formación profesional se refiere: contratación, acceso al empleo o trabajo no remunerado; despido; formación y promoción profesional; y afiliación a las organizaciones de trabajadores o empresarios.

La Directiva puede dividirse en 5 secciones diferenciadas:

Título I: Disposiciones generales. Aquí se contienen la finalidad de la Directiva, las definiciones, y la opción de hacer uso de la acción positiva.

Título II: Disposiciones específicas. Aquí se distinguen 3 capítulos que se refieren a los ámbitos materiales de la Directiva, a saber, igualdad de retribución, igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad e igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo.

Título III: Disposiciones Horizontales. Se diferencian en este título recursos (*legal standing*, así como indemnizaciones y reparación), carga de la prueba, y promoción de igualdad de trato (diálogo y organismo de igualdad); disposiciones horizontales generales (de forma similar a las Directivas 2000)

Título IV: Disposiciones finales (de forma similar a lo establecido en las Directivas 2000).

Centrándonos en primer lugar en el Título I de la Directiva, el artículo 2 contiene definiciones concretas que, o bien se contenían en las Directivas que refunde, o se han incorporado jurisprudencialmente, definiendo en este sentido los conceptos de "discriminación directa", "discriminación indirecta", "acoso", "acoso sexual", "retribución" y "regímenes profesionales de seguridad social".[465]

La Directiva protege contra la discriminación directa, indirecta, instrucción de discriminar, acoso y acoso sexual. Ésta última se describe específicamente como una

[464] Las Directivas que se refundieron en dicho texto son las siguientes: La Directiva 76/207…, *op. cit.* la Directiva 86/378… *op. cit.*, la Directiva 75/117… *op. cit.*, y la Directiva 97/80… *op. cit.*, así como los actos modificatorios. Vid. Capítulo II a este respecto.

[465] Las definiciones han ido comentándose a medida que el estudio avanzaba, ya sea en el Capítulo I o en lo referente a conceptos y su evolución en la sección dedicada a los campos materiales en este mismo Capítulo. Por esa razón, esta sección será más breve, centrándose únicamente en aspectos relevantes al campo de especial protección y especificaciones de las Directivas.

forma de acoso específica de la discriminación de género (artículo 2.1.d).[466] De forma similar se introduce el concepto de "trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad" siguiendo lo establecido en la Directiva 92/85/CEE.[467]

En lo que se refiere al Título II, el primer capítulo (que consiste en un único artículo-4) establece la igualdad de retribución. El segundo capítulo, consta de 8 artículos y trata la igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social. El artículo 5 establece la prohibición de discriminación a este respecto; mientras que el artículo 6 establece el ámbito de aplicación personal, aclarando que se aplicará a "la población activa, incluidos los trabajadores autónomos, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario, y a las personas que busquen empleo, a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos, así como a los derechohabientes de dichos trabajadores, de conformidad con la legislación y/o a las prácticas nacionales"; mientras que el artículo 10 establece la aplicación específica para los trabajadores autónomos y el 11 la posibilidad de aplazamiento para estos últimos. Además de esto, los artículos 7 y 8 limitan el ámbito de aplicación material, del que ya hemos hablado en este mismo Capítulo anteriormente;[468] el artículo 13 establece una excepción en relación a la flexibilidad de la edad de jubilación y el artículo 9 ofrece una guía con ejemplos de discriminaciones.

El artículo 12 añade una disposición inusual en las Directivas de discriminación, ya que habla de efectos retroactivos. No obstante, es una disposición lógica debido a que esta Directiva supone la refundición de varias Directivas que ya estaban en vigor:

> Artículo 12 Efecto retroactivo
>
> 1. Toda medida de aplicación del presente capítulo, en lo que se refiere a los trabajadores, cubrirá todas las prestaciones correspondientes a regímenes profesionales de seguridad social derivadas de períodos de trabajo a partir del 17 de mayo de 1990 y se aplicará retroactivamente hasta esa fecha, sin perjuicio de los trabajadores o sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieren incoado una acción ante los tribunales o presentado una reclamación equivalente según el Derecho nacional. En ese caso, las medidas de aplicación se aplicarán retroactivamente hasta el 8 de abril de 1976 y cubrirán todas las prestaciones derivadas de períodos de trabajo después

[466] Vid Capítulo I sobre las diferencias entre "acoso" y "acoso sexual".
[467] Directiva 92/85/CEE… *op. cit.*
[468] Vid. en este aspecto, la Tabla 1: Protección asimétrica por campos..., *op. cit.*

> de esa fecha. Para los Estados miembros que se hayan adherido a la Comunidad después del 8 de abril de 1976 y antes del 17 de mayo de 1990, la fecha se sustituirá por la fecha en la que empezara a ser aplicable en su territorio el artículo 141 del Tratado.
>
> 2. La segunda frase del apartado 1 no obsta a que las normas nacionales relativas a los plazos de recurso de Derecho interno se opongan a los trabajadores o sus derechohabientes que hubieren incoado una acción ante los tribunales en virtud del Derecho interno antes del 17 de mayo de 1990, a condición de que no sean menos favorables a dicho tipo de acción que a acciones semejantes de carácter nacional y no imposibiliten en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario.
>
> 3. Para los Estados miembros cuya adhesión haya tenido lugar después del 17 de mayo de 1990, y que a 1 de enero de 1994 fueran Partes contratantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, la fecha de 17 de mayo de 1990 de la primera frase del apartado 1 se sustituirá por la de 1 de enero de 1994. 4. Para otros Estados miembros, cuya adhesión haya tenido lugar después del 17 de mayo de 1990, la fecha de 17 de mayo de 1990 que figura en los apartados 1 y 2 se sustituirá por la fecha en la que empezara a ser aplicable en su territorio el artículo 141 del Tratado.

El título tercero de la Directiva habla de la igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo. En el artículo 14 establece la prohibición de discriminación en este sentido, regulando en los artículos 15 y 16 la reintegración tras un permiso de maternidad y el permiso de paternidad y de adopción. Este aspecto de la Directiva ha producido numerosa jurisprudencia.

En este sentido, uno de los asuntos más controvertidos en los últimos años que han llegado al TJUE son los casos de petición de baja por maternidad de mujeres que han utilizado a una madre de alquiler (gestación subrogada). No solo no existe armonización alguna a este respecto, sino que las legislaciones a nivel europeo varían enormemente. Sin embargo, la gestación subrogada no es un tema desconocido en los Estados miembros como dejó de manifiesto el *Estudio Comparativo del régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE* publicado por el Directorado General de Políticas Internas del Parlamento Europeo en 2013.[469]

[469] BRUNET, L., KING, D., MARZO, C., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., McCANDLESS, J., *A Comparative Study on the Regime of. Surrogacy in EU Member States*, PARLAMENTO EUROPEO, Directorate general for internal policies, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

A raíz de esta realidad, varios casos han llegado al TJUE. Es necesario aclarar de antemano que el resultado ha sido idéntico independientemente de la razón por la que se haya tenido que subrogar o las circunstancias específicas de cada caso. En este sentido, el TJUE ha establecido que los Estados miembros no están obligados a regular la baja maternal a las madres sustituidas (*intended mother*) independientemente de si la mujer no pudo gestar a su hijo por discapacidad o si le está dando pecho personalmente (caso *Z*[470]o anteriormente *C.D.*[471]*)* y niega que exista discriminación ni por razón de sexo ni por discapacidad.[472]

En este sentido, el caso de *Z.* es otro caso de naturaleza interseccional que no obstante no ha sido identificado como tal. A Z. no se le discriminó por ser mujer, ni por ser discapacitada para tener un hijo (sufre una extraña enfermedad por la que carece de útero para gestar aunque tenga óvulos y demás aparato funcional) sino por ser mujer y discapacitada. No cualquier mujer y tampoco cualquier persona discapacitada podría verse ante este problema, sino solo una persona que sea portadora de ambas condiciones, una persona que forme parte de ambos grupos con características reconocidas como necesitadas de una protección especial por parte del Derecho.

Además, el Tribunal ofrece una visión distorsionada de la maternidad en la que lo válido parece no convertirse en madre sino dar a luz, lo que resulta muy cuestionable teniendo en cuenta que en todos los Estados miembros de la UE, así como la Directiva 2006/54 regulan la adopción y las mujeres que adoptan hijos, independientemente de la edad de estos tienen derecho a una baja maternal. La baja por maternidad a la que las madres tienen derecho debería adaptarse a la circunstancia, permitida en la legislación nacional de algunos Estados miembros, de que la maternidad subrogada es una realidad y ofrecer la posibilidad de que la baja por maternidad sea compartida por ambas (la madre subrogada y la madre natural) de forma que ellas tengan la libertad de decidir la duración y la asunción de roles y las responsabilidades derivadas del nacimiento.

[470] STJUE, *Z y A Government department and the Board of management of a community school*, asunto C-363/12, de 18 de marzo de 2014, ECLI:EU:C:2014:159

[471]STJUE, *C.D. Y S.T.*, asunto C-167/12, de 18 de marzo de 2014, ECLI:EU:C:2014:159

[472] A este respecto, el TJUE estableció que aunque Z. sufría un menoscabo físico a largo plazo no podía considerarse como discapacidad en referencia a la Directiva 2000/78. Además decidió no entrar a aclarar el alcance de las disposiciones sobre ello en la CRPD que ya hemos mencionado en numerosas ocasiones en el presente estudio, a pesar de tener primacía, escudándose en que las disposiciones sobre mujeres discapacitadas no eran claras y específicas.

En el caso *Maïstrellis*,[473] el Tribunal estableció que las "disposiciones de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, así como las de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual se priva a un funcionario del derecho a un permiso parental si su esposa no ejerce una actividad laboral o profesional, salvo que, debido a dolencia o enfermedad grave, se la considere incapacitada para hacer frente a las necesidades de cuidado del hijo". De esta forma, el Tribunal subrayó la importancia de facilitar la reconciliación laboral tras el nacimiento de un hijo de cada uno de las figuras parentales, de forma que sea independiente del hecho de si uno de ellos trabaje o no.

El Título III de la Directiva 2006/54 trata de disposiciones horizontales. Esta sección es comparable a las Directivas anteriormente analizadas. En esta parte se encuentra el artículo 20, que establece que cada Estado miembro debe designar uno o más organismos responsables de la promoción, análisis, seguimiento y apoyo de la igualdad de trato, en línea con lo establecido en las Directivas 2002/73 y 2004/113,[474] y serán responsables de las siguientes funciones:

- Asistencia independiente a las víctimas
- Estudios y encuestas independientes
- Recomendaciones e informes independientes
- Intercambio de información con organismos europeos equivalentes

En lo que se refiere a las sanciones, la Directiva no establece medidas específicas al respecto (artículo 25). No obstante, en *Arjona Camacho* el Tribunal indicó que aunque la Directiva no indica la forma de indemnización de las víctimas (aunque sí se indica que el daño debe ser reparado de forma disuasoria y proporcionada); en caso de aquellos Estados amparados bajo el requerimiento de mínimos de la Directiva que

[473] STJUE, *Konstantinos Maïstrellis e Ypourgos Dikaiosynis, Diafaneias kai Anthropinon Dikaiomaton,* de 16 de julio de 2015, asunto C-222/14, ECLI:EU:C:2015:473
[474] Directiva 2002/73… *op. cit.*
Directiva 2005/113… *op. cit.*

hayan elegido la forma pecuniaria para ello, deben de introducir en su ordenamiento jurídico interno, según los procedimientos que se determinen, medidas que establezcan el pago a la persona que ha sufrido un perjuicio de una indemnización que cubra íntegramente dicho perjuicio.[475]

El artículo 29 establece la transversalidad de la perspectiva de género. Curiosamente, y a pesar de que como hemos explicado en el Capítulo II también se ha establecido el *mainstreaming* del principio de no discriminación, las Directivas 2000 no contienen ningún artículo similar.

B. Directiva 2004/113: protección contra la discriminación de género (limitada) a bienes y servicios

La Directiva 2004/113/CE[476] extiende el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, en particular en el ámbito de los seguros, con el fin de hacer efectivo el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los Estados miembros. Esta Directiva resultó de la necesidad de nivelar la protección que se concedió a la discriminación racial o de origen étnico en la Directiva 2000/43/CE al ámbito de la discriminación por razón de sexo. Ya se había solicitado en el Consejo Europeo de Niza en diciembre de 2000 a la Comisión una Directiva que promoviese el principio de igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios,[477] por tanto en otros que no fueran únicamente el empleo y la actividad profesional; al mismo tiempo que se formuló en la estrategia marco sobre igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005).[478.]

Gracias a la aprobación de esta Directiva, la discriminación por razón de sexo se aproxima pero no se equipara a la protección ofrecida al respecto de "raza" u origen étnico. BELL indica que tras la aprobación de las Directivas 2000 la Comisión trató de legislar en igualdad de género para cubrir los mismos ámbitos que la Directiva de igualdad racial cubría. Sin embargo, sorprendentemente encontró mucha resistencia y tuvo que llegarse al compromiso actual, excluyendo expresamente la educación, los

[475] STJUE, *María Auxiliadora Arjona Camacho y Securitas Seguridad España, S.A.,* asunto C-407/14, de 17 de diciembre de 2015, ECLI:EU:C:2015:831
[476] Directiva 2004/113… *op. cit*.
[477] *Ibid.* considerandos 6 y7.
[478] Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005) publicada en el Diario Oficial L 17 de 19 de enero de 2011, pp. 22-29.

medios de comunicación y la publicidad de su ámbito de aplicación.[479] Se palió pero no se eliminó con esta directiva por tanto la "jerarquía" de los motivos de discriminación en la legislación discriminatoria.[480]

En cuanto al articulado de la Directiva se refiere, es esencialmente parecida a la Directiva 2000/43 leyéndola en conjunto con la Directiva 2006/54. Por ello, me centraré en las diferencias con esta.

En lo que al contenido se refiere, mediante sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011[481] (*Test-Achat*), el apartado 2 del artículo 5 de la Directiva 2004/113 se declaró inválido (comenzando el 21 de diciembre de 2012) de forma que a partir de entonces las aseguradoras no podrán basarse en el sexo del asegurado para calcular la prima de riesgo. Incluso cuando se redactó la disposición se estableció que dichas medidas dependerían de cada Estado miembro individualmente y siempre que se revisase cada 5 años; indicando con ello indirectamente que en cualquier caso debía tratarse de una norma de carácter temporal. E incluso en el memorando de la propuesta se afirmaba, que la diferencia al calcular la prima basada en género no es aceptable conforme al derecho y jurisprudencia de la Unión, para lo que cita las sentencias *Defrenne II*[482] y *Coloroll*[483] y añadía que "… acepta que las compañías de seguros pueden necesitar seguir teniendo en cuenta, en ciertos casos y durante un periodo de transición, factores actuariales basados en sexo".[484]

Una vez comentada la sentencia *Test-Achat* y la invalidez del artículo 5.2, es necesario comentar que la Directiva incluye el concepto de acoso por razón de sexo además del acoso que se contenía en la Directiva de igualdad racial y la Directiva de igualdad en el empleo (artículo 2). Asimismo, se declara la necesidad de crear un

[479] BELL, M., "Advancing EU…", *op. cit.*, p. 11.
[480] Vid. a este respecto Tabla 1: Protección asimétrica por campos- elaboración propia, *op. cit.*
[481] STJUE, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt Charles Basselier y Conseil des ministres*, asunto C-236/09, de 11 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:100
[482] STJUE, *Gabrielle Defrenne…*, asunto C- 43/75, *op. cit.*
[483] STJUE, *Coloroll Pension Trustees/Russell y otros*, asunto C-200/91, de 28 de septiembre de 1994, ECLI:EU:C:1994:348
[484] Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro, COM (2003) 657 final, de 5 de noviembre de 2003.

organismo especializado pudiendo ser el mismo o combinarlo con el que la Directiva 2002/73[485] obligaba a crear.

La mayor diferencia con el resto de Directivas estudiadas en este Capítulo radica, como ya hemos comentado, en el ámbito. Se excluyen por tanto, los ámbitos de educación y medios de comunicación, y se aceptan limitaciones de forma expresa (aunque deberán ser adecuadas y necesarias) en el caso de intereses legítimos como la creación de hogares de acogida para víctimas de violencia de género en las que no se mezclen los sexos; así como por colapsar con otros derechos (la dudosa legitimidad de los clubes privados unisexuales basados en la libertad de asociación).

Es especialmente flagrante la exclusión expresa de la educación en el ámbito de aplicación de la Directiva, debido a que deja un colectivo especialmente vulnerable desprotegido como son los niños transexuales. En los últimos tiempos numerosos casos han llegado a los tribunales de niños y niñas transexuales[486] a los que los colegios no les permitían utilizar el uniforme o los servicios del sexo al que sienten pertenecer, condenando a estos niños al ostracismo y la marginación, en contra de lo que la FRA ha recomendado.[487]

La discriminación de género queda por tanto en un "segundo puesto" en la "jerarquía" de motivos de discriminación. Sin embargo, en caso de que la Propuesta de Directiva Horizontal[488] se apruebe quedará relegada a un "tercer puesto". En este sentido, es importante recalcar que numerosas organizaciones, incluida el CoE[489] han

[485] Directiva 2002/73… *op. cit.*

[486] Entre otros:
GARCIA, C., "Una niña transexual de seis años gana una demanda civil en Colorado", EL PAIS, 25 de junio de 2013, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/24/actualidad/1372103107_547123.html (último acceso 20/07/2014)
RINCÓN, R., "La fiscalía investiga el trato dado en tres colegios a niños transexuales", EL PAIS, 2 de octubre de 2013, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/10/02/actualidad/1380744087_194953.html (último acceso 20/07/2014)
PLANELLES, M., "Educación lleva la protección de los alumnos transexuales a las aulas, EL PAIS, 27 de junio de 2014, http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/06/27/andalucia/1403890801_115781.html (último acceso 20/07/2014)

[487]FRA, Experiencias de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia, Viena: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mayo de 2013.

[488] Propuesta de Directiva…, COM (2008) 426 final, *op. cit.*

[489] COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, Safeguarding human rights in times of economic crisis, CoE, Estrasburgo: Consejo de Europa, noviembre de 2013, especialmente pp. 22-25.

puesto de manifiesto que las mujeres son el grupo más castigado por la crisis, ya que iniciaron este periodo desde un punto de partida diferente a los hombres. Eurostat[490] ha puesto de manifiesto que las mujeres solteras de más de 65 años están en una situación de superior de riesgo de pobreza que los hombres solteros de la misma edad; mientras que, según Human Rights Watch[491] las mujeres han sido afectadas desproporcionalmente en cuanto a desalojos por impago de hipotecas. El riesgo de exclusión y pobreza de las mismas no se ha traducido sin embargo en una propuesta legislativa para incluir los medios de comunicación (y con ello controlar la percepción que se da de los géneros en general); ni la educación (la única forma de normalizar e inculcar los valores de igualdad desde una temprana edad) en el ámbito de protección de la legislación antidiscriminatoria.

La Comisión abrió procedimientos ante el TJUE por incumplimiento del plazo de transposición de ésta Directiva contra el Polonia[492] (2011) y Reino Unido (2010) ya que no se había transpuesto en Gibraltar.[493]

4. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE EN EL CONTEXTO ACTUAL

La legislación antidiscriminatoria actual no permite ni prohíbe expresamente la discriminación múltiple. Sin embargo, como hemos mencionado en ambos preámbulos de las Directivas 2000 se reconoce la discriminación múltiple, a pesar de que únicamente se nombre el género al indicar que hay que proteger "especialmente a las mujeres que son muchas veces víctimas de la discriminación múltiple".[494]

También en este aspecto MUIŽNIEKS, N., "Protect women´s rights during the crisis", CoE, 10 julio, 2014, http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/protect-women-s-rights-during-the-crisis#s4wJDVmWdbXg (último acceso 16/03/2017).

[490] EUROSTAT, "Europe 2020 targets: poverty and social exclusion active inclusion strategies", http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Europe_2020_indicators_-_poverty_and_social_exclusion (último acceso 10/03/2017)

[491] HUMAN RIGHTS WATCH, "Shattered Dreams: Impact of Spain's Housing Crisis on Vulnerable Groups", 28 de mayo de 2014, http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/spain0514_ForUpload_0.pdf (último acceso 10/03/2017) muestra de análisis: España.

[492] STJUE, *Comisión Europea contra República de Polonia*, ,asunto C-326/09, de 17 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:155

[493] STJUE, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte*, asunto C-186/09, de 4 de febrero de 2010, ECLI:EU:C:2010:60

[494] Considerando 3 de la Directiva 2000/78… *op. cit.* y considerando 14 en la Directiva 2000/43… *op. cit.*

Curiosamente, ninguna de las Directivas de género contiene mención alguna a otras minorías.

WATSON indica que en realidad, no hay nada en las Directivas 2000 que prohíban la inclusión de la discriminación múltiple (ella habla de la discriminación interseccional) y que a pesar de la fragmentación de la legislación antidiscriminatoria y la distinción en base a motivos de discriminación, no significa que éstos no puedan ser utilizados conjuntamente en una demanda. Añade que la relación de causalidad debería por tanto establecerse al igual que en los casos "uni-motivo", pero que la dificultad puede radicar en la búsqueda del comparador y en la diferente protección que ofrecen una y otras directivas. Afirma, de esta forma, que el comparador no debería tener ninguna de las características.[495]

A pesar de que el Parlamento Europeo ha afirmado la necesidad de establecer una definición común de la discriminación múltiple y ha señalado la necesidad de realizar esfuerzos en este sentido desde 2009,[496] apoyado por múltiples actores y estudios en ello, la situación ha variado de forma muy escasa desde entonces. La "jerarquía" que se ha creado en la legislación antidiscriminatoria de la UE mina no solo el papel de la propia Unión como garante y defensor de la igualdad sino también su habilidad para evolucionar y desarrollar mecanismos para ocuparse de la discriminación múltiple.

Todo esto se cristaliza en la sentencia a la que el TJUE se enfrentó en Noviembre de 2016 (caso *Parris)*, primer caso en el que el Tribunal se enfrenta a una pregunta prejudicial explícita que le obliga a posicionarse al respecto de si la discriminación múltiple (y en ese caso qué tipo)[497] puede considerarse cubierta por el Derecho antidiscriminatorio de la UE.

---

[495] ELLIS, E., WATSON P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2 edition, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 156-157.

[496] MOON, G., "Briefing note- Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation", PARLAMENTO EUROPEO enero de 2009, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2009/410670/IPOL-LIBE_NT(2009)410670_EN.pdf (último acceso 30/01/2017)

[497] En este punto, resulta útil recordar que en el Capítulo I se ha defendido la existencia de tres tipos de discriminación múltiple: Discriminación cumulativa, Discriminación aditiva y Discriminación interseccional.

Las posiciones de la Abogada General Kokott y la del Tribunal son tan diametralmente opuestas que se ha considerado pertinente de abordar éstas separadamente.

A. El caso Parris

El señor Parris era un profesor del *Trinity College* Irlandés que llevó su caso ante los Tribunales Irlandeses, que a su vez utilizaron el mecanismo de la pregunta prejudicial para solicitar la opinión del TJUE.

El Sr. Parris, nacido el 21 de abril de 1946 y con doble nacionalidad británico-irlandesa, trabajó como profesor desde 1972 al 2010, y se acogió a los planes de previsión del *Trinity College*. De estos fondos percibe su jubilación desde el 3 de diciembre de 2010. El plan de pensiones al que está afiliado prevé que el cónyuge supérstite del afiliado (con la condición de que el matrimonio se haya celebrado antes del sexagésimo cumpleaños) perciba el monto que le correspondería al afiliado en caso de su fallecimiento.

El Sr. Parris vive con su pareja del mismo sexo desde hace más de 30 años. En Irlanda no existía el reconocimiento de matrimonio del mismo sexo, pero a pesar de ello el señor Parris contrajo matrimonio con su pareja el 21 de abril de 2009 en el Reino Unido con 63 años, aunque posteriormente no pudo ser reconocida en el estado Irlandés.

El señor Parris solicitó la jubilación anticipada el 25 de enero de 2010, que le fue concedida para el 31 de diciembre de 2010, que le da derecho a pensión hasta el 30 de septiembre de 2013. El 19 de julio de 2010 se adoptó la *Civil Partnership Act* en Irlanda, y el 17 de septiembre el señor Parris solicitó que se le reconociera a su pareja el derecho a una pensión de supervivencia a su muerte. La solicitud fue denegada a fecha de 15 de noviembre de 2010, que el señor Parris recurrió. El 31 de diciembre, tal y como se había concedido, el señor Parris se jubiló y la *Civil Partnership Act* entró en vigor al día siguiente. El 12 de enero de 2011 la unión celebrada en suelo británico del señor Parris y su pareja se reconoció en Irlanda, y sin embargo, el 17 de mayo de 2011 la Autoridad ante la que el señor Parris interpuso el recurso resolvió confirmar la decisión de no conceder la pensión de supervivencia al marido del señor Parris.

El razonamiento de la autoridad se basaba en que el señor Parris se había jubilado antes del reconocimiento por el Estado irlandés de su unión, y que en cualquier caso las normas del *Trinity College* establecían que para que se reconociese dicha prestación de supervivencia la unión debía de ocurrir antes del 60 cumpleaños del afiliado, cuando la unión del señor Parris se celebró cuando él tenía 63 años.

El señor Parris recurrió su caso ante el *Equality Tribunal*, ante el que esgrimió haber sido discriminado directa o indirectamente por los demandados por razón de su edad y orientación sexual, cuya decisión recurrió ante el *Labour Court* que es el órgano que solicita el pronunciamiento del TJUE.

Las preguntas realizadas al TJUE son las siguientes:

1)¿Constituye una discriminación por razón de la orientación sexual, contraria al artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE, aplicar una norma de un plan de previsión profesional que supedita el pago de la prestación de supervivencia a la pareja supérstite de un afiliado a dicho plan tras su fallecimiento al requisito de que el afiliado y su pareja hayan celebrado su unión civil antes del sexagésimo cumpleaños del afiliado, si éstos no han podido celebrar su unión civil, con arreglo a la legislación nacional, hasta después del sexagésimo cumpleaños del afiliado y si el afiliado y su pareja estable ya habían establecido un compromiso de vida en común permanente antes de esa fecha?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

¿Constituye una discriminación por razón de la edad, contraria al artículo 2, en relación con el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78, que la entidad encargada del pago de prestaciones en virtud de un plan de previsión profesional supedite el derecho a percibir una pensión de supervivencia de la pareja supérstite del afiliado del régimen tras su fallecimiento al requisito de que el afiliado y su pareja hayan celebrado su unión civil antes del sexagésimo cumpleaños del afiliado si:

a) la determinación de la edad antes de la cual el afiliado debe haber celebrado su unión civil no es un criterio que se utiliza en los cálculos actuariales y

b) el afiliado y su pareja no han podido celebrar una unión civil, con arreglo a la legislación nacional, hasta después del sexagésimo cumpleaños del afiliado y si el afiliado y su pareja estable ya habían establecido un compromiso de vida en común permanente antes de esa fecha?

3) En caso de respuesta negativa a la segunda cuestión:

¿Constituye una discriminación contraria al artículo 2, en relación con el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 que las limitaciones de derechos con arreglo al plan de previsión profesional descritas en las cuestiones primera y segunda sean consecuencia del efecto conjunto de la edad y de la orientación sexual de un afiliado a ese plan?

B. Opinión de la Abogada General Kokott

El caso cayó en las manos de la Abogada General (A.G.) Julianne Kokott, que emitió sus conclusiones el 30 de junio de 2016.[498] Lo especial de su pronunciamiento, es que por primera vez se planteó de forma directa el tema de la discriminación múltiple e interseccional en el Tribunal de Luxemburgo.

En el apartado 3 de la opinión, la A.G. Kokott reconoce la discriminación por orientación sexual como principio general del derecho de la UE a los que la Directiva únicamente da expresión, lo que hace presuponer que también cabría una aplicación amplia como el Tribunal ya ha hecho previamente con el principio de discriminación por edad por ejemplo en Mangold.

> 3. Debido a la situación del Sr. Parris, el presente procedimiento concede al Tribunal de Justicia la ocasión de precisar su ya polifacética jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato por razón de la edad y de la orientación sexual que rige en el Derecho de la Unión. Al igual que la igualdad de trato entre hombres y mujeres, se trata también de uno de los principios generales del Derecho de la Unión, que el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales consagra como Derecho primario (2) y al que la Directiva 2000/78/CE (3) da mayor concreción. (4).

Cabe preguntarse, no obstante, porqué el Tribunal no hizo uso del "principio de no-discriminación" en su variante genérica de forma que pudiese partir del "espíritu" de ésta, siguiendo lo indicado en el análisis de los casos *Mangold*; *Kücükdeveci o DI.*

Es el apartado 4º más revolucionario ya que propone realizar un análisis interseccional del caso, que ella denomina "interacción de dos factores". Es importante señalar que Kokott se abstiene en lo posible de utilizar el término "interseccionalidad".[499] No obstante deja claro que habla de ésta a pesar de evitar utilizar el término, dejando claro que no se trata de discriminación por dos características por separado, sino por la interacción de ambas:

> 4. En el presente caso deberá prestarse especial atención al hecho de que la posible discriminación del afectado probablemente se debe a la interacción de dos factores: la edad y la orientación sexual. Por este motivo, para tomar una decisión acorde con la realidad, el Tribunal de Justicia

[498] Conclusiones de la A.G. Julianne Kokott en el caso *David L. Parris y Trinity College Dublin, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and S*kills, asunto C- 443/15, de 30 de junio de 2016 ECLI:EU:C:2016:493

[499] Esto deja de relieve una vez más la problemática de la ausencia de unidad en cuanto a los términos y su contenido.

> debe apreciar debidamente la combinación de ambos factores, en lugar de considerar de forma aislada tanto el aspecto de la edad como el de la orientación sexual. Además, deberá tenerse en cuenta que la exigencia controvertida de haber contraído matrimonio o una unión civil registrada antes de cumplir los 60 años se ha revelado como un obstáculo insuperable para un amplio sector de la población en Irlanda.

La A.G. Kokott procede entonces a analizar la posible discriminación por edad y orientación sexual por separado, llegando a la conclusión de que efectivamente el señor Parris había sido discriminado directamente por razón de edad e indirectamente por razón de orientación sexual. Aun así, en "aras de la exhaustividad" procede a analizar si el señor Parris ha podido ser discriminado en relación a la interacción de dos características protegidas (tercera cuestión prejudicial).

> 149. En el fondo, con esta cuestión prejudicial se pide al Tribunal de Justicia que aclare cómo han de ser tratadas, desde el punto de vista de los principios de no discriminación del Derecho de la Unión, las desventajas resultantes de la *interacción* de dos o más motivos de diferencia de trato. (74) Aunque ya se le plantearon en el pasado numerosos casos en que subyacían varios de esos factores, (75) hasta ahora (que se aprecie) el Tribunal de Justicia no ha tenido ocasión en ningún asunto de pronunciarse en concreto sobre este tema.

En el apartado 150 indica que la interseccionalidad es un tema muy desarrollado por la doctrina, reconociendo en el siguiente apartado que tanto el Parlamento Europeo como la Comisión han resaltado la importancia de este tema en diferentes documentos.[500] Es más, la Abogada General afirma que el legislador europeo era consciente del problema y consideró que quedaba "adecuadamente resuelto" en la Directiva.[501] Sustenta este último argumento en que "en cuanto a la justificación especial de diferencias de trato por motivos de religión o convicciones que prevé el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, introducida a favor de las «organizaciones con una determinada orientación ideológica» (Tendenzbetrieben), el legislador de la Unión la supedita expresamente a la reserva de que la diferencia de trato

[500] PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)) , 2 de abril de 2009, publicado en el Diario Oficial C 137E de 27 de mayo de 2010, p. 11; COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado, COM(2008) 420 final, Bruselas, 2 de julio de 2008, p. 10.

[501] Conclusiones de la A.G. Julianne Kokott en el caso *David L. Parris…, op. cit.* apartado 152.

«no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo». De forma similar, en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 el legislador de la Unión admite el establecimiento de determinados límites y la consideración de determinados criterios de edad, «siempre que ello no suponga discriminación por razón de sexo». Y en el tercer considerando de la Directiva se subraya en particular que, «a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». También la Comisión, por cierto, en su informe de 17 de enero de 2014, expresa de forma tangencial la opinión de que la Directiva 2000/78 contempla en cierta medida «la combinación de dos o más motivos de discriminación».

El apartado más importante resulta el 153 en el que la A.G. declara que un análisis parcial de cada una de las características de forma aislada iría en contra del espíritu de la Directiva 2000/78 y que no cabe una interpretación restrictiva sobre el artículo 2.1:

> 153. La interacción de dos o más motivos de diferencia de trato constituye un supuesto especial que, en un caso como el presente, adquiere una nueva dimensión y debe ser tenido debidamente en cuenta al efectuar la apreciación con arreglo al Derecho de la Unión. En efecto, no sería conforme con el significado del principio de no discriminación consagrado en el artículo 1 en relación con el artículo 2 de la Directiva 2000/78 si se desglosase una situación real como la presente y se considerase de forma exclusivamente aislada desde el punto de vista de uno u otro motivo de diferencia de trato. Por lo tanto, la regla general de la Directiva según la cual no puede haber *ninguna* discriminación sobre la base de los motivos de diferencia de trato que contempla (artículo 2, apartado 1, en relación con el artículo 1 de la Directiva), debe ser válida también para los casos en que una posible discriminación se basa en la interacción de dos o más de esos motivos.

El análisis concreto de cómo debería el Tribunal analizar si ha habido efectivamente discriminación se desgrana en los siguientes apartados (154- 157):

> 154. Si no es posible identificar un trato desfavorable atendiendo *solamente* a *uno* de los aspectos susceptibles de diferencia de trato mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 (religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual), según presume el órgano jurisdiccional remitente como premisa de su tercera cuestión, a mi parecer la situación debe analizarse desde el punto de vista de la *discriminación indirecta*. En tal caso, por tanto, es preciso examinar, con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva, si los afectados por la medida de que se trata pueden sufrir un perjuicio especialmente acusado debido a la interacción de dos o más aspectos susceptibles de diferencia de trato.

155. Si el perjuicio especial en relación con *uno* de los factores mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 basta para calificar una situación de discriminación directa a efectos del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva, (81) lo mismo ha de suceder si las personas afectadas se ven perjudicadas de manera especial no por uno de esos factores, sino por la combinación de dos o más de ellos, pues, habida cuenta de su carácter fundamental, el alcance del principio de no discriminación de la Directiva 2000/78 no puede definirse de forma restrictiva. (82)

156. Por lo tanto, en un caso como el presente, en aplicación del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 habría de apreciarse un perjuicio especial para los trabajadores como el Sr. Parris a causa de la interacción entre su orientación sexual y su edad, ya que las condiciones de seguro implican, *de facto*, que de forma sistemática se prive de la pensión de supervivencia, en particular, a sus parejas supérstites. (83) En efecto, aunque para todos los trabajadores el beneficio de la pensión de supervivencia a favor de sus parejas supérstites depende de la (aparentemente neutral) condición de haber contraído matrimonio o una unión civil registrada antes de cumplir los 60 años, en realidad con ello se excluye sistemáticamente de ese tipo de pensión de supervivencia, en especial, a los trabajadores homosexuales nacidos antes de 1951, a diferencia de todas las demás categorías de trabajadores, pues ellos en ningún caso pueden cumplir con la mencionada condición, aunque hubiesen querido hacerlo.

157. Pero hay algo más. La interacción de dos o más de los aspectos susceptibles de diferencia de trato mencionados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 puede dar lugar también a que, con motivo del *examen de la proporcionalidad*, al ponderar los intereses contrapuestos, se incline la balanza a favor de los trabajadores perjudicados, lo cual incrementaría la probabilidad de que los afectados sufriesen un *perjuicio excesivo* y, por tanto, se incumpliesen los requisitos de la proporcionalidad en sentido estricto.

C. Sentencia del Tribunal de Justicia

El TJUE se pronunció sobre el caso Parris a finales de noviembre de 2016, y a pesar de la esperanza generada por la atención que la A.G. Kokott atrajo sobre la necesidad de realizar un análisis interseccional del caso, el Tribunal decidió realizar un análisis tradicional "single axis", defendiendo que la interacción de dos motivos implicaría el reconocimiento de "una nueva categoría resultante de la combinación de algunos de esos motivos", y exige que se constate previamente la discriminación en cada uno de esos motivos por separado para que pueda reconocerse un efecto combinado.[502]

[502] STJUE, *David L. Parris…, op. cit.,* especialmente apartados 79-82.

80- A este respecto, aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado.

81- En consecuencia, cuando una disposición nacional no crea una discriminación basada en la orientación sexual ni una discriminación basada en la edad, dicha disposición no puede crear una discriminación basada en la combinación de ambos factores.

82- Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 2 y 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no puede crear una discriminación basada en el efecto combinado de la orientación sexual y de la edad cuando dicha normativa no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ni en razón de la edad consideradas por separado.

La decisión del Tribunal es consecuentemente la siguiente:

1)El artículo 2 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, debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que, en el marco de un plan de pensiones de empleo, supedita el derecho de las parejas registradas supérstites de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se haya celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, mientras que el Derecho nacional no permitía a dicho afiliado celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar ese límite de edad, no constituye una discriminación basada en la orientación sexual.

2)Los artículos 2 y 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que, en el marco de un plan de pensiones de empleo, supedita el derecho de las parejas registradas supérstites de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se haya celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, mientras que el Derecho nacional no permitía a dicho afiliado celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar ese límite de edad, no constituye una discriminación basada en la edad.

3)Los artículos 2 y 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no puede crear una discriminación basada en el efecto combinado de la orientación sexual y de la edad cuando dicha

normativa no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ni en razón de la edad consideradas por separado.[503]

D. La cuestión interseccional

Es justamente el análisis que realizó el tribunal en Parris que ayuda ilustrar la imperiosa necesidad legislativa de regular la discriminación múltiple y más especialmente la discriminación interseccional. Mediante el requerimiento establecido por el Tribunal de que los motivos de discriminación deben de ser probados por separado, el TJUE básicamente declara que la discriminación interseccional no puede ser considerada como cubierta por la legislación antidiscriminatoria en la UE sin modificar su *status quo*. Aun así, puede afirmarse que el Tribunal parece contemplar la posibilidad de que los casos de discriminación múltiple ya se cumulativa o aditiva podrían quedar cubiertos por la legislación antidiscriminatoria actual, ya que en esos casos constatar la discriminación en cada uno de los campos por separado es posible.

Mientras que la Abogada General Kokott parte del análisis interseccional a pesar de ya haber encontrado violación en ambos motivos por separado (y haciendo entender que dicho análisis no depende del análisis individual), el Tribunal niega la existencia de la discriminación en cualquiera de los dos motivos individualmente, y consecuentemente de cualquier discriminación resultante de la interacción de dichos motivos. Es decir, utiliza el "single ground approach" al analizar el caso; lo que lleva al Tribunal a negar la posibilidad de que exista discriminación interseccional.

