

La tutela judicial y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva marco y la Directiva relativa a la discriminación basada en el origen racial

Sr. Declan O'DEMPSEY, Barrister, Reino Unido¹
dod@cloisters.com

Sanciones

Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros comunicarán dichas disposiciones a la Comisión a más tardar el 19 de julio de 2003 y le notificarán sin demora cualquier modificación de aquéllas.

Art. 15 Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico

Art. 17 Directiva marco

Sanciones

1. Los artículos establecen
 - a) que se adopten sanciones, que pueden incluir la indemnización a la víctima y que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias;
 - b) que se adopten todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de las sanciones.

¿Qué obligaciones imponen estos principios al Estado?

2. En algunas disposiciones de las Directivas se habla de la posibilidad de establecer procedimientos de conciliación. Éstos deberían ofrecerse como una opción adicional²; no aportarían por sí solas las sanciones adecuadas, pero pueden resultar útiles para ciertos tipos de litigios.

¹ Este texto está basado en una ponencia presentada en septiembre 2005 (TAIEX Bucarest), en octubre 2005 (Maastricht), en febrero 2006 (Riga) y en abril 2006 (Bruselas).

² Véase Directiva relativa a la discriminación basada en el origen racial, Art. 7(1).

¿Qué sanciones exigen las Directivas?

3. Para cumplir los requisitos de la Directiva, el derecho nacional tiene que establecer sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones anti-discriminatorias nacionales. Estas sanciones “podrán incluir la indemnización a la víctima”³. El requisito de que las sanciones tengan que ser efectivas, proporcionadas y disuasorias ha de interpretarse en el sentido de que todas las formas de daños y perjuicios (incluidos los punitivos) tengan que estar al alcance de una persona cuya demanda esté fundada.

“...según jurisprudencia reiterada desde *Marshall contra Southampton and SW Hampshire Area Health Authority*,... una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular, en el caso de autos, un empresario privado, y, por consiguiente, no puede ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona. No obstante, en virtud de jurisprudencia reiterada desde la sentencia *Von Colson y Kamann* (asunto 14/83, Rec. p. 1891), se desprende también que la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por esta última, así como su deber, conforme al artículo 5 del Tratado CE [ahora artículo 10 CE], de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades jurisdiccionales. Como resulta de las sentencias *Marleasing S.A. contra La Comercial Internacional de Alimentación* (1990, Rec. p. I-4135), apartado 8, y *Wagner Miret contra Fondo de Garantía Salarial* (1993, Rec. p. I-6911), apartados 20 y 21, al aplicar el Derecho nacional, y, en particular, las disposiciones de una Ley que, como en el caso de autos, fueron introducidas para dar cumplimiento a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado. [*Coote contra Granada Hospitality Ltd* (C185/97) [1998] Rec. p. I-5199]

4. En el caso *Von Colson*, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declara⁴:

³ Obsérvese que no parece existir la obligación de introducir sanciones penales en lo que respecta a los asuntos relativos al empleo - véase por ejemplo la propuesta COM (1999) 565 final – 1999/0225 (CNS) de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. No obstante, cabe suponer que se exigen sanciones penales para las formas más extremas de discriminación en el empleo (la incitación al odio, por ejemplo), en cumplimiento del requisito de la Directiva de que se establezcan sanciones.

⁴ en p. 1907, apartado 18

“Se deduce de [artículo 6] que los Estados miembros están obligados a tomar medidas que sean suficientemente eficaces para conseguir el objeto de la Directiva y actuar de forma que tales medidas puedan ser efectivamente invocadas ante los tribunales nacionales por las personas afectadas.”

Más adelante, en la p. 1908, apartado 23, precisa:

“Si bien la aplicación completa de la Directiva no impone ... ninguna forma determinada de sanción en caso de violación de la prohibición de discriminación, se entiende que ésta sea de tal naturaleza que garantice una protección jurisdiccional efectiva y eficaz. Deberá además surtir un efecto disuasorio real frente al empresario.”

5. Un estudio de los distintos casos no nos da ningún indicio concluyente de lo que, en opinión del TJCE, significa el requisito de la naturaleza efectiva, proporcionada y disuasoria de las sanciones⁵. Es posible que lo que aparenta ser un concepto común, se esté aplicando de manera diferente según su ámbito de aplicación. Así por ejemplo, la imposición de un sistema de responsabilidad objetiva con respecto a las horas de descanso en el transporte por carretera responde a un planteamiento político centrado primordialmente en consideraciones de seguridad pública y de salud y seguridad (y también de competencia).
6. En el caso *Hansen*⁶ la relación con la seguridad vial permite identificar un objetivo legítimo que puede justificar una sanción por la infracción. El TJCE consideró que en esas circunstancias la imposición de un sistema de responsabilidad objetiva por el Estado era proporcionada.
7. De modo similar, en el caso *Italia contra la Comisión*⁷, el Tribunal consideró justificada la corrección, por parte de la Comisión, del nivel de controles en relación con la producción de aceite de oliva, ya que los controles exigidos tenían una finalidad legítima. La cuestión controvertida fue si esa corrección era proporcionada con respecto a dicha finalidad, en el contexto de una disposición legal comunitaria que explícitamente exige que las sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.
8. Los objetivos en estos casos no son los mismos, por lo que también pueden ser diferentes las sanciones que en cada caso particular se consideren efectivas, proporcionadas y disuasorias.
9. De la jurisprudencia en el caso *Marshall II* y otros se desprende claramente que se puede aplicar a las sanciones o remedios

