

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR CAUSAS ÉTNICAS O RACIALES. A PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA 2000/43/CE

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

“El recrudescimiento del nacionalismo, el racismo y toda la panoplia de las ideas sociales darwinistas, a lo largo y ancho de Europa, ha destruido en gran medida la euforia que acompañó a la “revolución de terciopelo” y al colapso no violento de la URSS. El ideal democrático secular ha asumido siempre que los seres humanos, si tienen lo suficiente para comer y han sido razonablemente bien tratados en el hogar y la escuela, actúan con decencia cuando tratan con otros seres humanos. Todos los programas sociales y educativos adoptados por instituciones públicas y privadas dependen de ese convencimiento”.

(Gabriel Jackson, *Civilización y barbarie en la Europa del siglo XX*, 1997)

EXTRACTO

La Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE de 19 de julio de 2000), constituye un instrumento normativo que nace con la pretensión de solventar la anomia en la que el ordenamiento comunitario había dejado este ámbito de evolución del principio de igualdad. Se trata de una disposición con vocación armonizadora pero con escasa capacidad de definición y de compulsión jurídica, hecho éste que, en buena medida, viene provocado por la generalizada protección que los distintos ordenamientos nacionales dispensan al principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de origen étnico. Hay, por consiguiente, una escasa aportación normadora en temas tan sensibles como la descripción de las conductas discriminatorias o los procedimientos de resolución de controversias con base en una discriminación. Por el contrario, se debe valorar positivamente la extensión del principio procesal de inversión de la carga de la prueba en los procedimientos judiciales, administrativos e incluso conciliatorios, así como el reconocimiento del ejercicio de la acción positiva por parte de los Estados miembros a favor de las minorías discriminables o la intención de mantener con los operadores sociales y organizaciones no gubernamentales lazos de diálogo sobre la cuestión.

ÍNDICE

1. Carencias del derecho originario en la proscripción de la discriminación por razón de raza u origen étnico
2. De la lucha contra la discriminación al extranjero a la lucha contra la discriminación racial
3. Ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Directiva 2000/43/CE.
4. El elenco de medidas de lucha contra la discriminación racial o de origen étnico

1. CARENCIAS DEL DERECHO ORIGINARIO EN LA PROSCRIPCIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE RAZA U ORIGEN ÉTNICO

Puede afirmarse que la Directiva 2000/43/CE parte de la constatación del hecho cierto de que los Tratados no dan cobertura suficiente al principio de no discriminación por motivos de origen racial o étnico. Desde una exégesis histórica de este hecho habría que concluir que los Tratados no tendrían por qué establecer esta cobertura habida cuenta de que la construcción europea se ha realizado entre países pertenecientes a un continente cuya raza predominante es la blanca. Podríamos añadir, la raza blanca de base cultural cristiana, pero esto nos introduciría en otro debate, no menos intenso, que, con toda probabilidad, va a constituir un objeto de controversia muy próximo en el tiempo dada la inminencia de las adhesiones de los países del Este donde aparecen colectivos importantes de practicantes de otras religiones. A pesar de esta realidad antropológica, el preámbulo de la Directiva reniega con rotundidad de las teorías "que tratan de establecer la existencia de las razas humanas", no implicando el uso del término "origen racial" el reconocimiento de dichas teorías¹. Es muy probable que en el contexto globalizador actual hablar de razas humanas sea un anacronismo desde la óptica jurídica del reconocimiento de derechos funda-

¹ No debe pasar desapercibido el hecho de que la Directiva 2000/43/CE no haya definido el concepto de raza, y que, sin embargo, haya justificado la imposibilidad de definición en la negación del concepto mismo. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la voz raza como "cada uno de los grupos en que se subdividen algunas especies botánicas y zoológicas y cuyos caracteres diferenciales se perpetúan por herencia". Respecto de las razas humanas dice que con "grupos de seres humanos que por el color de su piel y otros caracteres se distinguen en raza blanca, amarilla, cobriza y negra". Vid. un magnífico recorrido por la historia del racismo en Europa en Jackson, G.: *Civilización y barbarie en la Europa del siglo XX*, Planeta, Madrid, 1997, en particular, págs. 77, 126, 204 a 206, 257, 287 y 303. Igualmente, vid. las teorías unificadoras del origen de las razas desde la óptica de la filosofía y la paleontología en los clásicos estudios de Rostand, J.: *El hombre*, Alianza, Madrid, 1984 (1ª edición de 1941, París, Gallimard) y en Koenigswald, G.H.R.v.: *Historia del hombre*, Alianza, Madrid, 1984 (1ª edición de 1960, Berlín).

mentales a las personas, pero la obstinada evidencia de la realidad social demuestra que el origen étnico es determinante a la hora de establecer estándares en el disfrute de estos derechos.

Advertido este hecho, constatamos también, ya en el plano de la técnica jurídica, que el recurso al derecho derivado para la regulación de mecanismos de garantía del principio de igualdad en sus diferentes facetas, no es un recurso novedoso pues ha sido utilizado intensivamente en la regulación y desarrollo del principio de igualdad entre hombre y mujer, o también, más recientemente, en el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.² Es más, creemos que este recurso es preferible, por más efectivo, al empleado en otras ocasiones, singularmente en el caso de la igualdad entre hombre y mujer, donde el Tribunal de Justicia ha tenido que esculpir sobre el duro bloque del artículo 141 TCE (antiguo artículo 119 TCE) toda una jurisprudencia configuradora del principio de igualdad, lo que ha provocado, con posterioridad, la aparición de un importante número de Directivas en la materia³. Lo mismo podemos decir del campo de la libertad de circulación de trabajadores en relación, particularmente, con las Directivas de 1990 y 1993 relativas al derecho de residencia⁴.

Dicho esto, habremos de añadir a título de crítica, que han sido varias, en la última década, las ocasiones que el legislador comunitario ha tenido para corregir este déficit normativo de los Tratados. Al menos desde la aprobación del Tratado de Maastricht en febrero de 1992 ha habido signos evidentes en todos los países de la Unión Europea, incluyendo a España, de que el conflicto racial empezaba a ser algo más que una excepción puntual que confirmaba la regla de la armónica aceptación de la pluralidad étnica por parte de los europeos. No hace falta remontarse mucho en el tiempo, tan sólo a febrero de 2000, para referenciar episodios como los de El Ejido, que se sucedían coetáneamente con la formación de gobierno en Austria sobre la base de la colaboración política con el partido liberal de Häider, lo que motivó la contundente respuesta de los socios comunitarios contra este país, al mismo tiempo que una inexplicable abstención contra la pasividad de las autoridades españolas.

De una simple lectura del texto de los Tratados pueden extraerse conclusiones acerca de la posición que el legislador comunitario —el Consejo, esto es, los gobiernos de los Estados miembros— adopta frente a la cuestión de los extranjeros que, en el ámbito del derecho comunitario, se traduce en una cuestión de configuración de la libre circulación de personas no pertenecientes a Estados de la Unión. El enfoque que hace el derecho originario tiene que ver con la nacionalidad, no con la raza o el origen étnico, problemas que resultan

² Vid. Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, DOCE de 2.12.2000.

³ Vid. nota 10.

⁴ La STJCE de 7 de julio de 1992, asunto C-295/90, anuló la Directiva 90/366/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, forzando su sustitución por la Directiva 93/96/CE del Consejo, de 29 de octubre.

jurídicamente novedosos en el derecho comunitario. El art. 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) establece entre los objetivos de la Unión, “[...]— reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión [...]— mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”. Este precepto, que contiene una apuesta decidida por el control de fronteras y la seguridad interior, tiene como contrapunto la proclamación de principios de que hace gala el art. 6 TUE. Según este precepto, “1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. 2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.”⁵

La redacción de esta declaración de intenciones debe interpretarse en términos de regla hermenéutica de las normas comunitarias, y de principio rector de las actuaciones de la Unión en todas aquellas políticas comunes donde el hecho diferencial de la nacionalidad, la raza u origen étnico, o cualquier otra característica distintiva de colectivos humanos sea determinante. Sólo así podrá dotarse de sentido pleno a un precepto que sitúa en primer término de aplicación jurídica directa el acervo de normas internacionales —de las que son partícipes todos los Estados de la Unión— en materia de derechos fundamentales⁶.

⁵ Vid., *in extenso*, un análisis acerca de la formalización jurídica de la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en la Unión Europea a través del estudio del art. 6 TUE en Mangas Martín, A. et al.: *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, McGrawHill, 1999, págs. 298 a 304. Sobre el tratamiento de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario vid., en general, De Schutter, O.: “Les droits fondamentaux dans le Traité d’Amsterdam”, en Y. Lejeune (dir), *Le traité d’Amsterdam. Espoirs et déceptions*, Bruselles, 1998, págs. 154-189. Rodríguez Iglesias, G.C.: “La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, ponencia en las Jornadas sobre El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea, Universidad Carlos III, Madrid, 1993, págs. 203-224. Ruiz Jarabo Colomer, D.: “Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, 1990-I, págs. 151-182.