Lo que el TJUE parece obviar, es que, tal y como ha esgrimido la A.G. Kokott en el apartado 4 y 153 de sus conclusiones (en los que analiza la naturaleza de la interseccionalidad y subraya la necesidad de que se tome el supuesto concreto de los dos motivos interactuando en cuenta),[504] es que un análisis de cada uno de los campos por separado no sería acorde a la realidad. El Tribunal en el caso Parris desoye las recomendaciones de la A.G. Kokott y realiza un análisis parcial de cada una de las características, resultando en una imagen distorsionada de la realidad. Asimismo, el Tribunal toma la decisión deliberada de no tomar en cuenta la realidad de que en un caso interseccional como este es precisamente cuando un análisis por separado de violación del derecho de no discriminación será inútil, debido a que es la intersección de

[503] STJUE, David L. Parris… *op. cit.* Declaración final.
[504] Conclusiones de la A.G. Julianne Kokott en el caso *David L. Parris… op. cit.*

los campos, la violación vista en la totalidad de su contexto, la que deja patente lo injusto de la situación. En definitiva, el TJUE ignora por completo qué tipo de discriminación múltiple ocurre en este caso específico, que es la interseccional y que es precisamente el hecho de que no pueda probarse discriminación en cada uno de los motivos por separado el que motiva que el Tribunal tenga que pronunciarse a este respecto.

Tal y como afirma CRENSHAW, aunque teóricamente la legislación debería proteger a las víctimas de discriminación desde cualquiera de los campos, lo cierto es que demasiadas veces no lo hace.[505] Queda por tanto David L. Parris en una situación de desprotección del derecho antidiscriminatorio.

Lo sorprendente es que, tal y como mencionaba la A.G. Kokott en sus conclusiones, el Tribunal ha decidido sobre casos interseccionales anteriormente a pesar de no haber sido identificados como tal. En este sentido conviene recordar las decisiones en *Marschall*, *Kleist*, *Odar*, *Z*, y *Milkova*; al que añadiría, entre otros, *Leger*.[506]

El caso Marshall trata de una mujer, Helen Marshall, que fue despedida de su trabajo como nutricionista senior después de 14 años el 31 de marzo de 1980, aproximadamente cuatro semanas después de alcanzar la edad de 62 años, a pesar de

[505] CRENSHAW, K., "La urgencia de la interseccionalidad", *Ted talks*- Noviembre de 2016. Disponible en https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality?language=es (último acceso 13/03/2017)
"Es decir, después de todo, un problema que afecta a las personas negras y que afecta a las mujeres, ¿no debería incluir necesariamente a personas negras mujeres y a las mujeres negras? La respuesta simple es que este es un enfoque derivado de la justicia social, y muchas veces simplemente no funciona. Sin marcos que nos permitan ver cómo repercuten los problemas sociales en todos los miembros de un grupo determinado, muchos caerán en la invisibilidad de nuestros movimientos, solas frente al sufrimiento del aislamiento virtual."

[506] STJUE, *Marschall…, op. cit.,* Edad y sexo.
STJUE, *Pensionsversicherungsanstalt y Christine Kleist*, asunto C-356/09, de 18 de noviembre de 2010 ECLI:EU:C:2010:703 Sexo y edad.
STJUE, *Johann Odar…, op. cit.* Edad y discapacidad.
STJUE, *Z. y A…, op. cit.* Sexo y posible discapacidad.
STJUE, *Petya Milkova e Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, con intervención de: Varhovna administrativna prokuratura,* asunto C‑406/15, de 9 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:198 interacción de discapacidad y condición de funcionario.
STJUE, *Geoffrey Léger y Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Etablissement français du sang,* asunto C-528/13, de 29 de abril de 2015, ECLI:EU:C:2015:288 Sexo y orientación sexual.

haber manifestado su expresa voluntad de continuar en el empleo hasta la edad de 65 años (hasta el 4 de febrero de 1983). La única razón de su despido fue el hecho de que había pasado "la edad de jubilación", que en base a la política de AHA era 60 para las mujeres y a los 65 para los hombres.

La Sra. Marshall demandó a la AHA por discriminación de sexo, argumentando que su despido constituía un trato discriminatorio por razón de sexo, contraria a los principios y ley de la Comunidad Europea. El Tribunal realizó dos preguntas prejudiciales al Tribunal, a saber:

> 1) El despido de la demandante por parte de la administración demandada, después de haber cumplido aquélla los 60 años de edad, de conformidad con la política general, y por la sola causa de que se trataba de una mujer que había alcanzado la edad normal de jubilación aplicable a las mujeres: ¿constituye una discriminación prohibida por la Directiva relativa a la igualdad de trato?
>
> 2) En caso de que la respuesta a la primera cuestión sea afirmativa: ¿puede la demandante, en las circunstancias del presente caso, invocar la Directiva relativa a la igualdad de trato ante los tribunales nacionales, a pesar de la incompatibilidad (si la hubiere) entre la Directiva y el artículo 6, apartado 4, de la Sex Discrimination Act de 1975?[507]

Puede observarse que éste es un caso de discriminación interseccional resultante de la interacción entre las razones de sexo y edad. Es decir, las afectadas por esa normativa eran mujeres, sí, pero solo las mujeres de cierta edad, a punto de jubilarse. Es cierto también que la edad no se había reconocido como campo de especial protección en el derecho de la UE aún, pero está claro aun así que el Tribunal decidió entender este como un caso de discriminación por razón de sexo. Durante décadas el TJUE ha adoptado decisiones sin reparar en su naturaleza múltiple, bien porque no se habían adoptado aún disposiciones legales para cubrir otros campos de discriminación[508] (como

[507] STJUE, *Marschall…, op. cit.,* El Tribunal contestó a estas preguntas de la siguiente forma:
1) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207… *op. cit.*, debe ser interpretado en el sentido de que una política general de despido que implique el despido de una mujer por la única causa de haber alcanzado o sobrepasado ésta la edad a la que tiene derecho a una pensión del Estado, edad que es diferente para hombres y mujeres en virtud de la legislación nacional, constituye una discriminación por razón de sexo prohibida por dicha Directiva.
2) El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207… *op. cit.*, puede ser invocado en contra de una autoridad estatal que actúe en calidad de empresario, para excluir la aplicación de cualquier disposición que no se ajuste al mencionado artículo 5, apartado 1.

[508] Vid. entre otros:
STJUE, *Gabrielle Defrenne…*asunto C-149/77, *op. cit.* Sexo y edad.

en Marschall) o porque se optó por interpretar los campos de forma inclusiva (a pesar de no realizar un análisis multidimensional del asunto).[509]

Por tanto, hemos podido observar dos movimientos dentro del Tribunal, tanto la aproximación desde la que se entiende que los campos son amplios y que una interpretación estricta dejaría múltiples personas fuera del ámbito de protección de la legislación comunitaria (especialmente en lo referente a la discriminación por razón de sexo interactuando con otros motivos); como la aproximación estricta que no contextualiza cada caso y por tanto si puede probarse que ha habido una discriminación por separado en cada campo se entenderá que no existe, como han hecho en Parris. Una no puede sino preguntarse qué decidiría el Tribunal si se le volviese a presentar el caso Marshall hoy en día; si, como alguna de las corrientes legislativas propone haría una distinción entre cualquier caso interseccional y "género+".[510]

Se plantea aún otro problema más de coherencia en el sentido de la aproximación interseccional, ya que a pesar de que la A.G. Kokott realizó ésta aproximación en el caso *Parris*, no ha sido coherente con este. De hecho, en un caso que se le planteó solamente un mes antes de emitir su opinión en Parris, el caso *Achbita,*[511]no utilizó dicha aproximación. La A.G. Kokott analiza el caso desde una perspectiva únicamente de discriminación por razón de religión o convicciones, cuando se trata claramente de un caso interseccional. La Sra. Achbita fue despedida de su trabajo por llevar el velo islámico, una símbolo religioso que solo llevan las mujeres. Es por tanto su condición de mujer musulmana la que pone a la Sra. Achbita en esa situación de mayor vulnerabilidad. Sin entrar en el debate del fondo de la cuestión, que

---

STJUE, *M. H. Marshall…, op. cit.* Sexo y edad.

[509] Vid., entre otros :

STJUE, *Pensionsversicherungsanstalt…, op. cit.,* Sexo y edad.

STJUE, *Isabel Elbal Moreno… op. cit.,* Sexo y edad

En el mismo sentido,STJUE, *Samira Achbita…, op. cit.;* STJUE, *Asma Bougnaoui…, op. cit.,* Sexo y religión.

[510] La aproximación "gender+" consiste en aceptar los casos de discriminación múltiple únicamente cuando uno de los campos es género. A este respecto, entre otros: COUTU, A., "Gender plus one: Broadening judicial interpretation of gender-based social group formulations", *Seventh Circuit Review*, vol. 9, nº 1, otoño de 2013, pp. 150-199.

[511] Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott, *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding Contra G4S Secure Solutions NV*, asunto C-157/15 de 31 de mayo de 2016, ECLI:EU:C:2016:382 La sentencia se ha analizado en este mismo capítulo al respecto de la discriminación religiosa. STJUE, *Samira Achbita…, op. cit.*

ya ha sido dirimida por el TJUE basta señalar que la aproximación al tema no ha sido fiel a la realidad; siendo además ésta aproximación de la que se ha servido la Abogada General Sharpston en el caso *Bougnaoui.*[512]

La confusión existente a muchos niveles sobre la aplicación del análisis interseccional o contextualizador a este respecto destaca, pues, en la tímida aunque loable aplicación de éste por parte de la A.G. Kokott y la negativa total del Tribunal a siquiera considerarlo. Esta aplicación que al no ser coherente puede juzgarse como arbitraria, y pone en peligro la seguridad jurídica, parece allanar el camino hacía una suerte de lotería judicial en el que el resultado bien podría variar desde la contextualización hasta la invisibilidad.[513]

La confusión jurídica que rodea este tema es difícilmente solucionable de otra forma que no sea la adopción de legislación a nivel europeo que confirme que estos casos quedan dentro del espectro del derecho de la Unión en pos de la seguridad jurídica que escasea en este aspecto. En el Capítulo que sigue se analizarán las formas de sortear los obstáculos y lograr la efectiva protección de las víctimas de la discriminación múltiple e interseccional de forma efectiva.

[512] Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston, *Asma Bougnaoui y Association de Défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA*, asunto C-188/15 de 13 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:553. La sentencia se ha analizado en este mismo capítulo al respecto de la discriminación religiosa. STJUE, *Asma Bougnaoui…, op. cit.*

[513] Vid. entre otros,
STJUE, *Johann Odar…, op. cit.* Edad y discapacidad
STJUE, *Z. y A.…, op. cit.* Sexo y posible discapacidad
STJUE, *Geoffrey Léger…, op. cit.* Sexo y orientación sexual

CAPITULO IV

SUPERANDO LAS LIMITACIONES DEL DERECHO EUROPEO EN RELACIÓN A LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE E INTERSECCIONAL

1. INTRODUCCIÓN

En el primer capítulo se han aclarado los términos y definiciones de los conceptos de igualdad y no-discriminación, ambos elementos centrales de la legislación antidiscriminatoria de la UE. En el segundo capítulo hemos analizado los instrumentos normativos sobre discriminación que mayor influencia han tenido, y tienen, sobre el Derecho discriminatorio de la UE; al igual que la evolución del desarrollo de las disposiciones antidiscriminatorias en el Derecho de la Unión, ya sea en los Tratados, como en la legislación secundaria o mediante la interpretación del TJUE.

En el tercer capítulo nos hemos centrado en analizar el corpus del Derecho discriminatorio actual, a saber, las Directivas 2000, las Directivas de género y su efectiva aplicación mediante la jurisprudencia. De la misma forma, se ha analizado la jurisprudencia del TJUE al respecto de la discriminación múltiple, centrando en análisis en la sentencia *Parris*, siendo éste el único pronunciamiento en el que el Tribunal se ha pronunciado expresamente sobre el alcance de la legislación discriminatoria en relación a la discriminación múltiple.[514] En base a este análisis se ha puesto de manifiesto el alcance de la legislación antidiscriminatoria actual, que ha demostrado poder hacer frente a dos de los subtipos de discriminación múltiple; a saber, la discriminación aditiva y la cumulativa.[515] En definitiva, queda demostrado que la discriminación interseccional es el único tipo de discriminación múltiple que no queda cubierta por el Derecho discriminatorio europeo actual. Nos centraremos en este Capítulo, por tanto, en tratar de delinear qué retos presenta y cómo debe formularse una iniciativa efectiva y completa a este respecto. Argumentaremos que ésta debe de partir de la UE, que debe

[514] STJUE, *David L. Parris… op. cit.*

[515] *Ibid.* A este respecto, el TJUE estableció en *Parris* que los campos deben de probarse de forma individual, y estos dos subtipos de discriminación múltiple, tal y como explicábamos en el Capítulo I permiten dicho análisis. No así la discriminación interseccional, mostrándose la problemática, y por tanto en la que se centrará el presente Capítulo.

tener carácter legislativo, y que debería incluir ciertos aspectos que la doctrina ha señalado como clave para el futuro de la legislación antidiscriminatoria.

Hemos podido observar en los capítulos que preceden a éste, que la forma de legislar sobre discriminación (no sólo en la UE, pero especialmente en el seno de ésta) se ha basado en seguir el sistema "single axis". El problema de esta aproximación al Derecho discriminatorio reside en la sobresimplificación de la identidad, debiendo elegir los individuos entre características de su identidad de forma simplista y utilitarista (además de no permitir la autodeterminación plural como persona), para lograr la mayor protección posible. La asimetría existente en la protección que se brinda a los distintos campos en la legislación de la UE es cuanto menos preocupante, siendo además una situación que se extiende a los Estados miembros y cuyo planteamiento ignora la realidad de que las personas tienen múltiples identidades que interseccionan contribuyendo con ello a la experiencia de desventaja social y marginalización.[516]

Comenzar a legislar en materia antidiscriminatoria con los campos menos polémicos y de forma progresiva servía, en su momento, a un fin primario: proteger a las víctimas, aunque solo fuera a algunas víctimas. La necesidad de "vender" el discurso de igualdad y no discriminación a los legisladores implicó a su vez la necesidad de simplificar el mensaje para, al menos, empezar por el (o los) campo(s) que mayor apoyo tenían. Si bien los campos de discriminación protegidos por la legislación se han ido modificando de acuerdo a la composición y necesidades de la sociedad, es cierto que difícilmente puede defenderse que la necesidad de proteger a las víctimas en esos campos haya surgido de forma posterior (sino que más bien ha seguido respondiendo a esa necesidad de "vender" el discurso de la igualdad que mencionábamos).

Si bien este planteamiento simplista ha respondido a razones de pragmatismo político, ha resultado a todas luces insuficiente e ineficaz. No solo los campos protegidos están regulados en el Derecho Europeo de forma que ofrecen una protección asimétrica que se ha llamado "jerárquica" (incluso en algún lapsus linguae por parte de

[516] CRENSHAW, K., "Dermarginalising the intersection of race and sex; a black feminist critique of Antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics" en McCRUDDEN, C., (ed.), *Anti-discrimination Law*, Ashgate, 2004, pp. 479-480.

las instituciones europeas)[517]; sino que sigue dejando a un gran número de potenciales víctimas de discriminación, invisibles y desprotegidas.

Afirma BAER que la división en motivos de discriminación en el plano legislativo es una buena respuesta para hacer frente a determinados retos, pero no puede constituir una solución a largo plazo. Solo con la unión, mediante la construcción de sinergias será posible presentar una solución largo-placista.[518] Tal y como afirma MEENAN, puede que haya existido una razón coherente para que uno o dos motivos de discriminación hayan sido los primeros en lograr la protección del Derecho de la Unión en el acceso a bienes o servicios (por ejemplo), pero es injustificable que permanezcan "los primeros entre los iguales" para siempre.[519]

Podría argumentarse, por otro lado, que la protección existente es una protección de mínimos (debido a su origen en Directivas) y que los Estados miembros pueden ampliar como estimen adecuado, pero es innegable, que estos mínimos son a todas vistas insuficientes para una Unión que se jacta de justa y garante de derechos.

La cuestión interseccional logra en este contexto una relevancia esencial, ya que se trata de una cuestión sobre desprotección. Basta con echar un vistazo a la cosmopolita y plural composición de la ciudadanía de la Unión para darse cuenta de que éstas características protegidas se dan simultáneamente en una misma persona de forma habitual. No se ha de olvidar que la propia naturaleza del concepto de "identidad" es plural; y todos tenemos un género, una orientación sexual, edad, entramos en patrones de habilidad y pertenecemos a una o más etnias, religión o falta de ésta. El que la discriminación se dé en relación a más de una característica (reconocida o no por el

[517] A este respecto (entre otras), PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament resolution on non-discrimination and equal opportunities for all - a framework strategy (2005/2191(INI)), 14 de junio de 2006, p. 3.
PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament resolution of 9 June 2015 on the EU Strategy for equality between women and men post 2015 (2014/2152(INI)), 9 de junio de 2015, p. 14.
PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament resolution on progress made in equal opportunities and non-discrimination in the EU (the transposition of Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC) (2007/2202(INI)), 20 de mayo de 2008, p. 6.

[518] BAER, S., "Key note speech", *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination legal seminar*, 25 de noviembre de 2016, Bruselas, http://www.equalitylaw.eu/seminars/90-2016-seminar (último acceso 13/03/2017)

[519] MEENAN, H., "Conclusions" en *Equality Law in an enlarged European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 355.

Derecho de la Unión- recordemos que "clase" no se haya reconocido en el artículo 19 del TFUE) es un hecho habitual.

Esto, como indica FREDMAN, tiene un doble efecto: por una parte es denigrante del valor real e intrínseco del individuo de la identidad y valores de su grupo,. y por otra, crea poderosas presiones conformistas.[520]

El objetivo de este Capítulo radica, por tanto, en presentar una propuesta efectiva que contenga disposiciones en relación a la discriminación múltiple e interseccional.

En primer lugar, defenderemos que regular la discriminación interseccional debe partir de una acción a nivel de la Unión, ya que la propia práctica lo justifica y el estado de la legislación en los Estados miembros lo requiere. Para ello, se analizará el muy ilustrativo ejemplo del proceso de redacción de la propuesta de Directiva "Women on boards";[521] así como la situación de la legislación al respecto de la discriminación múltiple e interseccional en los Estados miembros; ya que se ha argumentado por parte de las instituciones europeas que las Directivas de igualdad no prohíben de forma alguna la inclusión de cláusulas que prohíban la discriminación múltiple, y ha animado a los Estados miembros a legislar individualmente a este respecto. Sin embargo, este planteamiento ignora que en la mayor parte de países las "Directivas de mínimos" se han convertido en "Directivas de máximos" y pocos Estados se han aventurado a legislar sobre interseccionalidad (y los que lo hacen abordan de forma muy somera).

A continuación, se argumenta que no cualquier propuesta de la UE sería válida para hacer frente a este reto, sino que debe de ser una propuesta de naturaleza legislativa, específicamente una Directiva, el instrumento adecuado para la consecución efectiva de los objetivos. Asimismo, se analiza la llamada propuesta de Directiva horizontal,[522] única propuesta en la que se ha llegado a hacer referencia a la discriminación múltiple, para argumentar por qué no sería positivo incluir las medidas sobre discriminación múltiple aquí, sino que sería más efectivo, y serviría a más fines, realizar una nueva propuesta.

[520] FREDMAN, S., "Equality…", *op. cit.*, p. 154.
[521] Propuesta de Directiva del Consejo… COM(2012) 614 final, 14 de noviembre de 2012. *op. cit.*
[522] Propuesta de Directiva del Consejo …COM(2008) 426 final, 2 de julio de 2008, *op. cit.*

Concluiremos el capítulo, y con ello el estudio, analizando los puntos más problemáticos que la discriminación múltiple e interseccional plantea y pone de manifiesto. Se realizará un análisis crítico de la problemática, así como las respuestas que la doctrina y diferentes organizaciones han planteado. Asimismo, se planteará la propuesta de una nueva Directiva integral e integradora, que englobe todos los campos en los que se ha legislado y que dé solución a los mayores retos que la discriminación interseccional plantea. Para ello, se propondrán las líneas que dicha nueva propuesta debería incluir lograr una Europa más inclusiva.

2. LA EXIGENCIA DEL CARÁCTER EUROPEO DE LA INICIATIVA PARA DAR RESPUESTA A LA INTERSECCIONALIDAD

La Unión Europea no solo ha sido necesaria, sino tremendamente efectiva impulsando la idea de igualdad y no discriminación. La cooperación y conversaciones transnacionales que se han provocado a raíz del impulso de la creación del derecho antidiscriminación europeo ha sido tremendo, a pesar de haber desencadenado debates en torno a la no-intrusión y problemas de competencia.[523]

En este apartado se defenderá la necesidad de que la iniciativa que trate la discriminación múltiple e interseccional deba ser una iniciativa legislativa que parta de la UE. Como se ha explicado en el Capítulo III, las Directivas 2000, así como todas las Directivas que se han aprobado sobre igualdad y no discriminación; son directivas de mínimos. Es decir, que la Unión establece unas pautas mínimas y los Estados miembros deben adaptar el contenido de éstas Directivas como mejor se adapte a la situación concreta de cada uno de ellos. Ello permite una flexibilidad esencial para que las medidas se adapten a cada organigrama nacional y situación socio-jurídica de la forma más adecuada y efectiva. Sin embargo, también es cierto que al exigir unos mínimos son pocos los Estados miembros que van más allá de implantar lo esencial requerido,[524] por no hablar de que dejar al libre arbitrio de los Estados miembros determinados aspectos, resulta en un caos legislativo.

[523] BAER, S., Key note speech…, *op. cit.*

[524] Vid. En este sentido la problemática que se ha señalado en el Capítulo III sobre la implantación de las Directivas 2000 en los Estados miembros.

Para sustentar la afirmación de que la Unión debe ser la que legisle a este respectos, se ofrece, por una parte el muy ilustrativo ejemplo del proceso normativo de la iniciativa para aumentar la paridad en los consejos de administración de las grandes empresas (Women on boards), a la vez que se analizará la situación de regulación actual en materia de discriminación múltiple e interseccional en los Estados miembros.

A. Rompiendo el techo de cristal: un arduo camino

La UE ha perfilado la discriminación de género como una de sus señas de identidad, siendo el escaso número de mujeres presentes en puestos de toma de decisiones, bien sea políticos como económicos, una de sus principales preocupaciones durante décadas.[525]

Sin embargo, no fue hasta 2010 cuando la Comisión establecería claramente la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones como tema prioritario en la "Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres". En esta se señalaba que:

> En la economía, la presencia femenina es inferior a la masculina a todos los niveles de gestión y toma de decisiones. En el Consejo de Administración de las principales empresas con cotización en bolsa de la UE, las mujeres ocupan uno de cada diez asientos, y solo lo presiden en un 3 %. Las investigaciones muestran que la diversidad es rentable, y que hay una correlación directa entre la presencia de mujeres en posiciones directivas y el rendimiento de las empresas.[526]

En un intento de no sobreregular y permitir que las empresas y los Estados miembros impusiesen las medidas que considerasen adecuadas, la Comisión no presentó una propuesta de *lege ferenda*, aunque sí se impulsaron numerosas iniciativas que trataban de impulsar la autorregulación por parte de las empresas. Por ejemplo, en el

[525] Dos Recomendaciones del Consejo (de 1984 y 1996) instaban a que el sector privado aumentase la presencia de mujeres en todos los niveles de la toma de decisiones, en particular mediante programas de acción positiva, y a que la Comisión adoptase medidas para alcanzar un equilibrio de la participación de género en ese ámbito:
Recomendación (CEE) 84/635 del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer publicado en el Diario Oficial L 331 de 19 de diciembre de 1984, pp. 34-35.
Recomendación (CE) 96/69 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión, publicada en el Diario Oficial L 319 de 10 de diciembre de 1996, pp. 11-15..

[526] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres, COM(2010) 491 final, 21 de septiembre de 2010.

año 2011 la Comisión pidió, mediante la iniciativa titulada "Compromiso relativo a la presencia de mujeres en los consejos de administración de las empresas europeas"[527] a las empresas que cotizaban en bolsa, realizar un aumento paulatino de la presencia de las mujeres en los consejos de administración hasta lograr un 30% para 2015 y un 40% para 2020 (en línea con los compromisos Europa 2020). Algunas empresas adoptaron compromisos, y hubo Estados miembros que impulsaron programas estatales. No obstante, estos programas eran de muy diversa naturaleza y se aplicaban en muy diferentes ámbitos de un Estado miembro a otro.

Al cabo de un año se realizó una evaluación de los resultados logrados con este tipo de medidas que se recogió en el informe "Women in economic decisión-making in the EU: Progress report".[528] Los resultados que el informe arrojó indicaban que el avance logrado había sido ínfimo (un incremento medio anual en los últimos años de tan solo el 0,6 % lo que implicaría que se tardarían varios decenios en lograr el objetivo) y muy desigual de un Estado miembro a otro. Las iniciativas estatales que impulsaban la autorregulación de las empresas eran aquellas que menos éxito habían tenido, al contrario que en los Estados miembros en los que se habían adoptado medidas vinculantes, que era donde se registraron avances más significativos.

La diferencia de enfoques utilizados (medidas legislativas o autorregulación), el tipo de empresa que se vio supeditada al cumplimiento (empresas públicas o privadas, grandes empresas, empresas cotizadas etc.), la forma de controlar el cumplimiento (la obligatoriedad de entregar memorias por ejemplo), o la existencia de sanciones en caso de no lograr cierta paridad, entre otros, variaba de sobremanera de un estado miembro a otro.

[527] EUROPE PRESS RELEASE, Justice Commissioner Viviane Reding meets European business leaders to push for more women in boardrooms, IP /11/242, 1 de marzo de 2011, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-242_en.htm (último acceso 10/03/2015)
En este sentido, también el PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, sobre las mujeres y la dirección de las empresas (2010/2115(INI)), 6 de julio de 2011.
[528] COMISIÓN EUROPEA, Women in economic decision-making in the EU: Progress report- a Europe 2020 initiative, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012.

Ante estos resultados, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que realizase una propuesta de *lege ferenda* antes de 2012 que incluyese cuotas; petición que reiteró en la Resolución de 13 de marzo de 2012.[529]

Se impulsó entonces una consulta pública de medidas y evaluaciones de impacto que desembocarían en la Comunicación de la Comisión titulada "El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador"[530] y en la propuesta de Directiva destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines,[531] basados en la necesidad de legislar a este respecto, siguiendo la estela de los casos nacionales que habían demostrado ser más efectivos.[532]

Lo ocurrido con el objetivo de lograr cierta paridad de sexos en los consejos de administración de grandes empresas ilustra la problemática de dejar ciertos temas prioritarios sobre igualdad y no discriminación al libre albedrío de los Estados miembros. El resultado de tratar de incentivar la autorregulación en este aspecto es en muchos casos el desinterés y en el mejor de los casos (en el que se tomen medidas) resultan en una divergencia o discrepancia total en la regulación de un Estado miembro a otro, lo que resulta intolerable en relación a un objetivo de la UE como es la igualdad. La disímil evolución de las legislaciones nacionales a este respecto solo puede conducir a una fragmentación de los marcos legislativos nacionales en la UE y a obligaciones jurídicas incoherentes, que se traducen en confusión e indefensión para los ciudadanos que ven como ante una libertad de movimiento de trabajadores no obtendrán los mismos derechos de un Estado miembro a otro.

Queda demostrado, por tanto, que la experiencia prueba que el impulso de la UE a este respecto es la forma más adecuada de lograr resultados. En lo que a

[529] PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea – 2011 (2011/2244(INI)), 13 de marzo de 2012.
[530] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las Regiones El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM(2012) 615 final, 14 de noviembre de 2012.
[531] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo…COM(2012) 614 final,14 de noviembre de 2012, *op. cit.*
[532] *Ibid*, p. 2.

discriminación múltiple e interseccional se refiere la Comisión ha incentivado también la autorregulación absteniéndose de legislar al respecto, cuyos resultados analizaremos en el siguiente apartado.

B. La situación en los Estados miembros

Como ya hemos mencionado, aunque las Directivas 2000, así como todas las Directivas que se han aprobado sobre igualdad y no discriminación, son directivas de mínimos, pocos Estados miembros han ido más allá y aprovechado la ocasión para constituir un robusto paquete legislativo en materia antidiscriminatoria.

En el caso de la discriminación múltiple, los datos señalan que muy pocos Estados miembros cuentan con disposiciones legales que protejan a sus ciudadanos de la ésta, por no hablar de la discriminación interseccional. Es más, aquellos Estados miembros que poseen medidas aplican dichos artículos muy pocas veces y de forma bastante confusa y errante. En 2016 únicamente Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Grecia, Italia, Rumania y el Reino Unido entre los 28 Estados miembros de la UE contenían menciones explícitas a la discriminación múltiple o interseccional en su legislación antidiscriminatoria.[533]

En Alemania, la legislación establece que en caso de que la discriminación ocurra basada en más de un campo protegido, la discriminación relacionada con cada campo deberá probarse por separado, lo que inhabilita en un principio la posibilidad de que casos de discriminación interseccional estén protegidos bajo los auspicios de dicha ley.[534] El artículo 27.5 de la *General Act on Equal Treatment* establece asimismo que en casos de discriminación múltiple la *Antidiskriminierungs-stelle des Bundes*, el Gobierno federal y el *Bundestag* deberán de cooperar. A pesar de que ha habido casos de

[533] La autora ha utilizado para la elaboración de esta sección la información contenida en los "Country report" publicados en el año 2016 de la *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*, disponibles en http://www.equalitylaw.eu/ (último acceso 30/03/2017). Asimismo, se ha obtenido información de FREDMAN, S., *Intersectional discrimination…*, *op. cit.*, pp. 51-65; y CHOPIN, I., GERMAINE, C., *A Comparative analysis of non-discrimination law in Europe* 2015, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, pp. 39-40. La autora agradece el trabajo de estos expertos que se ha tomado como base informativa para este apartado (y por tanto los nombres de las leyes que se citan están reproducidos como se citan en estos informes).

[534] ALEMANIA, Section 4 of the *General Act on Equal Treatment* (AGG), de 18 de agosto de 2006.

discriminación múltiple, éstos han sido tratados como uni-motivo[535] con lo que no es posible determinar el efecto práctico sobre el monto de los daños que puede tener reconocer la discriminación múltiple por parte de los Tribunales.

En Austria, la discriminación múltiple no está expresamente prohibida por la ley. Sin embargo, tanto la *Federal-Equal Treatment Act* (§ 19a) y *Equal Treatment Act* (§§ 12/13, 26/13, y 51/10) establecen que a la hora de establecer la cuantía de los daños inmateriales se tendrá en cuenta el factor de discriminación múltiple en modo de agravante. SCHINDLAUER añade que en su opinión este tipo de discriminación se prohíbe aplicando el principio *argumentum a minoriad maius*; en el sentido de que el legislador no consideró que se requiriese una ley expresa para los casos de discriminación múltiple dentro de los campos previamente protegidos por la legislación austriaca. En cualquier caso, dicha regulación no cubre la discriminación interseccional.[536]

En Bulgaria, la ley de protección contra la discriminación de 2003 cubre los casos de discriminación "basada en más de un campo protegido"[537] y se solicita que las víctimas sean destinatarios de medidas de acción positiva.[538] Además, el panel del organismo de igualdad nacional, que tiene poderes semi-judiciales, deberá estar compuesto de 5 miembros en vez de 3 para casos de discriminación múltiple.[539] A pesar de que ha habido numerosos casos no ha habido aún decisión alguna que discuta la

[535] MAHLMANN, M., *Country Report Non-discrimination Germany 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 39. Menciona el experto los siguientes ejemplos: ALEMANIA, Cologne Labour Court (Arbeitsgericht Köln, AG Köln), 06.03.2008, 19 Ca 7222/07; ALEMANIA, Düsseldorf Administrative Court (Verwaltungsgericht Düsseldorf, VG Düsseldorf), 05.06.2007, 2 K 26225/06. ALEMANIA, Frankfurt Administrative Court (Verwaltungsgericht Frankfurt, VG Frankfurt), 09.12.2009, 9 L 3454/09.ALEMANIA, Hamm Land Labour Court (Landesarbeitsgericht Hamm, LAG Hamm), 04.02.2014, 7 Sa 1026/13.

[536] SCHINDLAUER, D., *Country Report Non-discrimination Austria 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 35

§ 19a AUSTRIA, *Federal Equal Treatment Act* (B-GBG), de 23 de junio de 2004; y §§ 12/13, 26/13, y 51/10 AUSTRIA, *Equal Treatment Act* (GlBG) de 23 de junio de 2004, establecen: "In a case of multiple discrimination this fact has to be considered when assessing the amount of the immaterial damages."
§ 9 (4) AUSTRIA, *Federal Disability Equality Act* (BGStG) de 10 de agosto de 2005; y §7o AUSTRIA, *Act on the Employment of People with Disabilities* (BEinstG) de 10 de agosto de 2015: "In assessing the amount of the immaterial damages, the duration of the discrimination, the gravity of guiltiness, the relevancy of the adverse effect and multiple discrimination have to be taken into account."

[537] BULGARIA*: Protection Against Discrimination Act (PADA)* de16 de septiembre de 2003, Disposición adicional § 1.11.

[538] *Ibid.* Artículos 11(1) y 11(2).

[539] *Ibid*. Artículo 48(3).

discriminación múltiple, por lo que el alcance *de facto* de estas disposiciones legales es aún desconocido.

En Croacia, la ley no solo prohíbe, sino que además define el concepto de discriminación múltiple y lo considera una forma agravada de discriminación, junto con discriminación repetida, discriminación continuada o discriminación cuyas consecuencias son particularmente dañosas para la víctima. Por ello, la discriminación múltiple se considera como agravante a la hora de establecer el daño causado.[540]

En Grecia, la discriminación múltiple está considerada en la ley desde 2011. Sin embargo, solo se ofrece protección en relación al acceso al empleo.[541]

En el caso de Italia, la discriminación múltiple se incluye en la ley solo como "discriminación dual" adoptando la aproximación "gender+". Los decretos nº 215 y nº 216 de 2003, encargados de trasponer el contenido de las Directivas 2000 al derecho nacional, hacen referencia a la discriminación doble cuando uno de los campos es género.[542] La discriminación doble también se menciona a la hora de explicar los poderes del organismo de igualdad. Por otra parte, en 2013 se aprobó el "Programa de acción para la integración de personas con discapacidad", que establecía la discriminación múltiple como uno de los ítems a tener en cuenta en la recogida de datos de igualdad.[543]

En Rumanía, la *Ordenanza (GO) 137/2000* del 31 de agosto de 2000, tal y como se modificó por última vez el 25 de junio de 2013 establece que la discriminación

[540] CROACIA, *Anti-discrimination Act* (ADA), del 9 de julio de 2008. KUŠAN, L., *Country Report Non-discrimination Croatia 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, pp. 31-32.
[541] Artículo 2 (1) de GRECIA, *Law 3996/2011 on the reform of the Labour Inspectorate Body, social security issues and others* (OJ 170 A/13.08.2011) de 13 de agosto de 2011 'The labour inspectorate supervises the implementation of the principle of equal treatment irrespective of racial or ethnic origin, religion or other beliefs, disability, age or sexual orientation, taking into consideration instances of multiple discrimination in accordance with Article 19 of Act 3304/2005' GRECIA*: Law 3304 /2005 on the application of the principle of equal treatment irrespective of racial or ethnic origin, religious or other beliefs, disability, age or sexual orientation* (O.J. 16/27.01.2005) de 16 de enero de 2005.
[542] ITALIA, *Legislative Decree 215/2003 implementing Directive 2000/43/EC on equality of treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*, de 9 de julio de 2003; y ITALIA, *Legislative Decree 216/2003 on the implementation of Directive 2000/78/EC for equal treatment in employment and occupation*, de 9 de julio de 2003.
[543] ITALIA, *Biannual programme of action for the integration of people with disabilities* (Adozione del programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilita), de 4 octubre de 2013.

múltiple se tendrá en cuenta como una circunstancia agravante en casos de ofensa menor. El artículo 2 (6) define la discriminación múltiple como aquella basada en dos o más campos. No se realiza, sin embargo, ninguna mención expresa a la discriminación interseccional.[544] IORDACHE critica la falta de datos sobre los casos ya que no existe acceso público a las bases de datos de los Tribunales.[545] De 2003 a 2011 se ha aplicado en 55 casos. Sin embargo, la experta rumana de la *European Network of legal experts in gender equality and non discrimination* indica que la aplicación no es congruente ni se realiza en todos los casos. Tanto IORDACHE como IONESCU señalan en sus informes casos cuya naturaleza era interseccional que sin embargo han sido tratados como casos únicamente de género.[546]

En el Reino Unido, la situación no está del todo clara. La *Equality Act* de 2010 contenía una disposición (artículo 14) mediante la cual se preveían casos de "discriminación dual". Sin embargo, dicha disposición no llego a ser aplicable aunque ello no ha evitado que la discriminación múltiple se tenga en cuenta en determinados casos. Un caso sumamente interesante en este sentido es *Ministry of Defence v Debique.*[547]

En el mencionado caso, la demandante, que servía en el ejército británico, denunció discriminación indirecta de sexo y "raza" debido a que le impusieron medidas disciplinarias debido a que en calidad de madre soltera de San Vicente y las Granadinas no le era posible estar disponible las 24 horas del día, los 7 días de la semana. Otras personas en esa situación contaban con la ayuda de un familiar al que se le permitía ir a vivir a la base militar con ellos para poder colaborar en las tareas de cuidado. Sin embargo, Debique descubrió que a pesar de que una hermana suya quiso prestarle dicha ayuda, se le denegó el permiso debido a las normas de inmigración. El *Employment Appeal Tribunal* confirmó la decisión del *Employment Tribunal* de que Debique había

[544] RUMANÍA, *Ordinance (GO) 137/2000 regarding the prevention and the punishment of all forms of discrimination* (GO 137/2000) de 31 de agosto de 2000.
[545] IORDACHE, R., *Country Report Non-discrimination Romania 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 40.
[546] IORDACHE, R., *Country Report Non-discrimination Romania 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 41, y IONESCU, I. *Country Report Gender Equality Romania* 2016, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 11.
[547] REINO UNIDO, *Ministry of Defence –v- Debique* [2009] UKEAT 0048/09

sido puesta en una situación de desventaja por la combinación de los motivos en los que basó su reclamación.

En este sentido, el *Employment Appeal Tribunal* afirmó que:

> En general la naturaleza de la discriminación es tal que no siempre puede ser razonablemente compartimentada en discretas categorías. Mientras que algunos denunciantes interponen demandas basados en solo uno u otro de los motivos prohibidos, los intentos de ver otros casos como demandas que presentan un solo campo para la consideración (*del tribunal)* resultarán en una falta de comprensión y valoración de la desventaja verdadera del demandante. La discriminación es a menudo una experiencia multifacética. En este caso, la demandante considera que la desventaja particular a la que estaba sujeta se originó porque ella era una mujer soldado en régimen 24/7 con un niño, y porque ella era una mujer de origen nacional sanvicentino, a quien no se le permitió que un pariente sanvicentino ayudase asistiendo en el cuidado del niño. El Tribunal reconoció que esta doble desventaja, refleja la realidad objetiva de su situación.[548]

A pesar de la importancia de reconocer la realidad de la discriminación múltiple e interseccional, no queda claro si este hecho se tomó en cuenta como agravante y aumentó por ello el monto de los daños.[549]

Como puede observarse, son muy pocos los países que contienen algún tipo de norma sobre discriminación múltiple, pero aún menos sobre la discriminación interseccional. De los 28 Estados miembros 7 poseen normativas que explícitamente toman en cuenta la discriminación múltiple; y de éstos ninguno hace mención explícita a la discriminación interseccional.