⁵ Véase Christa Tobler: *Thematic Report Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law* (Informe temático: Tutela judicial y sanciones en el Derecho antidiscriminación de la CE), junio 2005, apartado 2.3 www.migpolgroup.com o www.publications.eu.int

⁶ *Anklagemyndigheden contra Hansen & Soen I/S* [1990] Rec. p. I-2911

⁷ C 297/02 de 23 septiembre 2003

propuestos el criterio de la finalidad prevista por la Directiva. Para el caso de las Directivas que tengan por objetivo la igualdad, *Marshall II* nos ofrece una orientación muy útil:

“Dicho artículo [6 de la Directiva 76/207 CE] no impone una medida determinada en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación, sino que deja a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar el objetivo de la Directiva, en función de las diferentes situaciones que puedan presentarse.

24 No obstante, el objetivo es lograr la igualdad efectiva de oportunidades y, por tanto, no puede alcanzarse sin las medidas apropiadas para restablecer dicha igualdad cuando no ha sido respetada. Como el Tribunal de Justicia precisó en la citada sentencia *von Colson y Kamann*, apartado 23, dichas medidas deben garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz y surtir un efecto disuasorio real frente al empresario.

25 Tales imperativos implican necesariamente la consideración de las características propias de cada caso de violación del principio de igualdad. Así, en el supuesto de un despido discriminatorio, contrario al apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, no puede restablecerse la situación de igualdad si la persona discriminada no recupera su puesto de trabajo o, alternativamente, si no se la indemniza por el perjuicio sufrido.

26 Cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada para alcanzar el objetivo antes indicado, debe ser adecuada en el sentido de que debe permitir compensar íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos por el despido discriminatorio, según las normas nacionales aplicables.”⁸

10. Una vez expirado el plazo de transposición de las Directivas, un particular puede invocar las disposiciones de las mismas. Son suficientemente claras, precisas e incondicionales en su prohibición de la discriminación, para que las pueda invocar un particular contra una actuación⁹ del Estado¹⁰.

11. Demandas de particulares contra el Estado por la no aplicación de la Directiva (*Francovich y Bonifaci contra Italia*¹¹). Una

⁸ C 271/91 *Marshall contra Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Marshall II)* [1990] 3 C.M.L.R. 425

⁹ Esto incluye a las empresas estatales privatizadas, pero no a empresarios o proveedores de servicios privados.

¹⁰ Asunto C-41/74 *Van Duyn contra Home Office* [1974] Rec., p.1337. En la práctica, el efecto directo supone para el particular la posibilidad de hacer valer los derechos que le confieren las disposiciones de la Directiva ante los tribunales nacionales, aún cuando el Derecho nacional no haya sido adaptado a estas disposiciones. Las disposiciones de la Directiva tienen que ser claras, precisas e incondicionales. Por lo tanto, una obligación de garantizar una "retribución apropiada" no sería suficientemente precisa (asunto C-131/97 *Carbonari y otros* [1999] Rec. p. 1-1103, apartado 8).

¹¹ Asuntos C-6/90 y 9/90 *Francovich y Bonifaci contra Italia* [1991] Rec. p. 1-5357: Se trata de una demanda directa contra el Estado con el fin de recibir una indemnización por los daños y

indemnización por los daños y perjuicios causados por la falta de aplicación correcta de la Directiva puede concederse cuando

- a. la norma violada implique una atribución de derechos a favor de particulares
- b. el incumplimiento por parte del Estado sea suficientemente grave
- c. exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento y el daño causado.

12. **Elección de las sanciones.** La Directiva permite la posibilidad de establecer tanto sanciones penales por conductas discriminatorias como sanciones o reparaciones de carácter civil. Ambas son permitidas, siempre y cuando logren el objetivo de surtir un efecto disuasorio frente a la persona que actúa de manera discriminatoria.

13. **La práctica en los Estados miembros de la UE** varía. Algunos países, entre ellos Austria y Luxemburgo, han optado principalmente por sanciones penales¹². Otros países optaron por un modelo civil, pero se basan en un concepto de daños morales por incumplimiento de disposiciones constitucionales. El Reino Unido prohíbe en su derecho penal ciertas conductas discriminatorias, pero permite en la mayoría de los casos la reparación de daños y perjuicios causados por las mismas. La reparación civil de daños y perjuicios siempre es posible en los casos de discriminación en el empleo. También se contemplan daños y perjuicios para los casos de incumplimiento de la prohibición de discriminación por razón del origen racial en el sector de los bienes y servicios. Todas estas reparaciones incluyen los daños que afecten a los sentimientos o a la salud mental (o física) de las personas así como las pérdidas financieras directas, como las causadas por salarios no percibidos.