⁶ Ésta es una cuestión de importancia y calado trascendentes cuyo debate no creemos haya concluido aún, a pesar de que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea haya resuelto hace más de veinte años de qué manera se articulan los derechos fundamentales reconocidos en instrumentos internacionales con los ordenamientos constitu-

Sorprende, por consiguiente, que esta preponderancia de los compromisos internacionales no se vea luego reflejada en la práctica legislativa de los Estados miembros, entre ellos España⁷. Y ello, a pesar de la contundencia con la que se expresa el art. 7 TUE⁸, según el cual los derechos de voto en el

cionales de los Estados miembros. Vid., en este sentido, las STJCE de 28 de noviembre de 1975, asunto 36/75, RUTILI y STJCE de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, HAUER, según la cual “no se podrían admitir en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos en las Comunidades de los Estados miembros”. Más recientemente pueden destacarse las STJCE de 24 de marzo de 1994, asunto C-2/92, BOSTOCK, según la cual “las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que éstos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben dichas exigencias”, así como la STJCE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, ERT, según la cual “el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia, que conozca de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”.

⁷ Vid. nota 32.

⁸ La contundencia disciplinaria del Tratado resultaba inusitada e inédita, de tal forma que, después del episodio de las sanciones contra Austria, la Conferencia Intergubernamental sobre la reforma institucional tuvo que suavizar en Niza el rigor procedimental del art. 7 TUE. Reproducimos, para su comparación, la redacción dada en Ámsterdam, y la actual de Niza: “1. El Consejo, reunido en su composición de Jefes de Estado o de Gobierno, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6^o, tras invitar al Gobierno del Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones. 2. Cuando se haya efectuado dicha constatación, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación del presente Tratado al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas...”. La reforma, vigente, es la que sigue: “1. A propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría cualificada de cuatro quintos de sus miembros y previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los principios enunciados en el apartado 1 del artículo 6 y dirigirlle recomendaciones adecuadas. Antes de proceder a dicha constatación, el Consejo oír al Estado miembro afectado y podrá, con arreglo al mismo procedimiento, solicitar a personalidades independientes que presenten en un plazo razonable un informe sobre la situación en dicho Estado miembro. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han conducido a tal situación siguen siendo válidos.”

Consejo pueden ser suspendidos en el caso de Estados miembros incumplidores de la regla del art. 6.1. De ahí que no se comprenda la utilización de raseros diferentes para medir comportamientos xenófobos idénticos.

De otro lado hay que recalcar que la referencia al origen racial o étnico supera conceptualmente a la distinción por razón de nacionalidad en el ámbito geográfico y político de la Unión Europea. Es decir, salvo la raza blanca predominante en Europa, el resto de razas, puras o mestizas, eso da igual, serán las que potencialmente puedan sufrir actos de discriminación en el territorio comunitario. En otras palabras, podemos encontrar a ciudadanos comunitarios que pueden ser objeto de discriminaciones raciales en determinadas situaciones a pesar de tener nacionalidad de la Unión Europea, mientras que ciudadanos extracomunitarios de raza blanca en las mismas situaciones pueden no ser discriminados. Y es que, aunque parezca una obviedad, la discriminación racial comienza por un rechazo *prima facie* al aspecto físico, por tanto a la mera apariencia, mientras que la discriminación por razón de nacionalidad requiere, salvo origen étnico visible, la demostración documental previa de la procedencia. No en vano, el art. 3.2 de la Directiva declarará que la misma "no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apartidas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apartidas".

Por consiguiente, la Directiva parte de una separación en el tratamiento normativo de dos problemas diferentes que requieren regulaciones distintas: raza, por un lado, y nacionalidad, por el otro. Y, sin embargo, ambas regulaciones aspiran a ser complementarias, porque, como ya se ha dicho, no sólo los nacionales extracomunitarios pueden ser objeto de discriminación racial.

2. DE LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN AL EXTRANJERO A LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

El legislador comunitario ha llegado a la conclusión de que resulta necesario articular un nuevo marco de protección para luchar, en esta ocasión, contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico después de haber depurado con carácter previo otros marcos de protección. Ha habido un proceso de ampliación sucesiva de los ámbitos de garantía del principio de igualdad de trato partiendo, en primer lugar, de la consolidación del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, que es la base de las cinco libertades circulatorias sobre las que se fundamenta el funcionamiento de la propia Unión Europea⁹. Paralelamente al desarrollo de la libertad de circula-

⁹ Vid. un estudio general sobre las libertades comunitarias en AA.VV., La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo III, XVIII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.

ción de trabajadores durante los años sesenta y setenta, se produjo la configuración del principio de igualdad entre hombre y mujer, principio cuya orientación era exclusivamente laboral y que, a su vez, se desarrolló desde la base de la igualdad salarial hasta alcanzar al resto de condiciones de trabajo, incluyendo la orientación sexual de los trabajadores¹⁰. Los pasos siguientes se han materializado, con desigual ritmo y enfoque normativo, en el terreno de los derechos de los extranjeros y, por extensión desde este último ámbito, en el terreno de las discriminaciones por razón de origen étnico o racial y en el del empleo y la ocupación, consecuencia en este último caso de la aparición de una nueva política de empleo en el Tratado de Ámsterdam¹¹.

Dentro de este desarrollo, resulta evidente el entronque que la aplicación del principio de igualdad al origen étnico o racial tiene con el principio de igualdad a los extranjeros desde el punto de vista cualitativo. La Directiva 2000/43/CE tiene la virtud de ser el único instrumento normativo existente en la materia, lo que a la vez denota la anomia que ha caracterizado el tratamiento de esta cuestión en la Unión Europea, pero ha de considerarse que su aparición es fruto de un desarrollo normativo que se ha producido desde la preocupación por la situación de los extracomunitarios, preocupación que es muy reciente y ha estado siempre vinculada al problema del acceso de éstos al mercado único de trabajo en la Comunidad.

Ámsterdam significa un antes y un después en el enfoque del tratamiento del principio de igualdad en la Unión Europea, lo que se pone de manifiesto en el propio derecho originario con la introducción novedosa del artículo 13 TCE¹². Ese "cajón de sastre" del principio de igualdad que es este precepto ha sido retocado en la reforma del Tratado de Niza para introducir un procedimiento de apoyo comunitario a las medidas estatales en materia de igualdad. De esta manera, el nuevo apartado 2º del art. 13 TCE deja claro que "con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros", el Consejo podrá adoptar "medidas comunitarias de estímulo" para potenciar las actuaciones estatales en la materia. En el caso de la lucha contra la discriminación racial el modo de actuación comunitario ha sido, precisamente, justo el contrario del proclamado en este nuevo precepto, pues se ha pasado de la anomia más absoluta, a tener una Directiva claramente armo-

¹⁰ Vid. un análisis de la evolución jurisprudencial en el tratamiento del principio de igualdad hombre y mujer en Caruso, B.: "La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato", en AA.VV. (dir. Cruz Villalón, J.) La igualdad de trato en el Derecho comunitario laboral, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 83 y ss. En la misma obra vid., Pérez del Río, T.: "La aplicación de la Directiva 76/207/CE en España", págs. 213-234. Igualmente vid. Durán y Lalaguna, P.: "El tratamiento comunitario y constitucional de los derechos de las mujeres", en AA.VV. La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo III, *op. cit.*, págs. 1073-1092.

¹¹ Vid. Gómez Muñoz, J.M.: "Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la Cumbre de Luxemburgo", *Relaciones Laborales*, nº 7, 1998, págs. 66 y ss.

¹² Vid. Gómez Muñoz, J.M.: "Empleo, crecimiento y...", *op. cit.*, págs. 82 y ss.

nizadora que servirá, como veremos posteriormente, para abrir una senda normativa. Esta aparente contradicción procedimental se explica si tenemos en cuenta que Niza ha supuesto el reconocimiento del abandono de los procedimientos armonizadores y su preterición en favor de los procedimientos de cooperación intergubernamental en buena parte de las políticas comunitarias, entre ellas, la social¹³. La realidad es, una vez más, que se han impuesto las tesis mercantilistas y, de nuevo, las políticas sociales vuelven a marchar procedimentalmente a remolque de las políticas económicas. Ya lo anuncia así el propio art. 133, en sede de Política Comercial Común, cuando desarticula los procedimientos de armonización que se habían venido utilizando hasta la fecha en el desarrollo de esta política comunitaria y proclama la supremacía de los procedimientos negociadores en la consecución de acuerdos económicos en la Comunidad.

