

El nuevo concepto de igualdad* Christopher McCrudden**

En el presente ensayo abordo el “nuevo concepto” de igualdad en el Derecho comunitario europeo. Lo hago distinguiendo cuatro significados diferentes de igualdad que existen en el Derecho comunitario. Afirmino que las directivas sobre discriminación por razón de sexo, discriminación por razón de raza y marco general en el empleo refuerzan fundamentalmente una idea de la igualdad “basada en el estatus”, con anterioridad reflejada en las normas sobre lucha contra la discriminación de género en la CE, que difiere sustancialmente de otros enfoques existentes. Asimismo, señalo que en la idea de igualdad “basada en el estatus” adoptada por el Derecho comunitario se pueden identificar algunos fundamentos subyacentes, en gran medida divergentes, que sirven de apoyo a este enfoque. Concluyo indicando que para manejar estas ideas sobre la igualdad divergentes y, al menos potencialmente, contradictorias, es necesario que las instituciones que interpreten y apliquen el Derecho Comunitario en el futuro realicen importantes ajustes y sugiero algunas adaptaciones que podrían resultar de utilidad.

I. La evolución del Derecho comunitario europeo en relación con la igualdad y la discriminación

Existen varias fuentes de Derecho comunitario distintas, pero que se superponen, que establecen normas en relación con la igualdad y la no discriminación que son vinculantes para las instituciones comunitarias y los Estados miembros “cuando aplican el Derecho comunitario o actúan dentro de su ámbito”. Por otro lado, el Derecho comunitario prohíbe que otras personas físicas o jurídicas, así como las instituciones comunitarias y los Estados Miembros discriminen en circunstancias más limitadas, por ejemplo, cuando sus acciones infrinjan las prohibiciones de discriminación por razón de nacionalidad y discriminación por razón de sexo.

1. La igualdad como principio general del Derecho comunitario

El TJE ha creado una jurisprudencia que supedita el ejercicio de la competencia comunitaria al requisito del respeto a los “principios generales” del Derecho comunitario,¹ lo cual tiene implicaciones para la igualdad y la discriminación de varias formas importantes.

A pesar de que numerosas disposiciones del Tratado “establecen el principio de igualdad de trato con respecto a asuntos específicos”,² el Tribunal de Justicia ha mantenido que el principio de igualdad es uno de los principios generales del Derecho comunitario. En el ámbito del Derecho comunitario este principio de igualdad impide que situaciones comparables se traten de forma diferente y que situaciones diferentes se traten de la misma

* El presente ensayo es la versión escrita de una presentación realizada por el autor en la conferencia “La Lucha contra la Discriminación: las Directivas contra la Discriminación Racial y el Marco General de Empleo” en Trier, 31 de marzo - 1 de abril de 2003.

** *Profesor Christopher McCrudden*, Profesor de Derechos Humanos, Universidad de Oxford; Profesor Agregado de Derecho en el Extranjero, Universidad de Michigan, Facultad de Derecho.

¹ Véase, en general *Takis Tridimas*, “The General Principles of EC Law” (OUP, 1999), capítulo 2. Véase también “Igualdad” en *A.G. Toth*, “The Oxford Encyclopedia of European Community Law”, volumen 1 (Clarendon Press, 1990), 188-201 (en lo sucesivo, “*Tridimas*”).

² *Tridimas*, página 40.

forma,³ a menos que el trato se justifique objetivamente.⁴ El Tribunal de Justicia ha reconocido, por ejemplo, que el principio de que todos somos iguales ante la ley es un principio básico del Derecho comunitario.⁵ ¿Por qué sintió el Tribunal la necesidad de afirmar que la igualdad es un principio general del Derecho comunitario? Tridimas afirma: “Es posible que las disposiciones [específicas] no garanticen la igualdad de trato en todos los casos, de forma que es necesario el desarrollo de un principio general para cubrir las lagunas dejadas por la ley escrita. Sin embargo, la principal razón para el desarrollo de un principio general parece ser una cuestión de principio y no responde a una necesidad de carácter práctico.”⁶

En segundo lugar, la protección de los derechos fundamentales es uno de los principios generales del Derecho comunitario. Las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario son vinculantes para las instituciones comunitarias. También son vinculantes para los Estados Miembros cuando aplican las normas comunitarias.⁷ Los “derechos fundamentales” identificados por el TJE proceden de las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros y, en particular, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Entre los derechos fundamentales protegidos por el Tribunal de Justicia, éste ha identificado aspectos particulares de la igualdad. Dichos aspectos incluyen la igualdad religiosa⁸ y la prohibición de discriminación por razón de sexo.⁹ Con un carácter más amplio, el Tribunal ha afirmado que los derechos fundamentales “incluyen el principio general de igualdad y no discriminación.”¹⁰

En este contexto, la igualdad como un elemento de los derechos fundamentales tiene un papel autónomo limitado, si bien incierto, en el Derecho comunitario europeo.¹¹ Aunque en el tercer asunto Defrenne¹² el Tribunal reconoció que la eliminación de la discriminación por razón de sexo formaba parte de los derechos fundamentales, el Tribunal se negó a ampliar el ámbito de aplicación del artículo 119 (en la actualidad el artículo 141), que establece la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, para exigir la igualdad en relación con otras condiciones de trabajo. Sin embargo, en Razzouk, tras reiterar que la discriminación por razón de sexo es un derecho fundamental, el Tribunal estableció que, por consiguiente, se debe confirmar en el contexto de las relaciones entre las instituciones y sus empleados. Por lo tanto, el Tribunal afirmó que al interpretar los Reglamentos del

³ Sermide SpA v Cassa Conguaglio Zucchero y otros, Asunto 106/83. Recopilación 1984, 4209, párrafo 28. Véase también la Opinión del *Abogado General Van Gerven* emitida el 15 de septiembre de 1993, *Koinopraxia Enoseon Georgikon Synetairismon Diacheir iseos Enchorion Proionton Syn. PE (KYDEP) v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Asunto C-146/91, Recopilación 1994, I-4199.

⁴ Véase, por ejemplo, el Asunto C-189/01 *Jippes y Otros*, Recopilación 2001, I-5689, apartado 129, y el Asunto C-149/96 *Portugal v Consejo*, Recopilación 1999, I-8395, párrafo 91.

⁵ Asunto 283/83 *Racke*, Recopilación 1984, 3791; Asunto 15/95 *EARL*, Recopilación 1997, I-1961; Asunto 292/97, *Karlson* (13 de abril de 2000).

⁶ *Tridimas*, página 41.

⁷ Asunto C-442/00, *Caballero v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Recopilación 2003, 115 en el párrafo 30.

⁸ Asunto 130/75, *Prais v Consejo*, Recopilación 1976, 1589.

⁹ *Defrenne v Sabena*, C-149/77, Recopilación 1978, I-1365 at paras 26, 27. Véase C. Docksey, “The Principle of Equality between Women and Men as Fundamental Right under Community Law” (1991) 20, *Industrial Law Journal* 258.

¹⁰ Asunto C-442/00, *Caballero v Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, Recopilación 2003, 115, párrafo 32.

¹¹ *Tridimas*, página 69.

¹² Caso 149/77, *Defrenne v SABENA*, Recopilación 1978, I-1365.

Personal, las exigencias del principio de igualdad de trato “en modo alguno se encuentran limitadas a las derivadas del artículo 119 (en la actualidad artículo 141) del Tratado de la CEE o de las directivas comunitarias adoptadas en este ámbito.”¹³ Asimismo, la igualdad como un aspecto de los derechos fundamentales desempeñaba un importante papel en *P v S and Cornwall*,¹⁴ en relación con la cuestión de si la discriminación por razón de cambio de sexo estaba prohibida por el Derecho comunitario. Para Tridimas, el caso “constituye un claro ejemplo de la forma en que el Tribunal considera el principio de igualdad como un principio general de Derecho comunitario que trasciende lo dispuesto en la legislación comunitaria”. No obstante, en otros casos como en *Grant* (relativo a la discriminación por razón de la orientación sexual, el Tribunal ha sido prudente a la hora de seguir la lógica aparente de esta postura y llegar a conclusiones que, en opinión del Tribunal, van más allá del consenso político europeo existente.¹⁵

2. Obligaciones de igualdad en los Tratados comunitarios y en la legislación secundaria

Podemos pasar a considerar las circunstancias específicas en las que los principios de igualdad y no discriminación resultan aplicables desde el punto de vista jurídico. Existen disposiciones específicas de los Tratados de la Comunidad y de la Unión que establecen obligaciones de igualdad y no discriminación y, en algunos casos, también derechos.

a. Igualdad de trato en el ámbito económico

Existen varias disposiciones del Tratado de la CE en las que se mencionan expresamente los principios de no discriminación e igualdad. Se consideran como enumeraciones concretas del principio general de igualdad.¹⁶ Los principales ejemplos son el artículo 12 (antiguo artículo 6) del Tratado de la CE (se prohíbe la discriminación por razón de ser un nacional de uno de los Estados miembros), el artículo 18 (antiguo artículo 8a) del Tratado de la CE (todos los ciudadanos de la Unión tienen derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a algunas limitaciones), el artículo 34(2) (antiguo artículo 40(3)) del Tratado de la CE (no discriminación entre los productores y consumidores en el contexto de la Política Agrícola Común), el artículo 39 (antiguo artículo 48) del Tratado de la CE (no discriminación entre los trabajadores que sean nacionales del Estado de acogida y los que sean nacionales de otro Estado miembro), el artículo 43 (antiguo artículo 52) del Tratado de la CE (igualdad de trato entre los nacionales y los no nacionales que estén establecidos como autónomos en un Estado miembro), el artículo 49 (antiguo artículo 59) del Tratado de la CE (igualdad de trato para los proveedores de servicios) y el artículo 90 (antiguo artículo 95) del Tratado de la CE (no discriminación en el ámbito de la tributación entre bienes nacionales e importados).¹⁷ “Probablemente la manifestación más evidente y fundamental del principio de no discriminación en el Derecho comunitario europeo se haya dado en el contexto de la

¹³ *Razzouk and Beydoun v Comisión* (Asuntos 75 y 117/82), Recopilación 1984, 1509, párrafo 17. Véase también el Asunto C-37/89, *Weiser v Caisse nationale des barreaux français*, Recopilación 1990, I-2395.