Hay algunos países que a pesar de que la discriminación múltiple no este expresamente prohibida en la ley *per se;* bien hay leyes o medias de *soft law*

[548]"In general the nature of discrimination is such that it cannot always be sensibly compartmentalised into discrete categories. Whilst some complainants will raise issues relating to only one or other of the prohibited grounds, attempts to view others as raising only one form of discrimination for consideration will result in an inadequate understanding and assessment of the complainant's true disadvantage. Discrimination is often a multi-faceted experience. The Claimant in this case considered that the particular disadvantage to which she was subject arose both because she was a 24/7 female soldier with a child and because she was a woman of Vincentian national origin, for whom childcare assistance from a live-in Vincentian relative was not permitted. The Tribunal recognised that this, double disadvantage, reflected the factual reality of her situation." Cursiva añadida por la autora. REINO UNIDO, Ministry of Defence –v- Debique… *op. cit.*

[549] VICKERS, L., *Country Report Non-discrimination United Kingdom 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 35.

suplementarias que toman en cuenta la discriminación múltiple o se considera de facto incluida en la ley a pesar de que no haya una prohibición expresa en la ley. En este sentido en Francia, Malta, los Países Bajos, Polonia, Portugal, el Reino Unido, Suecia o Noruega ha habido casos (como *Debique* en el Reino Unido) en los que a pesar de no contar con normativas explícitas se han enjuiciado casos de discriminación múltiple.[550]

La falta de normas expresas contribuye al desconocimiento de todos los actores implicados (desde víctimas hasta legisladores, policía etc.) en un ámbito confuso como es el de la discriminación múltiple; cuyas víctimas más castigadas siguen siendo las víctimas de discriminación interseccional, que continúan relegadas a una situación de desprotección cuasi absoluta.

Por otra parte, es interesante que puede observarse cierta tendencia a que aquellos Estados miembros que han tenido que implantar el *adquis communitaire* en la última década, así como aquellos Estados que están alineando su legislación con aquella de la Unión en las materias que engloba el adquis (Estados candidatos), a ir más allá de los mínimos requeridos en contraste con el resto de Estados miembros. Considero que una razón probable para ello sea que cuando estos "nuevos" Estados miembros se incorporaron a la Unión ya habían pasado unos años desde la adopción de las Directivas del Corpus, e incluso se había presentado asimismo la propuesta de Directiva horizontal. Al estar obligados a realizar cambios en el ordenamiento jurídico nacional es más que posible que por razones de pragmatismo se aprobaran leyes más ambiciosas que el mínimo requerido para adelantarse a los requerimientos de la UE y evitar legislar de forma continuada en este aspecto.

Entre los países candidatos, FYR Macedonia, Montenegro, Serbia y Turquía (solo en base a discapacidad) contienen menciones expresas a la discriminación múltiple en la ley. En este sentido, en Macedonia y Montenegro la discriminación múltiple constituye una forma agravada de discriminación; y en Serbia, tanto la discriminación múltiple como la interseccional se consideran formas agravadas de discriminación.[551]

[550] FREDMAN, S., *Intersectional discrimination…, op. cit*., p. 53.

[551] KOTEVSKA, B., *Country Report Non-discrimination Macedonia 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 38; KOPRIVICA, N., *Country Report Non-discrimination Montenegro 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, p. 27 y KRSTIĆ, I.,

En el informe *Multiple Discrimination in EU Law Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination*, señalan BURRI y SCHIEK, que una abrumadora mayoría de los propios expertos nacionales de la Red de expertos en igualdad de género de la Unión Europea abogaban por una iniciativa legislativa de la Unión. En este sentido, señalaban que sólo una propuesta de la UE puede incentivar a sus propios Estados a legislar en este sentido.[552]

3. LA NECESIDAD DE UNA DIRECTIVA

Una vez probada la necesidad de acción de carácter Europeo, es el momento de establecer qué tipo de herramienta jurídica sería la adecuada en este caso, y posteriormente especificar los aspectos que ésta debería tener en cuenta. Para empezar, es necesario resaltar la justificación subyacente detrás de las veces anteriores que se ha legislado en materia antidiscriminatoria a nivel europeo. La primera vez que se legisló en materia antidiscriminatoria, mediante el artículo 119 del Tratado CEE, no había uniformidad ni consenso en la legislación nacional de los Estados miembros y, sin embargo, se decidió que la forma de alcanzar ciertos mínimos de protección sería precisamente legislando a nivel europeo. De esta forma que aquellos Estados que habían decidido dar pasos en esta materia no serían injustamente "castigados" por ello. Recordemos, como hemos explicado en el Capítulo II, que el objetivo primario del despegue de la legislación antidiscriminatoria europea trataba de no ofrecer una ventaja injusta a aquellos Estados que aún no habían comenzado a legislar en este sentido a nivel nacional evitando que éstos pudiesen emplear a féminas como mano de obra barata. La primera vez que se legisló en materia de igualdad, por tanto, no había uniformidad ni consenso en los Estados miembros.

Por una parte, es necesario señalar que la propia Comisión ha apuntado a que aunque "algunos Estados miembros puedan ir más allá de las Directivas actuales y prever el mismo nivel de protección para todas las formas de discriminación, es

Country Report Non-discrimination Serbia 2016, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016, pp. 33-34.

[552] BURRI, S., SCHIEK, D., *Multiple Discrimination in EU Law Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 21.

necesario garantizar una cierta coherencia en toda Europa en este ámbito. Sólo una Directiva europea puede ofrecer este marco coherente".[553]

Partiendo de esta premisa, argumentaré que solo una propuesta a nivel europeo puede garantizar la coherencia y armonización necesaria en este aspecto, ya que la protección de las minorías más excluidas debe de ser un objetivo primario de la Unión y no uno supeditado a los intereses de los políticos nacionales; y que esa propuesta, ha de ser precisamente realizada en forma de Directiva. En este sentido, BURRI y SCHIEK señalaron que las contradicciones inherentes al Derecho antidiscriminatorio de la UE corren el peligro de sufrir en el rechazo de las diferentes culturas legales, y que por ello tanto la legislación, como la supervisión e implementación de proyectos en este sentido, serán más exitosas cuando no se trasladen completamente modelos y se permita una aproximación flexible.[554] Una Directiva es en este sentido el instrumento adecuado para ello.

Asimismo, señalan las conclusiones del proyecto GendeRace que la forma más efectiva de afrontar la problemática que supone reconocer en derecho la discriminación múltiple e interseccional sería en forma de Directiva de la UE, armonizando la protección de todos los campos, conteniendo definiciones explícitas e incluyendo la posibilidad de que la discriminación se dé en varios campos a la vez o mediante la confluencia de éstos.[555]

Otra argumento a favor de una Directiva europea que contenga normas sobre discriminación múltiple e interseccional es que, como se ha mencionado anteriormente, las Directivas del corpus han constituido muchas veces un impulso necesario para el desarrollo de determinados conceptos o la inclusión de algunos campos de discriminación a nivel estatal. Esto se manifestó, por ejemplo, cuando la Directiva 2000/78 decidió incluir entre los motivos de especial protección la edad o con la evolución jurisprudencial de algunos conceptos como la discriminación por asociación.

---

[553] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones- Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008 COM(2007) 640 final, 23 de octubre de 2007, p. 30.

[554] BURRI, S., SCHIEK, D., *Multiple Discrimination…, op. cit.,* p. 6.

[555] CARLES, I., JUBANY-BAUCELLS, O. (eds.), *GendeRace The use of racial antidiscrimination laws Gender and citizenship in a multicultural context Final Report*, junio de 2010, p. 270.

La Unión Europea necesita, los ciudadanos europeos necesitan, tener una legislación armonizada que proteja a sus ciudadanos de la discriminación. Ésta debe de partir necesariamente desde una aproximación holística, asegurando que no haya casos de discriminación que queden fuera de la ley. La cuestión que se trata de dirimir en este apartado, por tanto, es si esa Directiva debe de ser una nueva iniciativa o si es posible que alguna de las Directivas que están en proceso de adopción se modifiquen para incluir medidas al respecto.

A. La Directiva horizontal: ¿Oportunidad perdida?

Existen en este momento tres propuestas de Directivas que están siendo debatidas en las instituciones europeas en lo que a discriminación se refiere. Estas Directivas pendientes cubren todos los campos que estaban protegidos en el cuerpo de Derecho discriminatorio analizado en el Capítulo III (menos "raza" u origen étnico); concretamente dos de género, otra sobre accesibilidad (que podría englobar tanto discapacidad como edad), y otra sobre orientación sexual, edad, religión o convicciones y discapacidad.

En el caso de la discriminación por razón de sexo, conviene recordar la Propuesta que modifica la Directiva 92/85/CEE que ya mencionamos en el Capítulo II, relativa a baja por maternidad o lactancia[556] y la propuesta "Women on boards".[557] Ésta última pretende, como ya hemos señalado, incrementar la presencia de féminas en los consejos de administración de las grandes empresas mediante un sistema de cuotas. Es necesario mencionar que ninguna de estas directivas de género pretende ampliar el campo de protección material tal y como la propuesta de Directiva Horizontal pretende hacer, sino que se centra en aspectos muy concretos de la discriminación de género: acción positiva para aumentar la presencia de mujeres en los Consejos de administración y la regulación de ciertos aspectos y ampliación de la baja por maternidad.

[556] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE…, COM(2008) 637 final, 3 de octubre de 2008.*op. cit.* Esta propuesta fue retirada en julio de 2015 por la Comisión debido al bloqueo al que se veía sometida por parte del Consejo.

[557] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo…COM(2012) 614 final, 14 de noviembre de 2012, *op. cit*.

En tercer lugar, la Comisión presentó en diciembre de 2015 la propuesta del Acta Europea de Accesibilidad,[558] que pretende instaurar una mejor aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de accesibilidad de los productos y servicios para cumplir así con los compromisos adquiridos con la adopción de la CRPD. Esta se realizó con la intención de aumentar la accesibilidad de las personas que tengan dificultades para acceder a ciertos servicios, especialmente pensada para personas con discapacidad y de mayor edad.

Nos centraremos en este apartado, sin embargo, en la única propuesta con el potencial de afrontar el tema de la discriminación múltiple de forma efectiva: la llamada Directiva Horizontal.[559] Ésta cubre todos los motivos contenidos en la Directiva 2000/78 y pretende nivelar la protección por campos de forma que no haya distinción entre la protección que el Derecho comunitario ofrece a la discriminación racial y de origen étnico, y los motivos englobados en la Directiva de igualdad en el empleo, "horizontalizando" así el nivel de protección ofrecida a los campos de discriminación. Es importante no obstante resaltar que como ya hemos mencionado en el Capítulo III, en caso de que la Directiva se apruebe, la discriminación por razón de sexo quedaría menos protegida que el resto de motivos de discriminación.

i. El proceso

Una vez aprobado el Tratado de Ámsterdam y conferidos los poderes para legislar en más motivos que sexo a la Unión, se aprobaron las ya examinadas Directivas 2000,[560] que junto con las Directivas 2006/54 y 2004/113[561] configuran el grosso de la normativa antidiscriminatoria europea. Relata BELL que las Directivas 2000 siempre tuvieron un aura de "asuntos no concluidos" y que nunca se ofreció realmente un argumento coherente de porque los campos protegidos distaban tanto entre ambas Directivas.[562]

[558] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo…COM(2015) 615 final, *op. cit*.
[559] Propuesta de Directiva del Consejo …COM(2008) 426 final, 2 de julio de 2008, *op. cit.*
[560] Directiva 2000/78… *op. cit.* y Directiva 2000/43… *op. cit.*
[561] Directiva 2006/54… *op. cit.,* Directiva 2004/113… *op. cit.*
[562] BELL, M., "Advancing EU…", *op. cit.*, pp. 7-11.

La Propuesta de Directiva se inscribió en las prioridades de la Agenda Social Renovada[563] y de la Estrategia marco para la no discriminación y la igualdad de oportunidades para todos,[564] y fue incluida en el Programa legislativo de trabajo de la Comisión de 2008.[565] Su creación se justificó estableciendo que aunque "Se han adoptado ya tres Directivas con este fundamento jurídico, (pero) no son aplicables contra la discriminación fuera del ámbito del empleo sólo por el origen racial o étnico y el sexo. Aunque algunos Estados miembros puedan ir más allá de las Directivas actuales y prever el mismo nivel de protección para todas las formas de discriminación, es necesario garantizar una cierta coherencia en toda Europa en este ámbito. Sólo una Directiva europea puede ofrecer este marco coherente". Se afirma además que "La base para una nueva iniciativa es que el nivel de protección contra la discriminación basada en la religión y las creencias, la edad, la incapacidad y la orientación sexual es inferior a la reconocida en caso de discriminación basada en la raza".[566] Es decir, que el objetivo primordial de la propuesta es unificar la protección antidiscriminatoria que se ofrece a nivel europeo sobre todos los motivos que se recogen en el artículo 19 TFUE (antiguo artículo 13), y luchar contra la protección asimétrica existente, denominada por la doctrina "la jerarquía" de los motivos de discriminación.

En solo 9 meses, la Comisión reculó y en el marco de la Comunicación "No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado" matizaba que en algunas áreas como educación, protección social y acceso a los servicios de salud las tradiciones nacionales son diversas y es necesario respetar esa diversidad; así como que la protección más allá del entorno laboral es más compleja que la primera y que la protección de los diferentes motivos de discriminación ha de ser tratada de diferente manera: "Los distintos motivos de discriminación difieren considerablemente y requieren cada uno una respuesta específica. No se trata de instaurar una jerarquización entre los distintos motivos, sino de garantizar la forma de protección más adecuada en

[563] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Agenda Social Renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo xxi» COM(2008) 412 final, 2 de julio de 2008.
[564] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos {SEC(2005) 689}, 1 de junio de 2005.
[565] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo,…, COM(2007) 640 final 23 de octubre de 2007, *op. cit.,*
[566] *Ibid*., p. 25.

cada caso". Por ello, se propone permitir legislar a los Estados miembros sobre prácticas como "…permitir una admisión selectiva en las escuelas, reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo y el tipo de relación entre las confesiones religiosas legalmente inscritas y el Estado".[567]

La Comisión se contradijo en su propósito y razonamiento del plan de trabajo y la explicación de la propuesta en la Comunicación. Tras admitir que la coherencia en este ámbito es necesaria y que es necesario nivelar la protección ofrecida a los motivos del artículo 19 del TFEU; en el periodo gestacional de 9 meses (en el que puede deducirse que la Comisión recibió grandes presiones), decidió matizar y con ello cambiar de dirección manifestando que hay ciertas excepciones y que no es posible nivelar en campos como la educación, protección social y acceso a los servicios de salud.

BELL defiende que dada a la turbulenta historia que rodea a esta propuesta es comprensible que la Comisión haya elegido una aproximación cauta, dado que el alcance de la Directiva Racial ha sido discutido por los gobiernos de los Estados miembros, que han defendido que se sobrepasaba en lo que a las competencias conferidas se refiere. Añade aun así, que repitiendo en la medida de lo posible las disposiciones de las Directivas existentes, la Comisión se ha alejado de la innovación que requiere la aprobación de nuevas leyes en la materia, incluyendo la discriminación múltiple o la promoción de la igualdad.[568]

ii. Contenido

Los campos en los que la propuesta de Directiva aún queda incompleta a la hora de lograr la efectiva implementación del principio contenido en el artículo 19 TFUE son muchos. Comenzar diciendo que no se define ninguno de los campos que se protege (discapacidad, edad, orientación sexual y religión o creencia) a pesar de los avances en las definiciones bien sea sobre los diferentes campos como sobre el concepto de discriminación. Así, las aportaciones del TJUE sobre el concepto de discapacidad tras *Chacón Navas*[569] y *FOA*[570]; o la definición de discriminación para incluir la

[567] COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo…, COM(2008) 420 final, *op. cit*., p. 6.
[568] BELL, M., "Advancing EU…", *op. cit.*, p. 16.
[569] STJUE, *Sonia Chacón Navas…, op. cit.*

discriminación por asociación o asunción de *Coleman*[571] o *Chez*[572] han quedado fuera de a pesar de que el Parlamento Europeo trató de incluir algunos de estos aspectos en su propuesta, posteriormente rechazada.[573]

Si bien es cierto que la Directiva ha pecado de cauta y por tanto se han dejado muchos temas en el tintero; es también cierto que se han realizado algunos avances. El primero de ellos es la inclusión en el artículo 2.5 la denegación de ajustes razonables en el concepto de discriminación: "La denegación de ajustes razonables en un caso particular conforme a lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, letra b), de la presente Directiva respecto a las personas con discapacidad se considerará discriminación a tenor del apartado 1". La inclusión de este artículo sirve para aclarar la naturaleza de esta acción, pasando a ser considerada un tipo de discriminación; aclarando así la confusión legal que existía en los Estados miembros hasta el momento.[574] De la misma forma que en la Directiva sobre igualdad en el empleo, se especifica que las medidas de ajustes razonables deberán ser proporcionales y no deben implicar una carga excesiva. La propuesta de enmienda del Parlamento Europeo también incluía una modificación al artículo 4(1) estableciendo que "El principio de los ajustes razonables y de la carga desproporcionada[575] debe interpretarse con arreglo a la Directiva 2000/78/CE y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".[576]

La propuesta de Directiva trata de equiparar el ámbito de aplicación material al de la Directiva 2000/78/CE, extendiendo el ámbito de la prohibición de discriminación en al artículo 3:

> 1. Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad, la prohibición de discriminación se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

---

[570] STJUE, *Fag og Arbejde (FOA)…, op. cit.*
[571] STJUE, *Coleman…, op. cit.*
[572] STJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria…, op. cit.*
[573] PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa… (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)),2 de abril de 2009, *op. cit.*
[574] Para tener una visualización comparativa de las diferencias entre los Estados Miembros, vid., CHOPIN, I., GERMAINE, C., *A comparative analysis…, op. cit.,* pp. 23-30.
[575] PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa… (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)),2 de abril de 2009, *op. cit.* Artículo 4.1. a) y b) de la propuesta.
[576] *Ibid.,* enmienda 98.

a) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria;

b) los beneficios sociales;

c) la educación;

d) el acceso y el suministro de bienes y otros servicios a disposición de la población, incluida la vivienda. La letra d) se aplicará a los particulares únicamente cuando estén ejerciendo una actividad profesional o comercial.

KANTOLA y NOUSIAINEN afirman que la propuesta se realizó bajo la premisa de que cuando se trata de discriminación "no puede haber jerarquías".[577] ELLIS pone de manifiesto, sin embargo, que a pesar del intento de la Comisión, la propuesta no llega a cubrir de la misma forma todos los ámbitos de aplicación ya que en la Directiva 2000/43 no se limita el alcance de las personas actuando en capacidad comercial o profesional, y en la propuesta sin embargo sí. De esta forma, en el *Memorandum* se especifica que las transacciones entre particulares de índole privada quedarán fuera del ámbito de aplicación ya que "… no es necesario considerar el alquiler de una habitación en una vivienda privada como el alquiler de habitaciones de un hotel".[578] Tampoco hay que olvidar en este punto que la protección de discriminación por razón de sexo quedaría relegada a un segundo plano en la "jerarquía" de la legislación discriminatoria, ya que sigue sin estar protegido el ámbito de la educación; revirtiendo así la "jerarquía" tradicional del Derecho de la UE en lo que a motivos de discriminación se refiere.

Así quedaría la protección de los diferentes campos en caso de que se aprobase la Directiva Horizontal:

MOTIVO	DIRECTIVA	CAMPOS
"Raza" u origen étnico	2000/43	- Empleo y formación profesional - Ocupación - Protección social - Asistencia sanitaria - Educación

[577] KANTOLA, J., NOUSIAINEN, K., "Institutionalizing Intersectionality…", *op. cit.*, p. 466.

[578] Memorandum Propuesta de Directiva… COM(2008) 426 final, 2 de julio de 2008, *op. cit.*, p. 9.

		- Acceso de bienes y servicios (incluida vivienda)
Religión y convicciones, discapacidad, edad, y orientación sexual	Propuesta 2008 426 final (ahora Directiva 2000/78)	- Empleo y formación profesional - Ocupación *excepción para las FFAA - Protección social - Asistencia sanitaria - Educación - Acceso de bienes y servicios (excepto entre particulares)
Sexo	2006/54 2004/113	- Empleo y formación profesional - Ocupación - Protección social - Asistencia sanitaria - Acceso de bienes y servicios (incluida vivienda)

Tabla 2, elaboración propia

Tras establecer el ámbito de aplicación el artículo 3, la propuesta establece una serie de particularidades y excepciones. En primer lugar, el artículo 3.2 propuesto por la Comisión establecía que la Directiva no afectará a la legislación nacional sobre el estado civil, el concepto de familia y los derechos reproductivos (de forma similar a lo establecido en la Directiva 2000/78).[579] El Consejo ha añadido otras tres excepciones relacionados con la organización y el financiamiento de los sistemas de protección

[579] Es cierto que en el memorandum explanatorio se aclara que no se obliga a reconocer las uniones de parejas del mismo sexo, pero en caso de que se apruebe la posibilidad se aplicará el principio de igualdad de trato. Memorandum Propuesta de Directiva del Consejo … COM(2008) 426 final, Bruselas, 2 de julio de 2008, 2008/0140 (CNS), *op. cit*., p. 9.

social; la organización y financiamiento de los sistemas educativos nacionales; así como las reglas de admisión a las instituciones educativas basadas en *ethos*. El artículo 3.3 establece el respeto de las normativas nacionales en relación a los símbolos religiosos.[580] Aclara en un 4º apartado que la Directiva se aplicará sin perjuicio de la responsabilidades de los Estados miembros en sus esfuerzos por asegurar la naturaleza secular del estado, las instituciones y cuerpos del estado, educación, o en lo que respecta al status y actividades de las iglesias y otras organizaciones basadas en la religión o convicciones, y no limita en cualquier caso la competencia exclusiva de los Estados a este respecto.

El número y contenido de las excepciones contenidas en la propuesta es, de hecho, un aspecto ampliamente criticado por la doctrina ya que como afirma ELLIS, puede reducir potencialmente su impacto, dejando numerosos aspectos de la vida civil al libre albedrío de la protección que los Estados miembros quieran ofrecer, por tanto fallando en armonizar la legislación antidiscriminatoria.[581]

El artículo 2.7 (a).afirma que "No obstante lo dispuesto en el apartado 2, por lo que se refiere a la prestación de servicios financieros, los Estados miembros podrán decidir autorizar diferencias de trato ajustadas en caso de que, para el producto en cuestión, la consideración de la edad o la discapacidad constituya un factor determinante de la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos".

De la misma forma, el artículo 3.2, como mencionábamos, incorpora las excepciones de admisión a centros educativos confesionales o basados en ciertas organizaciones religiosas. La aplicación del principio de igualdad conforme al Proyecto de Directiva no cuestiona las legislaciones nacionales relativas al carácter laico y a la organización de los sistemas educativos de los Estados miembros.

En otro orden de materia, y como ya va siendo tradición, los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones con un grado de protección más elevado que los requisitos mínimos previstos por la Directiva, así como medidas positivas destinadas

[580] No obstante este artículo se redactó previo a haberse emitido decisión alguna en relación a la discriminación religiosa. Dichas normativas nacionales deberán respectar las líneas dibujadas por las decisiones STJUE, *Samira Achbita…, op. cit. y* STJUE, *Asma Bougnaoui…, op. cit.*
[581] ELLIS, E., WATSON, P., *EU antidiscrimination… op.cit.*, p. 374.

a compensar desventajas que afecten a personas por motivo de su religión o convicciones, edad, discapacidad u orientación sexual. Asimismo, los Estados miembros deben poner a disposición de los ciudadanos recursos administrativos y judiciales para posibles violaciones del principio de igualdad de trato, al mismo tiempo que deberán modificar las normas procesales para que la carga de la prueba sea compartida entre el demandante y el demandado. La protección contra represalias, ya introducida en el Derecho comunitario deberá ser asegurada.

Aquellos países que no lo posean, o en aquellos en los que solo se hayan formado para dar cabida a las víctimas de la discriminación sexual o racial, deberán crear organismos independientes que presten las siguientes funciones: prestar ayuda a las víctimas en sus acciones judiciales y publicar estudios e informes sobre la discriminación en relación a todos los motivos de discriminación contenidos en la Directiva.

iii. Discriminación múltiple

Las expectativas que la doctrina y cuerpos especializados en igualdad tenían sobre la propuesta en lo que a discriminación múltiple se refiere pronto se vieron decepcionadas. Es necesario señalar en este punto que en el informe publicado en 2007 titulado *Tackling Multiple Discrimination Practices, policies and laws* solicitado por la Comisión y realizado por el *Danish Institute for Human Rights*, señaló la necesidad de que "la nueva legislación disponga de disposiciones para combatir la discriminación múltiple".[582]

No obstante, la propuesta original de la Comisión no tenía mención alguna en su articulado sobre discriminación múltiple, justificándolo en el memorando que acompañaba a la propuesta mediante la afirmación de que iba más allá de sus competencias.[583] Este razonamiento no se desarrolló más y de hecho el Parlamento Europeo consideró lo contrario y presentó una enmienda que incluía un segundo punto al 1º artículo:[584]

[582] COMISIÓN EUROPEA, Tackling Multiple Discrimination Practices, policies and laws, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007, p. 7.
[583] Propuesta de Directiva del Consejo,… COM(2008) 426 final 2008/0140 (CNS*), op. cit.*
[584] No solo esto, también se modificaron, en pos de la coherencia varios considerandos. La propuesta de enmiendas del PE subsanaba la mayoría de las críticas que se le han hecho a esta propuesta. A este

Enmienda 37 -Artículo 1

Texto de la Comisión: La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato en ámbitos distintos del empleo y la ocupación.

Enmienda: 1. La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación, incluida la discriminación múltiple, por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato en ámbitos distintos del empleo y la ocupación.
2. Existirá discriminación múltiple cuando la discriminación se base: a) en una combinación de los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad, y orientación sexual, o b) en uno o varios de los motivos contemplados en el apartado 1 y también en uno o varios de los motivos siguientes:

i) en el sexo (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito material de aplicación de la Directiva 2004/113/CE y de la presente Directiva),
ii) en el origen racial o étnico (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito material de aplicación de la Directiva 2000/43/CE y de la presente Directiva), o
iii) en la nacionalidad (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito de aplicación del artículo 12 del Tratado CE). 3. En la presente Directiva, la discriminación múltiple y los motivos múltiples se interpretarán en consecuencia.

Sin embargo, el Consejo pronto rechazaría la propuesta del Parlamento Europeo y la inclusión de la discriminación múltiple quedo fuera de las discusiones posteriores.[585]

Consecuentemente, en lo que a la discriminación múltiple se refiere, el único avance real logrado es la extensión del campo material en los motivos englobados por la Directiva de igualdad en el empleo (que ayuda a que al menos los diferentes motivos tengan un ámbito de protección similar). Es cierto además, que la enmienda del Parlamento Europeo no contenía más medidas relacionadas con la discriminación

respecto resulta destacable: PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa… (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), 2 de abril de 2009, *op. cit.*

[585] La última versión consolidada de trabajo dentro del Consejo del 14 de diciembre de 2016: Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, Bruselas 14 de diciembre de 2016, Interinstitutional File: 2008/0140 (CNS) No. Cion doc.: 11531/08 SOC 411 JAI 368 MI 246 - COM(2008) 426 final

múltiple que, como veremos, son esenciales para asegurar que las disposiciones sean realmente operacionales.

iv. Futuro de la propuesta

Parece evidente que la Comisión quiso realizar una propuesta que consideró que no obtendría gran oposición, no trayendo consigo más novedades realmente sustanciales que el aumentar los ámbitos materiales de protección. Esto se había realizado con anterioridad en algunos de Estados miembros cuando hubo que transponer las Directivas 2000 al Derecho nacional, debido a que en cualquier caso la Directiva 2000/43 ya cubría dichos campos. Se percibía por tanto como un pequeño pero "seguro" paso hacia adelante, dejando otros aspectos en los que la legislación antidiscriminatoria de la Unión debía actualizarse como pasos posteriores.

A pesar de que la Comisión no tardó mucho en presentar la propuesta desde la implantación de las Directivas 2000, y las humildes pretensiones de la Directiva; la propuesta vive desde 2011 una situación de bloqueo táctico.[586] Ha habido ciertas reuniones pero lo poco que se filtra es que algunos Estados miembros expresaron dudas sobre la subsidiariedad, los problemas de seguridad legal y la distribución de competencias en el contexto de la Directiva sobre igualdad de trato. No obstante, diferentes presidencias del Consejo trataron de impulsar la propuesta y las resistencias de los Estados miembros fueron desvaneciéndose menos en el caso de Alemania.[587]

La posición alemana es singular y paradójica, ya que la legislación nacional alemana supera la protección propuesta por la Directiva Horizontal. Los argumentos de subsidiariedad, excesiva carga para los Estados miembros, y por último el de los costes, pierden peso analizados uno a uno. Por una parte, lo cierto es que esta propuesta en estos momentos únicamente nivela la protección ya otorgada en el campo de la discriminación racial y de origen étnico, y en muchos aspectos también en género. Si se ha considerado adecuada para estos campos, ¿Por qué habría de ser problemática su extensión a otros motivos? En cuanto al argumento que hace referencia a la excesiva carga, lo cierto es que el campo de aplicación material y el periodo de aplicación se han

[586] Información actualizada disponible en: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=197196 (último acceso 20/03/2017)
[587] PRIVOT, M., PALL, A., "Three ways to unlock the EU anti-discrimination bill," EU Observer, 23 de diciembre de 2014, https://euobserver.com/opinion/127033 (último acceso 13/03/2017)

ido modificando y reduciendo uno y ampliando el otro paulatinamente, de forma que a estas alturas las novedades que la Directiva implica no pueden considerarse ambiciosas. En cualquier caso, resulta curioso que sea precisamente la delegación alemana, que ya cuenta con protección que supera a la planteada por esta propuesta a nivel nacional, sea la delegación que se opone en este sentido. En cuanto a los costes que conllevaría, la Unión siempre ha defendido que el coste de la discriminación para la sociedad es el mayor coste a afrontar. El organismo de igualdad alemán presentó en 2015 un escrito en contra del bloqueo al Gobierno firmado por más de 40 asociaciones y ONGs europeas y alemanas; [588] además de que su directora protestara públicamente por lo que considera una situación "ridícula".[589] No obstante ambas iniciativas han sido ignoradas por el gobierno de Angela Merkel.

Al requerir unanimidad en el consejo para ser aprobada, no existe un claro plan de acción y lo cierto es que las ONGs y lobbies que apoyan la iniciativa empiezan a temer que el Consejo fuerce a la Comisión a retirar la propuesta como ya pasó con la propuesta sobre la baja de maternidad. En Julio de 2014 8 ONGs a nivel europeo publicaron una declaración conjunta declarando la indignación sobre el hecho de que la propuesta presentada en julio de 2008 siguiera aún sin haberse aprobado.[590] Se culpa en esta declaración a la "falta general de entusiasmo" por parte de todos los países en general y la fuerte resistencia de algunos países en especial, a pesar de que el Parlamento Europeo haya mostrado su apoyo en numerosas ocasiones. Así, rogaba al Parlamento que solicitase ante el nuevo Comisario de Derechos Fundamentales una agenda legislativa centrada en la igualdad de trato.

[588] GERMAN FEDERAL GOVERNMENT, Joint appeal: Towards a Consistent Level of Protection Against Discrimination in Europe- Overcoming Germany´s Blocking of the Proposed Equal Treatment Directive, http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Joint%20Statement/Joint%20Statement.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (último acceso 20/03/2017)

[589] LUEDERS, C., *Deutschland steht alleine*, DIE WELT, 18 de mayo de 2015, https://www.welt.de/print/die_welt/debatte/article141044899/Deutschland-steht-alleine.html (último acceso 20/03/2017)

[590] AGE PLATFORM EUROPE, AMNESTY INTERNATIONAL EUROPEAN INSTITUTIONS OFFICE, EUROPEAN DISABILITY FORUM, ENAR, SOCIAL PLATFORM, THE EUROPEAN NETWORK ON RELIGION AND BELIEF, THE EUROPEAN REGION OF THE INTERNATIONAL LESBIAN GAY BISEXUAL TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION, THE INTERNATIONAL LESBIAN GAY BISEXUAL TRANSGENDER QUEER YOUTH AND STUDENT ORGANISATION, "EU anti-discrimination law: Six years and (still) waiting", EU OBSERVER, https://euobserver.com/opinion/124834 (último acceso 10/03/2016)

Las propuestas de Directivas de antidiscriminación y el bloqueo eterno que éstas sufren una vez alcanzado el Consejo, se relacionan con la falta de interés real en la construcción de la esfera social de la UE, que siempre parece supeditada a intereses económicos, considerados más relevantes por las instituciones. Tristemente, la aprobación de medidas en antidiscriminación han ido unidas a intereses financieros más que a un deseo de construir la esfera social de la Unión, asegurar los derechos de los ciudadanos y a un deseo de justicia. Todo esto pone de relieve la necesidad de un giro a la integración positiva por parte de la UE para lograr que la toma de decisiones sea más dinámica y la Unión aprenda a encontrar esa voz unificada que parece faltarle en demasiadas ocasiones.[591]

Lo cierto es que sólo las propuestas de enmienda del Parlamento Europeo prometían cumplir (aunque parcialmente) con avances extremadamente necesarios en materia de Derecho antidiscriminatorio. No hemos de olvidar que esta propuesta se puso sobre la mesa en 2008 y que escaso avance se ha realizado en los casi diez años que han transcurrido desde entonces. Coincido con BELL, en que en un principio, una directiva en la que se pretendían regulan 4 de los 6 motivos de discriminación regulados se perfilaba como la herramienta adecuada para regular estas cuestiones.[592] Parece sin embargo que será una ocasión perdida, dado que el Consejo rechazó la propuesta del Parlamento Europeo de tratar este tema de forma expresa en la propuesta y a pesar de haber realizado una aproximación completamente básica la propuesta sigue sin haberse aprobado 9 años después.

Tras la ahora muy real posibilidad de que se retiren ciertas propuestas en caso de que se continúe con el bloqueo, tal y como paso con la Propuesta retirada en Julio de 2015 el futuro de la Directiva Horizontal es incierto. Lo cierto es que la propuesta, tal y como está ahora, corre peligro de no contentar a nadie y quedar completamente desfasada en relación a la jurisprudencia y las necesidades de la sociedad.

---

[591] A este respecto, LASA LOPEZ, A., ELIZONDO URRESTARAZU, J.I., "The transcendental construction of the social dimension of the European Union: The challenges of the EU social model during and after the crisis" en PEREZ DE LAS HERAS, B. (ed.), *Democratic Legitimacy in the European Union and Global Governance- Building a European demos*, Cham: Palgrave, 2017, pp. 239- 258, o literatura feminista como Young, en la crítica del excesivo enfoque del derecho antidiscriminatorio europeo en razones financieras relacionadas con el Mercado de trabajo
YOUNG, B., "Disciplinary Neoliberalism in the European Union and Gender Politics", *New Political Economy*, nº 5 vol. 1, 2000, pp. 77–98.

[592] BELL, M., "Advancing EU…", *op. cit.*, p. 9.

B. Una nueva propuesta de Directiva

A pesar de los problemas que conlleva presentar una nueva propuesta de Directiva en materia antidiscriminatoria, ésta se ha perfilado como el instrumento idóneo para hacer frente a los problemas que otras opciones plantean. Ha quedado demostrado que dejar a los Estados miembros legislar sobre la materia no es efectivo y no cumple con la misión de establecer unos estándares sobre igualdad y no discriminación que puedan calificarse de suficientes en los Estados miembros.

Asimismo, ya hemos mencionado, que ya es demasiado tarde y no sería inteligente, ni efectivo, incluir las medidas relacionadas con la discriminación múltiple e interseccional en la Directiva Horizontal. Basándome en dos argumentos principales defiendo que lo más adecuado sería plantear otra propuesta para hacer frente a esta problemática.

El primer argumento es un argumento pragmático. En este sentido, urge en demasía la aprobación de la Directiva Horizontal y la armonización de los campos materiales de protección reconocidos en el artículo 19 TFUE. De hecho, complicar la propuesta y hacerla más ambiciosa solo aumentaría la oposición a esta. La adopción de la Directiva Horizontal es esencial para completar el espectro de protección y por tanto debe de ser una prioridad, a pesar de que se hayan dejado, tal y como hemos defendido, muchos aspectos en el tintero. No sería coherente, presentar la misma propuesta pero aún más ambiciosa si la propuesta actual está siendo bloqueada precisamente por su presunta ambición.

El segundo argumento se centra en la necesidad de que no solo se logre un objetivo, sino que se presente una propuesta integral e integradora. En este sentido, incluir la regulación sobre discriminación múltiple en otra propuesta permitiría no solo la prohibición de la discriminación múltiple e interseccional, sino que permitiría ir más allá y establecer pautas específicas y claras a los Estados miembros en otros aspectos relacionados.

El contexto actual, que muchos llaman post-crisis, ha sumido a la Unión en una crisis social y de identidad, que unida a la amenaza de abandono del Reino Unido de la Unión, se ha convertido en una crisis que afecta el mismo núcleo sobre el que se ha construido el proyecto Europeo. Puede parecer que es éste por tanto un momento

delicado para que la Unión promulgue más normativas que tratan de fortalecer los cimientos de una esfera social que se ha demostrado prácticamente inexistente.[593] No obstante, pese a que pueda parecer un momento sensible para presionar y aumentar la labor legislativa en estos aspectos, es precisamente la situación actual y la crisis identitaria de la Unión, la que ha puesto de relieve la falta de cohesión entre los Estados miembros y la desconexión de los ciudadanos al proyecto Europeo.[594] Es justamente por ello, que es más necesario que nunca que los ciudadanos de la Unión se sientan parte integrada y central de las políticas de la Unión, ciudadanos que posteriormente presionarán a sus fuerzas políticas nacionales para permanecer y colaborar con una Unión que los defiende; que deben adoptarse las propuestas en este aspecto. Situamos la aprobación de dichas propuestas en un plano esencial, señalando el desarrollo y fortalecimiento de la esfera social[595] como el camino a seguir para lograr la supervivencia fortalecida de la propia Unión Europea.[596]

Únicamente el deseo colectivo para resolver los problemas de los ciudadanos y mediante el reforzamiento de la esfera social de la UE, prioridad defendida por la Comisión, que no obstante requiere de la voluntad de los Estados miembros, puede ayudar a completar la legislación antidiscriminatoria de forma colectiva.[597]

---

[593] LASA LOPEZ, A., ELIZONDO URRESTARAZU, J.I., "The transcendental construction…", *op. cit.*

[594] Como demuestra la presentación por parte de Jean Claude Juncker de COMISIÓN EUROPEA, White paper on the Future of Europe, Reflections and scenarios for the EU27 by2025, COM(2017)2025, 1 de marzo de 2017.

[595] En este sentido, abogando por el fortalecimiento del pilar social LASA LOPEZ, A., "BREXIT: ¿Un punto de inflexión para el modelo jurídico de la Unión", *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 11, noviembre de 2016, pp. 109- 122.

[596] A este respecto "… subraya que el pilar europeo de derechos sociales también debe contribuir a defender los principios de igualdad de trato, no discriminación e igualdad de oportunidades a través de las políticas sociales y de empleo; recomienda que el pilar permita así la realización efectiva de los derechos sociales existentes y que establezca nuevos derechos cuando los nuevos avances tecnológicos y socioeconómicos lo justifiquen; considera que, de este modo, el pilar también reforzará la legitimidad de la Unión" PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI)) de 19 de enero de 2017.

