

# Directivas europeas contra la discriminación: Definición de los conceptos fundamentales

Conferencia ERA  
LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTI-DISCRIMINACIÓN DE LA UE  
Tréveris, 23-24 de Septiembre de 2013

**Marzia Barbera**

Profesora de Derecho laboral y Derecho anti-discriminación  
Facultad de Derecho  
Universidad de Brescia



## Esquema

- 1. ¿Por qué hace falta un concepto común de discriminación?
- 2. ¿Cuál es el razonamiento en que se fundamenta el Derecho anti-discriminación de la UE?
- 3. Los conceptos fundamentales:
  - Ámbito de aplicación material y personal
  - Formas de discriminación:
    - ❖ Discriminación directa
    - ❖ Discriminación indirecta
    - ❖ Acoso
  - Excepciones y justificaciones
  - Los grupos protegidos
  - Otras formas de conducta prohibida

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## 1. ¿Por qué hace falta un concepto común de discriminación?

- Un nuevo concepto de discriminación emana del artículo 13 (ahora 19) del TFEU, centrado no solo en la igualdad, sino también en las diferencias entre personas y grupos.
- Al hablar una lengua común se puede evitar que corra peligro la protección contra la discriminación.
- Lo que hay que definir:
  - los elementos constitutivos de la noción de discriminación
  - los grupos protegidos

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## 2. ¿Qué razonamiento? El razonamiento económico

- El principio de no discriminación es un principio general del Derecho de la UE, del que hacen mención explícita varias disposiciones de los Tratados.
- La prohibición de discriminación es un complemento necesario del proyecto económico de creación de un mercado interno.
- Incluso una diferencia arbitraria en el trato de sectores industriales comparables podría viciar la legalidad del Derecho comunitario, en tanto exista una fuente identificable de discriminación.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## La prohibición de discriminación en el empleo y en materia de libre circulación en el Tratado CE

- Artículo 119 (ahora artículo 157): prohibición de discriminación en materia de retribución entre hombres y mujeres
- Artículos 6 y 48 (ahora artículos 18 y 45): prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad
- Estas prohibiciones, de efecto horizontal directo, tienen un origen funcional: tenían por objeto promover el funcionamiento correcto del mercado común.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Un marco diferente: el principio de no discriminación como expresión de un principio general de igualdad....

- De forma gradual, el Tribunal ha venido interpretando el derecho a no padecer discriminación como un derecho fundamental.
- **El primer paso:** Las prohibiciones se interpretan como una expresión particular de un principio general de igualdad que, aún sin estar explícitamente consagrado en los Tratados, constituye un principio fundamental del Derecho comunitario (véase por ejemplo el asunto *Bershar v. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* C-810/79 )

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

....y como un derecho fundamental...

- **El segundo paso:** el reconocimiento del TJCE de que el principio de igualdad expuesto en el artículo 157 TFEU consagra un derecho fundamental: «*el objetivo económico...es secundario frente al objetivo social...que constituye la expresión de un derecho fundamental*» (asunto *Defrenne II*, 43/75)
- También *P.* asunto *C-13-94*; asunto *Test Achats C-236/09*

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

....¿con un efecto horizontal directo?

- **El tercer paso, controvertido** : en el asunto *Mangold C- 144/04*, el Tribunal interpreta la prohibición específica de la discriminación por razón de la edad, consagrada en la nueva Directiva marco, como la expresión de un principio general de igualdad, que debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario. Este principio tiene su fuente en varios instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales compartidas por los Estados miembros.
- Por consiguiente, la Directiva marco era aplicable a pesar de no haber sido transpuesta todavía.
- ¿Existe un efecto horizontal directo del principio? Un planteamiento más reservado se encuentra en algunas decisiones recientes (asunto *Bartsch C-427/06* y asunto *Kücükdeveci C-555/97*)

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Una nueva generación de Derecho anti-discriminación

- A partir del Tratado de Amsterdam, el Derecho europeo ha ido ampliando el alcance y la profundidad del principio de no discriminación.
- Artículo 13 (ahora 19) TFEU: la UE tiene la competencia de «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.»
- Un fundamento jurídico para una nueva generación de directivas anti-discriminación

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Una nueva generación de Derecho anti-discriminación: las Directivas del 2000

- Directiva 2000/43 del 29 de junio de 2000 – igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico
- Directiva 2000/78 del 27 de noviembre de 2000 – un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación –
- Motivos: **religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual**

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

Las definiciones son las mismas, la protección, diferenciada

- Los conceptos de discriminación directa, discriminación indirecta, acoso y orden de discriminar son elementos comunes a las diferentes directivas.
- La protección difiere en parte (p.ej. alcance diferente, variaciones en el número de excepciones).