Con independencia de este trasfondo, que está ahí, indudablemente, condicionando todas las actuaciones comunitarias, es bien cierto que si hay un ámbito en el que se manifieste de manera más intensa e inmediata la discriminación racial, ése es el de las relaciones laborales, pues es en el momento de ejercitar los derechos vinculados con la relación de trabajo cuando los trabajadores de otras razas son tratados desigualmente. De los problemas de integración racial en el mercado de trabajo se derivarán todos los problemas subsiguientes de integración del trabajador y su familia en el resto de marcos sociales, educativos, culturales, etc. En el ámbito del trabajo, pues, nacionalidad y origen extracomunitarios presentan el mismo perfil ante la discriminación, razón por la que, entendemos, es posible partir del análisis de las cuestiones relativas al trabajo de los extranjeros, que, indudablemente, están vinculadas no sólo a la discriminación por razón de origen o raza, sino a la misma Política Migratoria Común del nuevo Título IV del TCE denominado "Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas".

Puede partirse, pues, de la posición marcada por el precepto nuclear de la Política Social Comunitaria, el art. 137 TCE, que establecerá en su apartado 2º en relación con el apartado 1º que el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, en los siguientes ámbitos: "[...] —condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad"¹⁴. Esta norma es, como mínimo,

¹³ La redacción dada por la reforma de Niza al nuevo art. 137.2.a) TCE excluye los procedimientos de armonización de las disposiciones legales y reglamentarias en relación con las iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, y promover fórmulas innovadoras y experiencias de evaluación en el desarrollo de la política social, optando decididamente por los procedimientos de cooperación.

¹⁴ La reforma del Tratado de Niza ha sido decepcionante en el tratamiento del artículo 137 TCE, pues la pretendida simplificación técnica que se buscaba se ha convertido en un arma

sospechosa. Lo es porque proclama la diferenciación de regímenes jurídicos en la regulación de las condiciones de empleo de los extranjeros, como si las normas internacionales que vinculan a todos los Estados miembros no establecieran el respeto escrupuloso al principio de igualdad de tratamiento y no discriminación en el trabajo. Lo peor es que este régimen diferenciado se predica de los extranjeros residentes —los legales, con papeles— porque a los no residentes —sin papeles— ni siquiera se les reconoce un régimen mínimo de derechos, especialmente en caso de trabajo negro o sumergido.

En la misma línea de argumentación, pero directamente relacionada con la política de formación, destaca la fórmula del art. 150.3 TCE, por la que la "[...] Comunidad y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en materia de formación profesional". Esta sería, de ser utilizada convenientemente, una herramienta esencial para favorecer el control racional, solidario y realista de los flujos migratorios, particularmente, de los procedentes del norte de África y de algunos países sudamericanos que es de donde proceden los trabajadores de más bajas cualificaciones profesionales. Es evidente que el acceso al mercado de trabajo europeo requiere de un grado de formación profesional mínimo e indispensable por parte de los demandantes de empleo sin el cual no es posible sino trabajar en sectores de escasa o nula cualificación (construcción y agricultura en el caso español).

Ésas son las dos únicas referencias que el derecho de los Tratados realiza del trabajo de los extranjeros en la Unión Europea. El apoyo en el derecho originario fuera de los arts. 6 y 7 TUE y 13 TCE se limita, pues, a los arts. 137 y 150 TCE. Al margen de este derecho, hemos de descender al plano de las Declaraciones y Decisiones comunitarias, con su escaso tono de incisividad jurídica, para encontrar intervenciones comunitarias en el campo de la discriminación racial o étnica. Así, encontraremos que la acción institucional de la Comisión y del Consejo va a dar lugar a tres instrumentos, alguno de los cuales son citados en los considerandos de la Directiva 2000/43/CE como pórtico o justificación a la aparición de la propia norma: la Comunicación de la Comisión sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo de diciembre de 1995; la Decisión del Consejo de 15 de julio de 1996, Acción común 96/443/JAI¹⁵, para

de doble filo que ha terminado por perjudicar de manera notable los desarrollos futuros de cuatro ámbitos esenciales de política social, a saber, la seguridad social y la protección social de los trabajadores, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral, la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad. La reforma introduce una sutil trampa saducea, permitiendo que los tres últimos bloques de materias citados no tengan que desarrollarse necesariamente previa decisión unánime del Consejo, sino a través del procedimiento de codecisión del art. 251 TCE; sin embargo el único modo de que ello suceda es que el Consejo decida por unanimidad el cambio de procedimiento, o sea, el Consejo debe decidir por unanimidad que no aplicará la regla de la unanimidad.

¹⁵ DOCE de 24 de julio de 1996, pág. 5

la creación del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, disposición que contiene el compromiso de los Estados miembros de garantizar una cooperación judicial efectiva en lo que respecta a las infracciones basadas en comportamientos racistas y xenófobos; igualmente, encontramos el Plan de acción contra el racismo, de 25 de marzo de 1998 y la Declaración de Graz de 9 de noviembre de 1998, con un menor grado de compromisos estatales en la materia. Con esto se constata una tendencia tan creciente como reciente de la preocupación comunitaria por el problema de la discriminación racial, problema que, todo hay que decirlo, tiene unas componentes mediáticas determinantes en tanto en cuanto las mencionadas actuaciones de la Comunidad se producen al hilo de incidentes xenófobos contra minorías que tuvieron un eco internacional notable, hechos acaecidos particularmente en Alemania del Este donde el resurgir de grupo neonazis preocupa hondamente a las autoridades nacionales.

Junto a estas medidas, aparecerán las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999. En ellas el Consejo pide a la Comisión que presente cuanto antes propuestas para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 13 TCE en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia, y que se desarrollen, en estrecha cooperación con países de origen y de tránsito, campañas de información sobre las posibilidades reales de inmigración legal, y que se impida toda forma de trata de seres humanos, dejando de manifiesto que en la ecuación libertad-seguridad-justicia el factor determinante es la seguridad. No puede afirmarse que las aportaciones de Tampere hayan sido determinantes en el desarrollo de la lucha contra la discriminación en sus diferentes variantes. Más bien es lícito pensar que el peso de las políticas del pilar de justicia y asuntos de interior, con su obsesiva preocupación por la garantía de la seguridad en la libertad de circulación de personas, se ha dejado sentir en exceso.

En este sentido, resulta incluso mucho más decepcionante el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en el Consejo de Biarritz de 13 y 14 de octubre de 2000 y proclamada el 7 de diciembre del mismo año con ocasión del Consejo Europeo de Niza, pues no ha venido sino a reconocer derechos que ya estaban reconocidos en los ordenamientos nacionales y a establecer algunas contradicciones difícilmente justificables con estos ordenamientos al fijar, por ejemplo, que *"toda persona tiene derecho a fundar sindicatos (art. 12.1)"*, cuando es sabido que no en todos los ordenamientos sindicales de los Estados miembros se reconoce esta posibilidad a los trabajadores extranjeros¹⁶. De ella habremos de destacar su art. 21 cuyo

¹⁶ Los preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales referidos a los extranjeros son los siguientes:

Art. 5.3: Se prohíbe la trata de seres humanos; Art. 12.1: Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos; Art. 15.2: Sólo los ciudadanos de la Unión tiene derecho a la libertad de circulación de trabajadores. Sin embargo el art. 29 de la CDF reconoce a toda persona el derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación; Art. 15.3: Sólo los extranjeros autorizados a trabajar tienen derecho a condiciones de trabajo equivalentes a las nacio-

párrafo 1º *"prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual"*. Es interesante que se haya establecido una distinción entre la discriminación por razón de raza y por razón de color, lo que viene a apoyar la idea de que la discriminación que sufren las personas por su mero aspecto físico escapa del concepto de discriminación por razón de raza, habida cuenta de que el mestizaje, proceso social de carácter global, impide que puedan trazarse límites nítidos a la pertenencia a una de las cuatro razas en las que la antropología clásica dividió a la humanidad. Es digno de ser remarcado, igualmente, el hecho de que el párrafo 2º del mencionado art. 21 de la Carta se dedique a la prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad, lo que, sin duda, viene motivado por la prevalente prohibición que de ella hacen ya los Tratados.

Por lo que se refiere al derecho derivado, las actuaciones en el ámbito de la inmigración han sido también recientes y mucho más numerosas, por su generalidad, que en el campo de la lucha contra la discriminación racial. Así, hemos de distinguir entre disposiciones de naturaleza puramente migratoria relativas al control de flujos migratorios¹⁷, y disposiciones de naturaleza migratoria relativas al trabajo de los extranjeros¹⁸, que interactúan complementándose y determinando los desarrollos normativos sobre extranjería en los

nales de la UE; Art. 21: Principio de igualdad y no discriminación; Art. 34.2: Derecho a las prestaciones de Seguridad Social sólo a los residentes legales; Art. 45.2: Sólo los extranjeros que residan legalmente tienen derecho de libre circulación y residencia.