[597] La Comisión abrió en Marzo de 2016 una consulta pública con la intención de presentar una propuesta de "Pilar Social Europeo". COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones , Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociale**s,** COM/2016/0127 final, de 8 de marzo de 2016. En la misma línea se pronuncia CIVICO EUROPE, *Contribution To The Reflection On The Future Of The European Union as following the request of the President of the European Commission and the President of the European council*, del 20 de marzo de 2017, pp.18-20. http://civico.eu/wp-content/uploads/2017/03/EN_CIVICO-europa_The-European-way.pdf (último acceso 21/03/2017)

Es por todo esto que la elaboración de una nueva propuesta se perfila como la mejor opción, posibilitando además realizar cambios en la legislación que irían más allá partiendo desde un contexto post-aprobación de la Directiva horizontal. No en vano el Parlamento Europeo ha señalado en su resolución sobre el Pilar Social que se deberá considerar que "las mujeres siguen siendo objeto de múltiples discriminaciones en la Unión".[598]

En este sentido, la Comisión presentó en abril de 2017 el "Pilar Europeo de derechos sociales". Éste establece una serie de principios y derechos clave para apoyar unos mercados de trabajo y sistemas de protección social equitativos y que funcionen correctamente. También servirá de guía para el proceso renovado de convergencia entre los Estados miembros participantes hacia unas condiciones laborales y de vida mejoradas. El pilar está estructurado en torno a 3 grandes categorías:

- Igualdad de oportunidades y acceso al mercado laboral
- Condiciones de trabajo equitativas
- Protección e inclusión sociales[599]

Esta propuesta, que perfila la adopción de la Directiva Horizontal como una de las acciones prioritarias, pretende aprobarse en la cumbre social que se celebrará en Suecia en noviembre de 2017. No obstante, el alcance y la proyección que pueden tener las propuestas irán unidos a las decisiones que se tomen en el seno de la Unión sobre el escenario al respecto de la Unión.

Así, en las siguientes secciones se dirimirán las prioridades y problemáticas a las que dicha propuesta debería hacer frente, así como las posibles respuestas que la doctrina y organizaciones han señalado como clave para asegurar una propuesta efectiva y completa, tomando un punto de vista holístico del Derecho discriminatorio. En la sección que sigue a esta se analizarán dichos problemas para finalmente perfilar los contenidos que la nueva propuesta debería contemplar.

[598] Resolución del Parlamento Europeo… (2016/2095(INI)), *op. cit.*, apartado N.
[599] COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales, COM/2017/0251 final, de26 de abril de 2017.

4. REFORMULANDO LA LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA: Problemas y respuestas

La naturaleza única de la discriminación interseccional implica que consecuentemente que la problemática que presenta sea complicada. La adopción de medidas para configurar y reforzar una lucha integral contra la discriminación, exige por lo tanto, un estudio pormenorizado de los mayores retos a los que debería hacer frente en relación a la discriminación múltiple e interseccional. El objetivo último de este apartado es esclarecer los elementos que la nueva propuesta debería contener.

En este sentido, y bajo la premisa de realizar una propuesta eficaz y completa, se analizan ciertos aspectos identificados como clave para su buen funcionamiento. El análisis que se realizará en la presente sección servirá como base para determinar cómo hacer frente a los retos que aquí se plantean en la nueva propuesta.

A. La necesidad de un enfoque holístico

El sistema actual mediante el que se rige la legislación antidiscriminatoria (*single axis*) logra en la práctica, que al centrarse en motivos individuales de discriminación, los actores y corrientes intelectuales así como organismos de apoyo o víctimas, se encuentren igualmente segregados. Esto supone que se alimente la competición política, ya que se forman grupos de acción y presión que se centran en los sujetos poseedores de la característica protegida en cuestión. Ello implica asimismo, que haya una des-identificación entre víctimas ante el fenómeno de la discriminación, evitando la creación de sinergias en la acción contra la discriminación, ya que las éstas no se reconocen en base igualitaria entre ellas; sino que compiten por ser el grupo que más protección merece. Del mismo modo, la separación de los campos intensifica las diferencias entre grupos en vez de las similitudes, lo que implica que sea extremadamente complicada la identificación de campos comunes de acción. BURRI y SCHIEK señalan en este sentido la compartimentación del derecho antidiscriminatorio como uno de los obstáculos a superar.[600] CACHÓN, por su parte, defiende la necesidad de lograr cohesión y asegurar la unidad como forma de superar esa compartimentación:

[600] En este sentido, en informe identifica tres problemas principales: la compartimentación, el comparador y la falta de conocimiento sobre el problema. BURRI, S., SCHIEK, D., *Multiple Discrimination…, op. cit.,* pp. 6-11.

> La lucha contra la discriminación no es una lucha que se deba desarrollar separadamente. No se trata de que cada colectivo discriminado luche el sólo por sus derechos. No es, parafraseando a Bertolt Brecht, que la discriminación de las mujeres no me afecta porque yo soy varón; la discriminación de los inmigrantes no me afecta porque yo soy español; la de los negros o gitanos tampoco porque yo ni soy negro ni gitano; ni la de los discapacitados u homosexuales porque yo no soy ni una cosa ni otra; la de los jóvenes o los mayores tampoco porque yo ya no soy joven y todavía no soy mayor, etc. Todos los ciudadanos estamos afectados y hemos de sentirnos así cuando a una persona se le niegan sus derechos. Por concepción activa de la ciudadanía, por solidaridad y porque, por seguir con Brecht, porque un día vendrán a por nosotros. La lucha por la igualdad no es divisible.[601]

Además, la categorización intensifica la característica común (la característica protegida) de forma que no toma en cuenta la heterogeneidad de las personas que lo conforman. Es decir, que se sigue utilizando el pragmatismo legislativo que originó dicha separación, y como resultado, hace que los grupos se "simplifiquen" a primera vista de forma que se amplifica la característica protegida y deja el resto de características que pueden interactuar con esta "invisibilizadas". En otras palabras, se asume la uniformidad intragrupal, que a su vez explica la tardanza en reconocer las experiencias interseccionales de algunos colectivos.

El resultado de todo ello se traduce en lo que BARRÈRE y MORONDO denominan un modelo de políticas de igualdad de tipo "competitivo", incapaz de aunar fuerzas y combatir fenómenos de injusticia social que interesan a todos los grupos y a la sociedad en su conjunto.[602] Este legado histórico es muy visible en las estructuras organizativas de grupos de la sociedad civil como European Women's Lobby (EWL), European Network Against Racism (ENAR), AGE Platform Europe (AGE) o International Lesbian and Gay Association-Europe (ILGAEurope). De la misma forma, durante décadas la investigación académica ha seguido los mismos patrones de estratificación, minando las sinergias y el aprovechamiento de recursos que podrían haber cambiado completamente los patrones de la legislación y políticas anti-discriminatorias. En este sentido, en el informe publicado por la Comisión Europea *Tackling Multiple Discrimination Practices, policies and laws*, se señala que para atender a las necesidades y representar los intereses de los grupos interseccionales, se debería

[601] CACHÓN, L., "Los retos actuales…", *op. cit.*, p. 113.
[602] BARRÈRE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., "Subordiscriminación…", *op. cit.*, p. 37.

incrementar las ayudas económicas a las ONGs que trabajen en base a varias características protegidas.[603]

B. El crecimiento ilimitado de motivos de discriminación

En el caso estadounidense *DeGraffenreid v. General Motors*, el Tribunal denegó protección a unas víctimas de discriminación interseccional afirmando que hacerlo suponía tener que reconocer multitud de subgrupos abriendo una suerte de "caja de pandora". En este caso, 5 empleadas afroamericanas interpusieron una demanda por discriminación en base a su sexo y "raza". Éstas habían sido despedidas de una empresa (General motors), que había seguido el sistema "last in-first out" a la hora de aplicar recortes en la plantilla. La problemática residía en que según se probó en el juicio, no se habían contratado a mujeres negras en la empresa hasta 1964, con lo que al aplicarse esta medida en 1970 todas las mujeres afroamericanas habían perdido su empleo. Al aplicar un criterio presuntamente neutro como "last in-first out" ocurrió que todas las mujeres afroamericanas que habían entrado como empleadas en la empresa fueron despedidas. Ellas alegaron que "mujeres afroamericanas" constituían un grupo de especial vulnerabilidad que debía ser visualizado como una categoría distinta a "raza" y género. El Tribunal declaró que podían optar por elegir uno de los campos y pedir que el caso se examinase bajo esa lente, pero no en la combinación de ambos. Ellas sin embargo defendieron, que hacerlo iría en contra del objetivo primario de interponer la demanda, ya que, aunque resultaría práctico, desfiguraría su acción completamente. El Tribunal añadió que "la perspectiva de la creación de nuevas clases de minorías protegidas, regidas por los principios matemáticos de la permutación y combinación, plantea claramente la perspectiva de la apertura de la manida la caja de Pandora".[604] A continuación, el Tribunal de apelaciones sostuvo que las mujeres afroamericanas no eran una categoría distinta a mujeres o los afroamericanos, y que no podían tener una "super-compensación" (super remedy) en comparación a las víctimas de discriminación de sexo o de "raza".

[603] COMISIÓN EUROPEA, Tackling Multiple…, *op. cit.*, p. 7.

[604] ESTADOS UNIDOS, *DeGRAFFENREID v. GENERAL MOTORS*… *op. cit.* "The prospect of the creation of new classes of protected minorities, governed only by the mathematical principles of permutation and combination, clearly raises the prospect of opening the hackneyed Pandora's box".

En este mismo sentido, en *Judge v. Marsh*, el Tribunal sostuvo que:

> La dificultad con esta posición, es que convierte a la discriminación en el empleo en una hidra de muchas cabezas, imposible de contener dentro de la prohibición del título VII. Siguiendo la lógica de Jeffries al extremo, cada combinación posible de raza, color, sexo, origen nacional y religión crearía subgrupos. Es cuestionable si cualquier empresario podría tomar una decisión de empleo bajo un régimen sin incurrir en una andanada de acusaciones de discriminación.[605]

Este miedo a que todas las posibles combinaciones de los campos existentes, y de los que potencialmente puedan incorporarse al sistema legal,[606] puedan llevar a un crecimiento sin límites de los campos (creando nuevos) y multiplique aún más las diferencias de protección e identificación de cada categoría ha ocupado un gran espacio de la literatura académica. Por una parte, se ha optado por simplificar los campos reformulándolos, y por otra, se ha optado por respetar los campos pero reformular y ampliar su significado etimológico y por ende, el práctico.

i. Simplificar y reformular

SCHIEK propone, a raíz de la multiplicación de los campos que el Derecho Europeo protege, y ante el miedo a que el reconocimiento de los casos interseccionales dé lugar a una ilimitada multiplicación de éstos, que el Derecho discriminatorio se reorganice sobre *nodo*s. Su propuesta se centra en tres nodos principales: género, "raza" y discapacidad.[607]

La elección de estos campos como eje de los nodos se justifica por ser inclusivos (puede incluir muchos de los otros motivos protegidos siempre que se redefinan), existir previamente en el Derecho discriminatorio europeo, y por ser aquellos en los que las

[605] "ESTADOS UNIDOS, *Judge v. Marsh*, 649F.Supp. 770, 780 (1986). The difficulty with this position is that it turns employment discrimination into a many-headed Hydra, impossible to contain within Title VII's prohibition. Following the Jeffries rationale to its extreme, protected subgroups would exist for every possible combination of race, color, sex, national origin and religion. It is questionable whether any employer could make an employment decision under such a regime without incurring a volley of discrimination charges".

[606] Podría argumentarse que es este también el miedo que el TJUE tenía en la decisión Parris. No obstante, debido a la parquedad del Tribunal no es posible afirmar que éste fuese su razonamiento con seguridad. STJUE, *David L. Parris…, op. cit.*

[607] La propuesta de los nodos fué desarrollado por Dagmar Schiek en SCHIEK, D., "Organizing EU Equality Law around the Nodes of Race, Gender and Disability" en SCHIEK, D., LAWSON, A., (eds.) *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination,* Surrey: Ashgate, 2011, pp. 11-29.

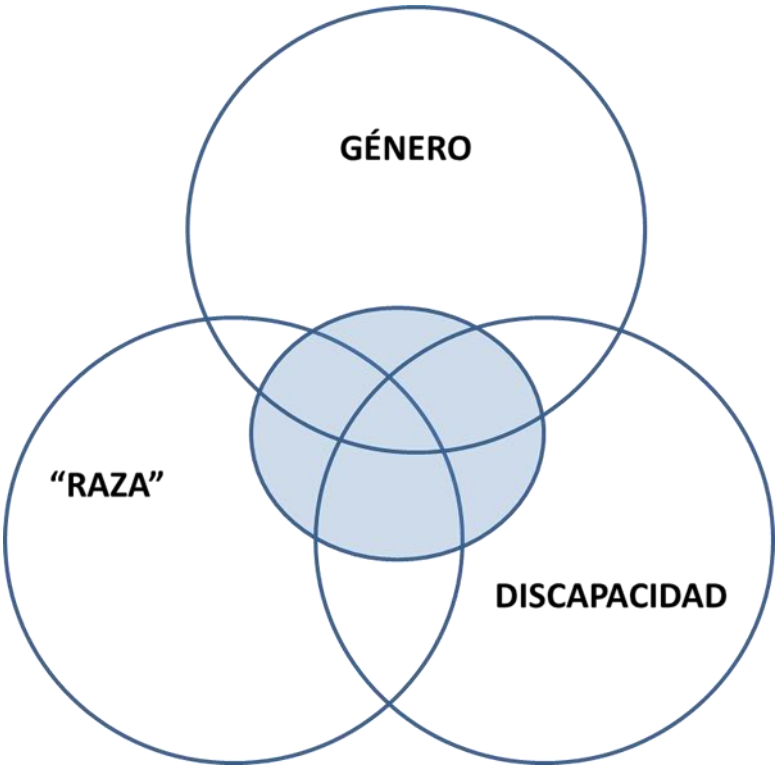
NNUU en sus Convenios internacionales (que hemos analizado en el Capítulo II) ha formulado como incluyendo minorías dentro de minorías.

Estos nodos implicarían una reagrupación de los campos en base al significado. El nodo de **género** incluiría en este sentido los campos relacionados con el no cumplimiento de las expectativas de los roles de género. Por ello, SCHIEK incluye la discriminación por razón de orientación sexual, embarazo o la apariencia (en el sentido de no adecuarse a las expectativas del género de nacimiento) a lo que ya se considera discriminación por razón de sexo (sexo e identificación sexual).

El nodo de **"raza"** se definiría en términos socio-constructivistas, de forma que comprendería color de la piel, lenguaje, descendencia y origen étnico o nacional, así como religión.

Por último, el nodo de **discapacidad**, que es el más complicado de definir de acuerdo a SCHIEK debido a su gran grado de diversidad; incluiría diferencias corporales, psicológicas y mentales, que en interacción con el medio social puede llevar a la exclusión y discriminación. Por ello se incorporaría cualquier diferencia física, psicológica o mental que tenga como resultado un menor número de oportunidades para la participación en la vida social debido a que el medio no se adapta a esas diferencias. Así, en este nodo pueden incluirse además de discapacidad, apariencia, edad avanzada, y en ocasiones incluso embarazo (sería tanto de género como de discapacidad en el sentido de que existe una necesidad de acomodar necesidades físicas diferentes).

Estos nodos no se separan en compartimentos individuales, sino que interactúan entre ellos en mayor o menor medida, permitiendo que casos interseccionales tengan cabida en las intersecciones de los nodos.



Cuadro: SCHIEK[608]

En lo que a la propuesta de los nodos se refiere, es necesario señalar que de los campos protegidos reconocidos en estos momentos tanto por la CDFUE como por el artículo 19 del TFUE (y desarrollados en las Directivas) algunos quedarían fuera de los nodos. Por una parte, color, lenguaje, pertenencia a una minoría nacional, "raza" y origen étnico quedarían claramente dentro del nodo de "raza". En un segundo plano y dependiendo de la casuística concreta podría entenderse que nacimiento, y religión o creencia también podrían formar parte de dicho nodo. Género englobaría aquellos propuestos por SCHIEK, y al mismo tiempo podríamos entender que características genéticas podría incluirse en determinadas ocasiones en el nodo de discapacidad. Sin embargo, la discriminación que puede realizarse por causa de estudios genéticos realizados y la predisposición de ciertas personas a desarrollar ciertas enfermedades (por ejemplo) al respecto de los seguros de salud podría quedar fuera si nos atenemos a la definición establecida.[609] En la misma línea, el aspecto de edad que se relaciona con

[608] SCHIEK, D., "Organizing EU Equality Law…", *op. cit*., p. 18.

[609] Al respecto de la discriminación por razón de características genéticas y su casuística vid. FERRI, D., "Genetic discrimination: Is it time for the EU to take on a new challenge?" en QUINN, G., DE PAOR, A.,

la juventud, quedaría fuera de cualquiera de los nodos, que en una legislación relacionada con el acceso al empleo y el mercado de trabajo no puede tolerarse. Los datos que revelan la tasa de desempleo de la juventud son extremadamente preocupantes, tema que ha ocupado asimismo la atención de las instituciones europeas.[610]

Otro motivo que quedaría fuera del espectro, a pesar de formar parte de la lista de la CDFUE y por tanto solo tendrá efecto en la esfera pública (recordemos que las disposiciones de la carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión); es el de origen social. De la misma forma, no encuentro cabida para el campo "convicciones políticas u opinión" que seguiría quedando fuera de los nodos. Es cierto que la proliferación de campos de discriminación puede llegar a cierto descontrol como pasa en el caso francés.[611] Sin embargo, estos nodos no parecen siquiera lo suficientemente amplios como para dar cabida a los motivos de discriminación actuales.

Estimo, que es además un planteamiento que no solo no acaba de dar amparo a todos los motivos de discriminación reconocidos en el Derecho Europeo actual, sino que además carece de la adaptación y flexibilidad deseable de cara a futuro. Es evidente que los problemas a los que el Derecho antidiscriminatorio tuvo que hacer frente hace 30 años y los que tiene que hacer frente ahora son distintos, con lo que una normativa adaptable resulta necesaria. Más aún en el contexto del Derecho de la UE en el que el proceso de toma de decisiones es intrincado y como hemos visto es fácil que pasen 10 años desde que una propuesta se presenta hasta que se apruebe. En este sentido, cabe preguntarse si los tres nodos serían suficientes para dar cabida a los motivos que puedan considerarse relevantes en derecho para incluirlos como campos protegidos en un

---

BLANCK, P. (eds.), *Genetic discrimination- Transatlantic perspectives on the case for a European-level response*, Oxon: Routledge, 2015, pp. 265-269.
GERARDS, J., JANSSEN, H.L., "Regulation of Genetic and Other Health Information in a Comparative Perspective", *European Journal of Health Law,* vol. 13, 2006, pp. 372-374.

[610] Vid, por ejemplo, datos sobre desempleo juvenil en http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1036&langId=en (último acceso 20/03/2017)

[611] LATRAVERSE, S., "Expanding the discrimination grounds as a way forward?" presentación ofrecida en el seminario *Current reflections on EU Anti-discrimination Law*; 1-2 junio de 2015, Academy of European Law (ERA), Trier. http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/14_Other%20topics/2015_Jun_Latraverse_EN.pdf (último acceso 13/03/2017)

futuro, ya que como hemos mencionado, hay características actuales que quedarían fuera de éstos.

En lo que a la discriminación interseccional se refiere, una vez demostrado que ciertas características no tendrían cabida, una no puede sino preguntarse si esto no implicaría que cuando la discriminación interseccional no tenga en cuenta esas variantes, las víctimas volverían a quedar fuera del ámbito de protección. Además, se corre el claro peligro de que las experiencias interseccionales queden difusas al incluirlas en estructuras analíticas ya establecidas.

BAER, por su parte, haciendo un guiño a las corrientes sociológicas propone también reagrupar, simplificando el contenido de los campos de especial protección. La premisa es en esencia parecida a la de SCHIEK, pero ella ofrece otras categorías que sirvan como "paraguas" bajo el que reagrupar los motivos de discriminación: "raza", clase y sexo.[612] Supone un problema que "clase" no esté reconocida por el artículo 19 del TFUE, a pesar de que estratégicamente tiene mucho más alcance y potencialidad de acabar con discriminaciones sistémicas, de las que "clase" es origen y resultado.

ii. Concepción "espaciosa" de los campos existentes.

Esta aproximación asume que la problemática principal de la legislación antidiscriminatoria no son las características ni los grupos, sino cómo se han entendido hasta el momento. Parte por tanto, de que actualmente numerosos casos de interseccionalidad son asumidos bajo un solo campo, como por ejemplo "género"; asumiendo que el resto de características que forman la identidad son "aventajadas", lo que conlleva a que el resto de características desaventajadas se olviden. En otras palabras, se asume que una mujer discriminada es discriminada por su sexo, pero que en relación al resto de características es blanca, de edad media, heterosexual, sin ningún tipo de discapacidad, perteneciente a la religión o creencia dominante (etc.).

FREDMAN propone entender los grupos de forma plural e integradora, de forma que los grupos sean *"capacious"* o de gran capacidad y puedan englobar a todos los sujetos, con su multiplicidad de factores y características. Es decir, que no se asuma que los grupos son uniformes sino que se reconozca, especialmente en relación a las

[612] Key note speech ofrecido por BAER, S., Key note speech…, *op. cit.*

políticas y la ley, la pluralidad y heterogeneidad en estos. Ella defiende que es posible interpretar los campos existentes de una forma amplia, mediante una interpretación legal-teológica; admitiendo así que los campos de discriminación no están separados por claras fronteras delimitadoras (ya que en el caso contrario sería imposible incorporar la interseccionalidad sin crear multitud de subcategorías o subgrupos).[613]

La gran ventaja de este planteamiento, es sin duda que no requiere modificación legislativa alguna, sino una interpretación amplia. Este planteamiento cumple a la hora de superar las "Doce pruebas de Hércules" que supone adoptar nueva legislación en la UE. Su propuesta es dinámica, adaptable e inmediata, ya que no requiere un cambio de legislación. De esta forma, las reticencias del Consejo a tomar decisión alguna en lo que a las Directivas anti-discriminatorias propuestas se refiere quedarían superadas al menos a este respecto.

Sin embargo, considero que el peso de adoptar esta aproximación recaería en los Tribunales, y muy especialmente en el TJUE; y que éste puede resultar excesivo sin una normativa legislativa a la que atenerse. En este sentido, recordemos que el Tribunal ha mostrado una tendencia de interpretación absolutamente restrictiva en lo que a los motivos de discriminación se refiere, que se ha dejado de manifiesto especialmente (por ejemplo) en numerosas sentencias que versaban sobre el concepto de "discapacidad".[614]

Insisto en que en un sistema judicial complejo como el europeo, con una amplia mezcla de tradiciones jurídicas en los Estados miembros, en los cuales el rol del juez es manifiestamente diferente de un Estado miembro a otro, es necesario que haya pautas escritas en forma de legislación. En caso contrario podríamos caer en la trampa de que cada Tribunal deba decidir individualmente aplicar o no esta aproximación conceptual de los campos "amplios". No es cuestión baladí resaltar que ha existido ocasión de pronunciarse a este respecto y tal y como hemos resaltado en el análisis del caso *Parri*s en el Capítulo III se ha dejado pasar la oportunidad.[615] El Tribunal irlandés había considerado la discriminación de dos motivos a la vez, lo cual ya superaba un obstáculo; y sin embargo el TJUE optó por aplicar una interpretación estricta y no espaciosa de los

[613] FREDMAN, S., *Intersectional discrimination…, op. cit.,* pp. 35-37.
[614] En este sentido: STJUE, *Sonia Chacón Navas…, op. cit.* o STJUE, *Fag og Arbejde (FOA)… op. cit.* Vid Capítulo III.
[615] STJUE, *David L. Parris… op. cit.*

campos. A pesar de los esfuerzos de la A.G. Kokott en el caso Parris, a falta de un guion concreto en el que apoyarse, el Tribunal siguió dejando a las víctimas desprotegidas. Es más, podría incluso argumentarse que puede que el objetivo del Tribunal mediante su sentencia sea precisamente realizar presión para que se legisle en esta materia.[616] Sea como fuere, el resultado no difiere, y lo único verdaderamente cierto es que el Tribunal dejó en total desamparo a David L. Parris.

Por todo ello, considero que sigue siendo necesaria una prohibición expresa en la ley y normas claras dirigidas a los Tribunales sobre cómo abordar esta cuestión. A la hora de formular los campos optar por una aproximación amplia e inclusiva es no obstante necesario, pero a la hora de juzgar el caso concreto y de tener que elegir una categoría significaría seguir priorizando ciertos aspectos de la identidad frente a otros. No se trata únicamente de una cuestión de practicidad, sino que también es necesario que las víctimas de discriminación encuentren satisfacción en el sentido de que se consideró su caso de acuerdo a los hechos y la realidad.

Sin una potencial combinación de campos de discriminación, el sujeto que ha sido discriminado seguirá teniendo que elegir una categoría principal, lo que puede asumir que se identifica principalmente con esa categoría, mientras que ello no será ajustado a la realidad. Lógicamente, en el panorama legislativo europeo implicaría que se eligiesen por cuestiones prácticas las categorías que encuentran mayor protección en la legislación actual, alimentando con ello la jerarquía de motivos de discriminación y la paradoja de igualdad. Argumento por tanto que no puede seguirse apoyando el pragmatismo jurídico en este aspecto, sino tratar de que el derecho se adapte a la realidad.

Tal y como la juez canadiense L'Hereux-Dubé J indicó:

> Progresivamente se va reconociendo que las categorías de discriminación pueden solaparse y que los individuos pueden sufrir exclusión histórica en base raza y género unidas, edad y discapacidad física o alguna otra combinación. La situación de los individuos que hacen frente a múltiples campos de desventaja es particularmente compleja (…) Categorizar tal discriminación como primordialmente racial o primordialmente de género malinterpreta la realidad de la discriminación tal y como se

[616] Como se ha señalado anteriormente el razonamiento del Tribunal fue tan escaso que no permite concluir un posicionamiento claro en este aspecto. Es no obstante una posibilidad, ya que el TJUE señala que *las normas actuales no permiten* la combinación de campos. Vid. a este respecto en análisis realizado en el Capítulo III.

> experimenta por los individuos. La discriminación puede experimentarse en muchos campos, y cuando este es el caso no es significativo afirmar que es el uno o el otro. Puede que sea más realista reconocer que ambas formas de discriminación pueden estar presentes y entrecruzarse.[617]

C. Conceptualización clara y prohibición expresa

Unido al análisis crítico que realizábamos en el apartado anterior, concluíamos que existe una clara necesidad de incluir una prohibición expresa en la ley, lo que conlleva incluir conceptos claros y definidos en el derecho. Sin un marco conceptual claro y específico en los Estados miembros, los tribunales seguirían aplicando una aproximación confusa y contradictoria.

La interseccionalidad parece haber fallado en este sentido en el dar el paso desde la discusión doctrinal a la efectiva prohibición y comunicación a la sociedad Europea. Esta falta de familiarización, basada en parte en lo complicado del concepto y su difícil aplicación práctica, que requiere de adaptaciones *ad hoc*; ha resultado en que ni las víctimas puedan identificarse como víctimas de discriminación interseccional, ni los encargados de redactar y aplicar la ley encuentren el encaje, ni sepan recoger experiencias o informar a víctimas de forma eficiente.

El proyecto GENDERRACE, dejó de hecho de manifiesto, que la mayor parte de los casos de discriminación múltiple e interseccional no se registran y tratan como tales.[618] Sin normas que aseguren cierta seguridad jurídica, recae en los Tribunales (u organismos de igualdad en aquellos Estados miembros que tengan poderes quasijudiciales), aplicar una aproximación de discriminación múltiple o interseccional de oficio o no realizarlo en absoluto. Asimismo, los expertos de la *European network of legal experts in non-discrimination* señalan que incluso cuando hay normas en las que basarse, la aplicación de estas es confusa e irregular, lo que conlleva inevitablemente un debilitamiento de la seguridad jurídica. Señalan algunos expertos por ejemplo, que en muchos casos la normativa nacional sobre discriminación no está contemplada en un

[617] CANADÁ, *Canada(attorney General) v Mossop* (1993) 1 S.C.R. 554. "It is increasingly recognized that categories of discrimination may overlap, and that individuals may suffer historical exclusion on the basis of both race and gender, age and physical handicap, or some other combination. The situation of individuals who confront multiple grounds of disadvantage is particularly complex (…) Categorizing such discrimination as primarily racially oriented, or primarily gender-oriented, misconceives the reality of discrimination as it is experienced by individuals. Discrimination may be experienced on many grounds, and where this is the case, it is not really meaningful to assert that it is one or the other. It may be more realistic to recognize that both forms of discrimination may be present and intersect."

[618] HOWARD, E., "Multiple discrimination…", *op. cit.*, p. 5.

único cuerpo legislativo, sino en diferentes instrumentos jurídicos (en Bélgica, por ejemplo hay 3 distintos a nivel federal),[619] lo que dificulta las demandas.[620]

CROWLEY indica, en sus recomendaciones basadas en el análisis de las políticas de los Estados miembros en base a la información proporcionada por los organismos de igualdad pertenecientes a Equinet, que la inclusión de disposiciones sobre discriminación múltiple supone un "estímulo vital" para la acción en interseccionalidad. Además señala que los conceptos clave de la legislación antidiscriminatoria deberían ser revisados y debería asegurarse cierta coherencia en este aspecto.[621]

MAKKONNEN establece que la mayor urgencia reside en desambiguar los términos y establecer un lenguaje claro y definiciones concretas para los conceptos que engloban la materia. Para esclarecer los términos declara que la aproximación debe ser holística y debe servir para identificar intersecciones que ocurren y no se resaltan en estudios previos (es decir, ir más allá de las intersecciones de sexo y/o "raza").[622]

HOWARD señala que el proyecto GendeRace apuntó la necesidad de incluir en el Derecho antidiscriminatorio de la UE una referencia y prohibición explicita a la discriminación múltiple e interseccional, una definición clara y operacional de éstos términos, y la inclusión de una cláusula que permita presentar casos de discriminación basados en más de una razón de discriminación dentro de un mismo procedimiento; es decir, la facilitación de las normas procesales a este respecto. La necesidad de incluir una prohibición expresa va inextricablemente unido a la primera de las dos esferas de satisfacción de una víctima que HOWARD señala: que el relato del caso sea de acuerdo a la verdad; un fiel reflejo de lo que ha ocurrido, de que su experiencia se considera y se lucha contra ella.[623]

D. Las fuerzas de opresión

Tanto FREDMAN[624] como BAER,[625] así como una gran parte de la doctrina dedicada a la interseccionalidad, apuntan a la dificultad que supone el encaje de la

[619] FREDMAN, S., *Intersectional discrimination …, op. cit*. p. 53.
[620] CARLES, I., JUBANY-BAUCELLS, O. (eds.), *GendeRace The use of…, op. cit.*
[621] CROWLEY, N., *Innovating at the Intersections. Equality Bodies Tackling Intersectional Discrimination- an Equinet perspective*, Brussels: EQUINET 2016.
[622] MAKKONEN, T., *Multiple, compound…, op. cit.,* pp. 59-60.
[623] HOWARD, E., "Multiple discrimination…", *op. cit.,* pp. 11-12.
[624] FREDMAN, S., *Intersectional discrimination …, op. cit*., pp. 33-35.

discriminación interseccional con una legislación basada en "grupos" definidos por características concretas. Lo importante, defienden, es la coyuntura de las estructuras sociales y no las identidades; poniendo el énfasis por tanto en las estructuras de dominación, subordinación y los sujetos mediante una "aproximación interseccional". Así, MCCALL, o BARRÈRE y MORONDO proponen conjugar identidad y las estructuras de dominación y opresión, resaltando la posible utilidad que las categorías sociales tienen en el derecho actual.[626]

Por una parte, se critica que realizar listas de características supone "esencializar" de forma exagerada y artificial la identidad. De esta forma, se amplía una sola característica de la personalidad, resultando en la invisibilidad del resto de características que conforman la identidad; lo que a su vez exacerba la tendencia a percibir a las personas que no posean esa característica como diferentes y ajenas. Es muy criticado, asimismo, que esto presupone que las categorías pueden construirse de forma homogénea, asumiendo que son fácilmente distinguibles y que una característica de la personalidad puede analizarse de forma aislada. HOWARD añade que esto se agrava cuando además algunas categorías son construidas socialmente, como la "raza".[627]

BARRÈRE y MORONDO señalan que puede afirmarse que cualquier clasificación implica "esencializar" y que por ello toda categoría es rechazable;[628] a lo que HOWARD añade que esta aproximación tiende a asumir que el "yo" tiene una esencia inmutable, lo

---

[625] BAER, S., Key note speech… *op. cit.*

[626] MCCALL, L., "The Complexity of Intersectionality", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, nº 30, vol. 3, 2005, p. 1774. La autora analiza las Corrientes dogmáticas sobre interseccionalidad y las clasifica en tres: *anticategorical complexity, intercategorical complexity* e *intracategorical complexity*. El artículo explora estas metodologías, y McCall aclara que elige la segunda, que requiere que los académicos utilicen provisionalmente las categorías analíticas existentes para documentar las relaciones de desigualdad entre los grupos sociales y las configuraciones cambiantes de desigualdad múltiple así como las dimensiones que se encuentran en conflicto. De las tres aproximaciones que ella describe las dos últimas (intercategorical complexity e intracategorical complexity) respetan o utilizan las categorías existentes.

BARRÈRE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., "Subordiscriminación…", *op. cit.,* p. 22. "… negar la existencia de categorías, ejes o estructuras de opresión no sólo hace saltar por los aires la procedencia de los movimientos sociales más importantes de los últimos siglos (marxista, feminista, antirracista, lésbico/gay, etc.) sino que también dinamita la oportunidad o conveniencia de la legislación que, en los últimos años, intenta responder a sus reivindicaciones."

[627] HOWARD, E., "Multiple discrimination…", *op. cit.,* p. 10. Sobre el concepto de "raza", vid. Capítulo III.

[628] BARRÈRE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., "Subordiscriminación …", *op. cit.,* p. 28.

que niega la realidad de que muchas de las características protegidas tienen naturaleza mutable (edad, discapacidad o religión por ejemplo).[629]

La homogeneidad que se presume dentro de las categorías implica que se excluya a muchas personas. La discriminación, según señaló CRENSHAW ocurre también dentro de los campos, dentro de esos grupos delimitados alrededor de la característica en cuestión, que hemos denominado como intracategórica:

> Entiendo que todos podemos posicionarnos unidos siempre que nos percibamos afectados al mismo nivel por una discriminación concreta, pero en el momento en el que una barrera diferente afecta a un subgrupo de nosotros, nuestra solidaridad a menudo desaparece.[630]

FREDMAN construye su propuesta en base a las relaciones de poder subyacentes en la sociedad, también llamadas fuerzas de opresión-privilegio. Así, ella propone centrarse en éstas en vez de en motivos de discriminación o en la identidad. De esta forma defiende que lo esencial no es diferenciar los grupos en base a las personas que contengan la característica que conforman los motivos de discriminación; sino en el modo que las características protegidas que cada individuo posee, predispone patrones de relaciones con resto de la sociedad.[631] Afirman BARRÈRE y MORONDO a este respecto que la discriminación "lo constituirían las profundas injusticias enraizadas en normas y estereotipos que sufren algunos grupos, que estructuran al Estado y al mercado, y que no resultan necesariamente evidentes o intencionales".[632] CACHÓN incluye el concepto de "exclusión social" como resultado de las fuerzas de opresión-privilegio.[633]

Visualizar éstas fuerzas de forma relacional nos permite diferenciar que mientras poseer ciertas características puede predisponer al privilegio en una ocasión, puede que en otra ocasión esa misma característica se traduzca en mayor desventaja y desigualdad.

---

[629] HOWARD, E., "Multiple discrimination…", *op. cit.,* p. 10.

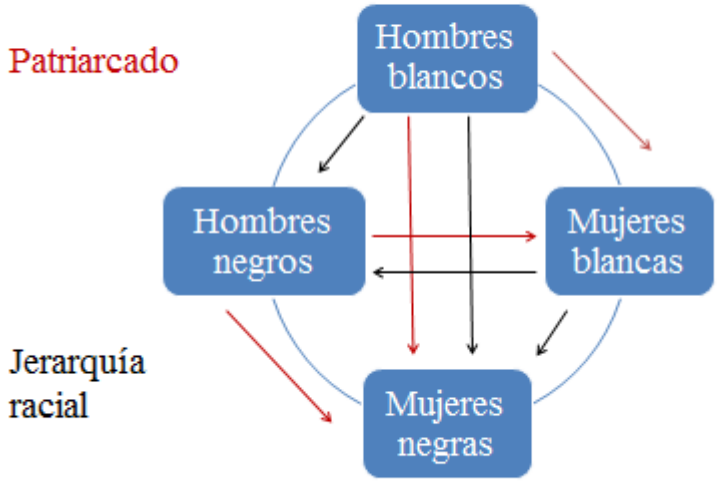
[630] CRENSHAW, K., "Intersectionality: The double blind of Race and Gender", en una entrevista para *Perspectives,* de la American Bar association http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/perspectives_magazine/women_perspectives_Spring2004CrenshawPSP.authcheckdam.pdf (último acceso 13/03/2017)
"I understand that we can all stand together as long as we think that we are all equally affected by a particular discrimination, but the moment where a different barrier affects a subset of us, our solidarity often falls apart"

[631] FREDMAN, S., *Intersectional discrimination…, op. cit.* p. 33.

[632] BARRÈRE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., "Subordiscriminación …", *op. cit.*, p. 19.

[633] CACHÓN, L., "Exclusión social, políticas de inclusión y políticas antidiscriminatorias", *Arxius de sociologia*, nº 12-13, 2005, pp. 215-244.

De esta forma FREDMAN explica que las relaciones de poder pueden darse no solo verticalmente, sino que incluso de forma diagonal o en capas. Para ilustrar esto presenta el siguiente esquema explicativo, en el que se centra en dos características: género y "raza".[634]



Fuente: FREDMAN[635]

FREDMAN explica que no todas las mujeres ni todos los hombres se encuentran desaventajados de la misma forma, y que son las "relaciones de poder" que rigen la sociedad las que pre-establecen la jerarquía que estos grupos tendrán, lo que significa que en cada "localización social" estas relaciones varíen.[636] En la sociedad occidental, lo ilustra tomando como eje el clásico ejemplo de CRENSHAW de las mujeres negras. Las relaciones de estos cuatro grupos (mujeres blancas, hombres blancos, mujeres negras y hombres negros), se rigen mediante las normas del patriarcado y la jerarquía racial. En este sentido, el heteropatriarcado blanco establece que los hombres blancos tienen una posición dominante, ya que sufren menores dificultades y son discriminados de forma

[634] FREDMAN, S., *Intersectional discrimination…, op. cit.* p. 34.
[635] FREDMAN, S., *Intersectional discrimination…, op. cit.,* p. 34- Traducido por la autora.
[636] MAKKONEN, T., *Multiple, compound…, op. cit*., p. 16.

mucho más leve ya que se ven "aventajados" o privilegiados por la construcción de la sociedad heteropatriarcal blanca.[637] De esta forma, el patriarcado establecerá su posición dominante frente a todas las mujeres. De la misma forma, las mujeres negras se ven supeditadas a la llamada "jerarquía racial" ya que las personas negras sufren mayor discriminación por el color de su piel. De esta forma, las mujeres negras se encuentran en el lado contrario al de los hombres blancos, ya que las relaciones de poder las posicionan en un lugar desaventajado tanto bajo el patriarcado y como en relación a la "jerarquía racial". Dentro del grupo de las mujeres, aquellas pertenecientes a minorías étnicas serán más susceptibles de sufrir discriminación que aquellas que pertenezcan a otro grupo "privilegiado", siendo los pertenecientes a otras minorías (religiosas, orientación sexual, etc.) las más susceptibles a sufrir discriminación.