14. En la mayoría de los Estados europeos los sistemas jurídicos contemplan varios tipos de sanciones, que van desde multas y penas privativas de libertad en lo penal hasta la indemnización pecuniaria de la víctima en lo civil.

15. Probablemente será necesario prever una combinación de medidas de carácter penal con otras de carácter civil para dar pleno cumplimiento a los principios establecidos por la Directiva.

16. ¿Es apropiada la designación de un órgano judicial especializado para determinar el remedio? Más que el foro, lo que importa son las facultades otorgadas al órgano que decide. Si una víctima de discriminación tiene que presentarse en primer lugar ante un tribunal penal, sería conveniente que éste tuviera la facultad de conceder una indemnización de carácter civil por daños y perjuicios. Si ésta sin

perjuicios sufridos como consecuencia de la falta de transposición correcta de la Directiva por el Estado.

¹² La Ley austriaca de igualdad de trato de 2004 impone a las provincias la obligación de introducir leyes que prohíban la discriminación en el empleo y la discriminación entre particulares en el empleo.

embargo es la única vía de recurso (o si excluye la presentación de una demanda ante un tribunal civil), surge el problema de la no aplicabilidad de las disposiciones de la Directiva relativas a la carga de la prueba.

Sanciones de caracter penal¹³

17. Las Directivas exigen estas sanciones para garantizar una protección suficiente contra las formas más graves de discriminación en el empleo¹⁴. Para algunas formas de conducta en el empleo el requisito de que el empresario o autor de la discriminación tenga que indemnizar a la víctima puede tener un efecto disuasorio insuficiente para desaconsejar el acto de discriminación. Los diferentes niveles de infracciones penales requieren sanciones diferenciadas:
- a. Infracciones muy graves que se basen en una de las formas prohibidas de discriminación (agresión contra un miembro joven de la plantilla / insultos racistas de un proveedor de servicios)
 - b. La distinción entre multas y penas de prisión – ambas deberían ser posibles, dependiendo de la gravedad de la infracción.
 - c. Penas de servicio comunitario - Las Directivas se basan en el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades y de restablecerla cuando sea necesario. Las penas de trabajo comunitario marcan una restitución a la sociedad por el infractor. Hace falta un debate sobre si es deseable que una pena de servicio comunitario imponga al infractor la reparación de daños y perjuicios a la víctima. A menudo la víctima no lo querrá.
18. Si bien son apropiadas las sanciones de caracter penal para otros delitos que impliquen algún elemento de discriminación prohibida o para delitos específicamente basados en una forma de discriminación prohibida (tales como la incitación al odio racial o religioso), hay un debate en curso sobre si las sanciones penales son apropiadas para todos los casos de discriminación¹⁵. También cabe preguntar si las sanciones penales proporcionan al individuo la reparación adecuada. Por regla general, pertenecen al Estado.
19. La aplicación de un régimen de sanciones penales implica que la decisión sobre el ejercicio o la continuación de una acción penal

¹³ Véase 96/443/JAI: Acción común del 15 de julio de 1996 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia (*Diario Oficial L 185 de 24/07/1996, p. 0005 – 0007*) y citada en el preámbulo de la Directiva 2000/43.

¹⁴ Las sanciones penales son necesarias: para casos flagrantes de discriminación con un acto real o con la amenaza de violencia contra la persona; para prevenir el acoso persistente; para controlar los abusos de la libertad de expresión que impliquen la incitación al odio y a la violencia (véase Robin Allen QC: *Implementing European Anti-Discrimination law* (Aplicación del Derecho europeo antidiscriminación), (Praga: Nota de Contribución 27 abril 2002)).

¹⁵ En el Reino Unido pocos reconocen la necesidad de sanciones penales respecto de las categorías protegidas, como la edad, la discapacidad etc. en el empleo. En el caso del origen racial existe la posibilidad de que sea reconocido como agravante, también para infracciones ocurridas en el empleo.

corresponde al fiscal. La persona perjudicada no suele ejercer ningún control sobre el procedimiento ni tiene facultad de iniciativa sobre él. Si se aplica el modelo de sanciones penales, el fiscal tiene que tener una formación especial y un conocimiento profundo de los conceptos que conforman la legislación antidiscriminación¹⁶. Por tanto habrá que prever cursos específicos en materia de la práctica y la aportación de las pruebas de discriminación. También se tiene que examinar el ámbito de aplicación de estas disposiciones penales. Así por ejemplo el requisito de efectividad que establece la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial en relación con una disposición penal general no son los mismos que los establecidos por las Directivas en relación con las sanciones penales. Por otra parte, las Directivas tienen un ámbito de aplicación más limitado y no exigen la introducción de una disposición penal general efectiva de prohibición de la discriminación.

20. Aunque necesarias, las sanciones penales son insuficientes para formar todo un sistema de tutela judicial a tenor de las Directivas.

Sanciones de caracter civil

21. El primer requisito que impone la Directiva es que la sanción sea **efectiva**. Por tanto, un proceso administrativo sin consecuencias legales sería insuficiente. También sería insuficiente la intervención de un defensor del pueblo que persuadiera a los órganos del Estado para que cumplieran la normativa antidiscriminación¹⁷.