¹⁷ Los instrumentos más importantes en esta materia son: Reglamento CE nº 1683/1995, del Consejo, de 25 de septiembre, sobre el modelo unificado de visado; Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995, relativa a la concentración y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión; Acción Común 97/11/JAI, de 16 de diciembre de 1996, del Consejo, sobre la base del artículo K.3 TUE, relativa a un modelo uniforme de permiso de residencia; Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos; Reglamento CE nº 574/1999, del Consejo, de 12 de marzo, por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros. El 26 de enero de 2000 el Consejo aprobó el proyecto de nuevo Reglamento. Entre los países sujetos a la obligación de solicitud de visado están: Marruecos, Argelia, Colombia, República Dominicana, Cuba, Perú, Sudáfrica, China, Irán, Irak, Rusia. Existen además tres Recomendaciones de 1994 y 1995 sobre expulsión y readmisión de extranjeros, así como una Resolución de 1994 y otra de 1997 sobre admisión de estudiantes extranjeros y de menores no acompañados.

¹⁸ Las disposiciones más relevantes en esta materia son: Resolución del Consejo de 20 de junio de 1994 sobre las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros. Esta es la norma que establece la posibilidad de que los Estados miembros fijen contingentes de mano de obra extranjera, resultando bastante contundente y limitadora porque es norma hija de su tiempo, y nace en uno de los momentos de más alto índice de desempleo en la UE, lo

distintos Estados miembros. Como puede comprobarse, tanto en el derecho originario como en el derecho derivado existe una pronunciada intención de diferenciar el régimen jurídico del trabajo de los extranjeros frente al de los nacionales comunitarios. La continuada referencia a las condiciones de trabajo "comparables" o "equivalentes" es tremendamente reveladora de esta vocación diferenciadora. El problema es que el principio de igualdad de tratamiento del art. 13 TCE queda en auténtica letra muerta si no se aplican criterios de interpretación sistemática de las normas del propio Tratado que hemos mencionado —particularmente el art. 137.3 TCE— por lo que habremos de entender este precepto del modo más favorable a la garantía de aquel principio, esto es, habremos de entender que el régimen del trabajo de los extranjeros a que este precepto hace alusión no es sino una llamada del legislador comunitario al ejercicio de la "acción positiva" en favor de este colectivo de trabajadores. De esta cuestión tratará la Directiva 2000/43/CE en su artículo 5, lo que resulta novedoso en el marco de la lucha contra las discriminaciones derivadas de la nacionalidad o el origen étnico o racial, pues ya en otros ámbitos, señaladamente el de la discriminación hombre y mujer, se considera un recurso habitual¹⁹.

3. ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2000/43/CE

La Directiva enuncia su artículo 1 en términos de objeto y finalidad, del mismo modo que habitúan los Tratados constitutivos en sus artículos preliminares. El objeto es el establecimiento de "un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico", y el fin es "que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato". No nos parece muy afortunada la fórmula aplicada porque, literalmente, realiza una aportación muy pobre, dado que en todos los Estados miembros el principio de igualdad de trato es una condición constitucional incuestionable que, además, forma parte de las tradiciones constitucionales comunes que el Tratado de Ámsterdam pretende interiorizar jurídicamente. En cualquier caso, la proclamación del objeto se realiza en términos de procedimiento, esto es, lo que se

que lleva al Consejo a establecer una preferencia por los desempleados comunitarios frente a los de terceros países y a una apuesta por el desarrollo del sistema EURES a nivel intracomunitario. Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1994, sobre la limitación de la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros para ejercer en ellos una actividad profesional por cuenta propia. Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995, sobre la armonización de los medios de lucha contra la inmigración y el empleo ilegales y sobre la mejora de los medios de control previstos a tal fin. Recomendación del Consejo de 27 de septiembre de 1996 relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales de terceros estados. Esta norma recomendó el establecimiento de mecanismos de coordinación y colaboración en materia de control con el fin de luchar contra el empleo ilegal y la explotación de nacionales de países terceros.

¹⁹ Vid. Art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976.

pretende no es la erradicación de las discriminaciones por motivos de origen racial o étnico, sino el establecimiento de un marco para luchar contra ellas. Esto denota una dosis de voluntarismo político notable muy acorde con la vocación armonizadora del instrumento normativo empleado.

La aparente imprecisión se reconduce posteriormente por la vía, también tradicional en el caso de las Directivas, de establecer un catálogo de definiciones que permitan acotar el concepto mismo de discriminación. El artículo 2 se aplica a ello al definir en su apartado 1º el principio de igualdad de trato como "la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico", razón por la que el apartado 2º del mismo artículo debe proceder a definir el concepto de discriminación. En el ámbito de la discriminación racial, debe partirse del estatus determinado por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965²⁰, que en su artículo 1.1 define la discriminación racial como "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". Esta definición, que bien pudiera haber sido tomada con referente por la Directiva, dado que vincula a todos los Estados miembros que son a su vez firmantes de la Convención, se echa en falta en la norma comunitaria. En efecto, el apartado 2º letras a) y b) del artículo 2 es mucho menos preciso que la norma internacional referenciada a la hora de expresar el contenido de la acción discriminadora, pues dirige sus esfuerzos no a definir sino a distinguir entre discriminaciones directas e indirectas.

Así, establece que las directas se dan cuando "por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable", y que las indirectas se producirán cuando "una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios". La distinción entre discriminación directa e indirecta ha sido depurada esencialmente en el ámbito del principio de igualdad entre hombre y mujer, resultando determinante la doctrina del Tribunal de Justicia a la hora de trazar las sutiles diferencias entre ambas figuras²¹, lo que ha tenido

²⁰ En vigor en España desde el 4 de enero de 1969.

²¹ Vid., por todos, Senden, L.: "La igualdad salarial en la legislación comunitaria", en AA.VV. (dir. Cruz Villalón, J.) La igualdad de trato... *op. cit.*, págs. 144 y ss., donde se analiza la jurisprudencia de referencia, en particular la STJCE de 14 de julio de 1994, asunto C-32/93, WEBB, sobre discriminación directa, y la STJCE de 1981 recaída en el asunto 96/80, JENKINS, que fue la primera de una larga serie en determinar los caracteres de las discriminaciones indirectas.

su eco en algunas Directivas en materia de discriminación por razón de sexo²². Nos preocupa más, sin embargo, destacar que el intento, loable, sin duda, de acotar el campo de las discriminaciones directas, resulta en exceso pretencioso, habida cuenta de que pretende recoger situaciones futuribles de discriminación que, en la mayor parte de los casos, quedarán sin ser denunciadas, pues sus víctimas, las que *vayan a ser* tratadas de forma menos favorable, ni siquiera serán conscientes de este tratamiento discriminatorio en el momento en que éste se esté produciendo.

Más perturbador puede resultar, de otra parte, el intento de deslindar entre acoso y discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1º del artículo 2. No se sabe muy bien qué resultado busca el legislador comunitario cuando dice en el apartado 3º de este precepto que *"el acoso constituirá discriminación [...] cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro"*. Parece como si hubiera dos tipos de acoso, uno discriminatorio y otro no discriminatorio, cosa que bien puede ser cierta si admitimos la ilicitud de ambos tipos de comportamiento, pero nos parece evidente que cualquier tipo de discriminación racial es atentatoria contra la dignidad de la persona, y que una persona discriminada racialmente percibe de modo inmediato que el entorno en el que dicha discriminación se ha producido se convierte en intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo, por lo que no acabamos de comprender por qué el acoso recibe un tratamiento diferenciado en el capítulo dedicado a las definiciones. Probablemente, haya que buscar en la exégesis histórica de la norma el origen a esta distinción definitoria, pues, como se ha dicho, el proceso de desarrollo normativo de las cuestiones relativas a la discriminación racial se pone en marcha tras conocidos episodios de acoso y hostigamiento de minorías étnicas en Alemania. Iguales consideraciones pueden hacerse respecto de la fórmula tautológica utilizada en el apartado 4º, según el cual la orden de discriminar se considera discriminatoria. En cualquier caso, no deja de sorprendernos que tanto esfuerzo por definir qué es acoso discriminatorio se despache luego con una fórmula de cierre que deja en manos de las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro la definición del concepto.

²² Destaquemos la definición de discriminación indirecta dada por el art. 2.2 de la 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, según el cual, "a efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecta a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo".

El artículo 3 de la Directiva centra sus esfuerzos, a continuación, en la delimitación del ámbito personal de aplicación del marco de lucha contra la discriminación racial. Este precepto pone de manifiesto claramente la vinculación existente entre el mundo del trabajo y el ámbito de aplicación del principio de igualdad. Como ya hemos indicado anteriormente, si hay un campo en el que las discriminaciones de cualquier tipo tengan su expresión más rotunda y frecuente éste es, sin duda, el de las relaciones de trabajo. Basta un simple vistazo al contenido del apartado 1º de este precepto nuclear de la Directiva, para comprobar, efectivamente, que el ámbito de aplicación de la misma estará dirigido a las personas que *"por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos"*, puedan ser sujetos pasivos de actuaciones discriminatorias con base en la raza o el origen étnico y que afecten a las condiciones de empleo por cuenta ajena o propia —ejercicio profesional—, el acceso a la formación profesional, la afiliación y participación sindical o profesional, la seguridad social, la educación y la vivienda.