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Continuidad e innovación

- Las definiciones reflejan la jurisprudencia del TJCE; en ellas influyen la experiencia norteamericana (teoría del impacto desigual) y el Derecho internacional (noción objetiva de discriminación, ausencia de relevancia de la intención).
- Pero también presentan características originales e innovadoras (p.ej. la noción cualitativa de la discriminación indirecta).

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

### 3. Los conceptos fundamentales

#### Ámbito de aplicación material I

- Todas las Directivas prohíben la discriminación en el empleo, que se define como:
- el acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia y a la ocupación
- orientación y formación profesionales
- empleo y condiciones de trabajo, incluidos los despidos y la retribución
- afiliación a organizaciones

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

#### Ámbito de aplicación material II

- La Directiva relativa a la igualdad racial cubre además la discriminación en:
  - la educación
  - la protección social, incluidas la seguridad social y la asistencia sanitaria
  - las ventajas sociales
  - los bienes y servicios, incluida la vivienda.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Reducir el impacto de las Directivas limitando su ámbito de aplicación material

- *Asunto Runevic-Vardyn C-391/09*
- La negativa de las autoridades lituanas a emplear la lengua del país de origen de una persona (el polaco, en el caso de autos) en los documentos acreditativos de su estado civil no constituye discriminación por razón del origen racial o étnico, porque no constituye “un servicio”.

Definición de los conceptos principales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Ámbito de aplicación personal

- Las Directivas se aplican a todas las personas físicas y jurídicas en la UE – **con independencia** de su nacionalidad (pero no **debido** a su nacionalidad): del asunto *Feryn C-54/07* al asunto *Kamberaj C-571/10*
- A los empleadores públicos y privados (que son responsables también de la conducta de las partes interesadas que se presentan como directivos de la organización y son percibidos como tales - Asunto *Asociația Accept C-81/12*)
- A los empleados, pero también a los autónomos

Definición de los conceptos principales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia



## Definiciones de la discriminación

- Las Directivas anti-discriminación prohíben tanto la discriminación **directa** como la **indirecta**, así como el **acoso** – y ofrecen la misma definición de la discriminación.
- Las Directivas además prohíben la **orden de discriminar** (considerada discriminación) y la **victimización**

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Discriminación directa

- **Existirá discriminación directa** cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser **tratada de manera menos favorable** que otra en **situación análoga** por **alguno de los motivos** por los que está prohibida la discriminación.
- Las Directivas establecen algunas **excepciones** claramente delimitadas, entre las que cuentan los requisitos profesionales esenciales, las acciones positivas, excepciones específicas relativas a la discriminación por motivos de edad o religión, fuerzas armadas (solo para la edad y la discapacidad).

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Elementos constitutivos

- Trato diferenciado (y *negativo*)
- Comparación
- Nexo causal
- Excepciones

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Trato diferenciado

- Acción o inacción
- Individual o colectivo
- Trato frente a intención
- Con o sin víctima identificable
- Actuación por declaración (*asunto Feryn 54/07*)

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Comparación

Cuando una persona

- sea (circunstancias concretas actuales)
- haya sido (circunstancias concretas sucesivas)
- pudiera ser (circunstancias hipotéticas)

tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga

- En algunos casos no se requiere ningún elemento de comparación:  
*asunto Dekker, C-177/88.*

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Nexo causal: “por motivos de”

- Relación causal del motivo protegido
- Causalidad objetiva: la intención subjetiva no es determinante.
- Se refiere a la **característica**, no al sujeto que la posee: *asunto Coleman, asunto 303/06*
- La causa es necesaria, pero ¿también es decisiva? («toda discriminación»)

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Excepciones

- En principio, ninguna justificación es admisible.
- La legislación autoriza algunas excepciones al principio de no discriminación:
  1. Excepciones generales
    2. requisitos profesionales esenciales
      - acciones positivas
      - la seguridad pública, la defensa del orden, la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos
    2. Excepciones vinculadas a motivos específicos
      - edad
      - iglesias y otras organizaciones de base ética
      - fuerzas armadas