22. Todo procedimiento administrativo también tiene que cumplir las garantías que impone el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos

¹⁶ Véase *Lacko contra la República Eslovaca* (11/1998) (2002) 9 I.H.R.R. 47, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas: Lacko afirmó que la República Eslovaca no dio el seguimiento adecuado a su denuncia por discriminación racial y que de esta manera había violado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación Racial de 1965 (Naciones Unidas). Se trata de un romaní de nacionalidad eslovaca, al que se había denegado el servicio en un restaurante por motivo de su origen racial en abril de 1997. Presentó una demanda civil y otra penal conforme al Derecho nacional, pero no se abrió ninguna acción penal contra el dueño del restaurante. No obstante, una vez elevada la comunicación al Comité, el Fiscal General decidió enjuiciar al propietario del restaurante y éste fue condenado por incitación al odio racial en julio de 2000. L. consideró inefectiva la reparación por razón del tiempo transcurrido. El Comité sin embargo desestimó su petición alegando que a pesar del retraso el enjuiciamiento del propietario del restaurante le había proporcionado una tutela judicial efectiva y se había logrado que el Estado cumpliera sus obligaciones emanantes de la Convención. No cabe duda de que el proceso penal había despojado a L. de su facultad de control.

¹⁷ Este es el modelo que se aplicaba en Polonia. El sistema administrativo aplicado en Irlanda tiene consecuencias legales. Se nombra a un responsable de la investigación para evaluar responsabilidades y remedios, lo cual puede lograr la efectividad deseada (véanse algunos ejemplos extensos de jurisprudencia en: <http://www.equalitytribunal.ie/index.asp?locID=27&docID=-1>. Irlanda permite que las partes de estas investigaciones presenten demandas ante los tribunales ordinarios. En Suecia el sistema ofrece la posibilidad de llevar los casos de discriminación en el empleo ante el *ombudsman* o bien ante el Tribunal de Trabajo.

Humanos y Libertades fundamentales¹⁸. Por lo tanto, si bien es lícito prever investigaciones administrativas, tiene que haber siempre la posibilidad de recurrir a un tribunal para que éste determine las obligaciones y los derechos de las partes conforme a la Directiva.

23. Los primeros casos en el Reino Unido y en Suecia ilustran la tendencia inicial de los tribunales de conceder indemnizaciones de cuantías relativamente bajas por concepto de daños no pecuniarios, como el agravio moral¹⁹. Se puede criticar esta práctica por no constituir un remedio efectivo por el daño causado. Cabe recordar que por su impacto sobre la persona, la igualdad constituye un concepto fundamental del Derecho de la UE y del Derecho basado en los derechos humanos fundamentales. El individuo como ciudadano y ser humano ve gravemente menoscabada su condición si no se le otorga este derecho. Por este motivo, las reparaciones por daños morales siempre deberían ser de tal naturaleza que puedan garantizar que el Derecho no sufra descrédito, y suficientemente efectivas para compensar el daño causado a la condición de la persona. Además, las sanciones tienen que ser efectivas para garantizar la igualdad de oportunidades. Como se desprende del caso *Marshall II*, esto puede implicar el imperativo de restituir un puesto de trabajo o una oportunidad de empleo.

24. El segundo requisito es que la sanción sea **proporcionada**. Este requisito tiene que verse conjuntamente con el tercer requisito, que exige que la sanción sea **disuasoria**. El requisito relativo a la proporcionalidad significa que la sanción tenga que mantener el justo equilibrio entre personas particulares y entre éstas y el colectivo respecto del objetivo de eliminar la discriminación. Es cuestionable si un régimen de indemnizaciones basado en la capacidad y los recursos del infractor, pero que tenga por objetivo garantizar que ninguna empresa se vea obligada a cerrar, por graves que fueran las discriminaciones cometidas por ella, cumpliría el requisito de la disuasión. Por otra parte, sería justificado afirmar que un régimen de sanciones de esta naturaleza sería proporcionado. Todo depende de la perspectiva desde que se aprecie el equilibrio entre el efecto compensatorio y el elemento disuasorio de la indemnización. Para las formas más graves de discriminación el régimen indemnizatorio debería poder garantizar que un empresario no pueda permitirse el riesgo de discriminar. La prohibición de limitar la cuantía de la indemnización que se concede a la persona discriminada tiene el efecto de que, si el caso es grave, el empresario puede correr el riesgo

¹⁸ Por lo tanto, ningún régimen debería exigir que se celebren audiencias exclusivamente a puerta cerrada.

¹⁹ El *ombudsman*, comentando un importe de indemnización de SEK 40.000 fijado por el Tribunal de Trabajo, dijo que era muy bajo y que la cuantía que había reclamado la demandante (SEK 120.000) era adecuada para ese caso, en el que a una bosnia de 26 años, que llevaba viviendo en Suecia desde hacía 10 años y a la que prácticamente no se le notaba ningún acento, se le denegó un puesto de trabajo a causa de su acento. La empresa sostuvo que sus empleados no deberían tener ningún acento.

de quebrar. Por tanto, en el régimen indemnizatorio no debería fijarse ningún límite máximo.