El artículo 3.1 nos recuerda vivamente el contenido de los arts. 7 a 9 del Reglamento CEE nº 1612/68, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores, donde se garantiza a los trabajadores migrantes el estatus mínimo de derechos sociales y de tercera generación que disfrutarán en los países de acogida. Realmente, el reconocimiento de todos los derechos citados en el apartado 1º del art. 3 se ha producido desde la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido haciendo del art. 39.2 TCE (antiguo art. 48.2) en relación con esos dos preceptos del Reglamento CEE nº 1612/68, interpretación que creemos debería aplicarse extensivamente a los trabajadores extracomunitarios independientemente de su raza²³. Esta convicción se basa en el

²³ El proceso de reconocimiento de derechos ha sido muy laborioso porque se ha realizado contenciosamente. Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse algunas de las sentencias más relevantes en este proceso: STJCE de 26-2-1991, asunto 292/89, ANTONISSEN son contrarias al derecho comunitario las restricciones temporales a la permanencia de ciudadanos comunitarios sin empleo (la cuestión se termina reduciendo al hecho de que para obtener permiso de residencia éstos necesitan probar medios económicos suficientes). STJCE MARTÍNEZ SOLA/FREISTAAT BAYERN, asunto C-85/96, de 12-5-98: el concepto de trabajador a efectos de la aplicación del Reglamento CEE nº 1612/68 y del Reglamento CEE nº 1408/71 no tiene por qué coincidir necesariamente; en el marco del art. 48 TCE y del R. 1612/68, debe considerarse trabajador la persona que realiza, durante cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales recibe una retribución; por el contrario, una persona tiene la consideración de trabajador en el sentido del Reglamento 1408/71 por estar asegurado, aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de seguridad social, mencionado en la letra a) del art. 1 del R. 1408/71, y ello con independencia de la existencia de una relación laboral; STJCE UGLIOLA, asunto 15/69, de 15-10-69; STJCE COMISIÓN/GRECIA, asunto C-187/96, de 12-3-98, (Art. 7.1 Reglamento 1612/68, persona que trabaja en la Administración Pública de otro Estado miembro que solicita el reconocimiento mutuo de los períodos de servicios prestados en aquella Administra-

sentido propio y último que la libertad de circulación de personas tiene en la Unión Europea, que no es otro que el de garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en cualquier punto del territorio europeo común —y en cualquiera de sus mercados, especialmente el de trabajo— a cualquier persona que se desplace libre y regularmente —esto es, documentadamente— en su

ción); sobre reconocimiento de pluses de antigüedad a nacionales y extranjeros: STJCE SOTGIU, de 12-2-74; en relación a las ventajas sociales adheridas al contrato de trabajo: rebaja en los billetes de ferrocarriles por familia numerosa STJCE CRISTINI, asunto 32/75, 30-9-75; préstamos sin interés por natalidad, STJCE REINA, asunto 65/81, 14-1-82; asignaciones para inválidos adultos, STJCE INZIRILLE, asunto 63/76, 16-12-76; derecho a votar en cámara profesional para la que se pagan las cuotas, STJCE ASTI, de 4-7-91; becas de acceso a enseñanza y de mantenimiento, STJCE CASAGRANDE, asunto 9/74, de 3-7-74 y STJCE LAIR, de 21-6-88; hija de italiano en Alemania que solicita beca en Alemania para estudiar en Italia, STJCE DI LEO, asunto 308/89, de 13-11-1990; la enseñanza protegida por el art. 7.3 Reglamento CEE 1612/68 incluye también a la enseñanza escolar, media y superior, no sólo a la profesional, STJCE GRAVIER, asunto 293/83, de 17-2-85; un Estado miembro no puede exigir la presentación de la tarjeta de residencia a un no nacional para la concesión de una "prestación de crianza", si tan sólo exige a sus nacionales una acreditación del domicilio, STJCE MARTÍNEZ SOLA/FREISTAAT BAYERN, asunto C-85/96, de 12-5-98; un Estado miembro no puede supeditar la concesión de una ventaja social, en el sentido del art. 7.2 del R. 1612/68, al requisito de que los beneficiarios de la ventaja tengan su residencia en el territorio nacional de ese Estado; en efecto, a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objeto perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los trabajadores nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros; tal es el caso de un requisito de residencia que lo cumplen más fácilmente los trabajadores nacionales que los de los otros Estados miembros, STJCE MEINTS/MINISTER VON LANDBOUW - NATUURBEHEER EN VISSERIJ, asunto C-57/96, de 27-11-97; en relación con la aplicación de las Directivas 68/360/CEE y 73/148/CEE, los Estados miembros pueden llevar a cabo controles de la tarjeta de residencia siempre que se imponga a sus nacionales idéntica obligación respecto de su tarjeta de identidad, pero no caben sanciones distintas, mayores o desproporcionadas, STJCE COMISIÓN/ALEMANIA, asunto C-24/97, de 30-4-98; en relación a la exclusión de los empleos públicos de los no nacionales: (STJCE COMISIÓN/REINO DE BÉLGICA, asunto 149/79, 17-12-1980 y 26-5-1982, sobre no exclusión de determinados empleos municipales y en la empresa pública de ferrocarriles belgas; STJCE COMISIÓN/ITALIA/CNR, de 16-6-1986, sobre no exclusión de investigadores civiles no nacionales de organismos estatales de investigación; STJCE LAWRIE-BLUM, asunto 66/85, 3-7-1986, sobre no exclusión de profesores en prácticas no nacionales del sistema de enseñanza secundaria alemán; STJCE COMISIÓN-FRANCIA, 3-6-1986, sobre no exclusión de enfermeras en hospitales públicos en Francia; STJCE PILAR ALLUE, de 30-5-1989, sobre no exclusión de profesoras lectoras no nacionales en universidades italianas; STJCE ANGRET BLAIS, de 27-11-1991, sobre no exclusión de profesora de enseñanza primaria no nacional; STJCE COMISIÓN/ESPAÑA, asunto 375/92, de 22-3-1994, sobre no exigencia de determinados requisitos a los guías turísticos no nacionales en España.

interior²⁴. Dado que el principio de igualdad de trato no admite graduaciones, y vista la voluntad del legislador comunitario de ampliar los marcos de protección de este principio en el proceso histórico que ya se ha mencionado, cabe concluir que el estatus de derechos sociales, económicos o de tercera generación que debe reconocerse a cualquier persona —independientemente de su raza u origen étnico— que se encuentre regularmente en el territorio de la Unión Europea debe ser el mismo que el que se reconoce a los ciudadanos comunitarios.

Creemos que esta posición se encuentra reconocida y ratificada por el propio apartado 2º del art. 3, del que ya se ha hablado, y en el que se produce una separación de los regímenes jurídicos de protección contra la discriminación por razón de nacionalidad y la discriminación por motivos raciales. Esta separación es meramente delimitativa, pues entendemos que la aspiración en cuanto al grado de protección es la misma, resultando inequívoca la voluntad del legislador comunitario por complementar ambos regímenes e integrarlos sin conflicto. Es decir, cualquier persona que no tenga nacionalidad comunitaria habrá de cumplir, para acceder al territorio de la Unión Europea, los requisitos de entrada y, posteriormente, los de residencia si ésta es su voluntad, no pudiendo ser discriminada ni a la entrada ni durante la residencia por motivos de raza u origen étnico.

Establecida la regla en cuanto a las conductas consideradas discriminatorias, y fijado el alcance de la protección, la Directiva pasa, a continuación, a fijar las posibles excepciones al ejercicio discriminatorio de la raza como condición socioprofesional, esto es, a justificar cuándo es lícito establecer diferencias de trato laborales fundamentadas en la raza. La fórmula utilizada para ello es la del artículo 4, según el cual "no obstante lo dispuesto en apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado". Este precepto está fundamentado en la misma razón objetiva que permite al art. 3.1 del Reglamento CEE nº 1612/68 excluir la aplicación del principio de igualdad a la libertad de circulación de trabajadores cuando las condiciones relativas a los conocimientos lingüísticos exigidos en razón de la naturaleza del empleo a cubrir así lo requieran. El problema está en que la discriminación profesional por desconocimiento de la lengua posee una base de justificación objetiva que no tiene la discriminación profesional por razón de origen étnico. Es muy difícil imaginar un supuesto en el que la raza sea determinante a efectos de la cobertura objetiva de un puesto de trabajo, y aquí es, justamente, donde radica el

²⁴ Vid. Gómez Muñoz, J.M.: Libre circulación en el empleo público en la Unión Europea, CES, Madrid, 1996, págs. 30 y ss.

problema. El artículo 4 se puede convertir en la clave de desactivación del principio de igualdad de tratamiento, porque siempre habrá alguien que pretenda justificar que la exigencia de pertenencia a determinada raza es esencial, por ejemplo, para la mejor atención de los clientes de una empresa de servicios, o para conseguir la confianza de una clientela de determinada raza, etc. Las posibilidades de abuso se nos sugieren innumerables.