¹⁴ Asunto C-13/94, Recopilación 1996, I-2143.

¹⁵ Asunto C-249/96, *Grant v South West Trains Ltd.*, Recopilación 1998, I-621.

¹⁶ Asunto 1/72, *Frilli v Bélgica*, Recopilación 1972, ECR 457 en el párrafo 19; *Royal Scholten-Honig (Holdings) Ltd. v Intervention Board for Agriculture Produce*, Recopilación 1978, 2037 en el párrafo 26.

¹⁷ Artículo 18 del Tratado de la CE.

prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad o del origen.”¹⁸ Estas disposiciones han sido complementadas por una serie de legislación secundaria.¹⁹

b. Igualdad y no discriminación en el ámbito del género

Los artículos 2 y 3(2) del Tratado de la CE establecen el objetivo de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en la Comunidad. El artículo 141 del Tratado de la CE reconoce el derecho de igualdad entre hombres y mujeres por lo que a la retribución se refiere. Sin embargo, también se establece que el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que establezcan ventajas específicas con el fin de facilitar al sexo menos representado que realice una actividad vocacional o evitar o compensar desventajas en las carreras profesionales.²⁰

Asimismo, existe un conjunto de disposiciones legislativas relativas a la desigualdad por razón de género que establecen un marco legal para la igualdad de las mujeres en el empleo y las condiciones laborales. En un principio incluían tres directivas: una sobre la igualdad de retribución (que incorporaba el concepto de la OIT de “igual retribución para trabajo de igual valor”),²¹ otra sobre igualdad de trato en otros aspectos laborales (como la contratación, la promoción y el despido),²² y la tercera sobre la igualdad de trato en un número limitado de cuestiones de seguridad social.²³ Durante los años 80, sólo se adoptaron dos de las distintas directivas propuestas sobre igualdad, ambas en 1986 y, en cierto modo, de escasa importancia: una sobre la igualdad en la seguridad social profesional y otra sobre la igualdad entre los hombres y mujeres autónomos (la Directiva sobre Seguridad Social Profesional²⁴ y la Directiva sobre Autónomos²⁵). No fue hasta finales de los años 80, en que el Consejo aceptó el desarrollo de una nueva dimensión social para complementar la iniciativa del Mercado Único y se modificó el sistema de votación en el Consejo para permitir la mayoría cualificada en algunas áreas, cuando surgió una legislación adicional sobre la igualdad.

Algunos documentos legislativos que se han adoptado desde entonces revisten una gran importancia. El primero fue la adopción en 1992 por parte del Consejo de una directiva que reconoce algunos derechos a las mujeres embarazadas y en período de

¹⁸ *G. de Búrca*, “The Role of Equality in European Community Law”, en *A. Dashwood y S. O’Leary*, “The Principle of Equal Treatment in EC Law”, página 20.

¹⁹ Por ejemplo, el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

²⁰ Artículo 141(4) del Tratado de la CE.

²¹ 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 [1975] DO L45/198.

²² 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 [1976] DO L39/40.

²³ 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 material de seguridad social [1979] DO L6/24.

²⁴ 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 [1986] DO L225/40.

²⁵ 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 [1986] DO L359/56.

lactancia (la Directiva sobre Trabajadoras Embarazadas).²⁶ El segundo fue la adopción de la Directiva del Tiempo de Trabajo en 1993.²⁷ El tercero fue el acuerdo bajo el Protocolo Social (que excluía en un principio al Reino Unido) de la Directiva sobre el Permiso por Paternidad, que establece unos períodos de baja para madres y padres en determinadas circunstancias.²⁸ El cuarto fue la adopción de una Directiva sobre seguridad social profesional, que modifica la Directiva sobre seguridad social profesional de 1986.²⁹ En quinto lugar, el Consejo adoptó en 1997 la Directiva sobre la carga de la prueba con arreglo al Protocolo Social.³⁰ Esta directiva incluía por primera vez una definición legislativa de la discriminación indirecta y disposiciones destinadas a ajustar las normas sobre la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Por último, la Directiva sobre los trabajadores a tiempo parcial prohibió la discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo en determinadas circunstancias.³¹ Más recientemente, en 2002 se introdujeron considerables modificaciones en la Directiva sobre Igualdad de Trato de 1976.³²

Asimismo, se debe añadir la promulgación de instrumentos de “derecho blando”. Estos instrumentos, aunque no tienen la forma de legislación tradicional y por consiguiente no son aplicables directamente, han establecido normas y han generado expectativas, al mismo tiempo que ejercen una influencia indirecta considerable sobre la interpretación de los principales instrumentos de “derecho duro”, particularmente en el contexto de la legislación nacional; por lo tanto, no carecen de efecto jurídico. La Comisión y el Consejo han adoptado dichos instrumentos en varios ámbitos de la igualdad de género, en particular en aspectos tan complicados como igualdad en la retribución, acción positiva, acoso sexual y representación de las mujeres.³³

²⁶ 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 [1992] DO L348/1.

²⁷ Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo [1993] DO L307/18.

²⁸ 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 [1996] DO L145/11, a la que el Reino Unido dio su aprobación en la 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 [1997] DO L10/24.

²⁹ Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social [1997] DO L14/13.

³⁰ 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 [1998] DO L14/6, aceptada por el Reino Unido en la 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 [1998] DO L205/66.

³¹ Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES – Anexo: Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial [1998] DO L14/9.

³² 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 [2002] DO L269/15.

³³ Por ejemplo, la CE ha puesto en marcha una serie de programas de acción destinados a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres que promueven el uso de las medidas de acción positiva,

c. La igualdad y la no discriminación en otros ámbitos

El artículo 13 del Tratado de la CE reconoce una capacidad legislativa general para abordar una amplia gama de tipos de discriminación.³⁴ Sobre la base del artículo 13, la Comunidad ha elaborado en la actualidad un importante paquete inicial de medidas en áreas distintas de la discriminación por razón de género.³⁵ La Directiva sobre Discriminación Racial³⁶ prohíbe la discriminación basada en motivos de origen racial o étnico en el acceso al empleo, la formación profesional, las condiciones de contratación y de trabajo, la pertenencia a sindicatos y asociaciones patronales y su participación en ellos, la protección social, incluidas la seguridad social y la atención sanitaria, las “ventajas sociales” y la educación, así como los bienes y servicios, incluida la vivienda. La Directiva del Marco General³⁷ prohíbe la discriminación principalmente en el ámbito del empleo (acceso al empleo, empleo autónomo y profesiones; guía y formación profesional; condiciones de contratación y de trabajo, incluidos el despido y la retribución; participación en las organizaciones), pero en el resto de las categorías del artículo 13 del Tratado de la CE (discapacidad, edad, orientación sexual, religión y convicciones). Un programa de acción para promover las acciones que combatan la discriminación completa este paquete inicial. Estas directivas establecen las exigencias mínimas y ofrecen a los Estados Miembros la opción de introducir o mantener disposiciones más favorables. Las directivas no se pueden usar para justificar ninguna regresión en la situación que ya exista en cada Estado Miembro. Los Estados Miembros deben implementar la Directiva sobre Discriminación Racial antes de julio de 2003. Las disposiciones de la Directiva sobre el Régimen General en relación con la religión o las convicciones y la orientación sexual se deben implementar

como el Cuarto Programa de Acción sobre Igualdad de Oportunidades para Hombres y Mujeres (1996-2000); véase también la Comunicación de la Comisión “Incorporación de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres en todas las políticas y actividades de la Comisión” COM (2000) 334; la Comunicación de la Comisión relativa a la consulta de los empresarios y los trabajadores sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo COM (1996) 378; la Resolución del Consejo, de 27 de marzo de 1995, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la toma de decisiones [1995] DO L168; la Recomendación del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, sobre la participación equilibrada de hombres y mujeres en el proceso de toma de decisiones [1996] DO L319/11; la Recomendación del Consejo 84/635 relativa a la promoción de la acción positiva para las mujeres [1984] DO L331/34.