25. Las sanciones de carácter civil por otra parte no tienen por qué estar limitadas a reparaciones pecuniarias. Las Directivas ofrecen la posibilidad de que incluyan la indemnización a la víctima, y por tanto, pueden tomar las formas siguientes:
- a. medidas cautelares
 - b. medidas correctivas
 - c. indemnización
 - d. indemnización punitiva
 - e. medidas punitivas.

Cabe señalar que en la mayoría de los casos será necesaria una combinación de varios tipos de sanciones. El Derecho por tanto debería permitir esta combinación.

26. Las **medidas cautelares** dictadas por un tribunal pueden abarcar autos provisionales y declaraciones. Cuando una persona sufre una discriminación continua, se puede ordenar al infractor que se abstenga de ciertas acciones o que haga algo concreto so pena de castigo judicial²⁰.

27. De esta manera, en *Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza 2.11.2000* se concedió una medida cautelar a un jugador de fútbol nigeriano contra la Federación Italiana de Fútbol²¹. En el Reino Unido se concedió un interdicto para impedir que se siguieran distribuyendo unos folletos en Manchester, en los que se pedía que se impugnasen ante las autoridades de planificación urbana las solicitudes de autorización de obra presentadas por asiáticos para su aprobación²².

²⁰ El sistema del Reino Unido: La Parte III (secciones 17 – 27) se refiere a la discriminación en ámbitos distintos del empleo, que es tratado en la Parte II. El seguimiento dado a las demandas en el ámbito de la Parte III no es el mismo que el previsto en la Parte II (empleo). Conforme a la sección 57 (1), una demanda por discriminación prohibida en virtud de la Parte III puede ser objeto de un procedimiento civil de la misma manera que cualquier otra demanda por daños y perjuicios. No obstante, sólo un *County Court* especialmente designado (y que cuenta con miembros no judiciales con experiencia) puede conocer de estas demandas. Además de la facultad de conceder una reparación de daños y perjuicios sin limitación máxima, el *County Court* puede conceder interdictos. Por regla general, el juez del *County Court* se reúne con dos asesores designados a partir de una lista de personas mantenida por el Ministro por sus especiales conocimientos y experiencia en materia de los problemas relativos a las relaciones entre personas de diferentes orígenes raciales.

²¹ Véase también *Tribunale di Terano – sez Giulianova, ordinanza 4.12.2000 n267 – est Manfredi published ivi, 2001, n1 pp 97-101*: a un jugador de baloncesto se le concedieron una declaración y un interdicto provisorio con posterior evaluación de daños y perjuicios para reparar el rechazo de la Federación Italiana de Baloncesto de admitirle como miembro por motivos de su origen racial.

²² *Commission for Racial Equality contra Riley (County Court, asunto 5.7.1982)* – El juez Da Cunha comentó que el demandado ya había sido condenado por incitación al odio racial a causa de los mismos folletos y que era lamentable que tuvieran que celebrarse dos juicios porque el tribunal penal a la sazón no parecía tener la facultad de pronunciar un interdicto para impedir su distribución. Los tribunales laborales, por otra parte, no pueden dictar interdictos.

28. **Medidas correctivas:** En algunos ordenamientos jurídicos el órgano encargado de realizar las investigaciones también puede tener la facultad de ordenar una actuación específica²³. En el Reino Unido un tribunal puede ordenar a un demandado que actúe de una manera determinada, cuando se ha comprobado una conducta discriminatoria en materia de provisión de bienes y servicios. Un tribunal de trabajo, en cambio, no puede requerir a un empleador que actúe de una manera determinada. Sólo puede recomendar una actuación. El empleador no está obligado a seguir esa actuación, cuyo único fin de todas maneras consiste en evitar una futura discriminación.

Indemnización

29. Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones²⁴ abordan en sus artículos 15 - 20 los tipos de reparaciones e indemnizaciones que deberían concederse en los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos. El artículo 20 establece en términos claros que una indemnización ha de concederse para todo perjuicio económicamente evaluable. Esto incluye:

- a) el daño físico o mental;
- b) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
- c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
- d) los perjuicios morales;
- e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

30. Cuando se concede una **indemnización** para sancionar el incumplimiento de la prohibición de discriminación, ésta deberá ser más que puramente nominal para garantizar una protección efectiva y surtir un efecto disuasorio respecto de los empresarios²⁵. Por tanto, un régimen jurídico que imponga el requisito de establecer la culpabilidad antes de poder conceder una indemnización estaría incumpliendo las disposiciones de la Directiva²⁶. Un límite máximo puede establecerse para reparaciones no pecuniarias y puede justificarse cuando la persona discriminada no hubiera tenido ninguna posibilidad de conseguir el puesto de trabajo aunque no hubiera habido discriminación²⁷.

²³ En Irlanda, los *Equality Officers* (encargados de igualdad), nombrados por el Director, tienen amplias competencias de investigación de una demanda y si ésta es confirmada, de ordenar indemnizaciones o medidas específicas. Sus decisiones son vinculantes si no son recurridas. También pueden ofrecer mediaciones.