Esta aproximación se ha propuesto tradicionalmente como alternativa al sistema de grupos protegidos; rechazando el concepto de identidad a favor de la opresión o el estigma.[638] Es en cambio, el de campos protegidos el sistema que se ha seguido para desarrollar la legislación antidiscriminatoria. MCCOLGAN alega que la aproximación de las características protegidas, por muy problemática que sea, es inevitable cuando la discriminación se regula mediante un régimen legal detallado.[639]

En Canadá y Sudáfrica han logrado combinar ambas teorías. Sin embargo, parten de un sistema abierto de motivos de discriminación.

La sección 15 de la *Charter of Rights and Freedoms* de Canadá contiene una cláusula abierta de motivos de discriminación, tal y como lo hace la ECHR.

> 15. (1) Todo individuo es igual ante y bajo la ley y tiene derecho a la igual protección e igual beneficio de la ley sin discriminación alguna y, en particular, sin discriminación basada en raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física.
>
> (2) La subsección (1) no se opone a cualquier legislación, programa o actividad que tiene como objeto el mejoramiento de las condiciones de los individuos o grupos que están en desventaja, incluyendo por razón de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física.[640]

---

[637] En la cultura anglosajona se viene a denominar "white male priviledge".

[638] A este respecto ha escrito extensamente la profesora Iyiola Solanke. Vid., por ejemplo: SOLANKE, I., "Stigma- A limiting principle allowing multiple-consciousness in anti-discrimination law?" en SCHIEK D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law- Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, pp. 115- 137.

[639] McCOLGAN, A., *Discrimination…, op. cit.,* p. 59.

[640] CANADÁ, *Charter of Rights and Freedoms*, de 17 de abril de 1982, sección 15.

Los tribunales han utilizado posteriormente la aproximación de "campo análogo" para interpretar qué campos pueden considerarse cubiertos a parte de los considerados en el texto constitucional; habiéndose realizado esta interpretación de forma expansiva y aceptando la combinación de campos. Esto otorga al sistema la flexibilidad necesaria para adaptarse a cambios en la sociedad, algo que la legislación antidiscriminatoria de la UE no permite actualmente.[641] Es igualmente importante el primer punto de la segunda sección, que declara que no constituirán discriminación las leyes, programas o actividades que tengan como objetivo mejorar las condiciones de individuos y grupos desaventajados, incluyendo aquellos que sufren desventaja por razón de "raza", origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física. Esto implica que se indica que las acciones positivas serán el modo en el que pueda afrontarse la discriminación proveniente de las fuerzas de opresión.

En Sudáfrica, la discriminación, por una parte se define de forma amplia, teniendo el concepto de desventaja sistémica en mente:

> «discriminación»
> significa cualquier acto u omisión, incluyendo medidas políticas, ley, regla, práctica, condición o situación que directa o indirectamente-
> a) imponga cargas, obligaciones o desventaja sobre, o
> b) retenga los beneficios, oportunidades o ventajas de cualquier persona, en una o más de los campos prohibidos[642]

---

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.
(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[641] MONAGHAN, K., "Multiple and intersectional discrimination in EU law", *European Anti-discrimination law*, nº 13, 2011, pp. 20-32.

[642] SUDAFRICA: *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000* to give effect to section 9 read with item 23(1) of Schedule 6 to the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, so as to prevent and prohibit unfair discrimination and harassment; to promote equality and eliminate unfair discrimination; to prevent and prohibit hate speech; and to provide for matters connected therewith, de 2 de febrero de 2000.
"discrimination"
means any act or omission, including a policy, law, rule, practice, condition or situation which directly or indirectly-
a)imposes burdens, obligations or disadvantage on; or
b)withholds benefits, opportunities or advantages from, any person on one or more of the prohibited grounds;

Los campos protegidos se definen asimismo de forma amplia:

> Los "campos prohibidos" son-
> a) raza, género, sexo, embarazo, estado civil, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, conciencia, creencia, cultura, idioma y nacimiento; o
> b) cualquier otro campo en el que la discriminación basada en éste:
>
> i) cause o perpetúe la desventaja sistémica;
> ii) que mine la dignidad humana o
> iii) afecte adversamente el disfrute de los derechos y libertades de una persona de forma tan seria que sea comparable a la discriminación sufrida en un campo de los enumerados en (a) [643]

Los tribunales Sudafricanos han adoptado una aproximación de igualdad sustantiva, utilizando el contexto de la diferencia de trato y su impacto (si impulsa la igualdad o en cambio agranda las diferencias). Es loable que en el punto b) i) se establezca que constituirá discriminación cualquier acción que "cause o perpetúe la desventaja sistémica".

Los países que contengan clausulas abiertas de igualdad podrían potencialmente adoptar cualquiera de las aproximaciones. En el contexto de la Unión, sin embargo, debido al reparto de competencias, y siendo las de no-discriminación compartidas, el equilibrio puede convertir una adaptación de los Estados miembros en este sentido en una tarea imposible, razón por la que la UE debería tomar la iniciativa.

Mientras FREDMAN propone combinar la aproximación espaciosa de los campos de discriminación con las corrientes de opresión,[644] SOLANKE propone sustituir el vínculo de las características, que visualiza como "inmutable" por el "estigma". La autora afirma que incluso la interseccionalidad se halla formulada en combinación de campos y que por ello está condenada a la trampa de la inmutabilidad, proponiendo el

[643] "prohibited grounds" are-
a)race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth; or
b)any other ground where discrimination based on that other ground-
i)causes or perpetuates systemic disadvantage;
ii)undermines human dignity; or
iii)adversely affects the equal enjoyment of a person's rights and freedoms in a serious manner that is comparable to discrimination on a ground in paragraph (a);
SUDAFRICA: *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000... op. cit.*
[644] FREDMAN, S., *Intersectionality…, op. cit.* pp. 69-70.

estigma como núcleo de la legislación antidiscriminatoria (como concepto cambiante y flexible). [645]

Considero no obstante esencial preservar el sistema de motivos protegidos y el concepto de identidad, a pesar de que plantee numerosos problemas. En este sentido, YOUNG declara que:

> Un grupo social no se define principalmente por una serie de atributos compartidos, sino por un sentido de identidad. Lo que define a la gente negra norteamericana como grupo social no es principalmente su color de piel; algunas personas cuyo color de piel es bastante tenue, por ejemplo, se identifican a sí mismas como negras. A pesar de que a veces los atributos objetivos son una condición necesaria para clasificarnos a nosotras mismas o a las demás como pertenecientes a cierto grupo social, son la identificación con una cierta categoría social, la historia común que genera la categoría social y la autoidentificación las que definen al grupo como grupo.[646]

Bajo esta premisa de preservar los campos de discriminación y el concepto de identidad como subyacentes en el derecho antidiscriminatorio, ha de explorarse no obstante en qué medida, y cómo, puede éste incluir la discriminación sistémica realizada por las fuerzas de opresión en Derecho, concretamente en el Derecho antidiscriminatorio de la UE.

En este sentido, no puede obviarse que la discriminación puede ocurrir en cualquier instancia y a cualquier persona, no solo motivado por esas relaciones de poder.

De hecho, a pesar de que el porcentaje de casos sea infinitamente menor, hay personas que pueden ser discriminadas a pesar o debido a su "privilegio" previo dentro del esquema de relaciones de poder. No solo eso, sino que el esquema de las relaciones de poder sigue estableciendo grupos aventajados o no identificables con una característica, corriendo el peligro de seguir asumiendo que existen "grupos" y que estos grupos son uniformes y que son privilegiados de forma más o menos homogénea. Son por tanto, ambas teorías complementarias, y así deben configurarse en el ordenamiento.

---

[645] SOLANKE, I., "Stigma- A limiting principle... *op. cit.*, p. 115.

[646] YOUNG, B., "Disciplinary Neoliberalism…", *op. cit.*, p. 79; tal y como se cita en BARRÈRE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., "Subordiscriminación …", *op. cit.*, p. 20.

Es extremadamente complicado cambiar la conceptualización y la aproximación jurídica que se hace sobre ciertas materias, como la discriminación, como para construir una teoría completamente nueva. Es por tanto esencial encontrar la forma de proteger a las víctimas de la discriminación múltiple y especialmente interseccional sin olvidar aquellas victimas discriminadas por motivos unitarios. La forma de seguir adelante y lograr resultados, y que las formulaciones jurídicas sean verdaderamente aplicables y los legisladores estén dispuestos a aplicarlas; pasará por conseguir entender, en base a lo ya construido, la discriminación interseccional.

Por tanto, es necesario, en mi opinión, no descartar la aproximación a la discriminación que se ha venido haciendo, y que de hecho, ha resultado efectiva para los casos en los que las personas eran discriminadas en base únicamente a una categoría protegida. La casuística de la discriminación es compleja y heterogénea, y no se da únicamente en grupos o subgrupos que por razones sociales se encuentran especialmente oprimidos, sino que depende también en gran parte de quién es el opresor y cuál es su experiencia vital. La discriminación interseccional asimismo, puede darse en grupos víctimas de discriminación sistemática o directamente motivados por el estereotipo personal de (por ejemplo) un empleador. Es por tanto necesario que se evite dejar sin protección a unas víctimas por visibilizar a aquellas que han sido relegadas al olvido.

FREDMAN señala que las **medidas proactivas o positivas** son el instrumento ideal para hacer frente a este paradigma.[647] Para ello argumenta que el sistema actual, basado en las quejas individuales de personas que sufren la discriminación no permite ver la imagen amplia de la discriminación sistemática de ciertos subgrupos. Para redactar medidas proactivas, empero, es necesario identificar desigualdades de grupos y confeccionar medidas en vez de reaccionar a quejas individuales, impulsando un cambio sistemático y dinámico que parte del legislador mediante la creación de mecanismos institucionales. En este sentido, como hemos evidenciado en el presente estudio, las respuestas o soluciones que se dan al acto discriminatorio son únicamente reaccionarios, estableciendo sanciones como reacción a los casos individuales o *ad hoc*; pero no

[647] En relación a Sandra Fredman y su propuesta; se han tomado en cuenta aquí FREDMAN, S., *Intersectionality… op. cit*., pp. 80-85 y FREDMAN, S., "Positive rights and positive duties: Addressing Intersectionality" en SCHIEK D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law-Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, pp. 73-91.

impulsando un análisis de las corrientes de poder, estigma y privilegio. Mediante la acción positiva, sin embargo, existe una necesidad de identificar, evaluar y actuar de forma grupal, dando como resultado una lucha no centrada en la experiencia del individuo sino en pos de evitar que ciertas personas queden situadas en una situación de especial vulnerabilidad. Destaca FREDMAN, además que esto también implicaría que no haga falta identificar un perpetuador, ya que no hay un solo culpable, sino que la discriminación sistemática tiene raíces múltiples.[648] Opino, asimismo, que la formulación de éstas políticas debe hacerse por parte de los Estados miembros, aunque puedan partir de una obligación impuesta por la UE. De esta forma podría adaptarse a la situación de cada localización geográfica, ya que como defiende MCCOLGAN, es necesario considerar la situación de cada lugar, ya que el status está relacionado con elementos distintos partiendo del trasfondo de cada sitio.[649] Sin embargo, como señalan KANTOLA y NOUSIAINEN, habría que instaurar una obligación expresa a los Estados miembros para que redacten y apliquen medidas positivas a este respecto, ya que a día de hoy se permite un amplio margen de discreción a los Estados miembros de tal forma que no tienen obligación alguna de introducir medidas proactivas en su ordenamiento.[650]

FREDMAN destaca que esto requiere un conocimiento más cercano de la relación entre los objetivos de la igualdad y la demarcación de los grupos protegidos. En el diseño de medidas proactivas, los grupos deben definirse no sólo en términos de sus marcadores de status, sino con referencia a los objetivos particulares de igualdad, es decir, la necesidad de eliminar el estigma, acoso y violencia basada en una característica de grupo; la necesidad de respetar, promover y dar cabida a diferentes identidades; la necesidad de compensar la desventaja; y la necesidad de facilitar la participación.[651] CACHÓN explica, asimismo, que las políticas deben ir en la dirección de las «3R»: Redistribución, Reconocimiento y Representación.[652] MAKKONEN redirige la atención a los derechos humanos en general, reclamando la interdependencia de unos y otros, para que el foco no se aleje de los derechos económicos, sociales y cívicos que tienen influencia en las razones primarias de las desigualdades. De esta forma, se asegura la

[648] FREDMAN, S., *Intersectionality…, op. cit*., p. 80.
[649] McCOLGAN, A., *Discrimination…, op. cit.,* pp. 66-69.
[650] KANTOLA, J., NOUSIAINEN, K., "Institutionalizing Intersectionality…", *op. cit*., p. 470.
[651] FREDMAN, S., "Positive rights and positive duties…", *op. cit*., pp. 81-85.
[652] CACHÓN, L., "Aprender para una mejor convivencia: las experiencias europeas de conflictos ligados a la inmigración vistas desde la realidad española" en CACHÓN, L., (ed.), *Inmigración y conflictos en Europa. Aprender para una mejor convivencia*, Barcelona, Hacer, 2011, pp. 431-497.

posibilidad de formular medidas de acción positiva centradas en grupos de especial vulnerabilidad que sufren discriminación sistémica y estructural.[653]

Uno de los mayores problemas al que nos enfrentamos en la formulación de la acción positiva con el objetivo de superar la desventaja sistémica es cómo identificar los grupos interseccionales. Debido a la naturaleza de la acción positiva, se hace uso de una aproximación "*top-down*", ya que son los legisladores los que formulan las medidas, identifican los grupos y monitorizan los resultados. La participación directa de las víctimas es en este sentido esencial, ya que como señala CACHÓN permitiría "un efecto pedagógico que es fundamental en este campo y que contribuiría a romper estereotipos y luchar contra los prejuicios que están en la base de las prácticas discriminatorias".[654] No es tarea sencilla, pero está demostrado que la consulta e implicación de los actores involucrados es la forma más efectiva para asegurar que se da voz a todas las minorías.

En este sentido, no hay que obviar que ya se han formulado programas de igualdad específicos (visualizamos por tanto una obligación en la ley para establecer medidas pero libertad en cuanto al uso de normativas o *soft law* para la aplicación de éstas) que pueden servir de base para la creación de éstas medidas.[655] A este respecto, los factores de exclusión deberían ser identificados, así como los colectivos afectados analizados desde la perspectiva interseccional. Partiendo de esa base, sería conveniente formular objetivos de igualdad generales. En definitiva, propuestas a este respecto deberían incluir:

1- Formulación de objetivos concretos;

2- Identificación de dificultades a la participación plena motivados por la discriminación estructural;

3- Incorporación de una visión interseccional;

4- Formulación de soluciones amplias e integradoras.

[653] MAKKONEN, T., *Multiple, compound…, op. cit.,* pp. 59-60.
[654] CACHÓN, L., "Los retos actuales …", *op. cit.*, p. 114.
[655] Vid, por ejemplo, el Anexo B a la MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, Decisión España- Programa de Iniciativa Comunitaria EQUAL para el periodo 2000-2006, pp.19-20 http://www.carm.es/chac/interleg/picequal.pdf (último acceso 22/03/2017).

E. El comparador

Tal y como se ha explicado en el Capítulo I, el Derecho antidiscriminatorio del UE exige un comparador; formula proveniente del Derecho Anglosajón que la UE adoptó posteriormente.[656] El modelo actual de comparador se construye alrededor de la máxima de que una persona está siendo tratada "menos favorablemente de lo que otra es o sería tratada". Ello implica que el "otro" debe de ser alguien que no contenga la característica especialmente protegida.

Numerosos autores defienden que es necesario que la UE encuentre la forma de moverse de un comparador estrictamente unitario para centrarse en uno que se centre en lograr la igualdad sustantiva y lograr disminuir la desventaja estructural.[657] Se ha defendido por tanto, que en el caso de la discriminación interseccional, este comparador debería de ser una persona que no contenga ninguna de las características protegidas. Para ello, habría que elegir una persona que no contenga ninguna de las características que configuran la intersección. Por ejemplo, en el caso de una mujer negra, el comparador lo constituiría un hombre blanco.

Sin embargo, esta aproximación toma asume de alguna forma cierta "dualidad" en las categorías, de forma que se elija "lo contrario" de cada característica como componente del comparador múltiple. No obstante, en la elección del comparador, sería positivo tener en cuenta las fuerzas de opresión-privilegio, de tal forma que se tome como elementos para el comparador múltiple los extremos de dichas fuerzas. FREDMAN señala que no obstante, elegir un hombre blanco para un caso de discriminación interseccional de una mujer negra puede invisibilizar la fuerza sinérgica de la discriminación interseccional.[658] El balance imposible que esto supone, más aún si esa intersección se da en base a más de dos motivos, implican necesariamente un cambio en el planteamiento central del comparador.

---

[656] BURRI, S., SCHIEK, D., *Multiple Discrimination…, op. cit.,* p. 18.

[657] Entre otros:
HOWARD, E., "Multiple discrimination…", *op. cit.,* p. 9.
MONAGHAN, K., "Multiple and intersectional…", *op. cit.,* p. 32.
FREDMAN, S. "Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law", *European Anti-.Discrimination Law Review*, n º2, 2005, pp. 13–18.

[658] FREDMAN, S., *Intersectionality…., op. cit.,* p. 65.

Otra tendencia, basada en el caso *Shamoon v RUC* es centrarse en la razón (*intent*) en la que el perpetrador se ha basado para cometer el hecho discriminatorio:

> Me parece que este análisis apunta a la conclusión de que los tribunales laborales podrían en ocasiones evitar disputas sobre la identificación de un comparador adecuado, concentrándose principalmente en por qué el reclamante fue tratado como lo fue ella. ¿Fue basado en el campo prohibido que forma la base de la demanda?[659]

En la sentencia *Cordell v Foreign and Commonwealth Office* Underhill J estableció que:

> Donde hay un comparador propiamente dicho, realizar la pregunta del tratamiento menos favorable puede constituir la ruta más directa a la respuesta a ambas preguntas; pero cuando no hay ninguno, generalmente será mejor centrarse en la pregunta de "¿Por qué?" que empantanarse en la tarea a menudo árida y confusa de "construir un comparador hipotético".[660]

A este respecto, MONAGHAN propone que en los caso de discriminación directa simplemente deje de usarse el comparador, de tal forma que solo haga falta preguntarse por la razón subyacente que ha originado la discriminación. En los casos de discriminación indirecta interseccional, añade que lo necesario sería que el comparador no contenga ninguna de las características contenidas en la intersección.[661]

F. La naturaleza de las sanciones

Las sanciones en el Derecho discriminatorio tienen un objetivo esencialmente dual. Por una parte las sanciones cuentan con un objetivo disuasorio, de forma que se persuada a la sociedad de no discriminar en el futuro. En este sentido, debido a la especial vulnerabilidad de las víctimas de la discriminación interseccional, es lógico imponer una sanción más elevada que en relación a acciones discriminatorias basadas en una sola característica. En los Estados miembros que cuentan con legislación al

[659] REINO UNIDO, *Shamoon v RUC* 2003 IRLR 285, apartado 11. "This analysis seems to me to point to the conclusion that employment tribunals may sometimes be able to avoid arid and confusing disputes about the identification of the appropriate comparator by concentrating primarily on why the claimant was treated as she was. Was it on the proscribed ground which is the foundation of the application?"
[660] REINO UNIDO, *Cordell v Foreign and Commonwealth Office,* 2012 ICR 280 EAT, apartado 18. "Where there is an actual comparator, asking the less favourable treatment question may be the most direct route to the answer to both questions; but where there is none it will usually be better to focus on the reason why question than to get bogged down in the often arid and confusing task of "constructing a hypothetical comparator.".
[661] MONAGHAN, K., "Multiple and intersectional… *", op. cit.,* pp. 26-27.

respecto, el hecho de que el tribunal reconozca la discriminación interseccional suele traducirse en tomarlo como factor al evaluar el monto de los daños.[662]

Por la otra, las sanciones deben constituir una satisfacción para la víctima. Como hemos mencionado anteriormente, la satisfacción de la víctima en los casos de discriminación, muy especialmente en los interseccionales, reside en dos esferas. La primera esfera está relacionada con la necesidad de una prohibición expresa en la ley.[663]

El efecto sinérgico de la discriminación múltiple debe reconocerse en Derecho, estableciendo sanciones más elevadas.

En este caso abogo por seguir la tendencia de los pocos Estados miembros que han legislado a este respecto y agravar la compensación de las sanciones. Es cierto que el Derecho Europeo antidiscriminatorio ha sido hasta el momento bastante ambiguo en lo que a éstas se refiere, únicamente estableciendo que las sanciones deben de ser "proporcionadas y efectivas". Se ha dado un amplio margen a los Estados para establecer qué implica esto exactamente[664] y exceptuando casos marginales (se habló de ello con el caso *Accept*- en el que se había realizado una amonestación)[665] no se ha tratado de forma extensa mediante la jurisprudencia.

G. Los organismos de igualdad

Como hemos explicado en el Capítulo III, tanto la Directiva de igualdad racial como las Directivas de género obligaban a la instauración de un organismo de igualdad. La normativa dejaba, no obstante, un gran margen de apreciación a los Estados miembros, únicamente exigiendo que sean independientes y que tengan competencias

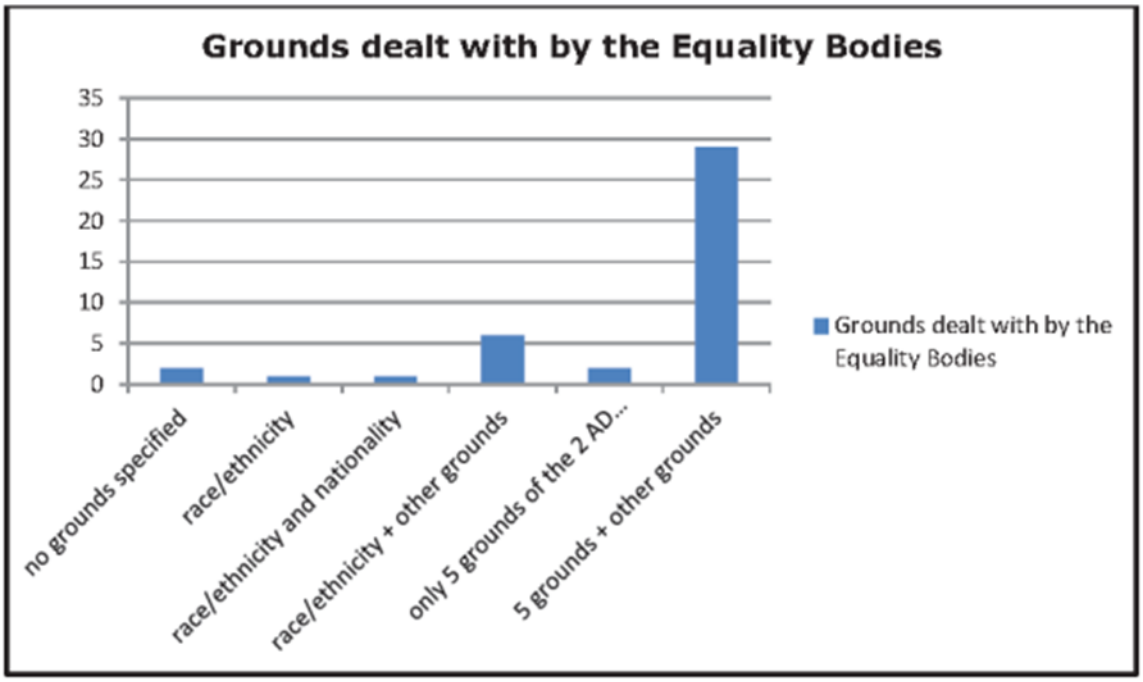
[662] A este respecto, AUSTRIA, *Federal Equal Treatment Act … op. cit.*, artículo 19; CROACIA, *Anti-discrimination Act… op. cit.* artículo 6(2); RUMANÍA, *Ordinance (GO) 137/2000… op. cit.*
[663] HOWARD, E., "Multiple discrimination…", *op. cit.*, pp. 11-12.
[664] A este respecto, WLADASCH, K., *The sanctions regime…, op. cit.*
[665] STJUE, *Asociaţia Accept…, op. cit.,* declaración final 3 "El artículo 17 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando se constata la existencia de discriminación basada en la orientación sexual, en el sentido de dicha Directiva, una vez expirado el plazo de prescripción de seis meses desde la fecha en que tuvieron lugar los hechos, sólo cabe pronunciar una amonestación como la controvertida en el litigio principal si, con arreglo a la misma normativa, tal discriminación no se sanciona en condiciones de fondo y de procedimiento que confieran a la sanción carácter efectivo, proporcionado y disuasorio. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si ello es así con respecto a la normativa controvertida en el litigio principal y, en su caso, interpretar el Derecho nacional en todo lo posible a la luz del texto y de la finalidad de dicha Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue."

para poder ayudar a las víctimas de discriminación. Asimismo, se establecía que deben de tener poderes suficientes para llevar a cabo encuestas y estudios, así como publicar informes, recomendaciones e investigaciones. La Directiva refundida agregó el requisito de que el organismo de igualdad en materia de igualdad de género de los Estados miembros, tiene que tener la capacidad para intercambiar información con los organismos europeos correspondientes.[666]

Como resultado, los organismos de igualdad difieren enormemente en lo que a naturaleza, campos de especialización, poderes etc. se refiere. Existe cierta tendencia sin embargo a unificar los organismos de igualdad en uno que cubra todos los motivos cubiertos por la ley, como por ejemplo en Reino Unido o Noruega. KANTOLA y NOUSIAINEN apuntan a que parte de la argumentación para ello es luchar contra la discriminación múltiple e interseccional de forma más efectiva, y que ha resultado además en la consecución de una agenda integrada global.[667]

A pesar de que esto tiene ventajas innegables como litigación estratégica y efectividad de costes (entre otras), es también cierto que el desarrollo asimétrico de los campos de discriminación en la legislación hace que cada campo tenga unos estándares de protección que pueden diferir, lo que indiscutiblemente supone un reto.[668]

[666] Artículo 20 (2) (d) Directiva 2006/54… *op. cit.*
[667] KANTOLA, J., NOUSIAINEN, K., "Institutionalizing Intersectionality…", *op. cit.*, pp. 459–477. Especialmente, pp. 459-460.
[668] CHOPIN, I., GERMAINE, C., *A comparative analysis…, op. cit.,* p. 103.



Fuente: CHOPIN, I., GERMAINE, C.[669]

Equinet publicó en 2016 un informe comparativo realizado por CROWLEY en el que apuntaba a que solo 6 organismos de igualdad tenían la discriminación múltiple dentro de su mandato, mientras que otros 6 organismos de igualdad realizaban a cabo trabajos en este área a pesar de que no tuviesen una disposición reguladora al respecto. Asimismo, señalaron que 18 organismos de igualdad de 17 países trabajan o han trabajado con temas relacionados con la interseccionalidad.[670] Es lógico pensar que los organismos que se ocupan de todos los campos protegidos por la legislación antidiscriminatoria tienden a prestar atención a problemas de discriminación múltiple de forma más efectiva.

CACHÓN propone la creación de un (único) organismo independiente de defensa de la igualdad de trato con competencia en todos los campos y por todos los motivos, que debería tener garantizada la independencia de sus funciones, la eficacia de su actuación y la apertura a la sociedad civil.[671]

[669] *Ibid.* p. 109.
[670] CROWLEY, N., *Innovating …, op. cit.*, p. 19.
[671] CACHÓN, L., "Los retos actuales …", *op. cit.*, p. 114.

H. Datos de Igualdad

Los datos de igualdad funcionan principalmente en dos direcciones contrapuestas: en primer lugar, es necesario probar que el fenómeno existe y ocurre en la sociedad, de forma que pueda evaluarse la necesidad real de implementar medidas al respecto,[672] y en segundo lugar sirven como base para el medio probatorio a utilizar en los casos de discriminación. Sin datos sobre lo que ocurre y sus efectos, el fenómeno de la discriminación múltiple e interseccional, así como la discriminación basada en otras razones quedaría en meros casos anecdóticos. DORON recomienda que el discurso político y legal sobre igualdad esté justificado por datos empíricos y demográficos de forma que se conecte la noción de igualdad a la realidad. Afirma, que el poder de la igualdad y la no discriminación como herramienta social activa, residirá eventualmente en su capacidad de ser sensible a los cambios de la UE ampliada actual y futura.[673]

De hecho, el proyecto GendeRace[674] puso de manifiesto, como lo han hecho otros proyectos[675] que la existencia de datos de igualdad es escasa, pero que esta falta se agudiza en relación a la discriminación múltiple e interseccional. El estudio de CROWLEY sobre los organismos de igualdad, pone asimismo de manifiesto que:

> Sin embargo, lagunas de datos permanecen y son identificadas como una barrera para la acción sobre interseccionalidad por los organismos de igualdad. La ausencia de disposiciones legales sobre interseccionalidad limita el trabajo de los organismos de igualdad en este aspecto. Tales disposiciones (incluso las disposiciones de naturaleza limitada sobre discriminación múltiple) en la legislación de igualdad son un valioso incentivo para los organismos de igualdad en relación a la interseccionalidad.[676]

---

[672] Los datos de igualdad son utilizados como base para redactar los Planes nacionales de igualdad y las medidas de acción positiva.

[673] DORON, I., "Demographic, social change and equality" en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 356.

[674] HOWARD, E., "Multiple discrimination…", *op. cit.*, p.5.

[675] Vid. Entre otros:
MAKKONEN, T., *European handbook on equality data*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007.
CHOPIN, I., FARKAS, L., GERMAINE, C., *Ethnic origin and disability data collection in Europe: measuring inequality—combating discrimination*, Budapest: Open Society Foundations, November 2014.

[676] However, data gaps remain and are identified as a barrier by equality bodies for action on intersectionality. The absence of legal provisions on intersectionality limit the work by equality bodies on these issues. Such provisions, even limited provisions on multiple discrimination, in equal treatment legislation are a valued incentive for equality bodies to engage with intersectionality. CROWLEY, N., *Innovating …, op. cit.*, p. 42.

Lo cierto es que a pesar de las buenas intenciones contenidas en las normativas de reversión de la prueba en el Derecho discriminatorio, mediante las cuales, tal y como se ha explicado en el Capítulo III, siempre que existan hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta (artículo 10.1 de la Directiva 2000/78 y articulo 8.1 de la Directiva 2000/43) es el demandado el que debe probar que no ha habido tal discriminación; el funcionamiento en la práctica ha demostrado ser mucho más complejo. Las intenciones que dirigieron al legislador se han visto frustradas por la ausencia de las necesarias consecuentes obligaciones a los Estados miembros para recoger datos estadísticos que permitirían ilustrar el impacto desproporcional de algunos actos o medidas sobre determinados grupos.[677]

Los datos de igualdad que se recogen en los Estados miembros de la UE varían enormemente. Es de hecho extremadamente complicado encontrar datos que sean verdaderamente comparables de un estado miembro al otro, ya que la metodología o muestras escogidas son extremadamente diferentes.[678]

La importancia de obtener y disponer de datos sobre la experiencia de la discriminación sufrida cobra gran importancia en este campo, especialmente en relación a la interseccionalidad. Es extremadamente escasa la información "cruzada" que está disponible para probar por una parte que la discriminación ocurre y por otra poder desarrollar comparadores efectivos. En este sentido, un esfuerzo a nivel de la UE sería más que deseable.

Es esencial que los datos que todos los Estados miembros recogen sobre las experiencias discriminatorias (si los recogen) se disgreguen y combinen con el resto de motivos; lo que requeriría que en los organismos de igualdad, comisarías y otros espacios de atención primaria a las víctimas que les permitan identificar su experiencia como múltiple e interseccional; y que esos datos sean públicos.

[677] DE SCHUTTER, O., "Recognition of the rights of minorities and the EU´s Equal Opportunities Agenda", *European Anti-Discrimination Law Review*, vol. 11, 2010, pp. 23-34.
[678] Vid. MAKKONEN, T., *European handbook… 2006, op. cit.* y MAKKONEN, T., *European handbook on equality data 2016 revision,* Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2016.

5. UNA NUEVA PROPUESTA INTEGRAL E INTEGRADORA

Partiendo de la forma en la que se ha construido la legislación antidiscriminatoria y tomando en cuenta las lecciones aprendidas del debate doctrinal que hemos resumido en la sección anterior, es evidente la necesidad de acción en numerosas esferas.

A pesar de que la Comisión Europea manifestase en el memorándum de la propuesta horizontal que legislar en materia de discriminación múltiple superaba las competencias de la Unión; lo cierto es que no se han obtenido argumentos para ello, y el propio Parlamento Europeo planteó la inclusión de la discriminación múltiple en la propuesta de Directiva horizontal.[679] A este respecto BELL defiende que el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam (ahora artículo 19 del TFUE) constituye un compromiso no solo a luchar contra la discriminación en base a cada uno de los motivos reconocidos en éste, sino también para luchar contra desigualdades interrelacionadas.[680] Defendemos en este sentido que no existe impedimento legal alguno para legislar sobre discriminación múltiple e interseccional sobre los motivos recogidos en el artículo 19 del TFUE, siempre que dicha normativa se restrinja a aquellos motivos. Será labor (y opción) del legislador nacional, al transponer la Directiva al derecho nacional aumentar la protección en relación a todos aquellos motivos protegidos en el Derecho antidiscriminatorio de cada Estado miembro.

La nueva propuesta se sitúa en un escenario en el que se ha aprobado ya la Directiva horizontal. En este sentido, existen esperanzas renovadas para dicha adopción tras la creación del Pilar europeo de derechos sociales.

La propuesta pasa por realizar, una refundición del corte de la Directiva 2006/54.[681] Tal y como apuntan KANTOLA y NOUSIAINEN, la reestructuración tenía entonces como objetivo la clarificación uniendo las directivas de género que se hallaban expandidas,[682] y es precisamente ese objetivo el que se buscaría mediante esta propuesta. Ésta incluiría todas las Directivas de discriminación que se han analizado en

[679] Propuesta de Directiva del Consejo… COM(2008) 426 final 2008/0140 (CNS*), op. cit.*
[680] BELL, M., "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive", *European Law Journal*, nº 8, vol. 3, 2002, p. 385.
[681] Directiva 2006/54… *op. cit.*
[682] KANTOLA, J., NOUSIAINEN, K., "Institutionalizing Intersectionality…", *op. cit.*, p. 465.

el Capítulo III (más la Directiva Horizontal), las evoluciones jurisprudenciales, igualaría el nivel de protección ofrecido en los diferentes campos e incluiría la discriminación múltiple.

Esta solución conllevaría grandes ventajas. Por una parte, se **unificaría** la legislación antidiscriminatoria en un solo documento, recomendación hecha por numerosos expertos y estudios, tal y como hemos expuesto. Esto ayudaría a crear sinergias y a superar la fragmentación instaurada en la conciencia ciudadana por motivos de discriminación, superando la desmembración del Derecho antidiscriminatorio europeo. El proyecto GendeRace puso de manifiesto que las ventajas que acarrea que la legislación anti-discriminatoria esté contenida en un solo cuerpo legislativo son muchas. Por una parte, es más posible que todos los campos reciban el mismo alcance en lo que a protección se refiere. En este mismo sentido, FREDMAN indicó que la armonización legal de la legislación en lo que a los campos se refiere es uno de los requisitos esenciales para lograr una protección funcional de la discriminación interseccional.[683]

Por otra parte, las victimas tendrán más fácil referirse a un solo texto legislativo cuando interpongan la denuncia, en vez de tener que acudir a textos independientes, lo que también permitirá que los casos de discriminación múltiple e interseccional sean identificados antes.[684] Además, se facilita que las organizaciones sociales y ONGs que ahora se dividen en motivos específicos encuentren puntos en común para trabajar conjuntamente y producir eventualmente estudios conjuntos que tomen en cuenta una perspectiva múltiple o interseccional.

La forma más efectiva de superar las limitaciones, pasa en definitiva por divulgar el mensaje de que todos los hechos discriminatorios son deleznables y se ha de luchar contra ellos. Para ello, la protección entre los campos de discriminación debe ser uniforme, para lo que es necesario unir los textos legislativos esparcidos por motivos de discriminación en un solo texto.[685]

[683] FREDMAN, S., "Double Trouble.." *op. cit.*, pp. 13–18.
[684] Asumimos en este sentido que esta Directiva integral e integradora será traspuesta por los Estados miembros en un solo documento legislativo.
[685] Siempre dentro de un contexto en el que se protege a los ciudadanos de igual forma en relación a todos los motivos de discriminación.

Un solo cuerpo legislativo asegura una protección simétrica y sin contradicciones, lo que se traduce en una herramienta magnífica para abordar la discriminación múltiple creando sinergias y alianzas. Ello implicaría apoyar y fortalecer la cohesión social y solidaridad entre los motivos; lo que ayudaría a superar el fenómeno de la des-solidaridad y des-identificación entre víctimas de discriminación de distintos motivos.

De esta forma se lograría realizar un control estricto sobre las diferencias de protección entre los campos de discriminación, "asegurando que los diferentes textos de las directivas solo divergen cuando hay una razón clara y precisa para ello".[686]

Una legislación unificada aumentaría la claridad no solo de conceptos sino de la propia legislación en relación a los ciudadanos europeos. Uno de los mayores problemas que se afrontan, como hemos señalado, es la desinformación de los ciudadanos acerca de los derechos que la legislación antidiscriminatoria confiere;[687] producto, en parte, de la fragmentada legislación que ha demostrado ser excesivamente confusa en muchos Estados miembro.

Las especificaciones que esta propuesta debería contener en un principio para ser efectiva, sería, por una parte, la **prohibición expresa y definición específica** de los conceptos de discriminación múltiple e interseccional. En este sentido, podría tomarse como base la enmienda del Parlamento Europeo a la Directiva Horizontal y realizar clarificaciones conceptuales. En este sentido, la propuesta exige definir el concepto "discriminación múltiple" que, siguiendo las recomendaciones de BURRI y SCHIEK, o SOLANKE,[688] proponemos que constituya el concepto que engloba subtipologías. Debido a las especificaciones de la discriminación interseccional, ésta debería ser expresamente definida y prohibida.

Asimismo, debería incluir normas expresas sobre el **comparador** a utilizar, ya que es uno de los puntos en los que los Estados miembros difieren y que más confusión produce tanto a los legisladores como a aquellos que han de aplicar la ley.

[686] WADDINGTON, L., "The new equality Directives…", *op. cit.,* p. 54.
[687] Vid. Capítulo III en este sentido.
[688] BURRI, S., SCHIEK, D., *Multiple Discrimination… op. cit.,* p. 4.
SOLANKE, I., "Multiple Discrimination and Multiple Conciousness", *Current Reflections on EU Gender Equality Law*, ERA, Trier, 2-3 junio de 2014.

Considero por ello, que al contrario de lo que ocurría en la propuesta del Parlamento, en la que el comparador debía ser un real u hipotético que no tuviera la característica protegida,[689] que la experiencia prueba que es más práctico centrarse en el "intent" en los casos de discriminación múltiple, tal y como propone MONAGHAN.[690] De esta forma se consolidaría la idea de que la legislación antidiscriminatoria debe centrarse en lograr la igualdad de facto o de efecto, uniéndolo aún más al concepto de la dignidad de la persona. Sería necesario reflejar esto en el texto legislativo, flexibilizando la necesidad de utilizar el comparador, y permitiendo un comparador múltiple para los casos de discriminación indirecta.

El comparador se ha flexibilizado, como hemos analizado en el Capítulo I en numerosas ocasiones, debido a que resultaba problemático para determinados casos, como por ejemplo embarazo. Por lo tanto, contextualizar el comparador no sería una propuesta excesiva, habiendo habido casos anteriores en los que se ha prescindido del mismo. Proponemos, en este caso también ser flexibles y utilizar la aproximación de analizar que el razonamiento del perpetrador de la discriminación reside en la intersección de las características de la víctima de discriminación interseccional.