³⁴ “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”. Para una discusión sobre el fundamento del artículo 13 del Tratado de la CE, véase *M. Bell y L. Waddington*, “The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-discrimination Treaty Article” (1996) 25 *ILJ* 320-36, (que subraya el importante papel desempeñado por las ONG y el Parlamento Europeo en el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 del Tratado de la CE). *M. Bell*, “The New Article 13 EC Treaty”: A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?” (1999) 6 *Maastricht Journal of European Law* 5-23, 6-7: aborda también el fundamento de la redacción del artículo 13 del Tratado de la CE.

³⁵ La doctrina existente en la actualidad en relación con la igualdad y el Tratado de Ámsterdam, junto con el análisis de las directivas sobre el nuevo artículo 13 del Tratado de la CE (en forma de borrador y tal y como han sido adoptadas), es muy abundante; véase *Mark Bell*, “Anti-discrimination Law and the European Union” (Oxford, OUP, 2002).

³⁶ 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 [2000] DO L180/22.

³⁷ 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 [2002] DO 303/16.

antes de noviembre de 2003 y las relativas a la edad y la discapacidad antes de noviembre de 2006.

3. Carta de Derechos Fundamentales de la UE

Otra fuente del principio de igualdad es la Carta de Derechos Fundamentales de la UE promulgada en 2000.³⁸ En parte, este documento establece de forma más sistemática los derechos fundamentales ya considerados por el TJE como derivados de los principios generales del Derecho comunitario. Sin embargo, la Carta va más allá en el establecimiento de un catálogo de derechos más amplio que se consideran fundamentales en la Comunidad/la Unión.

La Carta incluye un capítulo titulado “igualdad”. Comprende una disposición general que establece que todas las personas son iguales ante la ley.³⁹ Se prohíbe la discriminación por cualquier razón, como 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”.⁴⁰ Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad.⁴¹ La Unión ha de respetar la diversidad cultural, religiosa y lingüística.⁴² La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, pero el principio de igualdad “no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.⁴³ Se reconocen algunos derechos del menor, incluido el derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar.⁴⁴ Se reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural,⁴⁵ así como el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.⁴⁶

Queda por determinar en qué medida estas disposiciones se consideran como fuentes de un principio de igualdad aplicable jurídicamente. Se está debatiendo el estatus jurídico de este documento y se seguirá considerando en 2004, pero varios abogados generales y el Tribunal de Primera Instancia ya han hecho referencia a la Carta en sus opiniones y decisiones.

4. La igualdad y otros instrumentos de derechos humanos

Se podría afirmar que la igualdad y la no discriminación están en proceso de incorporación en un contexto más amplio de derechos humanos. En este sentido, se está ampliando el alcance nacional de las leyes relativas a la igualdad para incluir una idea de igualdad más completa, que abarque la raza, el origen étnico, la discapacidad, la religión y

³⁸ [2000] DO C 364/1.

³⁹ Artículo 20.

⁴⁰ Artículo 21(1).

⁴¹ Artículo 21(2): “en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.

⁴² Artículo 22.

⁴³ Artículo 23.

⁴⁴ Artículo 24.

⁴⁵ Artículo 25.

⁴⁶ Artículo 26.

las convicciones, la orientación sexual y la edad. Se ha de destacar que muchos de los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados por los Estados Miembros desde el final de la Segunda Guerra Mundial incluyen exigencias de igualdad de carácter amplio y extensa cobertura. El artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y el Protocolo n° 12 son meros ejemplos de esta tendencia. Una importante indicación en este sentido en la Comunidad Europea es la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁴⁷ También se está extendiendo a la igualdad en el ámbito laboral. Por supuesto, esta evolución no queda limitada a la Comunidad. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995 hizo hincapié en la definición de los derechos de las mujeres como derechos humanos. La Conferencia de Naciones Unidas sobre la Igualdad Racial celebrada en Sudáfrica a finales del verano de 2001 situó a las políticas contra la discriminación racial en el ámbito de los derechos humanos.⁴⁸

a. El Convenio Europeo de Derechos Humanos

El artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establece que “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.” El Consejo de Europa ha adoptado una nueva disposición en relación con la igualdad (el Protocolo n° 12) que, de alguna forma, pondrá remedio a algunas deficiencias del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.⁴⁹ El Protocolo, en efecto, añadiría una disposición adicional al artículo 14 que prohibiría la discriminación por cualquiera de los motivos indicados en el artículo 14 por parte de una autoridad pública en circunstancias en las que otros derechos de la Convención no se ven afectados, al mismo tiempo que “se reafirma que el principio de no discriminación no impide que los Estados Parte adopten medidas con el fin de promover la igualdad plena y efectiva, siempre y cuando exista una justificación objetiva y razonable para dichas medidas.”⁵⁰ El Protocolo todavía no ha recibido las ratificaciones suficientes como para que pueda entrar en vigor para los Estados que ya lo han ratificado.⁵¹

b. Otros instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos

Aparte del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales existen varios instrumentos internacionales de derechos humanos que incluyen exigencias de no discriminación. Entre ellos se encuentran los principales instrumentos de carácter general sobre derechos humanos celebrados bajo los auspicios de Naciones Unidas (el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio sobre los Derechos

⁴⁷ [2000] DO C 364/1.

⁴⁸ Declaración y Programa de Acción, Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, 8 de septiembre de 2001.

⁴⁹ Protocolo n° 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 2000.

⁵⁰ Preámbulo, cuarto apartado.

⁵¹ (OMITIR NOTA AL PIE DE PÁGINA).

del Niño). Existen también diversos tratados con un enfoque específico en lo que se refiere a la discriminación y la igualdad (el Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953, el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1966 y el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979⁵²). Cabe destacar por su relevancia algunos instrumentos de la OIT: el Convenio sobre Igualdad de Remuneración de 1951 (nº 100) y el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación) de 1958 (nº 111). También se pueden destacar algunos convenios del Consejo de Europa: la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Social Europea revisada de 1996 sobre derechos económicos y sociales, el Acuerdo Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995 por lo que se refiere a las minorías nacionales y la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias de 1992, en relación con las lenguas minoritarias. En cierta medida, estos instrumentos pueden considerarse como un reforzamiento del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

II. Cuatro significados de igualdad y no discriminación en el Derecho comunitario europeo

La igualdad y la no discriminación son conceptos complejos que han generado un amplio debate acerca de su significado y su justificación. Se pueden identificar cuatro significados de igualdad y no discriminación aplicables en el Derecho comunitario europeo. Es necesario hacer algunas advertencias con respecto a estas distinciones. En primer lugar, se elaboran estas categorías para tratar de dar sentido a todo un conjunto de materiales jurídicos que en ocasiones pueden llegar a ser desconcertantes; estas distinciones no han obtenido ningún apoyo judicial. En segundo lugar, estas categorías no son categorías estanco, sino que están interrelacionadas, de forma que las novedades que se produzcan en cualquiera de ellas afectan a las demás. En tercer lugar, los principios subyacentes de cada categoría pueden colisionar entre sí en algunos aspectos, por lo que puede ser necesario tomar decisiones en cuanto a la prioridad entre las categorías en caso de conflicto.

1. Igualdad como “racionalidad”

El primer significado de igualdad aparece cuando el principio de no discriminación (interpretado como el principio limitado según el cual los iguales deben ser tratados de igual forma, a menos que exista una justificación adecuada para no aplicar este principio) es un principio de aplicación general que se justifica por sí mismo, sin que haya una limitación específica en las circunstancias en que sea aplicable (excepto que se trate del ámbito público entendido en sentido amplio) y sin una limitación alguna sobre la razón por la cual se pueda atacar la diferencia de trato. En otras jurisdicciones este enfoque de la igualdad está asociado en particular con las garantías constitucionales. Este significado se basa fundamentalmente en la racionalidad.

La igualdad como racionalidad se refiere principalmente a la exigencia de que cuando el ejercicio del poder público suponga un trato desigual, se habrá de justificar adecuadamente con arreglo a criterios aceptables, convincentes y aplicados de forma coherente. No obstante, una idea general de igualdad como racionalidad no puede aplicarse sin criterios de semejanza, diferencia, aceptabilidad y justificación.

⁵² Convenio de 1979 sobre la Erradicación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1980) ILM 33.