²⁴ C.H.R. res. 2005/35, U.N. Doc. E/CN.4/2005/L.10/Add.11 (19 abril 2005)

²⁵ *Von Colson contra Land Nordrhein-Westfalen* (14/83) [1984], Rec.p. 1891

²⁶ *Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen Plus* (C177/88) [1990] E.C.R. I-3941

²⁷ *Draehmpaehl contra Urania Immobilienservice ohG*, (C180/95) [1997] Rec. p. I-2195. El TJCE declara que (i) una persona discriminada por razón de sexo cuando pide una entrevista para un puesto vacante debería recibir una indemnización independientemente del requisito

31. El principio de la indemnización ordinaria consiste en que la persona perjudicada debería ser puesta en la misma situación en que hubiera estado de no sufrir el perjuicio²⁸. La víctima debe ser indemnizada por las pérdidas ya sufridas (por ejemplo, el salario hasta la fecha de la vista), pero además el tribunal debe establecer un pronóstico acerca de lo que puede pasar en el futuro. Este pronóstico se basará en la mejor evaluación posible del material que el tribunal tenga a su alcance y tendrá en cuenta los conocimientos del Tribunal de las condiciones del mercado de trabajo local. Si procede, la indemnización por futuras pérdidas pronosticadas puede incluir una compensación por lucro cesante. Es posible que el demandante requiera una indemnización por la pérdida de oportunidades de ascenso, si tal ascenso hubiera sido probable en caso de que el demandante hubiera obtenido el puesto de trabajo que le fue denegado por discriminación. Además, la indemnización deberá cubrir otros conceptos, como la pérdida de un empleo que resultaba agradable al demandante. ¿Cómo se debe indemnizar esto? Es un problema real, cuando una persona pierde su profesión, y podría considerarse como una pérdida no pecuniaria.

32. **Medidas o indemnizaciones punitivas.** Las indemnizaciones punitivas pueden ser apropiadas en los casos de conducta represiva e inconstitucional por parte de funcionarios públicos: cuando la conducta ha sido premeditada para obtener un beneficio, que puede exceder la indemnización al demandante; cuando hay una disposición legal que permite explícitamente la adopción de tal medida²⁹. Las compensaciones punitivas se pueden justificar con referencia al principio de sanciones disuasorias impuesto por las Directivas. Otro argumento a favor sería el requerimiento impuesto por el Derecho internacional de que la compensación sea de tal naturaleza que sirva de disuasión de futuras conductas indebidas.³⁰

de la existencia de una conducta culpable; (ii) que las sanciones elegidas por los Estados miembros para evitar discriminaciones por razón de sexo tienen que surtir un efecto disuasorio real respecto de los empresarios. Por lo tanto, el establecimiento en la legislación nacional de un límite máximo de tres mensualidades de salario a la indemnización en el caso de una sola persona discriminada y de seis mensualidades de salario en el caso de discriminación de varios candidatos, se opone a la finalidad de la Directiva. No obstante, es legítimo el establecimiento de un límite máximo cuando el empresario puede probar que el candidato contratado estaba mejor cualificado que el demandante y que éste por lo tanto no hubiera obtenido el puesto vacante aunque no hubiera habido discriminación.

²⁸ Este principio refleja el establecido en *Marshall II*. Véase también el caso *Vento contra Chief Constable of West Yorkshire Police* [2002] EWCA Civ 1871 en el Tribunal de Apelación del Reino Unido (véase web de BAILII <http://www.bailii.org/> con acceso libre a la base de datos judiciales del Reino Unido y de Irlanda).

²⁹ Véase *Kuddus v Chief Constable of Leicestershire* [2001] 2 WLR 1789 Cámara de los Lores, Reino Unido

³⁰ Véanse Los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones.

33. Cuando una indemnización compensatoria resulta inadecuada para castigar al infractor, puede ser apropiada una indemnización punitiva. Sin embargo, tendrá que ser proporcionada y por lo tanto tener en cuenta los medios de la parte culpable.
34. **Daños agravados** Otro concepto que podría elevar la cuantía de daños y perjuicios y tener un efecto disuasorio es el de los daños agravados, cuando un empresario ha actuado de manera arbitraria, dolosa, insultante o represiva³¹. Esta conducta puede haber ocurrido antes de que el empleado presentara la denuncia, pero también puede influir la conducta durante la defensa: si ésta se ejerció de manera insultante con la finalidad de colocar al demandante en una situación violenta, de intimidarlo y de disuadirlo de continuar la acción. En el Reino Unido este tipo de daños y perjuicios no deben ser punitivos³².
35. Lo que más dificulta la determinación de las sanciones adecuadas en todos los casos de discriminación es el hecho de que, una vez probada la discriminación, tiene que haber un cierto reconocimiento de que se ha **dañado el derecho a la dignidad humana** (un derecho abstracto de ser protegido), y probablemente también:
- los **sentimientos** de la persona discriminada. Esto incluye los sentimientos de irritación, decepción y otras emociones de duración relativamente corta, pero también distornos emotivos graves que requieren tratamiento médico;
 - la situación financiera de la persona discriminada.
36. **Daños personales** La discriminación a menudo debilita la confianza de la víctima en sí misma. En algunos casos los efectos de la discriminación van más allá de una mera ofensa a los sentimientos y resultan en un trastorno psiquiátrico. Estos daños deberían ser exigibles ante el mismo tribunal que conoce de la demanda por discriminación.
37. La finalidad indiscutida de la Directiva en materia de sanciones es la **disuasión proporcionada**. ¿Cómo se puede conseguir?
38. *Sanciones de carácter penal*: En el Reino Unido, cuando un tribunal declara agravada una infracción penal por discriminación racial, la sentencia dictada por dicha infracción es incrementada, para reflejar la gravedad del agravante de racismo. El tribunal tiene que declarar públicamente que se trata de una infracción con circunstancias