Téngase en cuenta, además, que ya en distintas ocasiones el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en conflictos que, aparentemente fundamentados en la discriminación por razón de nacionalidad, tenían un componente claramente racial, como es el caso de la STJCE de 3 de junio de 1986, Comisión contra República francesa, en el que se dilucidaba la posibilidad de que pudieran acceder a determinados puestos facultativos en hospitales públicos franceses ciudadanos de nacionalidad no francesa. El Tribunal dijo que no, pero lo hizo, básicamente, teniendo en cuenta que las argumentaciones del gobierno francés estaban basadas en el presunto desagrado que a los pacientes franceses les producía tener como personal sanitario que les atendiera a personas que no fueran francesas. Es evidente que el prejuicio racial sobrevalaba la argumentación francesa, y esto decidió el fallo negativo del Tribunal de Justicia.

El capítulo de disposiciones generales de la Directiva 2000/43/CE se va a completar con dos preceptos que, relacionados entre sí, van a contener la garantía añadida de que las disposiciones de la norma comunitaria no reducirán el nivel de protección que el principio de igualdad de trato en relación con el origen étnico pueda tener en los distintos Estados miembros. En este sentido, el artículo 5 proclama el derecho de los Estados a mantener o adoptar "*medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto*". Este precepto se refiere a las conocidas acciones positivas, esto es, medidas tendentes a implementar las garantías del principio de igualdad sobre un colectivo de personas cuya posición de partida, bien sea por razones de raza, sexo, edad o cualquier otra condición personal o social, les impide o dificulta el acceso en términos de igualdad a los mismos derechos que al resto²⁵. La acción positiva en manos de los Estados miembros

²⁵ Para Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: "Discriminación, igualdad y acción positiva", en AA.VV., La igualdad de trato en el Derecho..., *op. cit.*, pág. 112, la acción positiva "*incluye una variedad de medidas favorecedoras de la igualdad de oportunidades, no sólo los programas destinados a favorecer el empleo de la mujer, como los diseñados a nivel de la Unión Europea o a nivel estatal o autonómico, de carácter meramente promocional [...] para favorecer y mejorar el empleo femenino [...] sino también medidas que formalmente implican la atribución de ventajas a favor de la mujer, mediante reglas desiguales que pueden atribuir directamente a la mujer un resultado (como igualdad en los resultados) y que tienen efectos compensatorios y distributivos para corregir una segregación preexistente, e implican un tratamiento normativo diferenciado en favor de la mujer (Borbogelli) que es lo que autoriza el artículo 2.4 de la Directiva [Directiva 76/207/CEE]*".

permite la atención particularizada a los colectivos étnicos con especiales problemas de integración y garantía de derechos, y solventa el problema de los déficits de actuación específicos que la armonización por la vía de las Directivas puede presentar. El artículo 6, por su parte, con una denominación extraña, "*requisitos mínimos*", que bien pudiera ser sustituida por "*garantías mínimas*", plantea dos cuestiones conexas con la anterior. De un lado, el apartado 1º establece que "*los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva*", mientras que el apartado 2º aclara que "*la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma*".

Tanto del artículo 5 como del 6 pueden hacerse idénticas consideraciones en relación con su ubicación sistemática, que no nos parece particularmente afortunada. Esto es así desde el momento en que el capítulo de disposiciones generales de la Directiva no recoge ninguna medida específica de lucha contra la discriminación racial, sino que, más bien, se refiere, no con especial precisión como ya se ha visto, al conjunto de prácticas discriminatorias que quedan proscritas por el ordenamiento que, hasta cierto punto, queda en vigor con la Directiva. De las medidas se hablará, con bastante desorden por cierto, en los capítulos segundo a cuarto, por lo que, seguramente, la ubicación sistemática de estos dos preceptos hubiera merecido mejor lugar al final de estos capítulos. De hecho, en la generalidad de Directivas que establecen estándares comunes y mínimos de garantía de derechos suele hacerse así.

4. EL ELENCO DE MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL O DE ORIGEN ÉTNICO

No brilla la Directiva 2000/43/CE por su celo en mantener una sistemática coherente en la redacción de sus diferentes capítulos. Esto se pone de manifiesto incluso en el propio título que se da al capítulo segundo, "*recursos y cumplimiento*", que no resulta omnicompreensivo ni esclarecedor de sus contenidos. Bajo el pálido encabezamiento de "*defensa de derechos*", el artículo 7 contiene un impreciso mandato a los Estados miembros para establecer "*procedimientos judiciales y administrativos, e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a 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*". Es evidente que el establecimiento de los procedimientos judiciales y administrativos de defensa de derechos compete a los Estados miembros, razón por la cual el mandato del artículo 7 debiera haber tenido una mayor carga de imperatividad. La expresión "velar por la existencia" puede resultar equívoca, pues la

mera actitud de mantenimiento de los procedimientos ya existentes puede resultar suficiente, no siendo necesario, como creemos que se deriva del espíritu de la norma, la creación de procedimientos nuevos, si no los hubiera²⁶. Tiene mayor sentido que los Estados velen por la existencia de procedimientos de conciliación, que pueden establecerse entre privados y, difícilmente, van a poder ser impuestos, que velen por la existencia de algo que, imperativamente, deben tener en todos sus ordenamientos jurídicos. En definitiva, se echa en falta un mayor grado de compromiso en el mandato a los Estados miembros.

El apartado 2º del artículo 7 es un precepto de tipo procesal que, en idénticos términos de exigencia, se dirige a los Estados miembros para que éstos garanticen la legitimación activa para iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, a “*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*”. La representación de intereses y la coadyuvancia son mecanismos de intervención procesal que tienen un reconocimiento prácticamente generalizado en todos los Estados de la Unión Europea, previéndolo nuestro ordenamiento no sólo en el proceso para la defensa de los derechos fundamentales, sino en procedimientos especiales como el de defensa de la libertad sindical. Cierra el artículo con una fórmula que expresa el respeto a los diferentes plazos de interposición de recursos —demandas, habría que decir— regulados en las distintas normas procesales de cada Estado.

Una mayor importancia posee, a nuestro juicio, el mecanismo procesal previsto en el artículo 8 de la Directiva donde se regula la inversión de la carga de la prueba como medida favorecedora de la posición procesal de la persona presuntamente discriminada por motivos raciales. La formulación de la medida guarda una similitud notable con la utilizada por el artículo 4.1 de la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo²⁷, aunque, no obstante, el alcance de la protección es distinto. Esto es así desde el momento en que los apartados 3º y 5º del artículo 8 estudiado, sólo excluyen la aplicación del mecanismo de la inversión de la carga de la prueba en el caso de los procedimientos penales, así como, a voluntad de los Estados miembros, en “*los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente*”. Es importante destacar este hecho, pues la Directiva de 1997 impide la aplicación del mecanismo de inversión de

²⁶ A mero título de comparación, baste referirse al art. 2.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965, que resulta mucho más imperativo al utilizar expresiones como “*cada Estado parte se compromete a...*”, “*cada Estado parte tomará medidas efectivas...*”, “*cada Estado parte prohibirá y hará cesar...*”, etc.

²⁷ Vid. DOCE de 20 de enero de 1998, así como la Directiva 98/52/CE, de 13 de julio de 1998, relativa a la ampliación de la Directiva 97/80/CE, al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DOCE de 22 de julio de 1998).

la carga de la prueba en los procedimientos extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el Derecho nacional (art. 3.1.b), mientras que el apartado 1º del artículo 7 de la Directiva en estudio, permite, como ya hemos visto, la existencia de procedimientos de conciliación —sin aclarar de qué naturaleza, pública o privada— donde, en principio, la inversión de la carga de la prueba sí sería posible. En cualquier caso, hemos de poner de manifiesto que, si bien la Directiva de 1997 no entró en vigor sino hasta el 1 de enero del presente año 2001, la fórmula del artículo 18 de la Directiva en estudio acelera la entrada en vigor de la misma fijándola para el momento de publicación en el Diario Oficial, lo que, sin duda, constituye una de las virtudes que menos prodigan las normas de armonización²⁸.