Podemos considerar que este primer significado de igualdad cumple dos funciones complementarias. Es un principio general que sustenta las otras dos categorías que se abordarán a continuación, así como una categoría residual de examen por sí misma. Por lo que se refiere a esta primera función, constituye un punto de partida del que proceden en último término los significados más detallados de igualdad que se tratarán a continuación. En este sentido, los criterios necesarios de semejanza, diferencia y justificación son suministrados por los significados segundo, tercero y cuarto de igualdad. En el segundo significado, estos criterios los suministra la determinación de la forma en que se deberían distribuir intereses particularmente importantes y en el tercer y cuarto significados la referencia a la forma en que las características particulares de las personas deberían afectar a la distribución de las oportunidades más en general. Por ejemplo, cuando se está ante una mala distribución de los derechos o está presente el uso de raza como criterio, los juicios de irracionalidad o de ausencia de razón tienen un ámbito de aplicación más amplio e inducen un examen más escéptico. Se requiere un esfuerzo mayor para justificar dichas decisiones que cuando se trata de otras decisiones que no implican estas consideraciones. Sin embargo, en relación la última función del primer significado, los tribunales están dispuestos a examinar decisiones con carácter más general, aunque de forma más débil, sobre la base del trato desigual, incluso en el caso de decisiones que no implican situaciones en las que estén en juego intereses especialmente importantes o daños concretos al estatus.

2. La igualdad como “protección de derechos”

En el segundo enfoque, el papel del principio de no discriminación es un añadido a la protección de “bienes públicos” especialmente valiosos. El principio supone esencialmente que en la distribución del “bien público”, los iguales deberían recibir igual trato, excepto cuando se puedan justificar diferencias. En este contexto, la atención se centra en la distribución del bien público en vez de en las características del receptor, salvo por lo que se refiere a la justificación de un trato diferente. Los tribunales examinarán las actuaciones de las autoridades públicas de forma más intensa que bajo el primer significado cuando dichas actuaciones produzcan discriminación (definida esencialmente como tratar a alguien de forma diferente) en estas circunstancias. Un aspecto fundamental en este contexto es que los “bienes públicos” se han de considerar de suficiente importancia como para dar lugar a un examen más detallado basado en la igualdad. Se puede encontrar un ejemplo en la interpretación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el que los “bienes públicos” en cuestión son los derechos humanos fundamentales. Sin duda, este es un enfoque característico del papel que en ocasiones se otorga a la igualdad y la no discriminación en el derecho internacional sobre derechos humanos con carácter más general.⁵³ Un segundo ejemplo en el ámbito del Derecho comunitario europeo se da cuando los “bienes públicos” en juego se han de encontrar en las disposiciones del Tratado que pretenden la integración económica de la Comunidad.

Tal y como afirma de Búrca, “incluso en aquellos ámbitos del Derecho comunitario europeo en los que el principio [de igualdad] es expresamente relevante, no desempeña el

⁵³ Véase *M. Bossuyt, L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, 68-69 (Bruselas, Bruylant, 1976).

mismo papel en cada contexto.”⁵⁴ Se puede hacer una distinción básica y fundamental entre dos funciones de las normas sobre igualdad en la CE que se superponen, pero que se pueden diferenciar de forma más o menos clara. En primer lugar, se encuentran aquellos aspectos de las normas sobre igualdad en la CE que actúan principalmente en el ámbito económico, en el que la igualdad tiene una particular importancia en la consecución de los objetivos de integración del mercado comunitario. Conforme explica de Búrca: “el principio se puede considerar como un *instrumento* para la consecución de objetivos específicos de la Comunidad ... promoviendo la igualdad de trato como un medio de erradicación de los obstáculos en la obtención del mercado único.”⁵⁵ Tesouro AG ha señalado la importancia fundamental de la igualdad en este contexto: “El principio de igualdad de trato es fundamental no sólo porque es la piedra angular de los sistemas jurídicos contemporáneos, sino además por una razón más concreta: la legislación comunitaria se refiere principalmente a situaciones y actividades económicas. Si en este ámbito se establecen diferentes normas para situaciones similares, el resultado no es solamente la desigualdad ante la ley, sino también e inevitablemente, distorsiones en la competencia que son absolutamente irreconciliables con la filosofía fundamental del mercado común.”⁵⁶ Esta función se considera a menudo como la función dominante de la igualdad en el Derecho comunitario. “El principio de igualdad”, según Tridimas, “adquiere una importancia particular en el ámbito del derecho económico. (...) La igualdad ... es ... la piedra angular de la integración. La noción de distorsiones en la competencia es esencial para comprender su función en el Derecho económico comunitario.”⁵⁷ En esta segunda categoría, por ejemplo, podríamos ubicar las disposiciones relativas a la no discriminación entre productores y consumidores.

No obstante, se ha identificado una segunda función del principio de igualdad de trato en el Derecho comunitario europeo. En esta función el principio de igualdad de trato tiene una importancia particular a la hora de demostrar que los objetivos de la Comunidad van más allá de los objetivos económicos y se extienden a la protección del modelo social europeo, definido para incluir consideraciones de igualdad. En este contexto, la igualdad se considera como intrínsecamente importante o, al menos, como importante para la integración no económica. Como señala de Búrca, la igualdad se puede considerar “como un valor que media y posiblemente restringe o redirige otras medidas u objetivos específicos de la Comunidad. Por consiguiente, las medidas de la Comunidad, por ejemplo, podrían ser atacadas por no respetar la igualdad de trato o la legislación puede verse mitigada por la exigencia de que no debería haber discriminación por razones como la raza o la religión en su aplicación. Lo que resulta más controvertido, el principio podría considerarse como un objetivo comunitario independiente ...”⁵⁸ En esta segunda categoría, por ejemplo, podríamos situar las disposiciones relativas a la discriminación por razón de sexo. Trataremos este aspecto de la igualdad en la Comunidad al abordar el siguiente significado de igualdad.

Sin embargo, resulta algo problemático establecer una distinción estricta entre estas dos funciones. En parte, a veces se establece la distinción debido a que algunos aspectos de la igualdad que se iniciaron en la primera función, se desplazaron para cumplir la segunda

⁵⁴ *Ibid.*, página 23.

⁵⁵ de Búrca, “The Role of Equality in European Community Law”, páginas 23-24.

⁵⁶ Asunto C-63/89 *Les Assurances du Credit SA v Consejo*, Recopilación 1991, ECR I-1799 en 1.829.

⁵⁷ Tridimas, página 45.

⁵⁸ de Búrca, “The Role of Equality in European Community Law”, páginas 23-24.

función. Limitando el debate únicamente a la cuestión del género, observamos que pueden variar las motivaciones para la introducción de prohibiciones de la discriminación. El Tratado de Roma de 1957, en el que había un único artículo sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres, en concreto el artículo 119 del Tratado de la CE relativo a la igualdad en la retribución, incluía este artículo en un principio para hacer frente a lo que en la actualidad se puede identificar como el problema del “dumping social”. Durante más de una década, esta disposición no tuvo ningún efecto apreciable en los Estados Miembros y no fue hasta los años 70 cuando el Tribunal de Justicia Europeo dictó sus innovadoras sentencias en los *asuntos Defrenne*⁵⁹ que el artículo se empezó a considerar seriamente como fuente de derechos jurídicos aplicables. Este activismo judicial coincidió con el auge del movimiento de la mujer en Europa Occidental y estos dos factores, combinados con la decisión de la Comunidad de equilibrar la política económica con una dimensión social con carácter más general, generaron tres textos legislativos relativos a la igualdad que entraron en vigor en la segunda mitad de los años 70. La igualdad de género se fue relacionando cada vez más íntimamente con dicha dimensión social, como un aspecto de los derechos fundamentales y, por consiguiente, como un elemento de la segunda función de la igualdad.

Una segunda razón para ser prudentes a la hora de establecer una distinción excesivamente estricta es que las manifestaciones particulares de la igualdad parecen cumplir ambas funciones en la actualidad. El ejemplo más claro es el de la discriminación por razón de nacionalidad. La naturaleza dual del artículo 12 (antiguo artículo 6) del Tratado de la CE es tratada por Jacobs AG en el Asunto Phil Collins, en el que subraya que la prohibición de la discriminación (por razón de la nacionalidad de los Estados Miembros de la CE) persigue la integración económica de la Comunidad y al mismo tiempo demuestra que la Comunidad no sólo es económica, sino una “empresa común en la que todos los ciudadanos de Europa puedan participar como individuos ...”⁶⁰ Según Tridimas, “... el Tribunal de Justicia ha transformado el artículo 12[6], que era considerado una disposición general y programática, en una fuente autónoma de derechos y obligaciones *más allá de la esfera del mercado interno entendido en sentido estricto*, que incluye una amplia gama de situaciones y cuyos límites externos no son fáciles de delimitar.”⁶¹

Un tercer motivo para ser prudentes a la hora de establecer una distinción excesivamente marcada responde a la dificultad de aportar razones a las instituciones comunitarias para la adopción de disposiciones particulares relacionadas con la igualdad. Por lo que se refiere a lo dispuesto en la Directiva de Marco General en el Empleo, por ejemplo, existe un animado debate académico al respecto. En realidad, sólo podemos especular acerca de las razones que condujeron a la entrada en vigor de estas disposiciones y existe cierta discrepancia en la doctrina acerca de hasta qué punto la Comunidad estaba motivada por causas de integración económica o social⁶² y en qué medida era importante la

⁵⁹ Véase el Asunto 80/70 *Defrenne v Sabena*, Recopilación 1971, 445; Asunto 43/75 *Defrenne v Sabena* (nº 2) Recopilación 1976, 455; Asunto 149/77 *Defrenne v Sabena* (nº 3) Recopilación 1978, 1365.