³¹ en el caso *Alexander contra Home Office* [1998] IRLR 190 del Reino Unido (se trata del caso de un prisionero al que los funcionarios de prisiones negaron el acceso a la cocina de la prisión por razón de su raza)

³² Las directrices de *common law* sobre los daños que afectan los sentimientos quedan ahora recogidas en los casos *Vento contra Chief Constable of West Yorkshire* [2002] EWCA Civ 1871 del Tribunal de Apelación del Reino Unido (accesible libremente en el sitio web de BAILII) y *ICTS Ltd contra Tchoula* [2000] IRLR 643. Véase también *Zaiwalla & Co contra Walia* [2002] IRLR 697

agravantes de carácter racial³³. Esto permite a los tribunales aplicar sanciones a conductas de motivación racial, pero de carácter penal. Como el racismo influye en otros actos, ésta puede ser una forma útil de tratar las sanciones penales. Una alternativa consiste en intentar especificar las infracciones de naturaleza racista o de combinar ambos enfoques. Obviamente hay infracciones de inequívoca orientación racista, como la incitación al odio racial.

39. La definición de una “infracción con agravante de carácter racial” puede plantear una cierta dificultad. En el Reino Unido una infracción es considerada con “agravante de carácter racial” cuando en el momento de cometerla, o inmediatamente antes o después, el infractor manifiesta ante la víctima su hostilidad basada en la pertenencia (o supuesta pertenencia) de ésta a un grupo racial o cuando la infracción es motivada (completa o parcialmente) por su hostilidad respecto de los integrantes de un colectivo de un determinado origen racial, por razón de su pertenencia a ese grupo³⁴.

40. Algunos países han establecido un régimen de multas por incumplimiento de la legislación laboral (República Checa, Estonia, Hungría, Letonia y Eslovaquia). No obstante, una multa no indemniza a la persona perjudicada. Aunque las sanciones penales puedan servir de elemento disuasorio, no cumplen el requisito de una indemnización de la víctima.

La cuantía de las sanciones civiles

41. **Indemnizaciones en materia de empleo** – En Irlanda se solía aplicar un límite máximo a la cuantía de indemnización exigible ante un *District Court* en los procesos civiles por daños y perjuicios³⁵. Estos límites máximos no permiten una indemnización adecuada y proporcionada.

42. En Italia (y en muchos otros países), el régimen permite la concesión de indemnizaciones ilimitadas, incluidas las indemnizaciones por pérdidas no pecuniarias. El mismo principio se viene aplicando en el

³³ *Crime and Disorder Act 1998*, secciones 29 – 32, y sección 152 de la *Powers of the Criminal Courts (Sentencing) Act 2000*

³⁴ Sección 28 de la *Crime and Disorder Act 1998*. La “pertenencia” en relación con un grupo de un determinado origen racial incluye la asociación con los integrantes de dicho grupo y “supuesto” se refiere a la presunción del infractor. No importa si la hostilidad del infractor también se debió en mayor o menor grado al hecho o a la presunción de que una persona o un grupo de personas pertenezcan a un determinado colectivo religioso ni a cualquier otro factor no mencionado. Un “grupo racial” es un colectivo de personas que se define por su raza, color, nacionalidad (incluida la ciudadanía) o sus orígenes étnicos o nacionales.

³⁵ En los casos relativos a la igualdad de retribución (incluidos aquéllos que tengan una motivación racial): la concesión de igual retribución y de pagos atrasados por un período no superior a los tres años precedentes. En otros casos: igualdad de trato e indemnización de hasta un máximo de dos anualidades de salario (o de £ 10.000 si la persona no era empleada). En los casos de despido, el Tribunal de Trabajo puede ordenar la restitución o readmisión con o sin indemnización.

Reino Unido como consecuencia del caso *Marshall*³⁶, que declara ilícito el establecimiento de un límite máximo a la indemnización.

Sanciones basadas en la publicidad

43. Los Estados miembros tienen la posibilidad de prever sanciones basadas en la publicidad para los casos de discriminación. Varias formas de publicidad pueden ser efectivas: a) la publicidad en la prensa local, b) la publicidad en el lugar de trabajo³⁷, c) la publicidad dirigida a entes estatales³⁸, d) el mantenimiento de un registro público de las decisiones judiciales, e) la obligación de revelar informaciones en determinadas circunstancias³⁹.