Vistas las que consideramos, con diferencia, las medidas más importantes de lucha contra la discriminación racial desde la óptica de su eficacia jurídica —procedimientos jurisdiccionales, administrativos o conciliatorios, e inversión de la carga de la prueba— el capítulo segundo de la Directiva 2000/43/CE pasa a continuación a regular una serie de medidas de distinto calado caracterizadas por una evidente lenidad en su configuración y eficacia. La dosis de voluntarismo con la que los artículos 9 y 10 tratan dos cuestiones tan sensibles como son la protección contra las represalias y la divulgación de la información relativa a las medidas contra la discriminación es notable, y denota la ausencia de una respuesta eficaz contra dos problemas que merecerían una mayor atención. Tan difícil puede resultar para el sujeto activo de una discriminación por razón étnica demostrar que sus motivaciones no son discriminatorias, como para el sujeto pasivo evitar que, tras la denuncia correspondiente, no se deriven sobre su persona los efectos negativos de la mera reclamación. La evitación de las represalias tiene un tratamiento mucho más comprometido desde el punto de vista de las obligaciones a asumir por los Estados, que cualquiera de las demás medidas previstas en la Directiva. El artículo 9 establece que “*los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato*”. El problema radica en que la obligación de adoptar medidas choca con la tremenda dificultad de encontrar qué medidas puedan resultar eficaces. La cuestión de las represalias es, en suma, una cuestión de retroalimentación del problema de la discriminación, pues, en definitiva, una represalia no es más que una discriminación añadida a una discriminación previa, lo que nos puede llevar, prácticamente sin remedio, a una concatenación indefinida de procesos de denuncia con un final bastante incierto. Semejante cariz presenta la obligación recogida en el artículo 10 de la Directiva, relativa

²⁸ Ello, no obstante, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16, que demora hasta el 19 de julio de 2003 la adopción de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas por parte de los Estados miembros para dar cumplimiento a la Directiva.

a la puesta en conocimiento de las personas potencialmente discriminables de todas las medidas de lucha contra la discriminación racial. Se trata, en definitiva, de una indefinida obligación para los Estados miembros de velar porque la información acerca de las medidas y procedimientos sea accesible a estas personas.

Una nueva prueba de la impronta socio-laboral que las discriminaciones por razón de origen étnico poseen podemos encontrarla en el artículo 11 de la Directiva que, bajo la denominación "diálogo social", establece de manera compulsiva la obligación de los Estados miembros de adoptar, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas, "*medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato entre otras vías mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas*". El apartado 1º de este precepto revela el interés del legislador comunitario por implementar medidas de lucha contra la discriminación por una de las vías de avance de la política social que mejores resultados ha venido mostrando en los últimos cinco años. El diálogo social ha aportado en el plano normativo importantes instrumentos de armonización sobre la base de los artículos 138 y 139 TCE, de entre los cuales pueden destacarse la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental²⁹ o la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial³⁰, ambos instrumentos pactados entre la UNICE, el CEEP y la CES.

La virtualidad del mecanismo negocial radica en su flexibilidad e idoneidad. Flexibilidad, en tanto en cuanto será la autonomía colectiva a nivel de grandes confederaciones, lógicamente, la que determine el efecto e intensidad de las medidas adoptadas. Idoneidad, porque sólo los interlocutores sociales son los sujetos capacitados para establecer en el ámbito de sus relaciones colectivas de trabajo prescripciones aplicables en temas tan sensibles. Si se repasan con detenimiento los acuerdos ya habidos, podrá comprobarse que el grado de precisión en la descripción de la medidas a adoptar es sensiblemente mayor que el que pueda derivarse de una Directiva emanada directamente del mandato de los Tratados. En este sentido no tenemos sino que alabar la iniciativa que se auspicia desde el artículo 11.1 de la Directiva 2000/43/CE, pues igual que ha sucedido en cuestiones de tan largo alcance como la regulación del trabajo a tiempo parcial, o el permiso parental, es dable presumir que podrán abordarse iniciativas convencionales en esta materia. Sería también de esperar que la iniciativa pudiera hacerse extensible a la situación del trabajo de los extranjeros en la Unión Europea, cuestión ésta que, a pesar de que tras la reforma de Niza no haya experimentado variación en cuanto a las reglas de

²⁹ Vid. DOCE de 19 de junio de 1996.

³⁰ Vid. DOCE de 20 de enero de 1998.

mayoría para la aprobación de Directivas, bien podría abordarse directamente por los interlocutores europeos por la vía del art. 138 TCE.

De otro lado, en clara muestra de lo mejorable que podría resultar la sistemática de la Directiva, encontramos fuera del capítulo segundo un artículo 16 que establece los mecanismos posibles de aplicación de la norma comunitaria, haciendo alusión expresa al mecanismo de los acuerdos de transposición del art. 137.3 TCE que permitirían que los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos, tuvieran confiada la aplicación de la presente Directiva. La obligación de los Estados se centraría, de optar por esta vía, en asegurarse de que antes del 19 de julio de 2003, los interlocutores hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias para la aplicación.

Por su parte, el apartado 2º del artículo 11 dirige a los Estados miembros el mandato de fomentar "*entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración en el nivel correspondiente de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo*". En realidad, estamos ante el reflejo en el nivel nacional del mandato dado en el apartado 1º de este mismo precepto. Aunque la fórmula del mandato resulta más intenso que la utilizada en otras ocasiones por la Directiva, contiene una inquietante nota de ambigüedad que puede generar una dispersión de resultados contraria a las intenciones últimas de la propia norma comunitaria. Es evidente que la fijación en convenios colectivos de normas antidiscriminatorias pueden tener un efecto relevante en la lucha contra la discriminación racial. Pero no es menos cierto que lo que dichos convenios deberían regular, pues creemos que esa debe ser su finalidad, son los códigos de conducta ante actuaciones presuntamente discriminatorias. Los convenios colectivos no pueden decidir qué es discriminación por razón de origen, porque eso pertenece a un ámbito de decisión normativo superior, donde los principios constitucionales y las normas internacionales y comunitarias tienen reservado su campo normador. A los sumo, los convenios podrán establecer los procedimientos que, conforme a las respectivas tradiciones y prácticas nacionales, sean más idóneos y ágiles para atender el problema inmediato del trabajador discriminado racialmente. No compete a los convenios hacer otra cosa, y esto, quizá, debería haber sido matizado en la Directiva.

Finaliza el capítulo segundo con un nuevo mandato dirigido al fomento del diálogo entre los Estados miembros y las organizaciones no gubernamentales con interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial y étnico. Es indudable que el poder de gestión que las ONG's han mostrado en relación, particularmente, con el problema de los extranjeros excede, con mucho, la agilidad de respuesta de los Estados miembros a los múltiples problemas que estas organizaciones han venido planteando en distintos campos, entre ellos la financiación, la fiscalidad y la concesión de ventajas de tipo administrativo. En casi todos los Estados miembros de la

Unión Europea existen estas organizaciones bajo distintas formas societarias. Su importancia es tal que suponen entre el 5 y el 10% de las empresas europeas y emplean a un 5% del total de población ocupada europea. El peso de las ONG's es creciente en toda Europa, existiendo Estados como el Reino Unido donde se calcula que el 50% de la población pertenece a alguna organización no gubernamental. En el resto de países las cifras son menores pero no por ello menos importantes³¹. El diálogo que se propone mantener desde el artículo 12 de la Directiva debe versar, por lo tanto, sobre multitud de cuestiones que hagan factible un mejor funcionamiento de estas organizaciones, por lo que no se circunscribirá, necesariamente, a cuestiones vinculadas directamente con los problemas de la discriminación racial, sino, más bien, a temas de procedimiento y gestión. Hay que destacar, sin embargo, que las ONG's están ocupando parcelas de asistencialidad en la lucha contra la discriminación en sus distintas formas, particularmente discriminación contra mujeres y extranjeros, que los Estados están cediendo gustosamente en tanto en cuanto esto supone un menor gasto financiero para las arcas públicas. Signo inequívoco del desmantelamiento progresivo de las fórmulas de *welfare state*, la cuestión no deja de ser inquietante pues, en definitiva, el recurso a la gestión privada para la garantía de derechos fundamentales de colectivos discriminados no es sino una constatación clara de que los déficits de cobertura de lo público por parte de los Estados pueden ser cubiertos por organizaciones que no necesariamente pueden estar guiadas por un exclusivo interés altruista.

La Directiva pasa a abordar en su capítulo III, artículo 13, una medida más de lucha contra la discriminación por motivos de raza u origen étnico que se articula en torno a la designación de "*uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico. Dichos organismos podrán formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales*". Así reza el apartado 1º del mencionado artículo 13 que sigue la estela de las iniciativas comunitarias que llevan a la creación en 1996 del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia ante la presión de la opinión pública europea que rechaza los actos continuados de hostigamiento contra minorías raciales y extranjeras en Alemania. Las posibilidades abiertas en este artículo en cuanto a la naturaleza jurídica de estos organismos sólo pueden ser dos: o bien entes autónomos responsables de la promoción del principio de igualdad y no discriminación por razón de origen étnico que preexistan o se creen *ex profeso*, o bien organismos de tipo público, integrados en la estructura administrativa del Estado a nivel nacional con responsabilidades en la defensa de los derechos

³¹ Los porcentajes de población afiliada a ONG's varían entre Estados respondiendo a motivaciones de índole cultural y política: Italia 16%, Alemania 12%, Austria 10%, Francia 6%, España 2%. Fuente: Sexto Informe sobre las PYMES en la Unión Europea, Dirección General XXIII, Bruselas, julio de 2000.

humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales. En este segundo caso, resulta patente la competencia de multitud de unidades administrativas en todos los Estados miembros involucradas directa o indirectamente en la protección de derechos individuales. En realidad, cualquier unidad operativa —Direcciones generales, Secretarías, Departamentos, Oficinas administrativas, etc.— dependiente de los Ministerios de Asuntos Exteriores, o Interior o Justicia, tienen competencias derivadas sobre temas de inmigración, asilo o refugio, o extranjeros. La atribución de las competencias que el apartado 2º del artículo 13 delimita, bien puede realizarse a favor de cualquiera de estos entes públicos, con lo que se evita la duplicidad de instancias competentes.