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Requisito profesional esencial y determinante

- Cada situación debe ser analizada en función de las circunstancias individuales, porque no es admisible una excepción *general* al principio de igualdad de trato.
- En el asunto *Sirdar C-273/97*, la negativa a emplear a una mujer como cocinera en los *Royal Marines* del Reino Unido fue considerada compatible con el Derecho comunitario, ya que todos los miembros de los *Marines* tenían que ser capaces de combatir y a las mujeres les estaba prohibido participar en los combates.
- Pero posteriormente, en el asunto *Kreil C-285/98*, la legislación alemana que excluía de manera *general* a las mujeres de los empleos militares que implicasen el uso de armas, fue considerada contraria al Derecho comunitario; tal exclusión podría ser justificada por la **naturaleza específica de los empleos** de que se trate o por las **condiciones especiales** en que se ejerzan las actividades en cuestión.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Excepciones vinculadas a motivos específicos:

### 1. Discriminación por motivos de edad

- El artículo 6 de la Directiva marco establece:  
«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.»

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Excepciones vinculadas a motivos específicos:

### 2. Religión y convicciones.

- El artículo 4.2. establece que un Estado podrá mantener en su legislación nacional disposiciones en virtud de las cuales no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona
- (a) cuando se trate de actividades profesionales de i) iglesias o ii) de otras organizaciones públicas o privadas (cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona) y
- (b) cuando, por la naturaleza de estas actividades profesionales (o el contexto en el que se desarrollen), la religión o las convicciones de una persona constituyan un requisito profesional esencial.
- (c) La diferencia de trato no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Discriminación indirecta

- Existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica **aparentemente neutros** pueda ocasionar una **desventaja particular** a personas pertenecientes a un grupo protegido respecto de 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.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Elementos constitutivos

- Trato aparentemente neutro
- Impacto diferente (desventaja particular)
- Comparación
- Nexo causal
- Justificaciones

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Trato o criterios aparentemente neutros

- Ejemplos
  - antigüedad, experiencia: edad
  - organización del tiempo de trabajo, indumentaria: religión
  - conocimiento del idioma, procedimiento de selección: raza, etnia

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Desventaja particular

- La Directiva 97/80 relativa a la carga de la prueba: «una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo» (fórmula *Bilka Kaufhaus*: el 80% o más del grupo en situación de desventaja eran mujeres)
- Jurisprudencia del TJCE: En el asunto *Allué y Coonan 33/88* el Tribunal se basa en el 64% de los lectores de lengua extranjera para estimar que las medidas objeto de apreciación constituían discriminación prohibida.
- Abandono del análisis estadístico: dificultad de identificar grupos de referencia y poblaciones estadísticamente significativas (asunto *O'Flynn, 237/94*)

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Comparación

- Una condición previa de la adopción de legislación anti-discriminación es la conciencia de que existe una discriminación estructural de determinados grupos.
- Conforme al Derecho europeo actual, existirá discriminación indirecta cuando una disposición tan sólo entraña el riesgo de que pudiera suponer una desventaja para las personas que pertenecen al motivo protegido.
- Por consiguiente, puede ser suficiente en la práctica que una sola persona haya sido perjudicada para probar que existe discriminación prohibida.
- ¿De una comparación entre grupos a una comparación individualizada?

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Nexo causal

- Impacto potencial (pudiera ocasionar) : es probable que ocasione una desventaja particular
- El nexo causal debe ser adecuado, por ejemplo, debe ser probable que conduzca a ese resultado particular, siguiendo un criterio de previsibilidad.
- En varios asuntos del TJCE relativos a una supuesta discriminación indirecta como consecuencia de las circunstancias de residencia, basta el sentido común (lo que ocurre en la práctica) para determinar una potencial discriminación indirecta.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia



## Justificaciones

- No todas las diferencias de impacto están prohibidas:
- Justificación objetiva: la prueba de Bilka Kaufhaus
- El criterio que se impone ¿tiene *otra finalidad que* la de discriminar?
- Los medios elegidos para conseguir la finalidad deseada, ¿responden a una *necesidad real*?
- ¿Son *adecuados* para conseguir esa finalidad?
- ¿Son *necesarios* para conseguir esa finalidad?