⁶⁰ Asuntos C-92 y C-326/92, Recopilación 1993, I-5145 en 5.163.

⁶¹ Tridimas, página 87 (se ha añadido la cursiva).

⁶² L. Waddington, “Testing the Limits of the EC Treaty Article on Non-discrimination” (1999) 28 *Industrial Law Journal* 133-151, 134: “... la inclusión del artículo 13 del Tratado de la CE no se debió fundamentalmente al deseo de combatir la discriminación por razones económicas o complementar el mercado único. Más bien es parte de una tendencia que se puede afirmar que se refleja más en la teoría que en la práctica”, que es “acercar Europa a los ciudadanos”. (nota al pie de página omitida). Como contraste, véase S. Fredman, “Equality: A New Generation?” (2001) 30 *Industrial Law Journal* 145-168,

futura ampliación de la Comunidad.⁶³ Es bastante posible, incluso probable, que hubiera distintos motivos que condujeron a la inclusión de diferentes motivos de discriminación.⁶⁴ También es probable que la Comisión deseara aprovechar la oportunidad política que se le ofrecía de incluir una gama de motivos tan amplia como fuera posible en tan pocas directivas como fuera posible, sabiendo que sería improbable que algunos motivos fueran aceptados si se introducían en instrumentos separados. Puesto que todavía no han entrado en vigor, tampoco se ha producido ningún análisis judicial de sus funciones.

La igualdad en el Derecho comunitario es relevante para el segundo, el tercer y el cuarto significado de la igualdad que se han discutido anteriormente. En este apartado abordamos su importancia para el segundo significado. Cuando los derechos o intereses contemplados en el Tratado, etc. se “distribuyen”, el principio de igualdad de la Comunidad requiere que los iguales sean tratados por igual y los diferentes sean tratados de forma diferente, a menos que existan razones justificadas objetivamente para apartarse de este principio. Esto tiene una particular importancia por lo que se refiere a las relaciones económicas. En este sentido, el enfoque del Tribunal de Justicia consiste en considerar las exigencias del Tratado de tal importancia para el funcionamiento del mercado que el hecho de que no se garantice que se aplican de forma igualitaria requiere un examen judicial detallado. Es como si cada artículo del Tratado tuviera una cláusula adicional sobre la igualdad que estableciera que dicho artículo ha de aplicarse para adecuarse al principio de igualdad de trato.⁶⁵ En esta situación, no existe la necesidad de identificar ningún motivo específico prohibido de discriminación (como la nacionalidad). Basta con probar una diferencia de trato injustificada. Esto es una aplicación del segundo significado de igualdad.

3. La igualdad como la prevención de los “daños al estatus” derivados de la discriminación por motivos específicos

En el tercer significado de no discriminación, el centro de atención se desplaza desde la importancia del “bien público” (particularmente el derecho humano en cuestión) hacia la asociación entre un número limitado de características particulares (como la raza, el género, etc.) y la discriminación padecida por quienes tienen dichas características o se

149 (señalando un fundamento económico para la responsabilidad de la Comunidad, tal y como se dispone en los considerandos de las nuevas directivas); y *S. McInerney*, “Equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin: a comment” (2000) 25 *European Law Review* 317-323, 322-3 (que señala el fundamento orientado hacia el mercado que aporta un fundamento secundario de la Directiva sobre Discriminación Racial).

⁶³ *M. Bell*, “Article 13 EC: The European Commission’s Anti-discrimination Proposals” (2000) 29 *ILJ* 79-84, 84 (importancia de las nuevas directivas en el contexto de la ampliación de la Comunidad).

⁶⁴ La integración social, especialmente en el contexto de los éxitos electorales de la extrema derecha en algunos países europeos, parece haber ejercido una gran influencia en acelerar la adopción de la Directiva sobre Discriminación Racial. Sin embargo, la inclusión de la edad como uno de los motivos de discriminación prohibidos quizá se debería considerar, tal y como señala *McGlynn*, como parte de una política más amplia de la CE que se enfrenta a la necesidad económica de un “cambio en el mercado laboral para animar a los trabajadores de mayor edad a que continúen activos laboralmente, persuadir a los empresarios para que reduzcan el uso de las “prejubilaciones” y hacer uso de la formación profesional y el aprendizaje constante disponible para todos”, aunque posteriormente adoptó una perspectiva relacionada con los derechos fundamentales. *C. McGlynn*, “Age Discrimination and European Union Law” (documento entregado al taller de trabajo organizado por el Instituto Nacional Sueco para la Vida Laboral sobre “Discriminación y Acción Afirmativa en el Mercado Laboral – Perspectivas Jurídicas”, Bruselas, 6-7 de noviembre de 2000), 4.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, Asunto C-309/89, *Codorniu v. SA v Consejo de la Unión Europea*, Recopilación 1994, I-1853 en el párrafo 26.

considera que las tienen. Los tribunales examinarán las actuaciones de las autoridades públicas de forma más intensa que bajo el primer significado cuando las actuaciones de las autoridades públicas discriminen a individuos con dichas características particulares. No obstante, en este contexto, el significado de discriminación se extiende más allá del principio según el cual los iguales deben ser tratados de igual forma e incluye también el principio conforme al cual los que son diferentes no deben ser tratados de igual forma. Este significado está destinado fundamentalmente a impedir que se produzcan daños al estatus como consecuencia de la discriminación por razones particulares.

Este es el significado de igualdad que ha recibido recientemente un empuje por parte de las nuevas directivas sobre “igualdad” y es el significado de igualdad que mejor se puede describir como el “nuevo” significado de igualdad, aunque sus fundamentos se retrotraen nada menos que a los asuntos Defrenne, que se refieren a la discriminación por razón de sexo. Es este significado al que se dedicará la presente Conferencia y a continuación consideraré algunos de sus aspectos de forma más detallada.

Pero antes, es necesario mencionar el cuarto y último concepto de igualdad presente en el Derecho comunitario.

4. La igualdad como promoción proactiva de la igualdad de oportunidades entre grupos concretos

En el cuarto significado, algunas autoridades públicas tienen la obligación de adoptar activamente las medidas para promover una mayor igualdad de oportunidades y buenas relaciones (cuyos significados jurídicos todavía están por determinar de forma completa) para grupos concretos. En este sentido, es un desarrollo del tercer significado (basado en el estatus). Sin embargo, el concepto de “igualdad de oportunidades” va más allá de cualquier concepto de discriminación característico de los significados anteriores y no incluye tan solo la obligación de la autoridad pública de eliminar la discriminación de sus actividades, lo cual se considera simplemente un ejemplo de cuando se niega la igualdad de oportunidades. En virtud de este cuarto enfoque, una autoridad pública a la que se aplique esta obligación está obligada a hacer algo más que garantizar la ausencia de discriminación en su trabajo, su educación y otras funciones específicas, en especial a actuar positivamente para promover la igualdad de oportunidades y las buenas relaciones entre grupos diferentes en la elaboración de toda su política y en la realización de todas sus actividades. Una característica del tercer enfoque, tratado en el apartado anterior, es que se permite la acción positiva/afirmativa, pero no es obligatoria. Una característica derivada del cuarto enfoque es que, con arreglo a él, la acción positiva/afirmativa puede ser una exigencia cuando dicha acción sea legal. Parecería que para quienes se encuentran sujetos a esta obligación existe el deber de tener en cuenta si la adopción por su parte de medidas legales de acción afirmativa tiene por objetivo la igualdad de oportunidades y, si es así, considerar la adopción de dichas medidas.

¿Está este cuarto significado de igualdad presente en el Derecho comunitario europeo? Barnard observa con razón que las directivas sobre la discriminación por razón de sexo, por razón de raza y la de marco general en el empleo “no se centran en la consecución de la igualdad en el sentido redistributivo, más amplio y más orientado hacia los resultados”.⁶⁶ No obstante, existen algunas pruebas de la aparición del cuarto significado de

⁶⁶ *Catherine Barnard*, “The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?”, *46 McGill Law Journal* (2001), 955 en página 976.

la igualdad en el Derecho comunitario. Por consiguiente, hemos observado, por ejemplo, que los artículos 2 y 3(2) del Tratado de la CE establecen el objetivo de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en la Comunidad. Recientemente, el Abogado General Stix-Hackl en *Dory* ha interpretado esto como la imposición de una *obligación* a la Comunidad de promover *activamente* la igualdad entre hombres y mujeres.⁶⁷ Queda por ver hasta qué punto esta interpretación presagia el desarrollo de un cuarto significado de igualdad más elaborado en el Derecho comunitario (al menos por lo que respecta a la igualdad de la mujer).