En caso de discriminación indirecta, efectivamente, debería establecerse un comparador múltiple que tome en cuenta las relaciones opresión privilegio en el contexto geográfico concreto. La flexibilidad de que el comparador pueda ser hipotético juega a favor de esta propuesta, sin embargo debería de aceptarse constituir un comparador múltiple de forma expresa.

De la misma forma, considero que sería necesario tener en cuenta lo señalado por FREDMAN en relación a **las relaciones de poder** que subyacen de fondo en la mayoría de las acciones discriminatorias.[691] En este sentido, el enfoque interseccional se centra no solo en el "producto" o resultado final de opresión, sino que analiza y pone de

[689] PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa… (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), 2 de abril de 2009, *op. cit.* Artículo 2, apartado 2 de la enmienda propuesta no modificaba el comparador *per se*: "existirá discriminación directa cuando una persona, o personas que están o se presume que están vinculadas con dicha persona, sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por uno o varios de los motivos contemplados en el artículo 1;" PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa… (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)) , 2 de abril de 2009, *op. cit.*

[690] MONAGHAN, K., "Multiple and intersectional… *", op. cit.,* pp. 20-33.

[691] FREDMAN, S., "Positive rights…", *op. cit.*, , pp. 73-91, y FREDMAN, S., *Intersectionality… op. cit*., pp. 80-85.

manifiesto las corrientes opresoras existentes en cada sociedad. Es precisamente mediante esta perspectiva que la discriminación estructural puede tratarse al contrario de con el enfoque actual de campos protegidos. La necesidad de que el comparador se establezca resaltando la intención del discriminador posibilita asimismo que dichos análisis se hagan de forma orgánica.

Abogo, además, por aprovechar de la estructura existente y establecer la obligación de los Estados miembros a luchar contra la discriminación y desventaja sistémica, mediante la acción positiva de acuerdo con lo que propone FREDMAN.[692] KANTOLA y NOUSIAINEN argumentan asimismo, que la construcción político-legislativa de la interseccionalidad dentro del concepto de discriminación múltiple en Europa favorece las políticas antidiscriminatorias comparándolas con otro tipo de medidas para avanzar en la igualdad.[693] Poner el peso de legislar a este respecto en los Estados miembros (sería necesario obligar a los estados a luchar contra la discriminación de los grupos sistémicamente desaventajados), permitiría adaptarlo a cada contexto socio-cultural e histórico de forma óptima. Hay estructuras de opresión que tristemente se repiten en todo el mundo, pero hay otras que están condicionadas por la historia, la cultura, el colonialismo, etc. Para ser efectivos a este respecto, se debería impulsar asimismo la investigación social sobre éstas, de forma que las leyes se promulguen con objetivos concretos unidos a las necesidades, a medida de cada Estado miembro.

Es decir, que se entenderían los sistemas de dominación y opresión sin rechazar el concepto de identidad y la aproximación de campos protegidos, que es de hecho útil para incluir la visión de los sistemas de dominación. Así se supliría lo que señalan BARRÈRE y MORONDO, cuando afirman que "el problema no está ni en las clasificaciones ni en la razonabilidad sino en el modo en que se razona. Dicho de otro modo, si lo razonable o no de la clasificación depende de la interpretación de la misma en clave de sistema de dominación no vemos ningún problema para darle cabida en el Derecho. Es más, hoy por hoy no hay otra manera de instrumentalizar el Derecho en modo anti(subor)discriminatorio que haciendo uso de clasificaciones razonables".[694]

[692] *Ibid.*
[693] KANTOLA, J., NOUSIAINEN, K., "Institutionalizing Intersectionality…", *op. cit.*, p. 460.
[694] BARRÈRE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., ""Subordiscriminación …", *op. cit.*, p. 28.

La acción positiva que planteamos a este respecto se centraría idealmente en una mezcla entre "acciones afirmativas moderadas" y "discriminación inversa".[695] Es evidente la flexibilidad que se adquiere mediante medidas enfocadas más en el *soft law* que en la acción legislativa (mediante recomendaciones, planes de acción o informes). Son además este tipo de medidas en las que la propia UE ha incluido previamente o al menos mencionado la discriminación múltiple o incluso interseccional.[696] Los procesos institucionales para la adopción de éstas en comparación con las legislativas suponen asimismo un punto importante a favor, constituyendo, además, un instrumento considerablemente más flexible y adaptable que la ley. En cualquier caso, no sería conveniente desarrollar una propuesta detallada a nivel Europeo, pero si impulsar y obligar a los Estados miembros a que lo realicen en el contexto nacional. En definitiva, la propuesta debería contener la obligación a los Estados miembros de que hagan uso de la acción positiva (contrariamente a la opción que se da actualmente) y que además se establezcan los grupos históricamente desventajados, identificados mediante la lente que proporciona la interseccionalidad, como objetivo clave de éstas.

Esta Directiva podría utilizarse también para unificar los **Organismos de igualdad** y ampliar su mandato a todos los motivos de discriminación. La labor invaluable que estos Organismos han tenido se ampliaría a todos los motivos, así como a la intersección de los mismos. Esto acarrearía múltiples beneficios, que ya hemos mencionado anteriormente en este capítulo. Tiene además sentido, que al unir todas las normativas sobre discriminación en una sola se aumente la coherencia también en relación a los organismos de igualdad.

Según señalan CHOPIN y GERMAINE es una tendencia ya en práctica[697] que además ayudaría a obtener información unificada y fidedigna, a crear sinergias y a plantear estrategias conjuntas en pos de la igualdad independientemente del motivo de discriminación. De esta forma, los organismos encargados de informar a la sociedad dejarían la tendencia estratégica de elegir uno de los campos en casos de discriminación

[695] Vid a este respecto, Capítulo I.
[696] COMISIÓN EUROPEA, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A Roadmap for equality between women and men 2006-2010, COM(2006) 92 final, 1 de marzo de 2006. COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde - Igualdad y no discriminación…, *op. cit.* COMISIÓN EUROPEA, Tackling Multiple… *op. cit.*
[697] CHOPIN, I., GERMAINE, C., *A comparative analysis…, op. cit.,* p. 103.

múltiple, y se superaría esa suerte de "discrimination ground shopping" que ocurre. Esto permitiría, asimismo, que cada Estado miembro pudiese identificar cuáles son las minorías que sufren discriminación interseccional más acusadamente en su territorio, lo que facilitaría la elaboración de medidas legislativas más concretas y efectivas; especialmente contra la discriminación estructural o sistémica. De la misma forma, sería positivo reestructurar las funciones de éstos, dotándolos por ejemplo, con **la obligación de obtener y analizar datos de igualdad**, ya que estarían posicionados como ninguna otra institución para ello. En este sentido, la recomendación nº5 del informe comisionado por la Comisión Europea, establecía que los Estados miembros deberían desarrollar estrategias para la recogida de datos teniendo en cuenta como mínimo todos los campos protegidos de la vida social cubiertos por la prohibición de discriminación;[698] mientras que CROWLEY señala en su informe que los propios organismos afirman que la falta de datos es una barrera importante en su trabajo.[699]

En relación a las **sanciones**, en caso de que los tribunales decidan que efectivamente ha habido un hecho de discriminación múltiple e interseccional, abogo por seguir la tendencia de los pocos Estados miembros que han legislado a este respecto y agravar la compensación de éstas, reconociendo así el impacto sinérgico que la discriminación interseccional tiene.[700] Puede ser ésta una buena ocasión para establecer directrices más específicas sobre las sanciones en general, ya que únicamente se ha establecido que las sanciones deben ser efectivas, proporcionales y disuasorias. Esta guía ha demostrado ser insuficiente al dejar un excesivo margen a los Estados miembros, tal y como se probó en el caso Accept.[701] Asimismo, debería incluirse que deberá tenerse en cuenta si ha habido violación en dos o más campos de discriminación para calcular la sanción correspondiente, actuando ésta como agravante.[702]

Asimismo, se debería de tratar no caer en los errores de implementación de las Directivas 2000. En este sentido, BENEDÍ identifica, analizando los problemas de las

[698] COMISIÓN EUROPEA, Tackling Multiple…, *op. cit.*, p. 7.
[699] CROWLEY, N., *Innovating …, op. cit*., p. 42.
[700] A este respecto se pronuncia también DE LAMA AYMA, A., "Discriminación múltiple", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. I, pp. 319-320.
[701] STJUE, *Asociaţia Accept…, op. cit.* Asimismo, vid. Capítulo III, y WLADASCH, K., *The sanctions…, op. cit.*
[702] WLADASCH, K., *The sanctions…, op. cit.* p. 44. Los organismos de igualdad abogan, asimismo por esta acción – "It is clear that such provision must be accompanied by enhanced sanctions for multiple discrimination if such provision is to have an impact."

Directivas 2000 en lo que respecta a su implementación, ciertos elementos que han de tomarse en cuenta. En primer lugar señala que el modelo de las Directivas confía en exceso en el conocimiento de los individuos de sus propios derechos. En segundo lugar, señala que debe facilitarse el acceso a la justicia para que ese conocimiento debe cristalizarse una acción en caso de que la persona sea discriminada. En tercer lugar señala que el uso de esos mecanismos estará marcado por los SAFS (semi-autonomous social fields)[703], y consecuentemente irá unido a los valores intrínsecos y lógica interna de aquellos pertenecientes a los mismos SAFS. En cuarto lugar señala la necesidad de que los SAFS tengan poderes negociadores, o dicho de otra forma que sean parte en la formulación e implementación de medidas, sujeto activo y pasivo. En quinto lugar, añade potenciar el rol de los "filtros" es decir, esas personas u organismos a los que la víctima acude cuando ha sufrido una acción discriminatoria. En sexto lugar señala la importancia de los programas de promoción ya sea gubernamentales o auto-regulatorios en las propias empresas. Por último, señala los costes, el tiempo y los contextos legales excesivamente formalistas como otro de los retos a una efectiva implementación de las medidas de la ley.[704]

Opino en este sentido que la formulación de la ley, en el sentido de aunar todas las Directivas antidiscriminatorias en una sola solucionaría la mayoría de los problemas señalados. De la misma forma, la recomendación de que los grupos susceptibles de percibir las medidas de acción positiva tomen parte activa en la formulación de estas medidas podría solucionar en gran medida la implicación de víctimas, SAFS y filtros. En cualquier caso, los aspectos señalados deberán ser tenidos en cuenta en la implementación nacional en los Estados miembros, de la propuesta aquí realizada.

[703] Benedí, en este sentido parte de GRIFFITHS, J., "Legal pluralism and the theory of legislation - with special reference to the regulation of eutanasia" en PETERSEN, H., ZAHLE, H., *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1995, p. 208.

[704] BENEDÍ LAHUERTA, S., "Untangling the application of the EU Equality Directives at national level: a bottom-up approach", CELLS online paper series, vol. 2, 2013.

CONCLUSIONES

Tal y como se ha expuesto en la Introducción, la presente Tesis Doctoral se fundamenta en la siguiente hipótesis central: "en la actualidad, el Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea no contemplaría la discriminación múltiple en su variante de discriminación interseccional, y que sería necesaria una propuesta legislativa por parte de la Unión Europea a este respecto". A lo largo de los cuatro capítulos que conforman el cuerpo del trabajo, se ha pretendido demostrar la autenticidad de esta hipótesis mediante el cumplimiento de los objetivos específicos formulados en la introducción de la Tesis. Las conclusiones más relevantes que validan dicha hipótesis central, respaldados por los resultados obtenidos del análisis de los objetivos específicos, se enumeran a continuación.

PRIMERA

Mediante el análisis realizado de las acepciones de igualdad, y la relación existente entre éstas y los tipos de discriminación, se ha concluido que la legislación antidiscriminatoria no solo puede, sino que debe, perseguir varios objetivos de igualdad de forma combinada. Siendo la igualdad formal el primer objetivo logrado en las democracias modernas, es imperioso incluir, en calidad de objetivo principal, el logro de la igualdad sustantiva de las legislaciones antidiscriminatorias. Con este objetivo en mente, la visualización de la realidad de la sociedad en la que vivimos es ineludible; para consecuentemente cambiar la percepción persistente e incompleta de que mientras haya igualdad en la ley, la igualdad en la práctica es solo cuestión de tiempo. Es en este contexto en el que el Derecho antidiscriminatorio despunta como herramienta para lograr una igualdad real.

Debido a que el Derecho antidiscriminatorio es una corriente relativamente nueva del Derecho, hemos determinado que la claridad conceptual es esencial para perseguir los hechos discriminatorios. A este respecto se ha destacado que un marco conceptual claro logra distinguir los elementos específicos de cada tipo de discriminación, siendo así posible identificar los puntos potencialmente problemáticos del marco jurídico del que es objeto este estudio. En este sentido se ha resuelto, que a pesar de haber confluencia doctrinal sobre los tipos de discriminación (directa, indirecta, acoso etc.), no ocurre lo mismo con los conceptos de discriminación múltiple.

Esta inseguridad conceptual se traduce en que en demasiadas ocasiones se usa el término "discriminación múltiple" para referirse a la discriminación interseccional o a la discriminación cumulativa, debiendo hacer uso del contexto para concluir a qué tipo de discriminación múltiple se asimila en cada momento. Es apremiante por tanto establecer nomenclaturas y definiciones armonizadas, para poder, por una parte sumar esfuerzos; y por otra, ayudar a diluir el halo de confusión que rodea al fenómeno.

En este sentido se ha propuesto utilizar el término "discriminación múltiple" como término que congrega todos los fenómenos causados cuando un sujeto sufre discriminación en base a más de un motivo. En el mismo sentido se ha concluido que es esencial que se distingan diferentes subtipos dentro de este fenómeno, ya que cada uno conlleva dificultades específicas, que pueden o no, ser superadas sin cambiar el *status quo* de la legislación antidiscriminatoria de la UE. En este sentido defendemos que este concepto debería incluir la discriminación cumulativa, aditiva e interseccional; siendo especialmente necesario distinguir la discriminación interseccional del resto de subtipos debido a su especial naturaleza y efectos que no se restringen a una suma de factores, siendo más pernicioso aún debido al efecto sinérgico que acarrea.

SEGUNDA

Tras el análisis de las fuentes de inspiración del Derecho antidiscriminatorio de la UE, se ha resuelto que al vivir en un mundo globalizado, las corrientes normativas en derechos humanos están inextricablemente relacionadas. En este sentido se ha demostrado que el Derecho antidiscriminatorio se ha basado en características protegidas individuales desde el comienzo, tanto en la legislación antidiscriminatoria de las UE como en Convenciones internacionales. De este estudio puede inferirse que el patrón que se vislumbra como razonamiento subyacente en relación a esta realidad es sin lugar a dudas el pragmatismo. Ha quedado probado asimismo que esto ha tenido efectos devastadores para el movimiento antidiscriminatorio, en el sentido de que la división por motivos de discriminación no ha servido como herramienta para vencer, sino para dividir aún más; no solo en la legislación, sino en movimientos de apoyo, academia, ONGs, y en última instancia, en la sociedad. Esto ha producido consecuentemente un fenómeno de desidentificación de las víctimas y la inexistencia de una solidaridad entre éstas que probablemente se dio por sobreentendida. Los efectos

que esta visión ha tenido han sido numerosos y desoladores y sirven para explicar por qué se ha tardado tanto en ponerle nombre a una realidad no obstante vetusta como es la discriminación múltiple. Deducimos que la falta de visión de conjunto y la confusión de las víctimas ante la obligación de identificarse en base a una única característica han imposibilitado la identificación del fenómeno.

En este sentido, únicamente las Convenciones de la última década han tomado en cuenta, aunque de forma tímida pero explícita, la intersección de los campos de discriminación. Se concluye tras el estudio de éstas herramientas, que respecto a las Convenciones anteriores, únicamente en las últimas décadas y generalmente de forma accesoria (mediante recomendaciones de los Comités), se ha señalado la especial vulnerabilidad de las víctimas de discriminación múltiple. Es evidente por tanto, que la comunidad internacional está paulatinamente reconociendo que la legislación antidiscriminatoria por motivos ha dejado "espacios ciegos" que han de ser protegidos, y que una visión heterogénea y pluralista de los campos es necesaria para no dejar potenciales víctimas sin protección.

No obstante, hay que señalar que los pasos son tímidos y lentos en exceso, lo que sin lugar a dudas denota cierta inseguridad sobre cómo realizar una aproximación inclusiva que no eclosione con el sistema de motivos protegidos utilizado hasta el momento.

TERCERA

Del estudio de la evolución del Derecho antidiscriminatorio en la UE, se infiere la innegable lenta y fragmentada evolución que las normas han tenido. En este sentido, a pesar de que la primera inclusión de una cláusula de no discriminación fue en el Tratado de la CEE, y por lo tanto se legisló a este respecto desde los albores de lo que más tarde se convertiría en la UE, no deja de sorprender que hubiese que esperar 40 años a que la Unión se decidiera a incluir otros motivos de discriminación (aparte de sexo y nacionalidad). A pesar de que no hay que obviar que el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam supuso una pequeña revolución al permitir a la Unión ampliar la legislación antidiscriminatoria a más motivos de discriminación, también es cierto que dicha revolución llegó manifiestamente tarde; y lo que es peor, no fue sostenida y siguió

utilizándose para legislar separadamente determinados campos de discriminación, y por tanto para instaurar diferencias en vez de actuar como aglutinador.

Se concluye al respecto que se ha dado un binomio complejo que desemboca en la paradoja del equilibrio entre el deseo de legislar en el aspecto social y la primacía de los intereses económicos ante cualquier tipo de consideración. Por un parte, es lógico que las competencias hayan ido ampliándose de forma progresiva y por tanto se haya ampliado este campo de la misma forma. No obstante la tardanza de cuatro décadas en hacer esto, pone de manifiesto que la igualdad y no discriminación, así como la esfera social de la Unión, han tenido siempre un papel marcadamente secundario en la agenda de prioridades de la misma. En este sentido, de hecho, cabe recordar que la motivación tras la inclusión de la disposición del artículo del Tratado de Roma no fue la justicia, sino los intereses financieros. Demostramos con ello que la supeditación de los avances en materia social a los intereses económicos ha marcado condicionalmente el desarrollo del Derecho antidiscriminatorio comunitario.

Por otra parte, aunque inextricablemente unido, el sometimiento de estas políticas al consenso de los Estados miembros ha dificultado enormemente la toma de decisiones a este respecto. Señalo en este sentido que la necesidad de contentar a las bases electorales de cada gobierno en temas sensibles implican que se opte por la inacción en numerosas ocasiones y que los avances requieran de todo el poder diplomático de la Comisión y del apoyo a la causa de otras instituciones, grupos de presión etc..

No obstante, es loable el desarrollo de la doctrina de los principios generales del Derecho de mano de TJUE, que sigue teniendo efectos hoy en día, revolucionando la aplicación del derecho de no discriminación.

CUARTA

El examen del cuerpo de la legislación antidiscriminatoria actual, compuesto por las llamadas “Directivas 2000” (Directiva 2000/78 y Directiva 2000/43), así como dos Directivas de género (Directiva 2006/54 y Directiva 2004/113) ha evidenciado la diferencia del ámbito de protección que éstas medidas dibujan. Esto sin lugar a dudas implica una protección asimétrica creando lo que ha sido denominado como la

"jerarquía" de los motivos de discriminación. Argumento que esto conlleva, asimismo, que se alimente la creencia de que no todas las víctimas son iguales. En este sentido, señalo que dichas diferencias serían aceptables en caso de que se justificaran debido a una necesidad de diseñar y confeccionar a medida las normas para garantizar la protección de las víctimas de discriminación. Afirmo no obstante que no es éste el caso y que de hecho no existe justificación más allá del requerimiento de la necesidad del consenso unánime de todos los Estados miembros para aprobar Directivas.

Razonamos en este sentido, que a pesar de que los Estados miembros decidieron en ese caso ser generosos en la formulación de la ley en la Directiva Racial motivados por la necesidad de responder a movimientos de extrema derecha; no vieron la necesidad de ampliar dicha cortesía al resto de motivos. Ello denota, como se ha mencionado previamente, que en vez de por un sentido de justicia, las decisiones en esta materia se justifiquen bien en argumentos económico-financieros, bien en necesidad de demostrar públicamente el rechazo a ciertas corrientes políticas.

Se ha concluido asimismo que dicha asimetría se perpetúa a nivel nacional, dado que tristemente en numerosos Estados miembros estas Directivas, que se suponían de mínimos, se han implantado como máximos; y raramente han ampliado y unificado la protección ofrecida a los diferentes campos de discriminación. Se determina que esta asimetría supone, en relación a la discriminación múltiple, realizar una suerte de malabarismo jurídico cuyo resultado es, a menudo, la desprotección. Nivelar la protección ofrecida se perfila correspondientemente como una prioridad tanto para asegurar que no hay víctimas que sean más importantes que otras cuando se habla de discriminación; así como para facilitar las demandas de discriminación múltiple.

QUINTA

El análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto de la discriminación múltiple ha arrojado el resultado de que ha habido un solo caso en el que el Tribunal se ha enfrentado a una pregunta directa sobre el encaje de ésta en el derecho comunitario. En este sentido, se ha determinado que a pesar de que no es este el único caso de naturaleza múltiple e interseccional sobre el que el TJUE ha tenido que emitir su decisión, sí ha sido el único en el que el Tribunal ha debido de responder

directamente a una pregunta prejudicial explícita que le obligaba a pronunciarse a este respecto.

Por ello, el análisis se ha centrado en el caso Parris, realizando en este sentido un estudio separado de la visión de la A.G. Kokott y la respuesta del Tribunal, siendo diametralmente opuestas. Ante la aproximación interseccional que la A.G. realiza del caso, defendiendo una interpretación amplia de la ley; el TJUE responde que de acuerdo al derecho de la Unión los campos de discriminación deben probarse de forma separada. Esta aserción, deja claro que de los subtipos de la discriminación múltiple (cumulativa, aditiva e interseccional) distinguidos, la discriminación interseccional queda explícitamente fuera del ámbito de protección de la Directiva. No deja esta decisión de traer ecos de la decisión estadounidense *DeGraffenreid v. General Motors*, y cabe preguntarse por qué la UE se ha posicionado en la misma situación que el Tribunal estadounidense en 1977 siendo conocedor de la evolución de la naturaleza de las decisiones desde entonces.

Se concluye del análisis de esta sentencia que el tribunal niega extender la protección a los casos de discriminación interseccional, lo que a su vez implica que se requiere de instrumentos legislativos adicionales para no dejar sin protección a éstas víctimas.

SEXTA

Una vez que se responde negativamente a la incógnita de si la legislación antidiscriminatoria de la UE cubre los casos de discriminación interseccional; se afronta la tarea de determinar qué tipo de instrumento es el adecuado para hacer frente a la problemática que supone la inclusión de éste tipo de discriminación en el ordenamiento jurídico europeo.

En este sentido propongo una propuesta legislativa, más concretamente una nueva propuesta de Directiva de la UE. En este sentido, se demuestra mediante el análisis del proceso gestacional de la propuesta de Directiva “Women on boards”, que a menos que la Unión establezca pautas concretas y la obligación de tomar medidas, los Estados miembros raramente responden de forma efectiva en materia antidiscriminatoria. Sin entrar a analizar las razones subyacentes a esta actitud de

desinterés, se puede no obstante afirmar que es sumamente preocupante. En el caso específico de la discriminación múltiple e interseccional, dicho desinterés ha quedado probado mediante el estudio de las normativas nacionales, que ha puesto de manifiesto la escasez de normativas que consideran la discriminación múltiple especialmente en su vertiente de discriminación interseccional. Habida cuenta de que la Unión hace gala de la igualdad como uno de sus valores fundamentales; teniendo en cuenta que únicamente 6 de los Estados miembros contienen prohibición expresa de la discriminación múltiple (que no interseccional) en su ordenamiento; sumado a la preocupación mostrada por las propias instituciones sobre este tipo de discriminación; se evidencia la necesidad, para asegurar la efectiva protección de todas las víctimas de discriminación, de una propuesta legislativa de la Unión. En este sentido, una Directiva se perfila como el instrumento idóneo para lograr todos los objetivos pendientes.

De esta forma, se examina la posibilidad de que alguna de las Directivas pendientes pueda incorporar disposiciones en su haber en relación a la discriminación interseccional. Se concluye a este respecto que a pesar de que la llamada propuesta de Directiva Horizontal fue señalada tanto por la doctrina (siendo el único instrumento legislativo de la UE pendiente que cubre más de un campo protegido) como por el propio Parlamento Europeo como la herramienta adecuada para incluir la prohibición expresa de la discriminación múltiple e interseccional; sería más conveniente presentar una nueva propuesta, de forma que no se entorpezca aún más el proceso de adopción. Defiendo además que de esta forma pueden alcanzarse objetivos más ambiciosos y necesarios para aumentar la efectividad de la legislación antidiscriminatoria.

SEPTIMA

Bajo la premisa de proponer una nueva Directiva en un escenario en el que la Directiva Horizontal ya haya sido aprobada; se han delimitado los elementos mínimos que ésta debería contener. En este sentido defiendo que dicha Directiva debería contener disposiciones no solo al respecto de la discriminación múltiple *per se*, sino incluir medidas para asegurar que la legislación antidiscriminatoria de la UE (y con ello la de los Estados miembros) posee las condiciones y herramientas suficientes para hacer la implementación de ésta efectiva.

Esta nueva *Propuesta de Directiva Integral e Integradora* pretendería actuar como reestructurante. De esta forma, del mismo modo que hizo la Directiva 2006/54, se aunarían todas las Directivas antidiscriminatorias en un solo documento legislativo. Esta propuesta responde a razones de efectividad, coherencia y uniformidad; de forma que solo puedan existir diferencias de protección entre campos que estén fundamentadas en las especificaciones de cada uno. Esto impulsaría, a su vez, una unión de las víctimas, grupos de apoyo, *think tanks*, *lobbies*, academia (etc.); permitiendo de esta forma la creación de sinergias entre campos, y por tanto facilitando una visión holística. Asimismo, implicaría que los organismos de igualdad, o los departamentos institucionales encargados de la discriminación en base a motivos se unifiquen, algo que en estos momentos en la Comisión (por ejemplo) no ocurre.

Se ha probado asimismo, que es imprescindible aclarar el marco conceptual y consensuar lo que cada término, dentro del concepto de discriminación múltiple, significa. En este sentido se ha concluido que a falta de consenso en las leyes o en la academia, es apremiante que dicha norma arroje claridad en este aspecto. Ellon redundaría en pos de la seguridad jurídica y evitaría una interpretación arbitraria y asimétrica entre los Estados miembros.

De la misma forma, se ha argumentado que sería necesario incorporar una de las mayores aportaciones de las teoristas en interseccionalidad como es la visión de las fuerzas de opresión subyacentes en la sociedad que predeterminan "el punto de partida" de muchas minorías. Se ha concluido que la forma en la que la Unión, dentro de los poderes conferidos a ésta, pueda hacer frente a este fenómeno; reside en imponer la obligación a los Estados miembros de hacer uso de la acción positiva con objetivos concretos para luchar contra las fuerzas de opresión y la discriminación estructural y sistemática. Así, se ha señalado que estas herramientas deberán fijar objetivos de igualdad concretos; identificar dificultades a la participación plena motivados por la discriminación estructural; incorporar una visión interseccional y formular soluciones amplias e integradoras que aseguren la participación activa de los grupos vulnerables.

Se ha llegado a la conclusión de que para que estas herramientas jurídicas sean verdaderamente útiles leyes relacionadas deberían modificarse adecuadamente. A este respecto, hemos señalado las normas procesales, el comparador y las sanciones. En lo

que al comparador se refiere, siguiendo la tendencia en el mundo anglosajón de centrar la atención en el *intent* de la acción discriminatoria, se propone seguir este modelo, prescindiendo del comparador para los casos de discriminación directa, acoso o instrucciones para discriminar; así como flexibilizar el comparador para que puedan considerarse comparadores múltiples en los casos de discriminación indirecta. Del mismo modo, del análisis realizado se deriva que las sanciones varían de forma notoria entre un estado y otro, siendo conveniente, incluir una sanción más gravosa para los casos de discriminación múltiple e interseccional, que acompañe a los objetivos de reparación y de naturaleza disuasoria.

Del estudio realizado se deduce asimismo que es conveniente, ampliar y clarificar el papel de los Organismos de igualdad. Evidentemente, sería necesario ampliar el mandato de los Organismos a todos los motivos, y expresamente incluir la discriminación múltiple e interseccional. Debido al abismo de diferencias entre organismos de un Estado miembro a otro, se perfila esta ocasión como óptima para clarificar sus funciones. En este sentido, debería plantearse la posibilidad de que se encarguen de recoger datos de igualdad en referencia a todos los aspectos cubiertos por la propuesta ya que estarán posicionados en una situación sinigual para ello.

OCTAVA

Para terminar, me veo en la obligación de reafirmar el rol de la no discriminación como esencial para el buen funcionamiento de las sociedades democráticas, y aseverar que en un proyecto como el europeo no puede dejarse de lado la protección de este derecho. En el contexto actual que la Unión vive, afrontando el "Brexit", el ascenso de la derecha extrema en toda Europa, la crisis migratoria, o el aumento de la xenofobia y el racismo; la Unión solo puede contestar con más inclusión, más integración, más justicia y más igualdad.

La aversión hacia una Unión que no logra trasmitir su mensaje a sus ciudadanos solo podrá superarse poniendo a la persona, al ciudadano europeo, en el centro del discurso y de las acciones. Es en este sentido en el que la plena ciudadanía exige igualdad en derechos, idénticas posibilidades de participación social y la misma capacidad de participar en las decisiones políticas y de ser considerados en relación a las medidas legislativas; las cuales, repercuten en el total de la ciudadanía.

Por justicia, no se ha de abandonar a personas en situación de especial desventaja, permitiendo que la rueda de la pobreza endémica siga alimentándose. A este respecto, hay que recordar que la inactividad supone, en esencia, reconocer y aceptar esas desigualdades. Siendo la igualdad uno de los objetivos de las sociedades democráticas modernas, no puede ignorarse que lo contrario de la igualdad no es la diferencia, sino la desigualdad. Esta igualdad, por consiguiente, admite y protege diferencias, pero no como es obvio, desigualdades.

El proyecto de integración europea se encuentra en un punto de inflexión en el que tiene que manifestar su pluralismo, y demostrar que a pesar de la crisis social que se vive actualmente; la Unión es una ambiciosa aspiración en la que todos tenemos cabida, en el que todos hemos de estar unidos en un plano de igualdad para aprender de los demás, y hacer realidad la máxima de "Unidos en la diversidad".

CONCLUSIONS

As explained in the introduction, this Doctoral thesis is based on the following central hypothesis: "Currently EU anti-discrimination law would not cover multiple discrimination understood as intersectional discrimination, therefore requiring a legislative proposal of the European Union". Throughout the four chapters that make up the body of the research, the authenticity of this hypothesis has been proven, by means of the achievement of the specific objectives formulated in the introduction of the thesis. The most relevant conclusions that validated the central hypothesis, backed by the results obtained from the analysis of the specific objectives, are listed below.

FIRST

Through the analysis of the notions of equality and the relationship between these and the types of discrimination; it has been concluded that anti-discrimination legislation not only can, but should pursue, a number of these in a combined manner. Given that formal equality is the first equality objective that was achieved in modern democracies, it is now imperative to include the achievement of substantive equality as the main goal of antidiscrimination legislation. Hence, visualizing the reality of the society in which we live in is unavoidable; in order to change the persistent and incomplete perception that if there is equality in the law, equality in practice is only a matter of time. It is in this context that antidiscrimination legislation stands out as a tool to achieve real equality.

Since antidiscrimination legislation is a relatively new construct, we have determined that conceptual clarity is essential to pursue discriminatory acts. In this regard it has been noted that a clear conceptual framework that manages to distinguish the specific elements to each type of discrimination, makes it possible to identify potentially problematic issues related to the legal framework. In this sense it has been resolved that despite there being doctrinal confluence regarding the types of discrimination (direct, indirect, harassment, etc.), this is not the case for multiple discrimination. This conceptual uncertainty is translated into the quite common use of the term "multiple discrimination" to refer to either intersectional discrimination or cumulative discrimination interchangeably, therefore forcing a contextual analysis to conclude which kind of multiple discrimination is being referred to. Thus, it is urgent to

establish harmonised definitions and classifications so that, on the one hand, all actors are be able to join forces and efforts; and on the other hand, to help to dilute the aura of confusion surrounding the phenomenon of multiple discrimination.

In this sense a proposal has been made to use the term "multiple discrimination" as a term that brings all the phenomena that are caused when a person is subjected to discrimination on the basis of more than one ground. Similarly, it has been concluded that it is essential that the different subtypes within this phenomenon are distinguished since each involve specific difficulties that may or may not be overcome without changing the *status quo* of EU antidiscrimination legislation. In this sense, it has been advocated for this concept to include cumulative, additive and intersectional discrimination; being particularly necessary to distinguish the latter from all the other subtypes. This is essential due to the special nature of intersectional discrimination, not restricted to a sum of factors, but whose result is even more pernicious given its synergetic effect.

SECOND

After the analysis of the sources of inspiration of EU antidiscrimination law, it has been resolved that current regulations on human rights are inextricably linked given the globalizing nature of human rights. It has also been proven that discrimination law has typically been based on individual protected characteristics since the very beginning, both in EU law and in international covenants. It has been inferred that the underlying reason for this has been pure pragmatism. It has likewise been established that this has had devastating effects for the antidiscrimination movement; in the sense that the division (by grounds) has not always served as a tool to conquer but to divide even more, not only in legislation, but also in regards to support movements, academia, NGOs, and ultimately, society. This has consequently caused a phenomenon of disidentification and lack of solidarity (that was probably taken for granted) among the victims of discrimination. The effects that this approach has had, have been numerous and distressing and serve to explain why it has taken so much time to name an ancient reality such as multiple discrimination. We conclude that the lack of a joint overview and the confusion of the victims faced with the obligation of having to identify themselves based on a single characteristic, have precluded the identification of the phenomenon sooner.

Consequently, only the Conventions of the past decade have taken into account, even if in a shy but explicit way, the intersection of grounds of discrimination. Similarly, it has been concluded that regarding previous Conventions only in the last decades and usually in an accessory way (through recommendations of the committees) the particular vulnerability of victims of multiple discrimination has been stressed. It is therefore clear that the international community is gradually recognizing that antidiscrimination legislation based on individual grounds has left "blind spaces" that need to be protected; and that a pluralistic and heterogeneous vision of the grounds is necessary to keep all potential victims protected.

It is worth stressing nonetheless, that the steps towards protection are too timid and slow, which without doubt reflects an uncertainty about how to accomplish an inclusive approach that does not collapse the single ground approach used until now.

THIRD

From the study of the evolution of discrimination in the EU law, the undeniable slow and fragmented evolution that the rules have had is inferred. In this sense, while the first inclusion of a non-discrimination clause was within the EEC Treaty, which means that the European Communities took non-discrimination into account since the very first steps of what would later become the European Union, it is still surprising that it took 40 years for other grounds of discrimination (apart from sex and nationality) to be considered in EU treaties. While we must not ignore that article 13 of the Treaty of Amsterdam brought a small revolution enabling the Union to expand antidiscrimination legislation to more protected characteristics, it is also true that it was manifestly late and, what it is worse, evolution was not upheld and did not imply a change in the single ground approach, since the EU continued to legislate separately depending on the ground, instead of acting as a unifying force.

It is concluded in this regard that there has been a complex combination of factors that leads to the paradox of the balance between the desire to legislate and construct the social sphere of the EU, and the constant primacy of economic and financial considerations. While it seems only logical that since EU competences have been gradually expanded, the evolution of antidiscrimination law within the Union would resemble that; a delay of four decades, shows that equality and non-

discrimination, as well as the social sphere of the Union, have always had a distinctly secondary role in the agenda of the Union's priorities. In this sense, it is recalled that the motivation behind the inclusion of the provision of article 119 EEC was not justice, but protecting the financial interests of the Member States instead. Thus, it is proven that the subordination of social progress to economic interests has conditionally marked the development of EU antidiscrimination law.

It is also worth noting that the subjugation of these policies to the consensus of Member States has greatly hindered decision-making. I note in this regard that the need to placate the electoral bases of every Government on sensitive issues, involves on numerous occasions the choice not to take any action, implying that any kind of progress has to be supported by all the diplomatic power of the Commission and the strong support for the cause of other institutions, lobbying etc.…

Nonetheless, it must be noted the laudable development of the doctrine of the General principles of Community law by the European Court of Justice that completely transformed the application of the non-discrimination principle which continues to have effects nowadays.

FOURTH

The review of the current antidiscrimination legislation body, consisting of the so-called “2000 Directives” (Directive 2000/78/and Directive 2000/43), as well as two gender directives (Directive 2006/54 and Directive 2004/113) highlighted the difference in the scope of protection that these measures draw. This undoubtedly implies an asymmetric protection, creating what has been called the "hierarchy" of the grounds of discrimination. I argue that this also feeds the belief that not all victims are equal. In this regard, I note that these differences would be acceptable where necessary in order to secure a tailored protection regarding the specific ground at hand. Nonetheless, I defend that this is not the case and in fact there is no justification further than the requirement of the unanimous consensus of all the Member States needed to approve directives, for this situation.

In this sense, it is reasoned that while the Member States decided to be generous in the formulation of the law on RED motivated by the need to respond to movements of the extreme right; they did not extend this courtesy to other grounds. This denotes

that instead of being driven by a sense of Justice, decisions in this area still need to be justified either with economic and financial arguments or need to publicly demonstrate the rejection of certain political movements.

It has also been concluded that this asymmetry is perpetuated at the national level, since sadly in many Member States have implemented these directives, which were supposed to set minimum requirements, as maximum standards; and have rarely served to expand and unify the protection offered to the different grounds of discrimination. It is determined that this asymmetry means, in relation to multiple discrimination, the need to make a legal balancing act whose result is too often a lack of legal protection. Accordingly, levelling the offered protection is shaped up as a priority both to ensure that there are no victims that are more important than others when it comes to discrimination, as well as to facilitate multiple discrimination claims.

FIFTH

The analysis of the judgments of the Court of Justice of the European Union concerning multiple discrimination has yielded the result that there has only been one case in which the Court has faced a direct question regarding the fitting of multiple discrimination in the complex gear of EU antidiscrimination law. In this sense, it has been determined that while this is not the only occasion the Court had to face a case that was in fact based on more than one ground, it was the only one in which the ECJ had to issue a decision that had to explicitly clarify whether EU antidiscrimination law does in fact cover multiple discrimination cases.

Therefore, the analysis has focused on the Parris case, conducting a separate analysis of the conclusions issued by A.G. Kokott and the response given by the Court that resulted in being diametrically different. While the A.G. advocates for an intersectional approach of the case based on a broad interpretation of the law; the European Court of Justice upholds that the grounds of discrimination shall be proven separately according to EU law. This declaration implies that from the multiple discrimination subtypes distinguished (cumulative, additive and intersectional), intersectional discrimination explicitly falls out of the scope of the protection of the Directives. The chosen approach reminds the one adopted by US courts in *DeGraffenreid v. General Motors,* and one wonders why the EU has positioned itself in

the same situation as the US Court did in 1977, being a connoisseur of the evolution of the decisions taken in this area since then.

From the analysis of this judgement it is concluded that the Court refuses to extend protection to intersectional discrimination cases, which in turn implies that additional legislation is required not to leave these victims unprotected.

SIXTH

Since EU anti-discrimination legislation does not in fact cover cases of intersectional discrimination, the task of determining what kind of instrument adequate to deal with the problems the inclusion of this type of discrimination poses is considered.