Sanciones de carácter no individual

“1. Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos, e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas mediante la presente Directiva para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.”⁴⁰

44. El Derecho de la UE conoce el principio fundamental de la protección judicial efectiva⁴¹, que reconoce el derecho de una “persona perjudicada” a presentar demanda. No obstante, las Directivas conceden que otras entidades también puedan acceder a la justicia, y

³⁶ *Marshall contra Southampton and SW Hampshire Area Health Authority* [1986] 1 C.M.L.R. 688

³⁷ En Francia existe el requisito de colocar un anuncio en el lugar de trabajo y en la prensa local, comunicando el resultado de la demanda.

³⁸ En Italia, cuando una empresa recibe subvenciones del Estado o de la región o cuando un contratista es contratado por las autoridades públicas para realizar una obra pública etc, el juez tiene que transmitir su decisión a la correspondiente administración pública, para que ésta pueda retirar las subvenciones o el contrato. Si el caso es particularmente grave, la empresa puede ser excluida de este tipo de contratos por una duración de hasta dos años.

³⁹ En el Reino Unido una autoridad local que decide sobre la adjudicación de un contrato público puede pedir al licitador informaciones sobre sus antecedentes en materia de condenas por discriminación racial, que constituyen un factor importante para la decisión.

⁴⁰ Artículo 9.1 de la Directiva marco; véase artículo 6 de la Directiva (enmendada) de 1976 sobre la igualdad de trato.

⁴¹ Asunto 222/84, *Johnston contra The Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] Rec. p. 1651: El Tribunal se mostró preocupado por el intento del Gobierno británico de impedir a un demandante que iniciara un proceso por discriminación sexual ante un tribunal, emitiendo un certificado según el cual el asunto implicaba la “seguridad nacional”. El Tribunal invocó el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, “Derecho a un proceso equitativo”, y concluyó que el Derecho europeo reconoce el principio fundamental de una protección jurisdiccional efectiva. El tribunal nacional por lo tanto tuvo que conocer del asunto y hacer caso omiso del certificado. El Tribunal además declaró que el artículo 6 de la Directiva sobre la igualdad de trato tiene un “efecto directo”, es decir que es directamente ejecutable en un proceso judicial contra un ente estatal.

por lo tanto en su artículo 9.2 abren el concepto del acceso a la justicia a toda una serie de “entidades interesadas”⁴²:-

“Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.”

45. En el Reino Unido no se otorga a las entidades interesadas el derecho de iniciar procedimientos en nombre de demandantes identificados⁴³.

El Reino Unido – el ejemplo de la *Equality and Human Rights Commission* (Comisión de Igualdad y Derechos Humanos)

46. La *Equality Act* (Ley de igualdad) de 2006 del Reino Unido establece:

28 Asistencia judicial

- 1) La Comisión puede asistir a un particular que es o será parte de un procedimiento judicial si—
- a) el procedimiento está o puede estar (completa o parcialmente) relacionado con una disposición de la legislación relativa a la igualdad y si
 - b) el particular declara haber sido víctima de una conducta contraria a una disposición de la legislación relativa a la igualdad.

47. La decisión de autorizar la representación legal incumbe a la comisión jurídica de la *Equality and Human Rights Commission*, asesorada por los funcionarios, que previamente habrán entrevistado al peticionario y habrán hecho investigaciones para evaluar el fundamento del caso. La comisión jurídica se reúne regularmente; en casos urgentes es posible tomar decisiones entre reuniones.

48. La *Equality and Human Rights Commission* también puede intervenir para asistir al tribunal, por ejemplo cuando se trata de casos que plantean importantes interrogantes de interpretación de la legislación de igualdad (también en lo relativo a la aplicación de las Directivas).

⁴² Esta disposición ahora queda recogida en el artículo 6.3 de la Directiva (enmendada) sobre la igualdad de trato.

⁴³ En los Países Bajos, en cambio, las ONGs, los sindicatos y los comités de empresa pueden hacerlo. En la República de Irlanda, la *Equality Authority* puede iniciar procedimientos. Las entidades interesadas actúan "en apoyo" de los demandantes identificados, cuando éstos inician un procedimiento. Actúan "en nombre de" los demandantes identificados, cuando es la propia entidad interesada la que inicia el proceso judicial en su nombre propio. Esta última modalidad es el mecanismo más efectivo, porque elimina el elemento de imprevisibilidad inherente en la dependencia de un único querellante particular.

49. La *Equality and Human Rights Commission* puede realizar una investigación formal sobre cualquier asunto relacionado con el desempeño de sus obligaciones así como una instrucción formal “general” no acusatoria, en la que se investigarán las prácticas de una organización individual o de varias organizaciones que realicen actividades similares. Esta instrucción no está basada en la sospecha de discriminación prohibida. Una vez concluida la instrucción formal general, la Comisión puede presentar sus recomendaciones.

DECLAN O'DEMPSEY

CLOISTERS

19 noviembre 2007.