III. Los fundamentos del tercer significado de no discriminación e igualdad

A continuación abordaré el tercer significado de igualdad en el Derecho comunitario europeo, centrándome en los “daños al estatus”. ¿Por qué hay algunos daños causados al estatus que se consideran particularmente inaceptables? Una visión de cara al futuro de este tercer significado requiere una mejor comprensión de lo que significa la igualdad en este contexto. Teniendo en cuenta la experiencia comunitaria europea, en mi opinión, existen *cuatro* elementos, que aunque son diferentes, se superponen, que sirven de fundamento al tercer concepto de igualdad en el Derecho comunitario europeo.

1. El modelo de justicia individual

El primer elemento subyacente lo denominaré modelo de “justicia *individual*”. En general, este modelo está destinado a garantizar la reducción de la discriminación eliminando de las decisiones consideraciones basadas en la raza, el sexo u otras consideraciones prohibidas que tengan consecuencias perjudiciales para los individuos. La palabra clave normalmente es “discriminación”.

Este enfoque no se ocupa *principalmente* del efecto general de las decisiones en los *grupos*. Es claramente *individualista*: se centra en garantizar la justicia para el individuo. Generalmente se expresa en términos *universales*: por ejemplo, los negros y los blancos tienen la misma protección, de la misma forma que la tienen los *hombres* igual que las mujeres, las minorías sexuales y las *mayorías* sexuales. Refleja el respeto a la eficacia, el “mérito” y los logros. Preserva y posiblemente favorece el funcionamiento del mercado. A menudo se centra en la intención del causante de la discriminación y el sentido de agravio para el individuo como consecuencia de dicha intención.

El primer modelo de igualdad como justicia individual se refleja en distintos aspectos del Derecho comunitario, en particular, la prohibición de la discriminación directa, las consideraciones sobre el mérito y el modelo de aplicación esencialmente individualizado adoptado.

A pesar de su indudable atractivo, este modelo de justicia individual ha sido criticado por parecer excesivamente defectuoso si se le ha de considerar como el único significado de “igualdad”. En este sentido, se pueden aportar varios argumentos. Se señala que el modelo de justicia individual supone una tergiversación de la estructura subyacente de la discriminación en algunos contextos, como la discriminación contra la mujer. Se afirma que dicha discriminación se da tan a menudo entre las instituciones como entre los individuos y, por consiguiente, existen escasas probabilidades de que un modelo de igualdad individualista pueda abordar adecuadamente en toda su amplitud el problema o la relevancia de los cambios que se han de realizar para hacerle frente. Se indica que el

⁶⁷ Asunto C-186/01, *Dory v Alemania*, 28 de noviembre de 2002.

problema no se enfoca correctamente al considerarlo una cuestión de intención en vez de una cuestión de efectos. Se señala que el modelo de justicia individual no toma en cuenta de forma adecuada la naturaleza circundante y reforzadora de la desventaja y la pertenencia a determinados grupos.

2. El modelo de justicia de grupo

El segundo elemento subyacente de la política del tercer significado de igualdad es la justicia de *grupo*. Consiste en considerar que la finalidad de la política de igualdad debería centrarse más en las *consecuencias* del proceso de toma de decisiones y no solamente en el propio proceso. Quienes propugnan este modelo a menudo pretenden la redistribución de los recursos de los privilegiados entre los desfavorecidos. Su objetivo principal es la mejora de la posición relativa de los *grupos* particulares, ya sea para remediar la subordinación y la discriminación sufridas en el pasado o como consecuencia de las exigencias derivadas de la idea de justicia distributiva. La palabra clave normalmente es “redistribución”, en vez de “discriminación”.

Una de las formas en que esta idea de justicia de grupo se ha convertido en un concepto jurídico ha sido a través de la exigencia de que la discriminación sea definida de forma que incluya el concepto de discriminación indirecta, la cual, definida en un sentido amplio, implica la prohibición de prácticas que tengan como efecto crear desventajas desproporcionadas para un grupo concreto que no se puedan justificar objetivamente. Otro aspecto común de esta noción de justicia de grupo es el concepto de recursos basados en los grupos. Este concepto en ocasiones adopta la forma de recursos de restitución. En algunos países, se han elaborado medidas de acción positiva o afirmativa como una forma de dichos recursos. A los efectos de este debate, las acciones positivas o afirmativas incluyen el hecho de que se conceda una preferencia a un individuo debido a su pertenencia a un grupo, con el fin de remediar la discriminación sufrida en el pasado, asegurar una mayor justicia distributiva o garantizar una mayor representatividad de la institución que se implica en la acción positiva o afirmativa. Un buen ejemplo de la diferencia entre el concepto de igualdad como justicia de grupo y el modelo de igualdad como justicia individual puede encontrarse en las diferentes actitudes legales frente a la acción afirmativa. En el modelo de justicia individual, la acción afirmativa se caracteriza más a menudo como una *excepción* a los principios de igualdad y no discriminación.

Un aspecto común al concepto de discriminación indirecta y al de acción afirmativa es la idea de proporción. Por consiguiente, a menudo se recaban estadísticas con el fin de controlar la posición relativa del grupo desfavorecido en comparación con otros grupos de la sociedad y así aportar información con la que se pueda identificar más fácilmente la discriminación indirecta y se puedan diseñar programas de acción afirmativa. Por último, se observa un cambio importante en el uso del lenguaje desde el modelo de justicia individual al modelo de justicia de grupo. En el primero, normalmente se hace hincapié en el tema de la “discriminación”. En el segundo, hay otras expresiones que se utilizan con mayor asiduidad, como las de igualdad material, igualdad de resultados y desventaja.

Las normas europeas sobre igualdad reflejan este modelo, pero sólo parcialmente. Por un lado, se puede destacar en concreto la incorporación del concepto de discriminación indirecta en todas las directivas y, por interpretación, en el Tratado. Las directivas también abordan, con un carácter permisivo, la acción afirmativa, que aunque carece de unos límites definidos, incorpora claramente un concepto colectivo de desventaja de grupo, prescindiendo de una exigencia de daño real o directo y permitiendo medidas tanto

retrospectivas como profilácticas. También es posible señalar la asimetría de las disposiciones sobre discapacidad para apoyar este tipo de argumento.

Por otro lado, algunos afirman que mientras que en el pasado las normas sobre igualdad del Derecho comunitario europeo reflejaban un claro punto de vista asimétrico de discriminación contra la mujer, el Derecho comunitario tiene en la actualidad un carácter asimétrico menos explícito. Por lo tanto, la cuestión de en qué medida las normas sobre la igualdad en el Derecho comunitario reflejan un modelo de justicia de grupo está abierta a debate. Por ejemplo, no se observa un desplazamiento claro hacia el concepto de igualdad más basado en la justicia de grupo de forma explícita en el cuarto significado de igualdad explicado con anterioridad.

3. La igualdad como reconocimiento de la identidad

No obstante, existe un tercer elemento subyacente de la igualdad en este tercer enfoque, en el que la igualdad implica el reconocimiento de distintas *identidades*. En este concepto de igualdad, el hecho de no conceder la debida importancia a dichas diferentes identidades es una forma de opresión y desigualdad de por sí. La *diversidad* se convierte en la palabra clave en el debate general y la política en el ámbito público refleja la necesidad de dicha diversidad en cierta medida.

Durante los años 80, algunos politólogos dedicaron cada vez más atención a la conveniencia de reconocer las diferentes identidades. Una de las vías de desarrollo más importantes de las normas de lucha contra la discriminación durante la última década ha sido la abierta por la teoría política. Se han desarrollado teorías sobre la justicia basadas en la importancia del reconocimiento cultural, político y jurídico de las elecciones en cuanto al estilo de vida de los grupos sociales, considerando que el hecho de no conceder la debida importancia a dichas identidades diferentes constituye una forma de opresión y discriminación.⁶⁸ Esta idea se reflejó, y en cierto modo, estimuló, lo que se ha denominado como “política de la identidad”, incluyendo intentos por garantizar el reconocimiento político y la acomodación, cuando no la celebración, de la diversidad étnica, religiosa, sexual y de cualquier otro tipo. Las normas de lucha contra la discriminación están hechas a la medida de dicha política y una de las formas en las que esta política se manifestó con carácter jurídico fue el intento de ampliar los motivos prohibidos de discriminación.

Este modelo de igualdad como reconocimiento también se incorpora parcialmente en las directivas. Quizá es posible observarlo de forma especial en la prohibición de la discriminación por razón de la orientación sexual y en la Carta de los Derechos Fundamentales, la redefinición del derecho al matrimonio. En este contexto, el papel de la prohibición de la discriminación en parte consiste en que se reconozca la idea de que, tal y como ha afirmado Hans Ytterberg, “se puede decir que todos los seres humanos tienen una orientación sexual, homosexual, bisexual o heterosexual, si bien los heterosexuales tienden a olvidar la suya.”⁶⁹ Aboga por la necesidad de actuar “para remediar lo que se puede calificar como la ‘tiranía del silencio’.”

⁶⁸ La obra de *Charles Taylor* tiene especial relevancia en este campo; véase *Charles Taylor* “The Politics of Recognition” en *Amy Gutman* (ed.), *Multiculturalism and the ‘Politics of Recognition’* (Princeton U.P., 1992). Esto ha dado lugar a una doctrina sobre el multiculturalismo cada vez más abundante.