In this regard, I defend that a new legislative proposal is needed, more specifically a new EU directive proposal. In this sense, it is demonstrated through the analysis of the gestational process of the proposal called "Women on boards", that unless the Union sets specific guidelines and the obligation to take concrete measures, Member States rarely respond effectively to discrimination matters. Without going into the reasons underlying this disinterested attitude, it can however be pointed out as extremely worrying. In the specific case of multiple and intersectional discrimination, this lack of interest has been noted throughout the study of the Member States' legislations that highlighted the small number of laws that consider multiple discrimination (especially as understood as intersectional discrimination). Given that the Union presents equality as one of its core values; taking into account that only 6 of the Member States contain any express prohibition of multiple discrimination in national law; added to the concern shown by the institutions themselves regarding this type of discrimination; it is clearly pointed out that in order to ensure an effective protection of all victims of discrimination, a legislative proposal of the EU is required. In this sense, it is pointed out that a directive is the ideal instrument to achieve all the pending objectives.

In this sense, the possibility that any of the antidiscrimination pending directives may incorporate provisions in relation to intersectional discrimination is examined. It is concluded in this regard that, while the so called Horizontal Directive proposal was mentioned both by the doctrine (being the only pending EU Directive proposal that

covers more than one protected ground) and by the European Parliament as the appropriate tool to include the prohibition of multiple and intersectional discrimination; it would be more convenient to submit a new proposal so that the adoption process is not further hindered. In the same sense, it is also pointed out that this way the new proposal could include other provisions to achieve ambitious and necessary goals to increase the effectiveness of antidiscrimination legislation.

SEVENTH

Under the premise of proposing a new directive in a scenario in which the Horizontal directive has already been approved, the minimum elements that this proposal should contain have been delimited. It is thus defended that the directive should contain provisions not only regarding multiple discrimination *per se*, but should also include measures to ensure that EU antidiscrimination legislation (and thus that of the Member States) meets the conditions and contains the sufficient tools for an effective implementation.

This new proposal for a *Comprehensive and Integrating Directive* would act as recast. This way, similarly to Directive 2006/54, it would recast all the anti-discrimination directives in a single legislative document. This proposal responds to reasons of effectiveness, consistency and uniformity; ensuring that differences of protection between grounds only exist when they are based on the specifications of each one of them. This would, at the same time, boost a union of victims, support groups, think tanks, lobbies, academia (etc.), thus allowing the creation of synergies between fields, and therefore facilitating a holistic vision. It would also imply that equality bodies or institutional departments responsible for discrimination on the basis of individual grounds be unified, something that does not occur at this time (e.g.) within the European Commission.

It has been concluded that since there is a lack of consensus within academia and other fields in this regard, it is essential to clarify the conceptual framework and establish a set definition for the concepts regarding multiple discrimination. This would favour legal certainty, contributing to the avoidance of arbitrary and asymmetric interpretations among the Member States.

It has also been argued that it would be necessary to incorporate one of the greatest contributions of the theorists on intersectionality: the visualisation of the underlying oppression forces in society that predetermine the "starting point" of many minorities. It has been determined that the way in which the EU, within its competences, can face this phenomena; lies in imposing the obligation on Member States to make use of the positive action, establishing as one of the specific objectives of those measures the fight against the forces of oppression and structural discrimination. In this regard, it is noted that these tools should set specific equality objectives; identify difficulties to full participation motivated by structural as well as systemic discrimination; incorporate an intersectional vision and formulate broad solutions and integrators that ensure active participation of vulnerable groups.

The study has shown that a provision containing the prohibition of multiple discrimination needs to be backed by the appropriate amendment of other provisions alike. In this regard, procedural rules, as well as the need for a comparator and sanctions have been pointed out as key elements. As far as the comparator is concerned, it has been resolved, following the Anglo-Saxon trend, not to use a comparator and shift the focus to the discriminatory intent of the action for cases that involve direct discrimination, harassment and instruction to discriminate. For indirect discrimination cases, it has been proposed that the comparator is made more flexible in order to allow a multiple comparator. Similarly, it has been derived from the researched carried out that sanctions vary significantly from one Member State to another. In this sense it is proposed that a stronger penalty is imposed for multiple and especially intersectional discrimination cases that would comply with the objectives of repair and deterrence.

The study also suggests that it would be appropriate to expand and clarify the role of the equality bodies. Obviously, it would be necessary to extend the mandate of the bodies to all grounds, and expressly include multiple and intersectional discrimination. Based on the wide differences among Member States' equality bodies, it may be a good chance to better shape the competences of these bodies and maybe include the obligation to collect equality data, given that they would be placed in an incomparable position to do so.

OCTAVE

Finally, I am obliged to reaffirm the essential role of non-discrimination for the proper functioning of democratic societies, and stress that a project such as the European one cannot set aside the protection of this right. Within the current context of the European Union, dealing with the "Brexit", facing the rise of the right extreme in Europe, confronted with the immigration crisis or standing up against the increase in xenophobia and racism; the Union can only answer with more inclusion, more integration, more justice and more equality.

The aversion towards a Union that fails to convey its message to its citizens, can only be overcome by putting the European citizen and citizenship at the centre of the discourse, and consequently at the centre of the law-making process. In this sense, full citizenship requires full equality in rights, the same possibilities of social participation and the same ability to participate in political decisions and be considered in regards to legislative measures, which have an impact on all of the citizens.

It is a question of Justice not to leave people that live in especially disadvantaged situations unprotected, or the wheel of endemic poverty will forever be fed. It is necessary to remember in this sense that inactivity means, in essence, to recognize and accept these inequities. Given that equality is one of modern democracy´s goals, it cannot be ignored that the opposite of equal is not different, but unequal. This equality, therefore, supports and protects differences, but obviously, not inequalities.

The European Integration Project is at a turning point where it needs to express its pluralism and prove that despite the social crisis in which it is immersed today, the Union remains an ambitious aspiration in which all are welcomed, in which we are all United on an equal footing to learn from others and to really make true the words of the motto of the Union: 'United in diversity'.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y PARTES DE LIBROS

ABRISKETA, J., "Racial discrimination: Key convergences between Strasbourg and Luxembourg" en BENEDEK, W., BENOÎT-ROHMER, F., KETTEMANN, M.C., KLAUSHOFER, R., NOWAKEN, M. (eds.), *European yearbook on Human Rights*, nº 16, 2016, pp. 119-134.

ARISTOTELES, "Justice as equality" en POJMAN, L.P., WESTMORELAND, R. (eds.), *Equality- Selected readings*, New York: Oxford University Press, 1997, pp. 17-26.

ARISTOTELES, *Política, Libro III, Ética Nicoméa, Política, Retórica y Poética*, Madrid: Gredos, 2011.

BALADO, M., y GARCIA REGUIRO, J.A., *La Declaración de los Derechos Humanos en su 50 Aniversario*, Barcelona: Bosch, 1998.

BARRY, E., "Different hierarchies- Enforcing Equality Law" en COSTELLO, C., BARRY, E. (eds.), *Equality in Diversity- The new Directives*, Ashfield: Irish Centre for European Law, 2003, pp. 411- 435

BARTH, F., "Introduction" en BARTH, F. (ed.), *Ethnic groups and boundaries: The social organization of cultural difference*, London: George Allen & Unwin, 1969, pp. 9-39.

BELL, M., *Antidiscrimination law and the EU*, New York: Oxford University Press, 2002.

BOAS, F., *Race, Language, and Culture*, New York: The MacMillan Company, 1940.

BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid: Sistema, 1991.

BONET MARCO, E., *Introducción al Acta Única Europea*, Madrid: ESIC, 1988.

BOURN, C.J., WHITMORE, J., *Race and Sex discrimination*, 2ª edición, Londres: Sweet and Maxwell, 1993.

BURRI, S., PRECHAL, S., "Comparative approaches to gender equality and non-discrimination within Europe" en SCHIEK D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law- Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, pp. 215-249.

CACHÓN, L., "Aprender para una mejor convivencia: las experiencias europeas de conflictos ligados a la inmigración vistas desde la realidad española" en CACHÓN, L., (ed.), *Inmigración y conflictos en Europa. Aprender para una mejor convivencia*, Barcelona: Hacer, 2011, pp. 431-497.

CHUECA SANCHO, A., "La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados Comunitarios" en MATIA PORTILLA, F.J. (ed.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid: Civitas, 2002.

CRENSHAW, K., "Demarginalising the intersection of race and sex; a black feminist critique of Antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics" en McCRUDDEN, C., (ed.), *Anti-discrimination Law*, Ashgate, 2004, pp. 479-480.

COSTELLO, C., BARRY, E. (eds.), *Equality in Diversity- The new Directives*, Ashfield: Irish Centre for European Law, 2003.

DE SCHUTTER, O., *International Human Rights Law*, 2 edición, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

DORON, I., "Demographic, social change and equality" en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 145-168.

DWORKIN, R.M., *Virtud Soberana- la teoría y práctica de la Igualdad*, Barcelona: Paidós, 2003.

ELLIS, E., WATSON P., *EU Anti-Discrimination Law*, 2 edition, Oxford: Oxford University Press, 2012.

FERNANDEZ LIESA, F., DÍAZ BARRADO, C.M. (eds.), *El Tratado de Lisboa-Análisis y perspectivas*, Madrid: Dykinson, 2008.

FERRI, D., "Genetic discrimination: Is it time for the EU to take on a new challenge?" en QUINN, G., DE PAOR, A., BLANCK, P. (eds.), *Genetic discrimination-Transatlantic perspectives on the case for a European-level response*, Oxon: Routledge, 2015, pp. 265-269.

FREDMAN, S., "Positive rights and positive duties: Addressing Intersectionality" en SCHIEK D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law-Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, pp. 73-91.

FREDMAN, S., *Discrimination Law*, New York: Oxford University Press, 2ª Edición, 2011.

FREDMAN, S., *Human rights transformed Positive Rights and Positive Duties*, New York: Oxford University Press, 2008.

GARCIA ROCA, J., FERNÁNDEZ SANCHEZ, P.A., *Integración Europea a través de los derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

GARRIDO GOMEZ, M.I., *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Madrid: Dynkinson, 2009.

GRABHAM, E., COOPER, D., KRISHNADAS, J., HERMAN, D., (eds.), *Intersectionality and beyond: Law, Power and the politics of location*, Oxon: Routledge, 2009.

GIJZEN, M., "Chapter 8: The Netherlands" en SARGEANT, M., *The Law on Age Discrimination in the EU*, The Netherlands: Kluwer law international, 2008, pp. 159-184.

GIMENEZ GLÜK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona: Bosch, 2004.

GRIFFITHS, J., "Legal pluralism and the theory of legislation - with special reference to the regulation of euthanasia" en PETERSEN, H., ZAHLE, H., *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1995, pp.201-234.

JANER TORRENS, J.D., *La promoción de los derechos humanos y de los principios democráticos en las relaciones exteriores de la Unión Europea: mecanismos jurídicos,* Barcelona: Atelier, 2005.

JIMENA QUESADA, L., *Sistema Europeo de derechos fundamentales*, Madrid: Colex, 2006.

LASA LOPEZ, A., ELIZONDO URRESTARAZU, J.I., "The transcendental construction of the social dimension of the European Union: The challenges of the EU social model during and after the crisis" en PEREZ DE LAS HERAS, B. (ed.), *Democratic Legitimacy in the European Union and Global Governance- Building a European demos,* Cham: Palgrave, 2017, pp. 239- 258.

MACKINNON, C.A., *Toward a feminist theory of the state*, Cambridge: Harvard University Press, 1989.

MACKINNON, C.A., *Women´s lives Men´s Laws*, Mass: Belknap Press, 2007.

MAKKONEN, T., *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore,* Turku: Institute For Human Rights, Åbo Akademi University, April 2002.

MANERO SALVADOR, A., "El valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales: de Niza a Lisboa" en FERNANDEZ LIESA, F., DÍAZ BARRADO, C.M. (eds.), *El Tratado de Lisboa- Análisis y perspectivas,* Madrid: Dykinson, 2008, pp. 113-133.

MANGAS MARTIN, A., "Articulo 21. No Discriminación" en MANGAS MARTIN, A. (ed.), *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario articulo a artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, pp.396-408.

MARÍN CASTÁN, M.L., "La Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 ¿Nuevo Derecho Natural de la Humanidad?" en BALADO, M.,

GARCÍA REGUEIRO, J.A. (eds.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Barcelona: Bosch, 1998, pp. 143-158.

McCOLGAN, A., *Discrimination, Equality and the Law*, Oregon: Hart publishing, 2014.

McCRUDDEN, C., KOUNTOUROS, H., "Human rights and European equality Law" en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 73-117.

MEENAN, H., "Age discrimination- Of Cinderella and The Golden Bough" en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 278-313.

MEENAN, H., "Conclusions" en MEENAN, H. (ed.), *Equality Law in an Enlarged European Union*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp.342-358.

MEENAN, H. (ed.), *Equality Law in an enlarged European Union- Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007

MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL, *World Directory of Minorities*, Londres: MRG, 1997.

MINOW, M., *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, London: Cornell University Press, 1990.

MORENO JUSTE, A., *El Tratado de Roma*, Madrid: Información e Historia S.L. Colección Cuadernos del Mundo Actual. Nº 48, 1994.

NEERGAARD, U.B., NIELSEN, R, ROSEBERRY, L.M., "Introduction" en *European Legal Method- Paradoxes and Revitalisation*, Copenhaguen: DJOF publishing, 2011, pp. 7-25

NIELSEN, R., "Is EU equality law capable of addressing discrimination yet?" en SCHIEK D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law- Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, pp. 31-53.

NIKOLAIDIS, C., *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in the Jurisprudence of the European Courts,* Oxon: Routledge, 2015.

NOZICK, R., "Life is not a race" en POJMAN, L.P., WESTMORELAND, R., *Equality- selected readings*, Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 167-170.

OPPENHEIM, F., "Egalitarianism as a descriptive concept" en POJMAN, L.P., WESTMORELAND, R. (eds.), *Equality: Selected Readings*, Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 55-65.

PASTOR RIDRUEJO, J.A., "La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa" en GARCÍA ROCA, F.J., FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P.A. (eds.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 3-14

PECES-BARBA, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2004.

PEREZ DE LAS HERAS, B. (ed.), *Democratic Legitimacy in the European Union and Global Governance- Building a European demos,* Cham: Palgrave, 2017.

POJMAN, L.P., WESTMORELAND, R. (eds.), *Equality- selected readings,* Oxford: Oxford University Press, 1997.

RIDAURA MARTÍNEZ, M.J., AZNAR GÓMEZ, M.J. (eds.), *Discriminación versus diferenciación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

RICOY CASAS, R.M., *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Dykinson, 2010.

RIQUELME CORTADO, R., *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena,* ESPAÑA, Universidad de Murcia, Colección Estudios de derecho, 2004.

SARGEANT, M. (ed.), *Discrimination law,* Harlow: Pearson Longman, 2004.

SCHIEK , D., "Organizing EU Equality Law around the Nodes of Race, Gender and Disability" en SCHIEK, D., LAWSON, A. (eds.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, Surrey: Ashgate, 2011, pp. 11-29.

SCHIEK, D., "From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe" en SCHIEK, D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law- Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, pp. 3-29.

SCHIEK D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law- Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009.

SCHIEK, D., LAWSON A., *European Union Non-discrimination law and intersectionality- Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability discrimination*, Farnham: Ashgate, 2011.

SCHIEK, D., WADDINGTON, L., BELL, M., *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford: Hart Publishing, 2007.

SOLANKE, I., "A Legal Remedy for Corpulent Women of Colour" en SCHIEK, D., LAWSON, A. (eds.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, Surrey: Ashgate, 2011, pp. 209-223

SOLANKE, I., "Stigma- A limiting principle allowing multiple-consciousness in anti-discrimination law?" en SCHIEK D., CHEGE, V. (eds.), *European Union Non-discrimination Law- Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Oxon: Routledge, 2009, pp.115- 137.

SOLLORS, W., "Ethnicity and Race" en GOLDBERG, D.T., SOLOMOS, J. (eds.), *A Companion to Racial and Ethnic Studies*, Oxford: Blackwell, 2002, pp.97-105.

TOBLER, C., "The Prohibition of Discrimination in the Union's Layered System of Equality Law: From Early Staft' Cases to the *Mangold* Approach" en COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION (ed.), *The Court of Justice and the*

Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe: Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence, 2013, The Netherlands: Asser press, pp 443-469.

TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law* (2ª ed), Oxford: Oxford University Press, 2006.

VAN GESTEL, R., MICKLITZ, H.W., "Revitalising Doctrinal Legal Research in Europe: What about methodology?" en NEERGAARD, U.B., NIELSEN, R, ROSEBERRY, L.M. (eds.), *European Legal Method- Paradoxes and Revitalisation*, Copenhaguen: DJOF publishing, 2011, pp. 25-74.

WADDINGTON, L., "The new equality Directives: Mixed blessings" en COSTELLO, C., BARRY, E., *Equality in Diversity- the new equality Directives*, Ashfield: Irish centre for European law, 2003, pp. 39-55.

WYATT, D., DASHWOOD, A., *European Union Law*, (6º ed.), Oxford: Hart publishing, 2011.

ARTÍCULOS

ABRISKETA, J., "La discriminación racial: un análisis comparado sobre el marco jurídico internacional y europeo", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 29, junio de 2015.

ARAMENDI SANCHEZ, J.P., "Informe sobre el curso de formación jurídica sobre las directivas comunitarias en materia de discriminación en el empleo (Directivas 2000/43 y 2000/78)", *Tiempo de Paz*, nº 73, 2004, pp. 52-56.

BALLESTER PASTOR, M.A., "El principio Comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 33-65.

BARRÈRE UNZUETA, M.A., MORONDO TARAMUNDI, D., "Subordiscriminación y discriminación interseccional", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez,* nº 45, 2011, pp. 15-42.

BELL, M., "Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive", *The Equal Rights Review,* vol. 3, 2009, pp. 7-18.

BELL, M., "Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive", *European Law Journal,* nº 8, vol. 3, 2002, pp. 384–399.

BENEDÍ LAHUERTA, S., "Ethnic discrimination, discrimination by association and the Roma community: CHEZ", *Common Market Law Review,* vol. 53, nº 3, 2016, pp. 797–818.

BENEDÍ LAHUERTA, S., "Taking EU Equality Law to the next level: in search of coherence", *European Labour Law Journal,* vol. 7, no. 3, 2016, pp. 348- 367.

BENEDÍ LAHUERTA, S., "Untangling the application of the EU Equality Directives at national level: a bottom-up approach", CELLS online paper series, vol. 2, 2013.

BESSON, S., "Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?", *Human Rights Law Review,* nº 8, vol. 4, 2008, pp. 647-682.

BROWN, C., "The Race Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe?", *Yearbook of European Law,* nº 21, 2001, pp. 195-227.

BURRI, S., "Towards More Synergy in the Interpretation of the Prohibition of Sex Discrimination in European Law? A Comparison of Legal Contexts and Some Case Law of the EU and the ECHR", *Utrecht Law Review,* nº 9, vol. 1, 2013, pp.80–103.

CACHÓN, L., "España y la Directiva 2000/43: De la "ocasión perdida" a una legislación general sobre igualdad de trato", *Tiempo de Paz,* nº 73, 2004, pp. 13-22.

CACHÓN, L., "Exclusión social, políticas de inclusión y políticas antidiscriminatorias", *Arxius de sociologia,* nº 12-13, 2005, pp. 215-244

CACHÓN, L., "Los retos actuales de las políticas antidiscriminatorias en España", *Documentación social,* nº 154, 2009, pp.105-118.

CATALÁ PELLÓN, A., "Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 26, 2010, pp. 6-15.

CORNIDES, J., "Three Case Studies on Anti-Discrimination", *The European Journal of International Law*, vol. 23, nº 2, 2012, pp. 517–542

COUTU, A., "Gender plus one: Broadening judicial interpretation of gender-based social group formulations", *Seventh Circuit Review*, vol. 9, nº 1, otoño de 2013, pp. 150-199.

CRENSHAW, K., "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, nº 1, 1989, artículo 8, pp. 139-169.

DAVIES, G., "Discrimination and beyond in European Economic and Social Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 18, nº 1-2, 2011, pp. 7-29.

DE MOL, M., "Dominguez: A defeating silence Court of Justice of the European Union (Grand Chamber). Judgement of 24 January 2012, Case C- 282/10, Maribel Dominguez v Centre informtique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la region Centre", *European Constitutional Law Review*, nº 2, vol. 8, 2012, pp. 280- 303.

DE MOL, M., "Kücükdeveci: Mangold revisited - Horizontal direct effect of a general principle of EU law: Court of justice of the European Union (grand chamber) judgment of 19 January 2010, case C-555/07, Seda Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG", *European Constitutional Law Review*, nº 2, vol. 6, 2010, pp. 293 -308.

DE LA VILLA DE LA SERNA, P., "Las tres Cartas Europeas sobre Derechos Sociales", *Revista Del Ministerio De Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001, pp.273-311.

DE LAMA AYMA, A., "Discriminación múltiple", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. I, pp. 271-320.

DE SCHUTTER, O., "Recognition of the rights of minorities and the EU´s Equal Opportunities Agenda", *European Anti-Discrimination Law Review,* vol. 11, 2010, pp. 23-34.

ELIZONDO URRESTARAZU J.I., PETRESCU, O.M., "New tendencies regarding same sex marriage a brief inside and outside perspective", *Lex et Scientia international Journal*, nº 20, vol. 2, 2013, pp. 15-31.

ELIZONDO URRESTARAZU, J.I., "Discriminación racial y de origen étnico en la Europa de los Derechos", *Revista de Derechos Fundamentales,* nº 6, 2011, pp. 71-116.

FLYNN, L., "The implications of article 13- After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?", *Common Market Law Review,* nº 6, vol. 36, 1999, pp. 1127–1152.

FREDMAN, S., "Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law", *European Anti-.Discrimination Law Review,* nº 2, 2005, pp. 13–21.

FREDMAN, S., "Equality a new generation?", *Industrial Law Journal,* nº 30, vol. 2, 2001, pp.145-168.

GERARDS, J., "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review,* nº 13, vol. 1, 2013, pp. 99-124.

GERARDS, J., JANSSEN, H.L., "Regulation of Genetic and Other Health Information in a Comparative Perspective", *European Journal of Health Law,* vol. 13, 2006, pp. 372-374.

GRAGL, P., "A giant leap for European Human rights? The final agreement on the European Union's accession to the European Convention on Human Rights", *Common Market Law Review,* nº 51, 2014, pp. 13-58.

HÄBERLE, P., "Derecho Constitucional Común Europeo", *Revista de Estudios Políticos,* nº 79, 1993, pp. 7-46.

HOWARD, E., "The EU Race Directive. Time for change?", *International Journal of Discrimination and the law,* vol. 8, 2007, pp. 237-261.

HOWARD, E., "Anti Race discrimination Measures in Europe: An attack in two fronts", *European Law Journal,* vol. 11, nº 4, julio de 2005, pp. 468-486.

JIMENA, L., "La Consagración de los Derechos Fundamentales: de Principios Generales a Texto Fundacional de la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto,* nº 50, 2014, pp.173-187.

KANTOLA, J., NOUSIAINEN, K., "Institutionalizing Intersectionality in Europe", *International Feminist Journal of Politics,* nº 11, vol. 4, diciembre de 2009, pp. 459-477.

LASA LOPEZ, A., "BREXIT: ¿Un punto de inflexión para el modelo jurídico de la Unión", *Revista Aranzadi Unión Europea,* nº 11, noviembre de 2016, pp. 109- 122.

LASA LÓPEZ, A., "Constitución Económica Europea y modelo social: límites e ineficiencias de la integración negativa mejorada en la lucha contra la exclusión social", *Cuadernos Europeos de Deusto,* nº 53, 2015, pp. 133-167.

LINDE PANIAGUA, E., "El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista de Derecho de la Unión Europea,* nº 15, 2008, pp. 27-41.

LOMBARDO, E., ROLANDSEN AGUSTIN, L., "Framing gender intersections in the European Union: what implications for the quality of intersectionality in policies?", *Social Politics,* Vol.19, nº4, 2012, pp. 482-512.

LORD LESTER OF HERNE HILL, "New European equality measures", *Public law,* nº 4, 2000, pp. 562-567.

MCCALL, L., "The Complexity of Intersectionality", *Signs: Journal of Women in Culture and Society,* nº 30, vol. 3, 2005, pp. 1771–1799.

McCRUDDEN, C., "Religion, Human Rights, Equality and the Public Sphere", *Ecclesiastical Law Society,* vol. 13, 2011, pp. 26-38.

MONAGHAN, K., "Multiple and intersectional discrimination in EU law", *European Antidiscrimination Law Review,* nº 13, 2011, pp. 20-33.

ORDOÑEZ, D., "Comentario de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Cuadernos Europeos de Deusto,* nº 49, 2013, pp. 161-188.

ORTIZ HERRERA, S., "Los derechos fundamentales en los Tratados europeos. Evolución y situación actual", *Documento de trabajo de la Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos Serie Unión Europea*, CEU Ediciones, 34/2010, 2010.

PELLETIER QUIÑONES, P., "La discriminación estructural en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista IIDH*, vol. 60, 2014, pp. 205-215.

POPTCHEVA, E.M., "Breach of EU values by a Member State", *Library briefing, Library of the European Parliament,* nº 130633REV2, 15 octubre 2013.

QUESADA SEGURA, R., "La no- discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 3, 2007, pp. 53-75.

REY MARTINEZ, F., "La discriminación múltiple, una realidad antigua un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, septiembre-diciembre 2008, pp. 251-283

ROMÁN DIAZ, M., "La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y sus conceptos de libertad e igualdad: una aproximación axiológica desde el prima Bobbiano", *Ciencias Económicas*, nº 2, vol. 29, 2011, pp. 13-25.

RUBIO CASTRO, A., "Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española", *Anuario de Filosofia del Derecho*, 2014, pp. 37-68.

SADURSKI, W., "Adding a Bite to a Bark? A story of article 7, EU enlargement, and Jorng Haider", *The University of Sidney- Sidney Law school, Legal Studies Research Paper*, No 10/1, January 2010.

SCHIEK, D., "Revisiting intersectionality for EU anti-discrimination law in an economic crisis – A critical legal studies perspective*", Sociologia del Diritto,* nº 2, 2016, pp. 23-44.

SCHIEK, D., "The ECJ decision in mangold: A further twist on effects of directives and constitutional relevance of community equality legislation", *Industrial Law journal,* nº 3, vol. 35, 2006, pp. 329 -341.

SENDEN, L., VISSER, M., "Balancing a Tightrope: The EU Directive on Improving the Gender Balance among Non-Executive Directors of Boards of Listed Companies", *European Gender Equality Law Review*, issue 1, 2013, pp. 17 - 33

SOLANKE, I., "Putting Race and Gender Together: A new approach to Intersectionality", *The Modern Law review*, vol. 72, nº 5, 2009, pp. 723 – 749.

TIMMER, A., "Gender stereotyping in the case law of the EU Court of Justice", *European equality law review,* nº 1, 2016, pp. 37-47.

TOBLER, C., "Equality and Non-Discrimination under the ECHR and EU Law A Comparison Focusing on Discrimination against LGBTI Persons", *ZaoRV*, vol. 74, 2014, pp. 521-561.

TRUSCAN, I., BOURKE-MARTIGNONI, J., "International Human Rights Law and Intersectional Discrimination", *The Equal Rights Review,* vol. 16, 2016, pp. 103-131.

TSANG, C., "Uncovering Systemic Discrimination: Allowing Individual Challenges to a "Pattern or Practice"", *Yale Law & Policy Review*, vol. 32, nº 1, artículo 14, 2013, pp. 319-333.

TUSSMAN, J., TENBROEK, J., "The Equal Protection of the Laws", *California Law Review,* nº 3, vol. 37, 1949, pp. 341-381.

WINKLER, B, "Nuevas Medidas para luchar contra la discriminación en la Unión Europea", *Afers Internacionals,* nº 53, 2001, pp. 97-104.

YOUNG, B., "Disciplinary Neoliberalism in the European Union and Gender Politics", *New Political Economy*, nº 5, vol. 1, 2000, pp. 77–98.

INFORMES Y RECOMENDACIONES

AHTISAARI, M., FROWEIN, J., OREJA, M., *Informe solicitado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas*, Paris, 8 septiembre 2000.

ANDRIUKAITIS, G., *Country report non-discrimination Lithuania 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

AUNE, H., *Country report Gender Equality Norway 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

BALLESTER-PASTOR, M.A., *Country report Gender Equality Spain 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

BELL, M., WADDINGTON, L., *The Employment Equality Directive and supporting people with psychosocial disabilities in the workplace: a legal analysis of the situation in the EU Member States*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

BODIROGA-VUKOBRAT, N., *Country report Gender Equality Croatia 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

BOJARSKI, L., *Country report non-discrimination Poland 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

BRIBOSIA, E., RORIVE, I., *Country report non-discrimination Belgium 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

BRUNET, L., KING, D., MARZO, C., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., McCANDLESS, J., *A Comparative Study on the Regime of. Surrogacy in EU Member States*, PARLAMENTO EUROPEO, Directorate general for internal policies, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

BURRI, S., SCHIEK, D., *Multiple Discrimination in EU Law Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009.

CACHÓN, L., *Country report non-discrimination Spain 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

CARLES, I., JUBANY-BAUCELLS, O. (eds.) *GendeRace The use of racial antidiscrimination laws Gender and citizenship in a multicultural context Final Report*, junio de 2010.

CHOPIN, I., FARKAS, L., GERMAINE, C., *Ethnic origin and disability data collection in Europe: measuring inequality—combating discrimination*, Budapest: Open Society Foundations, 2014.

CHOPIN, I., GERMAINE, C., *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2015*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

CIVICO EUROPE, *Contribution To The Reflection On The Future Of The European Union as following the request of the President of the European Commission and the President of the European council*, de 20 de marzo de 2017.

CROWLEY, N., *Innovating at the Intersections. Equality Bodies Tackling Intersectional Discrimination- an Equinet perspective*, Brussels: EQUINET, 2016.

DAVULIS, T., *Country report Gender Equality Lithuania 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

DEBRECENIOVA, J., *Country report non-discrimination Slovakia 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

DEMETRIOU, C., *Country report non-discrimination Cyprus 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

DE SCHUTTER, O., *Links between migration and discrimination*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

DUPATE, K., *Country report Gender Equality Latvia 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

EFSTRATIOU-GEORGIADES, E.L., *Country report Gender Equality Cyprus 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

ELLUL, T., *Country report non-discrimination Malta 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

ENAR, *The legal implications of multiple discrimination*, Enar factsheet 44, julio de 2011.

EQUAL RIGHTS TRUST, *The Ideas of Equality and Non-Discrimination: Formal and Substantive Equality*, 8 de noviembre 2007.

FARKAS, L., *The meaning of racial and ethnic origin under EU law- between stereotypes and identities,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017.

FARKAS, L., O'FARRELL, O., *Reversing the burden of proof: Practical dilemmas at the European and national level,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.

FAVILLI, C., *Country report non-discrimination Italy 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

FERRI, D., LAWSON, A., *Reasonable accommodation for disabled people in employment contexts,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

FREDMAN, S., *Comparative study of anti-discrimination and equality laws of the US, Canada, South Africa and India,* Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2012.

FREDMAN, S., *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

GRUPO DE ESPECIALISTAS EN MAINSTREAMING, "Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de "buenas prácticas". Informe final de

las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS)", *Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Serie documentos, nº 28, Madrid, 1999.

GUDMUNDSDOTTIR, G.D., *Country report non-discrimination Iceland 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

GUERRA MARTINS, A.M., *Country report non-discrimination Portugal 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

HILTUNEN, R., *Country report non-discrimination Finland 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

HOFFMANN, T., *Country report non-discrimination Luxembourg 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

HOLTMAAT, R., *Country report non-discrimination The Netherlands 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

ILIEVA, M., *Country report non-discrimination Bulgaria 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

IONESCU, I., *Country report Gender Equality Romania 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

IORDACHE, R., *Country report Non-discrimination Romania 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

JACQMAIN, J., *Country report Gender Equality Belgium 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

JELIC, I., *Country report Gender Equality Montenegro 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

JUSTENSEN, P., *Country report non-discrimination Denmark 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KADAR, A., *Country report non-discrimination Hungary 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KAMENSKA, A., *Country report non-discrimination Latvia 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KODERMAN SEVER, T., *Country report Gender Equality Slovenia 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KOGOVŠEK ŠALAMON, N., *Country report non-discrimination Slovenia 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KOLDINSKÁ, K., *Country report Gender Equality Czech Republic* 2016, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KOPRIVICA, N., *Country report Non-discrimination Montenegro 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KOTEVSKA, B., *Country report Non-discrimination Macedonia 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KOUKOULIS-SPILIOTOPOULOS, S., *Country report Gender Equality Greece 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KRSTIC, I., *Country report Gender Equality Serbia 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KRSTIĆ, I., *Country report Non-discrimination Serbia 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KURBAN, D., *Country report non-discrimination Turkey 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

KUŠAN, L., *Country report Non-discrimination Croatia 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

LAAS, A., *Country report Gender Equality Estonia 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

LATRAVERSE, S., *Country report non-discrimination France 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

LAULOM, S., *Country report Gender Equality France 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

LEMBKE, U., *Country report Gender Equality Germany 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

LEMMENS, P., HEYLEN, B., VANDEVEN, E., VRIELINK, J., *Legal Study on Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation* – Belgium, Leuven, Belgium, March 2008.

MAGUROVÁ, Z., *Country report Gender Equality Slovakia 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

MAHLMANN, M., *Country report Non-discrimination Germany 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

MAKKONEN, T., *European handbook on equality data 2016 revision*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2016.

MAKKONEN, T., *European handbook on equality data*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007.

MARXER, W., *Country report non-discrimination Liechtenstein 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

MATHÉ, N., *Country report Gender Equality Liechtenstein 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

McCLIMANS, E.L., *Country report non-discrimination Norway 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

McCOLGAN, A., *Country report Gender Equality United Kingdom 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

McCRUDDEN C., PRECHAL, S., *The concepts of Equality and Non-discrimination in Europe: A practical approach*, Brussels: European Commission, 2009.

MEENAN, F., *Country report Gender Equality Ireland 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

NACSA, B., *Country report Gender Equality Hungary 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

NAJCEVSKA, M., *Country report Gender Equality FYR of Macedonia 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

NORBERG, P., *Country report non-discrimination Sweden 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

NOUSIAINEN, K., CHINKIN, C., *Legal implications of EU accession to the Istanbul Convention*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

NOUSIAINEN, K., *Country report Gender Equality Finland 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

NUMHAUSER-HENNING, A., *Country report Gender Equality Sweden 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

O'FARRELL, O., *Country report non-discrimination Ireland 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

PALMA RAMALHO, M.R., *Country report Gender Equality Portugal 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

POLESHCHUK, V., *Country report non-discrimination Estonia 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

PUDZIANOWSKA, D., SMISZEK, K., *Combating sexual orientation discrimination in the European Union*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014.

RASKIN, A., *Country report Gender Equality Luxembourg 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

RENGA, S., *Country report Gender Equality Italy 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

SCHINDLAUER, D., *Country report Non-discrimination Austria 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

SÜRAL, N., *Country report Gender Equality Turkey 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

THEODORIDIS, A., *Country report non-discrimination Greece 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

THOMASBERGER, M., *Country report Gender Equality Austria 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

THORGEIRSDÓTTIR, H., *Country report Gender Equality Iceland 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

THORNBERRY, P., MARTIN ESTEBANEZ, M.A., *Minority Rights in Europe*, Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2004.

TISHEVA, G., *Country report Gender Equality Bulgaria 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

TVARNØ, C.D., *Country report Gender Equality Denmark 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

VEGTER, M., *Country report Gender Equality Netherlands 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

VICKERS, L., *Country report Non-discrimination United Kingdom 2016,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

WADDINGTON, L., BRODERICK, A., *Disability law and reasonable accommodation beyond employment,* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

WLADASCH, K., *The sanctions regime in discrimination cases and its effects*, Brussels: EQUINET, 2015.

XUEREB, P.G., *Country report Gender Equality Malta 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

ZAHUMENSKÝ, D., *Country report non-discrimination Czech Republic 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

ZIELINSKA, E., *Country report Gender Equality Poland 2016*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

COMISIÓN EUROPEA, Equality and non-discrimination Annual report 2005, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005.

COMISIÓN EUROPEA, Commission Staff Working Document- Annexes to the Joint Report on the application of the Racial Equality Directive (2000/43/EC) and the Employment Equality Directive (2000/78/EC), SWD(2014) 5 final, 17 de enero de 2014.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo, COM(95) 653 final, 13 de diciembre de 1995.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones , Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociale**s,** COM/2016/0127 final, 8 de marzo de 2016.

COMISIÓN EUROPEA, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on certain Community measures to combat discrimination, COM (1999)564, 25 de noviembre de 1999.

COMISIÓN EUROPEA, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the

Committee of the Regions - A Roadmap for equality between women and men 2006-2010, COM(2006) 92 final, 1 de marzo de 2006.

COMISIÓN EUROPEA, Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions - Increasing the impact of EU Development Policy: an Agenda for Change, COM(2011) 637 final, 13 de octubre de 2011.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre las actividades del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, acompañado de propuestas de refundición del Reglamento (CE) n° 1035/97 del Consejo [COM (2003) 483 final, 5 de agosto de 2003.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado, COM(2008)420 final, 2 de julio de 2008.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres, COM(2010) 491 final, 21 de septiembre de 2010.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social Europeo y al Comité de las Regiones El equilibrio entre hombres y mujeres en la dirección de las empresas: una contribución a un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, COM(2012) 615 final, 14 de noviembre de 2012.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones-Programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008 COM(2007) 640 final, 23 de octubre de 2007.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado, COM(2008) 420 final, 2 de julio de 2008.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión Contribución a la conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia COM (2001) 291 final, 1 de junio de 2001.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Agenda Social Renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo xxi» COM(2008) 412 final, 2 de julio de 2008.

COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos {SEC(2005) 689}, 1 de junio de 2005.

COMISIÓN EUROPEA, Estrategia sobre derechos de la infancia- Comunicación de la Comisión - Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia COM (2006) 367 final, 4 de julio de 2006.

COMISIÓN EUROPEA, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Informe conjunto sobre la aplicación de la Directiva [2000/43] y la Directiva [2000/78], COM(2014)2 final, 17 de enero de 2014.

COMISIÓN EUROPEA, Libro Verde - Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada COM/2004/0379 final, 28 de mayo de 2004.

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales, COM/2017/0251 final, 26 de abril de 2017.

COMISIÓN EUROPEA, Tackling Multiple Discrimination Practices, policies and laws, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007.

COMISIÓN EUROPEA, White paper on the Future of Europe, Reflections and scenarios for the EU27 by 2025, COM(2017)2025, 1 de marzo de 2017.

COMISIÓN EUROPEA, Women in economic decision-making in the EU: Progress report- a Europe 2020 initiative, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012.

COMITÉ CEDAW, Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004.

COMITÉ DE CEDAW, General recommendation No. 27 on older women and protection of their human rights, 2010.

COMITÉ DE CEDAW, General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2010.

COMITÉ DE CEDCM, Recomendación General No. 25: El párrafo 1 del artículo 4 de la Convención (medidas especiales de carácter temporal), A/59/38(SUPP), 2004.

COMITÉ DE DDHH, Observación General No. 18: No discriminación, ONU A/45/40(vol.I.)(SUPP), 10 de noviembre de 1989.

COMITÉ DESC, Observación General No. 13: El derecho a la educación, E/C.12/1999/10, 1999.

COMITÉ DESC, Observación General No. 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2009.