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## La justificación especial en los casos de discapacidad

- “Ajustes razonables”
- Cuando un empleador se enfrenta a una denuncia de discriminación prohibida de una persona con discapacidad, puede aducir en su defensa la prueba de que ha realizado (o puede realizar, si así se le solicita) ajustes razonables (medidas adecuadas) para la persona con discapacidad de que se trate.
- Las medidas dejan de ser “adecuadas” cuando suponen una “carga excesiva” para el empleador.
- Una reducción de la jornada laboral puede ser considerada una medida de ajuste que debe adoptar el empleador para permitir a una persona con discapacidad trabajar (Asuntos acumulados *Ring y Skouboe Werge C-335/11 y C-337/11*)
- Los Estados miembros deben imponer a los empleadores **la obligación** de adoptar medidas efectivas y prácticas (Asunto *Comisión v. Italia C-312/11*)

Definición de los conceptos principales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Acoso

- Un comportamiento no deseado relacionado con las razones por las que está prohibida la discriminación, con **el propósito o el efecto** de atentar contra la dignidad de una persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, ya sea intencionado o no.
- Para determinar si existe acoso o no, no hace falta identificar un grupo de comparación.
- El enfoque está centrado por completo en la capacidad de la conducta para atentar contra la dignidad humana, sin que sea necesario establecer una comparación con la situación de otras personas ni probar que el acoso fue intencionado.
- La jurisprudencia sobre el acoso psicológico (“mobbing”) está centrada en la repetición. ¿Se aplica lo mismo al acoso basado en motivos específicos?

Definición de los conceptos principales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Acoso sexual

- Una situación en la que se produce cualquier comportamiento no deseado de índole sexual, ya sea verbal, no verbal o físico, 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.
- Dos tipos de comportamientos ilícitos:
  - el acoso que crea un entorno hostil (todos los motivos)
  - el acoso *quid pro quo* (en la mayoría de los casos de índole sexual)

Definición de los conceptos principales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Grupos protegidos

### 1. Discriminación múltiple (o interseccional)

- directa o indirecta -

- Una persona padece discriminación múltiple cuando está implicado más de un motivo (en particular las mujeres: Directivas 2000/43, considerando 14 y 2000/78, considerando 3).
- Una crítica de la interseccionalidad
  - demasiado compleja para ser útil en los casos prácticos
- Una apreciación de la interseccionalidad
  - capaz de reforzar la igualdad de trato, ya que las personas más frecuentemente afectadas son mujeres.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

### 2. Una negativa a ampliar el número de grupos protegidos

- *Asunto Chacón Navas C-13/05*: La discapacidad está vinculada a un concepto de limitación permanente para las actividades, y aunque la discapacidad puede tener su origen en la enfermedad, ésta última es un concepto separado que no representa discapacidad.

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## Aunque....

- *Asuntos acumulados Ring y Skouboe Werge C-335/11 y C-337/11*
- Una enfermedad curable o incurable que conlleva una limitación física, mental o psicológica puede ser asimilada a una discapacidad.

Definición de los conceptos principales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

## 2. La negativa a ampliar el número de grupos protegidos

- *B) Asunto Agafiei C-310/10*

Una discriminación al amparo de la legislación rumana, basada en la categoría socio-profesional a la que pertenece una persona o basada en su lugar de trabajo no está cubierta ni por la Directiva sobre discriminación racial ni por la Directiva marco.

Definición de los conceptos principales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

### 3. El caso opuesto. Ampliando el concepto: discriminación por asociación

- *Asunto Coleman 303/06* (discriminación por transferencia): una persona sufrió discriminación y acoso debido a la discapacidad de su hijo.
- **¿Incluye el concepto también la discriminación por atribución?** (es decir, una persona a la que, pese a no poseer personalmente las características protegidas, se percibe como perteneciente a un colectivo protegido o que, pese a que se sepa que no pertenece a dicho colectivo, es tratada como si perteneciera a él, porque posee sus características estereotípicas).

Definición de los conceptos principales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia

### Otras formas de conducta prohibida

- **La orden de discriminar es considerada una forma de discriminación directa** y está prohibida.
- **Victimización:** trato desfavorable (por ejemplo, despido) como reacción ante una reclamación o ante una acción destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.
- No sólo está protegida la persona que ha sido objeto de discriminación, sino toda otra persona que aporte pruebas como parte de una denuncia de discriminación o que de cualquier otro modo participe en la denuncia.
- ¿Se podría considerar que se trata de una forma de discriminación por asociación?

Definición de los conceptos fundamentales  
Marzia Barbera Universidad de Brescia