⁶⁹ *Hans Ytterberg*, “The right to love whom ever you want – an issue of fundamental human rights!” (?), (Ensayo presentado en la conferencia sobre “Discriminación y acción afirmativa en el Mercado laboral – perspectivas jurídicas”, Bruselas, 6-7 noviembre de 2000), páginas 2-3.

Sin embargo, existen al menos dos elementos más del debate de la teoría política sobre la política del reconocimiento que están ejerciendo cada vez una mayor influencia en la crítica de la teoría de las normas de lucha contra la discriminación. Algunos debates se centran en la capacidad para justificar el reconocimiento de los grupos sociales y la conveniencia de prestarle una atención central.⁷⁰ En el ámbito de las normas de lucha contra la discriminación, se ha manifestado en una serie de cuestiones complejas relacionadas con el uso que hace la ley de categorías tales como “racial”, “étnico”, “religioso”, incluso “hombres” y “mujeres”. ¿Facilita esta distinción de categorías la consecución de los objetivos que persiguen las normas de lucha contra la discriminación o la retrasa? ¿Requiere un concepto simplificado de las características del grupo social tal que termina por reforzar una visión esencialista del grupo y, por consiguiente, que se caiga en un estereotipo del grupo al que las normas contra la discriminación pretenden proteger? ¿Perpetúa la existencia de dichos grupos, fomentando la exclusividad y la polarización entre dichos grupos?

Estas preguntas tienen implicaciones particulares para el desarrollo y la interpretación de las normas sobre la igualdad en el Derecho comunitario europeo, debido al hincapié que hacen las directivas en la discriminación indirecta y la acción positiva, que dependen en cierta medida de la clasificación de los grupos. Además, estas preguntas suponen un reto particular para aspectos de los fundamentos de la justicia basada en los grupos con carácter general, hasta el punto de que, por ejemplo, las estadísticas sobre el comportamiento y el estatus de los grupos, así como su control, se consideran como esenciales a los efectos de la eficacia operativa de este modelo. Resulta significativo destacar que la definición de discriminación indirecta en las nuevas directivas, a diferencia de la definición en la Directiva sobre la Carga de la Prueba, no depende del uso de una prueba estadística de un impacto adverso desproporcionado, ya que en algunos Estados Miembros, incluidos Suecia y Dinamarca, la legislación sobre la protección de los datos impide la recogida de datos sobre el origen étnico de los individuos.⁷¹

Por otro lado, estas preguntas tienen implicaciones por el hecho de que diferentes directivas se refieren a distintas categorías de grupos. Sandra Fredman ha señalado, en relación con los problemas vinculados a un régimen legal, que requiere “unas distinciones claras entre los diferentes motivos de discriminación”.⁷² Por lo que se refiere a las directivas en concreto, indica que “se destacan las diferencias entre grupos, mientras que no se atiende a las diferencias dentro de los grupos.” Afirma que “la estructura de las directivas hacen (sic) inevitable que los grupos sean definidos como si fueran esencias fijas e invariables.” Considera una necesidad “revisar el significado de identidad de grupo” y aboga por “un único estatuto armonizado que incluya a todos los motivos relevantes de discriminación y no requiera distinciones estrictas entre los diferentes motivos.”

⁷⁰ Nancy Fraser, “Rethinking Recognition: Overcoming Displacement and Reification in Cultural Politics”, 2/3 *New Left Review* (2000), 107-120.

⁷¹ Prueba de Adam Tyson de la Comisión Europea a la Cámara de los Lores, 9 de febrero de 2000, página 22, “Propuestas para Combatir la Discriminación, Informe del Comité Especial de la Cámara de los Lores sobre la Unión Europea” (*EU Proposals to Combat Discrimination, Report of the House of Lords Select Committee on the European Union*), Documento de la Cámara de los Lores 68, 16 de mayo de 2000. Para un debate más completo acerca de las fuentes de la nueva definición, véase Mark Bell, “Article 13 EC: The European Commission’s Anti-discrimination Proposals”, 29 *ILJ* 79-84 (2000), p. 82 (Comisión creada sobre la jurisprudencia del TJE sobre la discriminación por razón de nacionalidad).

⁷² Sandra Fredman, “Equality: A New Generation?”, 30 *Industrial Law Journal* 145-168 (2001), página 158.

Otro ámbito en el que la política de reconocimiento parece estar en tensión con la justicia basada en un modelo de justicia de grupo en el contexto de la CE se deriva de la cuestión acerca de si la preocupación del modelo de justicia de grupo por una mayor distribución por igual de los bienes y las oportunidades a grupos desfavorecidos desde el punto de vista económico entra en conflicto con la justicia basada en el reconocimiento cultural y simbólico de las diferentes identidades y su aceptación sobre la base de la igualdad.⁷³ En otras palabras, ¿la preocupación por el reconocimiento desplaza la preocupación por la distribución económica en el contexto de la teoría de la lucha contra la discriminación? El debate emergente con respecto a la idea de diversidad y su relación con las normas sobre la igualdad y la lucha contra la discriminación refleja las tensiones entre la justicia de grupo y los modelos de reconocimiento en la igualdad. Algunos grupos de negros estadounidenses, por ejemplo, sienten una gran desconfianza hacia los fundamentos de la diversidad para la igualdad, ya que parece que equiparan la necesidad de la acción afirmativa para los negros estadounidenses con la necesidad de incluir una mayor representación de otros grupos que, de lo contrario, no se encontrarían protegidos por los fundamentos de la justicia de grupo, como los estadounidenses con origen étnico en el Extremo Oriente, lo cual supone una limitación de lo que la acción afirmativa puede suponer específicamente para los negros estadounidenses.

Una respuesta a dichas preocupaciones, asumida en gran medida por Choudry,⁷⁴ consiste en considerar el énfasis de las normas de lucha contra la discriminación como indispensable, pero al mismo tiempo como una característica problemática de dicha legislación. Un enfoque alternativo consiste en no admitir ni lo uno ni lo otro, rechazar tanto el modelo de justicia de grupo como el de reconocimiento y volver a lo que anteriormente se ha identificado como el fundamento de la “justicia individual” para las normas jurídicas de lucha contra la discriminación, considerando que el fin que han de perseguir dichas normas es la protección de las elecciones de los individuos en un ámbito relativamente limitado de la actividad económica y no la visión de la redistribución o la política de la identidad. En particular, este enfoque rechaza una interpretación de la “política de la identidad” en relación con las normas jurídicas de lucha contra la discriminación como equivocada, que conduce a la potencial balcanización de la política, impidiendo la huida de una identidad forzada de unos individuos sobre otros, e inaplicable, que conduce a que los tribunales tengan que entrar en debates que no pueden abordar de forma adecuada por carecer de los medios para ello.

4. La igualdad como participación

También es posible identificar un cuarto elemento subyacente en el tercer significado de igualdad. Las reivindicaciones de los grupos protegidos por las normas sobre igualdad de la CE se consideran, en parte, intentos para poder articular sus propias perspectivas y prioridades, una demanda de participación política en el sentido más amplio. Este objetivo supone que todos, incluidos aquellos que previamente estaban excluidos, deberían tener voz en los asuntos públicos, especialmente en las decisiones diarias de quienes definen las posibilidades de las que disponen en sus vidas. La palabra clave en este sentido es “participación”.

⁷³ Anne Philips, “The Politics of Presence” (Oxford University Press, 1995).

⁷⁴ Sujit Choudry, “Distribution vs. Recognition: The Case of Anti-Discrimination Laws”, 9 *Geo. Mason Law Review* 145 (2000).

Este enfoque tiene al menos tres consecuencias potenciales para las normas jurídicas de lucha contra la discriminación y todas ellas han sido objeto de debate durante la última década. La primera consecuencia se refiere a la cuestión de si es deseable o no que los “miembros” individuales de dichos grupos sociales estén presentes en los órganos de toma de decisiones debido a que su presencia añade un importante elemento de diversidad en dichos órganos. Por consiguiente, algunos países, por ejemplo, han especificado que los comités del gobierno de distintos tipos deberían contar como miembros con un porcentaje mínimo de mujeres y los partidos políticos han especificado que se requieren listas únicamente compuestas por mujeres en algunas circunstancias con el fin de incrementar la posibilidad de tener una mayor participación en el legislativo nacional. Las cuestiones que plantean las normas jurídicas de lucha contra la discriminación, en ocasiones de carácter legal, más a menudo constitucional, son si dichos intentos de incrementar la representación política de determinados grupos sociales resultan admisibles, o incluso, necesarios. Por ejemplo, ¿hasta qué punto se debería fomentar la democracia paritaria en el contexto de la igualdad de género?