COMITÉ ICERD, Recomendación General No. 34: Discriminación racial contra afrodescendientes, 2011.COMITÉ ICERD, Recomendación General No. 25: relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, 2000.

COMITÉ DE ICERD, Recomendación General No. 32: Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, CERD/C/GC/32, 2009.

COMITÉ DE ICEDR, Recomendación General No.30: Sobre la discriminación contra los no ciudadanos, ONU HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 2005.

CONSEJO DE EUROPA, Explanatory report to the Protocol No.12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental freedoms, Roma, 4 November 2000.

COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, Safeguarding human rights in times of economic crisis, CoE, Estrasburgo: Consejo de Europa, noviembre de 2013

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Guidelines to promote and protect the enjoyment of all human rights by lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex (LGBTI) persons, Council of Europe meeting- Foreign affairs, Luxemburgo, 24 de junio de 2013.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Acción común 96/443/JAI, de 15 de julio de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia, Diario Oficial L 185, 24 de julio de 1996, pp. 5-7.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Directrices de la UE sobre la violencia contra las mujeres y la lucha contra todas las formas de discriminación contra ellas. Consejo de Asuntos Generales de 8 de diciembre de 2008.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo de 2 de diciembre de 1996 sobre la integración del principio de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en los Fondos estructurales europeos publicado en el Diario Oficial C 386, 20 de diciembre de 1996, pp. 1-3.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 23 de octubre de 1995, reunidos en el seno del Consejo, sobre la respuesta de los sistemas educativos a

los problemas del racismo y la xenofobia en el Diario Oficial C 312, 23 de noviembre de 1995, pp. 1-4.

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Resolución, de 5 de octubre de 1995, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y de los asuntos sociales publicado en el Diario Oficial C 296, 10 de noviembre de 1995, pp. 13-14.

CONSEJO EUROPEO, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia, 3 y 4 de junio de 1999, http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_es.htm (último acceso 10/03/2010)

CONSEJO EUROPEO, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es9.htm (último acceso10/03/2013)

ECRI, GPR No. 7 Sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, 13 de diciembre de 2002.

EUROBAROMETRO, Discrimination in the EU in 2009, Report nº 317, noviembre de 2009.

FRA, CoE, Handbook on European non-discrimination law, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.

FRA, CoE, Manual de legislación Europea contra la discriminación, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.

FRA, EU-MIDI European Union Minorities and Discrimination Survey, Data in Focus Report- Multiple Discrimination, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010.

FRA, EU LGBT survey- European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey- Results at a glance, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

FRA, Experiencias de personas LGBT como víctimas de la discriminación y los delitos motivados por prejuicios en la UE y Croacia, Viena: Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, mayo de 2013.

FRA, Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

FRA, Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I- Legal Analysis, Viena: Fundamental Rights Agency of the European Union, 2009.

FRA, Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part II- The Social Situation, Viena: Fundamental Rights Agency of the European Union, 2009.

FRA, Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

FRA, Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the situation of equality in the European Union 10 years on from initial implementation of the equality directives, Viena, 1 de octubre de 2013.

FRA, Professionally speaking: challenges to achieving equality for LGBT people, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.

FRA, The fundamental rights situation of intersex people, Viena: European Union Agency for Fundamental Rights, 2015.

FRA, The European Union as a Community of values: safeguarding fundamental rights in times of crisis, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, Decisión España- Programa de Iniciativa Comunitaria EQUAL para el periodo 2000-2006, http://www.carm.es/chac/interleg/picequal.pdf (último acceso 30/03/2017)

PARLAMENTO EUROPEO, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Y COMISIÓN EUROPEA, Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas n° C 103, 2 de abril de 1977 pp. 1 –2.

PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament resolution of 9 June 2015 on the EU Strategy for equality between women and men post 2015 (2014/2152(INI)), 9 de junio de 2015.

PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament resolution on non-discrimination and equal opportunities for all - a framework strategy (2005/2191(INI)). 14 de junio de 2006.

PARLAMENTO EUROPEO, European Parliament resolution on progress made in equal opportunities and non-discrimination in the EU (the transposition of Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC) (2007/2202(INI)), 20 de mayo de 2008.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, sobre un pilar europeo de derechos sociales (2016/2095(INI)), 19 de enero de 2017.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea – 2011 (2011/2244(INI)), 13 de marzo de 2012.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 1995, sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo publicado en el Diario oficial C 308, 20 de noviembre de 1995, p. 140.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 1995, sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo publicado en el Diario Oficial C 126, 22 de mayo de 1995, p. 75.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del Parlamento Europeo, sobre las mujeres y la dirección de las empresas (2010/2115(INI)), 6 de julio de 2011.

PARLAMENTO EUROPEO, Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)), 2 de abril de 2009, publicado en el Diario Oficial C 137E de 27 de mayo de 2010, pp. 68-87.

Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, Bruselas, 14 de diciembre de 2016, Interinstitutional File: 2008/0140 (CNS) No. Cion doc.: 11531/08 SOC 411 JAI 368 MI 246 - COM(2008) 426 final

Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, COM(2016) 109 final, 4 de marzo de 2016.

Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual COM(2008) 426 final, 2 de julio de 2008.

Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres al acceso a bienes y servicios y su suministro, COM(2003) 657 final, 5 de noviembre de 2003.

Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, COM/99/0566 final - CNS 99/0253 de 25 de noviembre de 1999.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas y por la que se establecen medidas afines, COM(2012) 614 final, 14 de noviembre de 2012.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, COM(2008) 637 final, 3 de octubre de 2008.

Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios, COM(2015) 615 final 2 de diciembre de 2015.

FUENTES ELECTRÓNICAS

AGE PLATFORM EUROPE, AMNESTY INTERNATIONAL EUROPEAN INSTITUTIONS OFFICE, EUROPEAN DISABILITY FORUM, ENAR, SOCIAL PLATFORM, THE EUROPEAN NETWORK ON RELIGION AND BELIEF, THE EUROPEAN REGION OF THE INTERNATIONAL LESBIAN GAY BISEXUAL TRANS AND INTERSEX ASSOCIATION, THE INTERNATIONAL LESBIAN GAY BISEXUAL TRANSGENDER QUEER YOUTH AND STUDENT ORGANISATION, "EU anti-discrimination law: Six years and (still) waiting", EU OBSERVER, https://euobserver.com/opinion/124834 (último acceso 10/03/2016)

AMNESTY INTERNATIONAL, EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM, EUROPEAN ROMA RIGHTS CENTRE, AND OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, "Commission takes tougher stance on Member States discriminating Roma", ERRC, http://www.errc.org/cms/upload/file/slovakia_infringement_joint_pr-29-april-2015.pdf (último acceso 10/03/2017)

BAER, S., "Key note speech", *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination legal seminar*, 25 de noviembre de 2016, Bruselas, http://www.equalitylaw.eu/seminars/90-2016-seminar (último acceso 13/03/2017)

BENEDI LAHUERTA, S., "Wearing the veil at work: Achbita and Bougnaoui - Can a duty to reasonable accommodation be derived from the EU concept of indirect discrimination?", EU LAW ANALYSIS, 15 de marzo de 2016, http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2016/03/wearing-veil-at-work-achbita-and.html (último acceso 10/10/2016)

CHOPIN I., NIESSEN J., "Combating racism in the European Union with legal means- A comparison of the Starting Line and the EU Commission's proposal for a Race Directive*"*, MPG Group, 25 de agosto de 2000, http://www.migpolgroup.com/public/docs/98.CombatingRacismintheEuropeanUnionwithLegalMeansAComparisonoftheStartingLineandtheEUCommissionsproposalforaRaceDirective_2000.pdf (último acceso 13/03/2013)

CHOPIN, I., "Implementation of EU anti-discrimination law in the Member States: a comparative approach", *ERA*, Abril 2011, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/01_Overview/2011_04%20Chopin_EN.pdf (último acceso 13/03/2017)

COMISIÓN EUROPEA, "Commission goes to the European Court of Justice to enforce EU anti-discrimination law", IP/04/947, 19 de Julio de 2004, http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/947&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en (último acceso 13/07/2011)

COMISIÓN EUROPEA, "Commission refers Finland to the Court of Justice for not having a racial equality body for employment matters", 10 de julio de 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-811_en.htm (último acceso 20/03/2017)

COMISIÓN EUROPEA, "European Commission closes two legal cases against Czech Republic on equality legislation", 5 de mayo de 2010, http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&furtherNews=yes&langId=es&newsId=791 (último acceso 13/03/2017)

COMISIÓN EUROPEA, "Fact Sheet: May infringements' package: key decisions", Bruselas, 26 de mayo de 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1823_es.htm (último acceso 26/10/2016

CRENSHAW, K., "Intersectionality: The double blind of Race and Gender", en una entrevista para *Perspectives*, de la American Bar association http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/perspectives_magazine/women_perspectives_Spring2004CrenshawPSP.authcheckdam.pdf (último acceso 13/03/2017)

CRENSHAW, K., "La urgencia de la interseccionalidad", *Ted talks*- Noviembre de 2016. Disponible en https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality?language=es (último acceso 13/03/2017)

EUROSTAT, "Europe 2020 targets: poverty and social exclusion active inclusion strategies", http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Europe_2020_indicators_-_poverty_and_social_exclusion (último acceso 10/03/2017)

FREIXES, T., "La Igualdad De Mujeres Y Hombres En El Derecho De La Unión Europea- Una valoración tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa", en el colectivo *Jornadas Internacionales Sobre igualdad de género y políticas públicas,* Universidad De Málaga, 2010, http://www.eumed.net/eve/igpp/ponencias/MTFS-ponencia.pdf (último acceso 13/03/2017)

GÁLVEZ MUÑOZ, L., "Sinopsis del artículo 14", 2003, actualizado en 2011 por SIERRA, S., Congreso de los Diputados, http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2 (último acceso 07/01/2013)

GERARDS, J., "Equality as Legal Argument" en PECZENIK, A., and others (eds.), *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2005. http://www.transnationalbusinesslaw.com/equality-as-legal-argument.html (último acceso 20/03/2016)

HILTUNEN, R., "Draft of comprehensive anti-discrimination legislation published", Flash report 1446-FI-4-10 May 2014, http://www.equalitylaw.eu/downloads/1458-fi-9-new-anti-discrimination-legislation-presented-to-parliament (último acceso 10/03/2017)

HOLTMAAT, R., "EC Sex Equality Law" presentación realizada en Barcelona el 6 de marzo de 2009 dentro del contexto de la *Conferencia sobre Igualdad de Género,* www20.gencat.cat%2Fdocs%2Finterior%2FHome%2F010%2520El%2520Departament%2FPrograma%2520per%2520a%2520l%2527equitat%2520de%2520g%25C3%25A8nere%2FJORNADA%2520EN%2520COMMEMORACI%25C3%2593%2FDocuments%2FRikki_Holtmaat.ppt&ei=9TL4UKqvK4nPhAfNsIGgDQ&usg=AFQjCNGU_f7Nr0cTisx1youoD673PYaYRA&bvm=bv.41018144,d.ZG4 (último acceso 16/01/2013)

HOWARD, E., "Multiple discrimination in law", *Think Equal Symposium on Multiple Discrimination*, 1 noviembre de 2011, National Commission for the Promotion of Equality (NCPE), Malta. https://www.um.edu.mt/library/oar/bitstream/handle/123456789/10909/Think%20Equal,%20Symposium%20on%20Multiple%20Discrimination%20(NCPE).pdf?sequence=1&isAllowed=y (último acceso 01/01/2017)

GERMAN FEDERAL GOVERNMENT, Joint appeal: Towards a Consistent Level of Protection Against Discrimination in Europe- Overcoming Germany´s Blocking of the Proposed Equal Treatment Directive, http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Joint%20Statement/Joint%20Statement.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (último acceso 20/03/2017)

HUMAN RIGHTS WATCH, "Shattered Dreams: Impact of Spain's Housing Crisis on Vulnerable Groups", 28 de mayo de 2014, http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/spain0514_ForUpload_0.pdf (último acceso 10/03/2017)

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (ICJ), "Yogyakarta Principles - Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity", marzo de 2007, http://www.yogyakartaprinciples.org/ (último acceso 15/03/2017)

IRUDAYAM, A., MANGUBHAI, J.P., LEE, J.G., "Dalit Women Speak Out- Violence against Dalit Women in India", New Delhi: National Campaign on Dalit Human Rights, 2006, http://idsn.org/wp-content/uploads/user_folder/pdf/New_files/Key_Issues/Dalit_Women/dalitwomenspeakout.pdf (último acceso 10/03/2017).

LATRAVERSE, S., "Expanding the discrimination grounds as a way forward?", *Current reflections on EU Anti-discrimination Law*; 1-2 junio de 2015, Academy of European Law (ERA), Trier. http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/14_Other%20topics/2015_Jun_Latraverse_EN.pdf (último acceso 13/03/2017)

MOON, G., "Briefing note- Proposal for a Council Directive on Implementing the Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Religion or Belief, Disability, Age or Sexual Orientation", PARLAMENTO EUROPEO, enero de 2009, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2009/410670/IPOL-LIBE_NT(2009)410670_EN.pdf (último acceso 30/01/2017)

MOSCHËL, M., "Update on CJEU Equality Case Law", *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination legal seminar,* 25 de noviembre de 2016, Bruselas, *http://www.equalitylaw.eu/seminars/90-2016-seminar* (último acceso 13/03/2017)

MUIŽNIEKS, N., "Protect women´s rights during the crisis", CoE, 10 julio, 2014, http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/protect-women-s-rights-during-the-crisis#s4wJDVmWdbXg (último acceso 16/03/2017).

PRIVOT, M., PALL, A., "Three ways to unlock the EU anti-discrimination bill," EU Observer, 23 de diciembre de 2014, https://euobserver.com/opinion/127033 (último acceso 13/03/2017)

REDING, V., "The EU and the Rule of Law- What next?", *Centre for European Policy Studies*, 4 septiembre 2012, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-677_en.htm (último acceso 13/03/2017)

REQUENA CASANOVA, M., "Principio de no discriminación y límites de edad en el acceso al empleo público: del asunto Wolf a la sentencia del TJUE Vital Pérez", INAP, Estudios y comentarios, 30 de septiembre de 2016. http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506660 (último acceso 14/03/2017)

SAWYER, K., "The interpretation of EC Anti-Discrimination Directives 2000/43 and 2000/8 by the European Court of Justice", *ERA*, 2008, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12_Jurisdictions/2008_Sawyer-EN.pdf (último acceso 13/03/2017)

SOLANKE, I., "Multiple Discrimination and Multiple Conciousness", *Current Reflections on EU Gender Equality Law*, ERA, Trier, 2-3 junio de 2014, http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/11_Multiple_discrimination/116DV07_Solanke.pdf (último acceso 13/03/2017)

ANEXO LEGISLATIVO

LEGISLACIÓN DE LA UE

Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, publicado en el Diario Oficial L 169 de 29 de junio de 1987.

Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa con el fin de establecer, con arreglo al apartado 3 del artículo 7 del Reglamento (CE) nº 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, una estrecha cooperación entre el Observatorio y el Consejo de Europa, de 10 de febrero de 1999, publicado en el Diario Oficial L 44 de 18 de febrero de 1999, pp. 34-36.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza, publicada en el Diario Oficial C 364 de 18 de diciembre de 2000, p. 1.

Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006), publicado en Diario Oficial L 303 de 2 de diciembre de 2000, pp. 23-28.

Decisión del Consejo de 21 de diciembre de 1998 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Consejo de Europa con el fin de establecer, con arreglo al apartado 3 del artículo 7 del Reglamento (CE) no 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, una estrecha cooperación entre el Observatorio y el Consejo de Europa publicado en el Diario Oficial L 44 de 18 de febrero de 1999, pp. 33-36.

Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005) publicada en el Diario Oficial L 17 de 19 de enero de 2011, pp. 22-29.

Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad publicada en el Diario Oficial L 23 de 27 de enero de 2010, pp. 35–61.

Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, publicado en Diario Oficial L 180 de 19 de julio de 2000, pp. 22-26.

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 como parte de la regulación específica en contra de la discriminación, publicado en Diario Oficial L 303 de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22.

Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica 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. publicado en Diario Oficial L 269 de 5 de octubre de 2002, pp. 15-20.

Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, publicado en el Diario Oficial L 16/44 de 23 de enero de 2004, pp. 44-53.

Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, publicado en Diario Oficial L 373 de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43.

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, publicado en Diario Oficial L 158 de 30 de abril de 2004, pp. 77-123.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 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), publicado en Diario Oficial L 204 de 26 de julio de 2006, pp. 23-36.

Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010. por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE Texto pertinente a efectos del EEE, publicado en el Diario Oficial L 068 de 18 de marzo de 2010, pp. 13-20.

Directiva 2010/41/CE del Consejo, de 7 de julio de 2010**,** sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, publicado en el Diario Oficial L 180 de 15 de julio de 2010, pp. 1-6.

Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, Diario Oficial L 045 de 19 de febrero de 1975, pp. 19-20.

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, publicado en el Diario Oficial L 39 de 14 de febrero de 1976, pp. 40-42.

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, publicado en Diario Oficial L 006 de 10 de enero de 1979, pp. 24-25.

Directiva 86/378/CEE del Consejo de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, publicado en Diario Oficial L 225 de 12 de agosto de 1986, pp. 40-42.

Directiva 86/613/CEE del Consejo de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, publicado en Diario Oficial L 359 de 19 de diciembre de 1986, pp. 56-58.

Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), publicado en el Diario Oficial L 348 de 28 de noviembre de 1992, pp. 1-7.

Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, publicado en el Diario Oficial L 145 de 19 de junio de 1996, pp. 4-9.

Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, publicado en Diario Oficial L 046 de 17 de febrero de 1997, pp. 20-24.

Directiva 97/75/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, publicado en el Diario Oficial L 10 de 16 de enero de 1998, p. 24.

Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, publicado en el Diario Oficial L 14 de 20 de enero de 1998, pp. 6-8.

Directiva 98/52/CE del Consejo de 13 de julio de 1998 relativa a la ampliación de la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, publicado en el Diario Oficial L 205 de 22 de julio de 1998, pp. 66-67.

Recomendación (CE) 96/69 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión, publicada en el Diario Oficial L 319 de 10 de diciembre de 1996, pp. 11-15.

Recomendación (CEE) 84/635 del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer publicado en el Diario Oficial L 331 de 19 de diciembre de 1984, pp. 34-35.

Reglamento (CE) n° 1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, publicado en el Diario Oficial L 151 de 10 de junio de 1997, pp. 1-7.

Reglamento (CE) nº 1652/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1035/97 por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, publicado en el Diario Oficial L 245 el 29 de septiembre de 2003, pp. 33-35.

Reglamento (CE) nº 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, por el que se crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicado en el Diario Oficial L 53 de 22 de febrero de 2007, pp. 1-14.

Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, publicado en el Diario Oficial L 257 de 19 de octubre de 1968, pp. 2-12.

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, no publicado en el Diario Oficial.

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el 18 de abril de 1951, no publicado en el Diario Oficial.

Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997, publicado en el Diario Oficial C 340 de 10 de noviembre de 1997.

Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, publicado en el Diario Oficial C 191 de 29 de julio de 1992.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, publicado en el Diario Oficial C 306 de 17 de diciembre de 2007.

Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001, publicado en el Diario Oficial C 325 de 24 de diciembre de 2002.

Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, publicado en el Diario Oficial C 310 de 16 de diciembre de 2004.

LEGISLACIÓN NACIONAL

ALEMANIA, *General Act on Equal Treatment* (AGG), de 18 de agosto de 2006.

ALEMANIA, *Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG)*, de 7 de mayo de 2013.

AUSTRALIA, *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Bill* 2013, Act no.: 98, de 28 de junio de 2013.

AUSTRIA, *Act on the Employment of People with Disabilities* (BEinstG) de 10 de agosto de 2015.

AUSTRIA, *Equal Treatment Act* (GlBG) de 23 de junio de 2004.

AUSTRIA, *Federal Disability Equality Act* (BGStG) de 10 de agosto de 2005.

AUSTRIA, *Federal Equal Treatment Act* (B-GBG), del 23 de junio de 2004.

BULGARIA, *Protection Against Discrimination Act* (PADA) de 16 de septiembre de 2003.

CANADÁ, *Charter of Rights and Freedoms*, de 17 de abril de 1982.

CROACIA, *Anti-discrimination Act* (ADA), de 9 de julio de 2008.

ESPAÑA, *Constitución Española de 1978*, publicada en el Boletín Oficial del Estado, nº 311 de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313-29424.

ESPAÑA, *Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden*, publicada en el Boletín Oficial del Estado, nº 313, de 31 de diciembre de 2003, pp.46874- 46992.

ESPAÑA, *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, publicado en el Boletín Oficial del Estado, nº 71, de 23 de marzo de 2007, pp. 12611-12645.

GRECIA, *Law 3304 /2005 on the application of the principle of equal treatment irrespective of racial or ethnic origin, religious or other beliefs, disability, age or sexual orientation* (O.J. 16/27.01.2005) de 16 de enero de 2005.

GRECIA, *Law 3996/2011 on the reform of the Labour Inspectorate Body, social security issues and others* (OJ 170 A/13.08.2011) de 13 de agosto de 2011.

IRLANDA, Constitución de la República Irlandesa (*Bunreacht na hÉireann)* aprobada el 14 de junio de 1937.

ITALIA, *Biannual programme of action for the integration of people with disabilities* (Adozione del programma di azione biennale per la promozione dei diritti e l'integrazione delle persone con disabilita), de 4 octubre de 2013.ITALIA, Constitución de la República Italiana *(Costituzione della Repubblica Italiana*), aprobada el 22 de diciembre de 1947.

ITALIA, *Legislative Decree 215/2003 implementing Directive 2000/43/EC on equality of treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin*, de 9 de julio de 2003.

ITALIA, *Legislative Decree 216/2003 on the implementation of Directive 2000/78/EC for equal treatment in employment and occupation*, de 9 de julio de 2003.

REINO UNIDO, *Equality Act*, 2010, disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15 (último acceso 20/03/2017)

REINO UNIDO, *Employment Equality (Age) Regulations* 2006 (SI 2006/714).

RUMANÍA, *Ordinance (GO) 137/2000 regarding the prevention and the punishment of all forms of discrimination* (GO 137/2000) de 31 de agosto de 2000.

SUDAFRICA, *Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act 4 of 2000* to give effect to section 9 read with item 23(1) of Schedule 6 to the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, so as to prevent and prohibit unfair discrimination and harassment; to promote equality and eliminate unfair discrimination; to prevent and prohibit hate speech; and to provide for matters connected therewith, de 2 de febrero de 2000.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*, Estrasburgo, 3 de mayo de 1996, ETS No.163.

CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*, Turín, 18 de octubre de 1961, ETS No.035.

CONSEJO DE EUROPA, *Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, Estambul, 11 de mayo de 2011, CETS No.210.

CONSEJO DE EUROPA, Resolution Res(2002)8 on the statute of the European Commission against Racism and Intolerance (Adopted by the Committee of Ministers on 13 June 2002 at the 799th meeting of the Ministers' Deputies, amended by Resolutions CM/Res(2013)12 and CM/Res(2014)2 adopted, respectively, on 9 October 2013 and 19 February 2014 at their 1180th and 1192nd meetings).

NNUU, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, Nueva York, 7 de marzo de 1966, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 660, No. 9464, p. 195.

NNUU, *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2515, No. 44910, p. 3.

NNUU, *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, Nueva York, 18 de diciembre de 1979, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1249, No. 20378 p. 13.

NNUU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada mediante la resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París.

NNUU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y* Culturales, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 993, No. 14531 1, p.3.

NNUU, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 999, No. 14668, p. 171 3.

NNUU, *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,* Nueva York, 6 de octubre de 1999, United Nations, Treaty Series, vol. 2131, No. 20378, p.83.

NNUU, *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Nueva York, 13 de diciembre de 2006, vol. 2518, No. 44910, p. 283.

OIT, *Convenio C-100 sobre igualdad de remuneración*, Adoptado en Ginebra, 34ª reunión CIT el 29 de junio de 1951, entrada en vigor el 23 mayo 1953.

OIT, *Convenio C-111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, Adoptado en Ginebra, 42ª reunión CIT el 25 junio 1958, entrada en vigor el 15 junio 1960.

UNESCO, *Declaración sobre la Raza y los Perjuicios Raciales*, 27 de noviembre de 1978.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Conclusiones de la A.G. Julianne Kokott en el caso *David L. Parris y Trinity College Dublin, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and Skills*, asunto C-443/15, de 30 de junio de 2016 ECLI:EU:C:2016:493

Conclusiones de la A.G. Julianne Kokott en el caso *Samira Achbita y Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding Contra G4S Secure Solutions NV*, asunto C-157/15 de 31 de mayo de 2016, ECLI:EU:C:2016:382

Conclusiones de la A.G. Eleanor Sharpston en el caso *Birgit Bartsch contra Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, asunto C-427/06, 22 de mayo de 2008, ECLI:EU:C:2008:297

Conclusiones del A.G. Philippe Léger en el caso *Inge Nolte y Landesversicherungsanstalt Hannover*, C-317/93, 31 de mayo de 1995, ECLI:EU:C:1995:154

STJUE, *Abrahamsson and Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist,* asunto C-407/98, de 6 de julio de 2000, ECLI:EU:C:2000:367

STJUE, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) y Micropole SA*, asunto C-188/15, de 14 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:204

STJUE, *Asociaţia Accept y Consiliul Naţional pentru Combaterea Discriminării***,** asunto C-81/12, de 25 de abril de 2013, ECLI:EU:C:2013:275

STJUE, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt Charles Basselier y Conseil des ministres*, asunto C-236/09, de 11 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:100

STJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz,* asunto C-170/84, de 13 de mayo de 1986, ECLI:EU:C:1986:204

STJUE, *C. D. Y S. T.*, asunto C-167/12, de 18 de marzo de 2014, ECLI:EU:C:2014:159

STJUE, *Carole Louise Webb v. Emo Air Cargo (Uk) Ltd.*, asunto C-32/93, de 14 de julio de 1994, ECLI:EU:C:1994:300

STJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y Firma Feryn NV*, asunto C-54/07, de 10 de Julio de 2008, ECLI:EU:C:2008:397

STJUE, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD y Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, asunto C-83/14, de 16 de julio de 2015, ECLI:EU:C:2015:480

STJUE, *Cinéthèque contra Fédération nationale des cinemas français*, asunto conjuntos C-60 y 61/84, de 11 de julio de 1985, ECLI:EU:C:1985:329

STJUE, *Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, asunto C-303/06, de 17 de Julio de 2008, ECLI:EU:C:2008:415

STJUE, *Colin Wolf contra Stadt Frankfurt am Main*, asunto C-229/08, de 12 de enero de 2010, ECLI:EU:C:2010:3

STJUE, *Coloroll Pension Trustees/Russell y otros*, asunto C-200/91, de 28 de septiembre de 1994, ECLI:EU:C:1994:348

STJUE, *Comisión Europea contra Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte*, asunto C-186/09, de 4 de febrero de 2010, ECLI:EU:C:2010:60

STJUE, *Comisión Europea contra República de Polonia*, asunto C-326/09, de 17 de marzo de 2011, ECLI:EU:C:2011:155

STJUE, *Comisión Europea contra República Italiana*, asunto C-312/11, de 4 de julio de 2013, ECLI:EU:C:2013:446

STJUE, *Dansk Industri (DI) contra Sucession Karsten Eigil Rasmussen*, asunto C-441/14, de 19 de abril de 2016, ECLI:EU:C:2016:278

STJUE, *David Hütter v Technische Universität Graz*, asunto C-88/08, de 18 de junio de 2009, ECLI:EU:C:2009:381

STJUE, *David L. Parris y Trinity College Dublin, Higher Education Authority, Department of Public Expenditure and Reform, Department of Education and Skills*, asunto C-443/15, de 24 de noviembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:897

STJUE, *Dittrich, Klinke y Müller contra Bundesrepublik Deutschland* asuntos C-124/11, C-125/11 y C-143/11, de 6 de diciembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:771

STJUE, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, asunto C-177/88, de 8 de noviembre de 1990, ECLI:EU:C:1990:383

STJUE, *Fag og Arbejde (FOA), por cuenta de Karsten Kaltoft, y Kommunernes Landsforening (KL*), asunto C‑354/13, de 18 de diciembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2463

STJUE, *Félix Palacios de la Villa v Cortefiel Servicios SA*, asunto C-411/05, de 16 de octubre de 2007, ECLI:EU:C:2007:604

STJUE, *Franz Lesar y Beim Vorstand der Telekom Austria AG eingerichtetes Personalamt*, asunto C‑159/15, de 16 de junio de 2016, ECLI:EU:C:2016:451

STJUE, *Frédéric Hay y Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, asunto C-267/12, de 12 de diciembre de 2013, ECLI:EU:C:2013:823

STJUE, *Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, asunto C-149/77 de 15 de junio de 1978, ECLI:EU:C:1978:130

STJUE, *Gabrielle Defrenne y Société anonyme belge de navigation aérienne (Sabena)*, asunto C-80/70, de 25 de mayo 1971, ECLI:EU:C:1971:55

STJUE, *Gabrielle Defrenne, v Société Anonyme belge de navigation aérienne (Sabena)*, asunto C- 43/75 de 8 de abril de 1976, ECLI:EU:C:1976:56

STJUE, *Galina Meister y Speech Design Carrier Systems GmbH*, asunto C-415/10, de 19 de abril de 2012, ECLI:EU:C:2012:217

STJUE, *Geoffrey Léger y Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes, Etablissement français du sang*, asunto C-528/13, de 29 de abril de 2015, ECLI:EU:C:2015:288

STJUE, *Gorka Salaberria Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias*, asunto C-258/15, de 15 de noviembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:873

STJUE, *Gravier contra Ville de Liège y otros*, asunto C- 293/83, de 13 de febrero de 1985, ECLI:EU:C:1985:69

STJUE, *Hilde Schönheit v Stadt Frankfurt am Main* (asunto C-4/02), y entre *Silvia Becker v Land Hessen* (asunto C-5/02), asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02, de 23 de octubre de 2003, ECLI:EU:C:2003:583

STJUE, *Hilde Schönheit v Stadt Frankfurt am Main* y entre *Silvia Becker v Land Hessen*, asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02, de 23 de octubre de 2003, ECLI:EU:C:2003:583

STJUE, *HK Danmark,en representación de Jette Ring contra Dansk almennyttigt Boligselskaby y entre HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge, contra Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S*, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, de 11 de abril de 2013, ECLI:EU:C:2013:222

STJUE, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, asunto C-11/70, de 17 de diciembre de 1970, ECLI:EU:C:1970:114

STJUE, *Isabel Elbal Moreno v el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)*, asunto C-385/11, de 22 de noviembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:746

STJUE, *Johann Odar contra Baxter Deutschland GmbH*, asunto C-152/11, de 6 de diciembre de 2012, ECLI:EU:C:2012:772

STJUE, *Jürgen Römer y Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C-147/08, de 10 de mayo de 2011, ECLI:EU:C:2011:286

STJUE, *K.B. contra National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, asunto C-117/01, de 7 de enero de 2004, ECLI:EU:C:2004:7

STJUE, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, asunto C-450/93, de 17 de octubre de 1995, ECLI:EU:C:1995:322

STJUE, *Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*, asunto C-33/89, de 27 de junio de 1990, ECLI:EU:C:1990:265

STJUE, *M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*. asunto C-152/84, de 26 de febrero de 1986, ECLI:EU:C:1986:84

STJUE, *Malgožata Runevič-Vardyn and Łukasz Paweł Wardyn v Vilniaus miesto savivaldybės administracija and Others,* caso C-391/09, de 12 de mayo de 2011, ECLI:EU:C:2011:291

STJUE, *María Auxiliadora Arjona Camacho y Securitas Seguridad España, S.A.*, asunto C-407/14, de 17 de diciembre de 2015, ECLI:EU:C:2015:831

STJUE, *Maribel Domínguez y Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, asunto C‑282/10, de 24 de enero de 2012, ECLI:EU:C:2012:33

STJUE, *Mario Vital Pérez v Ayuntamiento de Oviedo*, asunto C-416/13, de 13 de noviembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2371

STJUE, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, asunto C-409/95, de 11 de noviembre de 1997, ECLI:EU:C:1997:533.

STJUE, *Meyers contra Adjudication Officer*, asunto C-116/94, de 13 de julio de 1995, ECLI:EU:C:1995:247

STJUE, *Mohamed Daouidi y Bootes Plus, S.L., Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, asunto C‑395/15, de 1 de diciembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:917

STJUE, *Nils-Johannes Kratzer y R+V Allgemeine Versicherung AG*, asunto C‑423/15 de 28 de julio de 2016, ECLI:EU:C:2016:604

STJUE, *Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg* , asunto C-184/89, 7 de febrero de 1991, ECLI:EU:C:1991:50

STJUE, *Nold Kohlen und Baustoffgrosshandlung v la Comisión Europea*, asunto C-4/73, de 14 de mayo de 1974, ECLI:EU:C:1974:51

STJUE, *P contra S y Cornwall County Council*, asunto C-13/94, de 30 de abril de 1996, ECLI:EU:C:1996:170

STJUE, *P. C. S. y Cornwall County Council*, asunto C-13/94, de 30 de abril de 1996, ECLI:EU:C:1996:170.

STJUE, *Patrick Kelly y National University of Ireland*, asunto C-104/10, de 21 de julio de 2011, ECLI:EU:C:2011:506

STJUE, *Pensionsversicherungsanstalt y Christine Kleist*, asunto C-356/09, de 18 de noviembre de 2010, ECLI:EU:C:2010:703

STJUE, *Petya Milkova e Izpalnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, con intervención de: Varhovna administrativna prokuratura,* asunto C‑406/15, de 9 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:198

STJUE, *Procedimiento penal contra Even*, asunto C-207/78, de 31 de mayo de 1979, ECLI:EU:C:1979:144

STJUE, *Rinner‑Kühn contra FWW Spezial‑Gebäudereinigung*, asunto C-171/88, de julio de 1989, ECLI:EU:C:1989:328

STJUE, *Roks, Sra. de De Weerd, y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y Otros*, asunto C- 343/92, de 24 de febrero de 1994, ECLI:EU:C:1994:71

STJUE, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding y G4S Secure Solutions NV,* asunto C-157/15, de 14 de marzo de 2017, ECLI:EU:C:2017:203

STJUE, *Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, asunto C-423/04, de 27 de abril de 2006, ECLI:EU:C:2006:256

STJUE, *Seda Kücükdeveci v Swedex GmbH & Co*. KG., asunto C-555/07, de 19 de enero de 2010, ECLI:EU:C:2010:21

STJUE, *Servet Kamberaj* contra*e Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano*, Provincia autonoma di Bolzano, asunto C-571/10, de 24 de abril de 2012, ECLI:EU:C:2012:233

STJUE, *Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades S.A.*, asunto C-13/05, de 11 de julio de 2006, ECLI:EU:C:2006:456

STJUE, *Stauder contra City of Ulm*, asunto C-29/69, de 12 de noviembre de 1969, ECLI:EU:C:1969:57

STJUE, *Steven Malcolm Brown y Secretary of State for Scotland*, asunto C-197/86, de 21 de junio de 1988, ECLI:EU:C:1988:323

STJUE, *Tadao Maruko y Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, asunto C-267/06, de 1 de abril de 2008, ECLI:EU:C:2008:179

STJUE, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, asunto C-144/04, de 22 de noviembre de 2005, ECLI:EU:C:2005:709

STJUE, *Z.y A Government department and the Board of management of a community school*, asunto C-363/12, de 18 de marzo de 2014, ECLI:EU:C:2014:159

SENTENCIAS DE TRIBUNALES NACIONALES

ALEMANIA, Cologne Labour Court (Arbeitsgericht Köln, AG Köln), 06.03.2008, 19 Ca 7222/07.

ALEMANIA, Düsseldorf Administrative Court (Verwaltungsgericht Düsseldorf, VG Düsseldorf), 05.06.2007, 2 K 26225/06.

ALEMANIA, Frankfurt Administrative Court (Verwaltungsgericht Frankfurt, VG

Frankfurt), 09.12.2009, 9 L 3454/09.

ALEMANIA, Hamm Land Labour Court (Landesarbeitsgericht Hamm, LAG Hamm*)*, 04.02.2014, 7 Sa 1026/13.

CANADÁ, *Canada (attorney General) v Mossop* (1993) 1 S.C.R. 554.

ESTADOS UNIDOS, *Cook v. Rhode Island, Department of health, Retordation and Hospitals*, 10 F.3d 1, 23, 28 (1st circle, 1993)

ESTADOS UNIDOS, *EEOC v. Texas Bus Lines*, 923 F. Supp. 965 (S.D.TX 1996), 971.

ESTADOS UNIDOS, *McDermott v Xerox Corp*., 102 A.D.2d 543 (1984), 544

ESTADOS UNIDOS, *DeGRAFFENREID v. General Motors Assembly Division, St. Louis*, 558 F.2d 480(1977).

ESTADOS UNIDOS, *Judge v. Marsh*, 649 F.Supp. 770, 780 (1986).

ESTADOS UNIDOS, *Griggs v. Duke Power* , Co 401 US 424 (1971).

FINLANDIA, Vasaan Hallin-oiekus- 04/0253/3, caso 187-1 de 24 de agosto de 2004 resumen en ingles disponible en: https://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawFrontEndAccess.do?id=181&destination=simple (último acceso 10/03/2013)

HUNGRÍA, Decisión Nº 654/2009 de la Autoridad sobre Trato Igualitario Húngaro de 20 de diciembre de 2009. Resumen en inglés: http://www.equalitylaw.eu/downloads/1553-hu-14-hu-harassment-of-roma-pupils-by-teachers (último acceso 10/03/2017)

REINO UNIDO, *Cordell v Foreign and Commonwealth Office*, [2012] ICR 280 EAT.

REINO UNIDO, *Showboat Entertainments Centre v. Owens* [1984] United Kingdom Employment Appeal Tribunal, 1 W.L.R. 384

REINO UNIDO, *Ministry of Defence –v- Debique* [2009] UKEAT 0048/09

REINO UNIDO, *Shamoon v RUC* [2003] IRLR 285.

REINO UNIDO, *Al Jumard v Clwyd Leisure Ltd* [2008] IRLR 345

REINO UNIDO, *Weathersfield Ltd (T/A Van And Truck Rentals) V Sargent*, [1999] IRLR 9

REINO UNIDO, *Amicus MSF v Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860

SUECIA, *Ombudsman against Ethnic Discrimination v Tahsin Akmese (Lilla Kunghsallen restaurant)*, Caso nº T 2285-05, Gävle Disctrict Court de 16 de junio de 2006.

OTRAS SENTENCIAS Y DECISIONES DE ÁMBITO INTERNACIONAL

COMITÉ CEDAW, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira*, communication No. 17/2008, de30 de noviembre de 2007.

STEDH, *Baczkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007, nº 1543/06.

STEDH, *Burden c. UK*, de 29 de abril de 2008, nº 13378/05.

STEDH, *Carson y Otros c. UK*, de 16 de marzo de 2010, nº 42184/05.

STEDH, *D.H. y Otros c. La República Checa*, de 13 de noviembre de 2007, nº 8030/77.

STEDH, *Karner v Austria*, 24 de julio de 2003, nº 40016/98.

STEDH, *Paraskeva Todorova c. Bulgaria*, de 25 de marzo de 2010, nº 37193/07.

STEDH, *Petrovic v. Austria*, de 27 de marzo de 1998, nº 20458/92.

STEDH, *Pretty v UK*, de 27 de julio de 2002, nº 2346/02.

STEDH, *Thlimmenos v Greece*, de 6 de abril de 2000, nº 34369/97.

STEDH, *Weller v. Hungary*, de 31 de marzo de 2009, nº 44399/05.