Las implicaciones van más allá de la igualdad de género. Desde finales de los años 80, la idea de los derechos de las minorías también ha ido ganando fuerza y popularidad en Europa Central y del Este. La relevancia de esta relación para la teoría de la lucha contra la discriminación radica una vez más en la medida en que una atención a los derechos de las minorías a menudo parece hacer hincapié en los grupos en lugar de en los individuos. Sin embargo y lo que es más importante, un enfoque en los derechos de las minorías a menudo genera un debate acerca de qué forma de democracia resulta justificable (y eficaz desde un punto de vista práctico) con el fin de reducir y encauzar las tensiones étnicas. En particular, los debates de la ciencia política sobre la corrección de conceptos como el de la democracia consociacional han generado una doctrina muy amplia. Desde esta perspectiva, se ha considerado que las normas jurídicas de lucha contra la discriminación desempeñan un importante papel a la hora de garantizar la distribución adecuada de los bienes y las oportunidades entre los grupos étnicos. Las normas sobre igualdad del Derecho comunitario europeo ya han tenido que abordar la cuestión en el contexto de la negociación de la Directiva de Marco General en el Empleo.⁷⁵

IV. El tratamiento de los “conceptos de igualdad”

¿Cuál de estos cuatro modelos es el “correcto”? Mi opinión es que *ningún* modelo puede o debe representar *el* mejor concepto de igualdad o *el* concepto central de la misma a la hora de interpretar y explicar la política de igualdad de la CE. *Todos* estos conceptos de igualdad son necesarios para que podamos observar *todas* las dimensiones y la riqueza de sus significados. Deberíamos abarcar la diversidad de los conceptos de igualdad en la elaboración de la política y rechazar la limitación del discurso sobre la igualdad a un único significado.

1. Tensiones

Existen dos conjuntos de tensiones diferentes que podrían surgir. En primer lugar, habrá tensiones entre los cuatro significados diferentes de igualdad indicados

⁷⁵ Resulta inusual, pero se encuentran excepciones en la Directiva en relación con Irlanda del Norte, basadas firmemente en la necesidad de proteger aspectos de la democracia consociacional de un modelo de justicia individual potencialmente limitador.

anteriormente. Habrá tensiones, por ejemplo entre el segundo y el tercer significado de igualdad cuando partes de la tercera noción de igualdad basada en el estatus se consideren como contrarias a otro derecho sustantivo, como la libertad de expresión, con el apoyo de la segunda noción de igualdad. En segundo lugar, habrá tensiones dentro del tercer concepto de igualdad, entre diferentes puntos de vista acerca de por qué algunos tipos concretos de discriminación basada en el estatus se consideran como inaceptables. A continuación abordaré las tensiones dentro del tercer significado.

La exigencia de que la política de igualdad debería reflejar los cuatro elementos subyacentes identificados en el tercer significado conducirá a un *profundo* debate sobre las prioridades *entre* estos elementos subyacentes cuando chocan entre sí, como ocurre en ocasiones. Las pruebas de Estados Unidos muestran que, por ejemplo, podría existir una tensión entre la prohibición de la discriminación por razón de edad (una exigencia individual de justicia clásica) y las políticas redistributivas sobre la raza y el género. Los principales beneficiarios de la legislación estadounidense sobre la discriminación por razón de edad son, después de todo, hombres mayores blancos. La política de reconocimiento también parece estar en tensión con una justicia basada en el modelo de justicia de grupo en el contexto de la CE. La preocupación del modelo de justicia de grupo por la distribución de mayor igualdad de los bienes y las oportunidades a los grupos desfavorecidos desde el punto de vista económico puede chocar con la justicia basada en el reconocimiento cultural o simbólico de diferentes identidades y su aceptación sobre la base de la igualdad. En otras palabras, ¿la preocupación por el reconocimiento desplaza una preocupación por la redistribución económica en el contexto de la teoría de la lucha contra la discriminación?

2. Subsidiariedad

¿Cómo abordan las normas sobre igualdad del Derecho comunitario europeo estos problemas? En primer lugar, se aporta un lenguaje abierto que, junto con algunas excepciones muy amplias, han generado una cierta inquietud. Por ejemplo, la excepción amplia del apartado 2 del artículo 4 sobre discriminación religiosa de la Directiva sobre el Marco General de Igualdad en el Empleo, que permite a los empresarios exigir buena fe y lealtad a la ética de la organización, puede tener un efecto escalofriante sobre la vida privada y la conciencia de un individuo. Se concede a los Estados Miembros una capacidad discrecional muy considerable. Asimismo, podemos observar los diferentes enfoques que se pueden adoptar para la interpretación de los orígenes raciales o étnicos en la Directiva sobre Discriminación Racial.

Con arreglo a las directivas, se permite un margen variable de capacidad discrecional, con arreglo a las directivas, a los Estados Miembros para decidir cuáles son los medios más apropiados para otorgar la igualdad de trato garantizada. Probablemente es en las directivas sobre discriminación por razón de género en las que se concede el menor grado de capacidad discrecional a los Estados Miembros, ya que existe un mayor consenso, basado en una mayor experiencia por lo que se refiere al modelo de igualdad que resulta adecuado en la mayoría de las circunstancias, y el mayor grado de capacidad discrecional se otorga a los Estados Miembros en la Directiva sobre el Marco General de Igualdad en el Empleo, en donde se deja abierto un amplio margen al debate en el ámbito de la política nacional, ya que existe poco consenso acerca del modelo apropiado de igualdad que se ha de aplicar en la religión, la edad, la discapacidad y la orientación sexual. Dicho enfoque no me parece, en principio, discutible, siempre y cuando exista algún tipo de diálogo constante entre los tribunales, los gobiernos de los Estados Miembros y la Comisión, lo que significa

que la Comunidad vuelva a reflexionar acerca de los enfoques que pueden encontrarse órganos concretos, tal y como ocurre a menudo en el contexto del género. Por consiguiente, siempre y cuando consideremos estas directivas como el inicio genuino de un diálogo en relación con qué concepto de igualdad es adecuado en contextos particulares, la estrategia de devolución de la responsabilidad a los Estados Miembros de decidir inicialmente es muy positiva.

3. La sensibilidad judicial a un enfoque de los conceptos de igualdad

Resulta evidente, por supuesto, en el contexto de la discriminación por razón de género que estos debates en el ámbito nacional acerca de cómo resolver estas tensiones entre los diferentes conceptos de igualdad en ocasiones finalizarán en el Tribunal de Justicia Europeo, cuyo papel, por lo tanto, continuará teniendo una importancia fundamental en el desarrollo de las normas sobre igualdad en el Derecho comunitario europeo.

¿Cómo reaccionará el Tribunal frente a dichas invitaciones? Existen varias posibilidades. Al enfrentarse a esta compleja gama de conceptos de igualdad entre los que se puede elegir, los tribunales pueden refugiarse en un punto de vista de la igualdad como mera racionalidad como exclusión. Esta tendencia puede verse reforzada no solamente por la extensa gama del artículo 13 de las directivas, sino también por la tendencia judicial a considerar dicha legislación sobre la igualdad como una manifestación de un derecho amplio, aunque definido, a la igualdad, en vez de una manifestación de un intento de abordar los problemas *sui generis* concretos de igualdad en la retribución o la exclusión de los grupos raciales minoritarios, etc. La fuerza del desarrollo de la “igualdad como derechos humanos”, en concreto su generalidad, constituye al mismo tiempo su potencial debilidad: existe una tendencia a reducir el concepto de igualdad al mínimo común denominador. El problema para el TJE (y evidentemente los tribunales nacionales) es, por consiguiente, decidir entre estos distintos conceptos de igualdad en contextos particulares.

Espero que se considere apropiado un margen considerable de prudencia judicial, al menos hasta que resulte mucho más claro qué enfoques que evolucionarán en los distintos ámbitos nacionales en cuestiones particulares son satisfactorios desde un punto de vista teórico y aplicables desde un punto de vista práctico. Por lo tanto, lo que sugiero es que los tribunales sigan de cerca el desarrollo en el ámbito nacional y lo consideren como un laboratorio para la experimentación respecto a *qué* concepto de igualdad es el más apropiado en *cada* circunstancia. Esto podría significar que podrá pasar algún tiempo hasta que exista un único modelo de normas europeas de lucha contra la discriminación. Esto es lo que podría ocurrir, sin que suponga una sorpresa y sin que haya motivo para alarmarse por ello; la empresa europea es un proyecto a largo plazo. El importante papel que desempeñarán los tribunales en el período inicial constituye una especie de foro para que se celebre un debate riguroso y constante acerca de estas cuestiones. No se debería intentar abortar debates necesarios sobre estos asuntos. Lo que hace falta es un reconocimiento de que están en juego diferentes conceptos de igualdad en distintas situaciones y de que lo que es necesario es que los grupos protegidos puedan comprometerse con los encargados de elaborar la política para ayudar a garantizar la adopción del concepto de igualdad que mejor se adecue a las circunstancias. No deberíamos prejuzgar el resultado de dicho debate. Por consiguiente, lo que es necesario reconocer es la importancia de que se hable de los “conceptos de igualdad” en vez del “concepto de igualdad”. Será esencial que el debate

acerca de la igualdad se produzca no sólo entre dichos grupos y el gobierno, sino también entre dichos grupos entre sí.