El problema está, lógicamente, en dilucidar qué grado de independencia pueden tener organismos que, actuando desde lo público, deben "*prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones*", o "*realizar estudios independientes sobre la discriminación*", o "*publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación*", sobre todo en aquellos casos en que la discriminación proceda de la actuación del mismo poder público. De otro lado, se plantea el problema, no resuelto tampoco por la Directiva, de cómo regionalizar o territorializar en el interior de cada Estado miembro la lucha contra la discriminación racial, cuestión que está vinculada directamente con el reparto de competencias constitucionales en materia de derechos fundamentales dentro de cada Estado y que, en el caso de España, se está manifestando a través de la intervención de los Defensores del Pueblo de distintas Comunidades Autónomas, singularmente el caso de Andalucía y Canarias, en los múltiples problemas de discriminación que se suceden en relación con el trabajo de los extranjeros.

Las últimas dos disposiciones de la Directiva 2000/43/CE con contenido normativo se encuentran, asistemáticamente, dentro de un capítulo cuarto en el que conviven preceptos de muy diversa naturaleza y alcance. Los artículos 14 y 15 resultan, paradójicamente, los dos preceptos con mayor fuerza vinculante de los diecinueve de que se compone la norma comunitaria. El primero de ellos establece la obligación por parte de los Estados miembros de adoptar "*las medidas necesarias para velar por que: a) se deroguen las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato; b) se declaren o puedan declararse nulas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos individuales o en los convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas, en las normas que rijan las asociaciones con o sin ánimo de lucro, así como en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales*". Se pone de manifiesto, una vez más, la preocupación del legislador comunitario por trasladar el marco de lucha contra la discriminación racial, de manera preferente, al ámbito de las relaciones laborales, lugar en el que la frecuencia y los efectos de los actos de discriminación superan con creces el poder de control y proscripción de los mismos por parte de las autoridades, y donde se materializan la mayoría de las

acciones que la Directiva pretende evitar. Desde un punto de vista formal constatamos, igualmente, que el artículo 14 está hablando de medidas de actuación que los Estados deben adoptar en uso de la obligación contraída por la aprobación de la Directiva, por lo que la ubicación sistemática del precepto, así como del siguiente, debería haber sido, claramente, dentro del capítulo primero de la misma.

En cualquier caso, no parece que el elenco de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que exista en los Estados miembros adolezca de una falta de respeto al principio de igualdad, particularmente en materia de discriminación por razón de origen étnico. Los ordenamientos nacionales, a estas alturas de la historia, se encuentran bastante depurados a ese nivel tan elemental de protección de derechos fundamentales, y es difícil imaginar que puedan seguir existiendo aún disposiciones emanadas de los Estados con contravenciones al principio de igualdad. Decimos que es difícil, no imposible, pues entendemos que, en el caso concreto de España, el Tribunal Constitucional tiene pendiente de resolución varios recursos de constitucionalidad contra la reciente reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería, precisamente por violación, entre otros, del principio de igualdad de trato a los extranjeros consagrado en numerosas normas internacionales de las que España es signataria³².

³² La cuestión de la eficacia directa de las normas internacionales en los ordenamientos internos es tomada como eje de los problemas de constitucionalidad que presenta la vigente ley española de extranjería. El juego entre los artículos 10.2, 13.1 y 96.1 de la Constitución ha sido objeto de numerosos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional: SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre, 36/1984, de 14 de marzo, 114/1984, de 29 de noviembre, 38/1985, de 8 de marzo, 36/1991, de 14 de febrero, 245/1991, de 16 de diciembre, 85/1994, de 14 de marzo, 49/1999, de 5 de abril, 6 91/2000, de 30 de marzo, entre otras. La práctica totalidad de los Tratados y Convenios internacionales que España tiene firmados en materia de derechos fundamentales recogen el principio de igualdad de tratamiento y no discriminación por razón de raza o nacionalidad. Un elenco, sin ánimo exhaustivo, de estas normas internacionales es el siguiente: Tratados y Pactos Internacionales: Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948—Art. 22. Derecho a la Seguridad Social—Art. 23. Derecho al trabajo y a condiciones laborales equitativas. Protección contra desempleo—Art. 24. Derecho al descanso—Art. 25. Derecho a nivel de vida adecuado. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 (ratificado en 1977)—Art. 7. Igualdad de trato laboral—Art. 8. Derecho de libertad sindical individual y colectiva y derecho de huelga—Art. 9. Derecho a la Seguridad Social—Art. 11. Derecho a nivel de vida adecuado. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado en 1977)—Art. 12. Derecho a circular libremente en el territorio de un Estado. Convención de abolición de la esclavitud de 7 de septiembre de 1956 (en vigor desde 1967)—Art. 1. Abolición del trabajo esclavo sobre la tierra propiedad de otro (servidumbre de la gleba). Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965 (en vigor desde 1969)—Art. 5. Reconocimiento de todos los derechos laborales y sociales.

El campo de la actuación inspectora de los Estados será, esencialmente, el de las relaciones de trabajo. El contrato individual de trabajo, el convenio colectivo, los reglamentos internos de las empresas y los estatutos de organizaciones sindicales, profesionales y empresariales, habrán de ser objeto de depuración en el sentido de su revisión inspectora, esto es, a través de los cauces normales por los que se controla el registro, depósito y publicación de los instrumentos por los que se rige la relación de trabajo o la vinculación sindical, profesional o empresarial. En ese momento, antes del otorgamiento de la personalidad jurídica a estas organizaciones, o antes de la publicación de los convenios, la administración habrá de realizar su función revisora, con lo que se evitará, al menos, que el Estado tolere conductas discriminatorias que tengan su razón de ser en instrumentos normativos otorgados por la autonomía colectiva y reguladores de las relaciones de trabajo. Pero esto, obviamente, no es fácil. Lo estamos comprobando en la impotencia que la Inspección de Trabajo muestra en la lucha cotidiana contra la discriminación por razón de naciona-

Convención y Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y 31 de enero de 1969 (en vigor desde 1978)—Art. 17. Asimilación de los derechos laborales de los refugiados a los de los nacionales—Art. 24. Principio de igualdad en condiciones laborales y de Seguridad Social—Art. 26. Libertad de circulación en el territorio del Estado de acogida. Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en vigor desde 1979)—Art. 11. Derechos de asociación, reunión y libertad sindical. Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 (en vigor desde 1980)—Sólo aplicable a los nacionales de los Estados firmantes, aunque "no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas". Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico del trabajador migrante de 24 de noviembre de 1977 (en vigor desde 1983).

Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: Convenio n° 11 OIT de 1921, sobre el derecho de asociación en la agricultura (ratificado en 1932)—Art. 1. Reconocimiento general de derechos laborales a los trabajadores agrícolas sin distinción. Convenio n° 19 OIT de 1925, sobre la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo (ratificado en 1932)—Art. 1. Reconoce este derecho a los extranjeros sin ninguna condición de residencia. Convenio n° 87 OIT de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (ratificado en 1977)—Art. 2. Derecho de libertad sindical a todos los trabajadores sin distinción.—Art. 11. Los Estados deben garantizar este derecho. Convenio n° 97 OIT de 1949, sobre los trabajadores migrantes (ratificado en 1967)—Art. 5. Protección social a trabajadores migrantes y sus familias—Art. 6. Derecho a condiciones laborales justas y no menos favorables—Art. 8. Derecho a la repatriación en caso de enfermedad. Convenio n° 102 OIT de 1952, sobre la norma mínima de seguridad social (ratificado en 1988)—Art. 68. Igualdad de derechos de los residentes no nacionales. Convenio n° 111 OIT de 1958, sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (ratificado en 1967)—Art. 1. Prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. Convenio n° 117 OIT de 1962, sobre las normas y objetivos básicos de la política social (ratificado en 1973)—Art. 8. Protección a los derechos de los trabajadores migrantes. Convenio n° 122 OIT de 1964, sobre la política de empleo (ratificado en 1970)—Art. 1. Libertad en la elección de empleo sin discriminación por razón de nacionalidad.

lidad en sectores como la construcción o la agricultura donde el control resulta particularmente difícil.

El artículo 15, por su parte, establece la obligación de los Estados miembros de fijar el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, garantizando las medidas necesarias para su cumplimiento y comunicando a la Comisión antes del 19 de julio de 2003 las medidas adoptadas y sus posibles modificaciones. En realidad este precepto tiene el mismo matiz de superficialidad que el artículo 14: ambos obligan mucho a hacer nada; es decir, todos los ordenamientos jurídicos nacionales tienen previstas medidas sancionadoras en caso de que queden demostradas en los diferentes procedimientos establecidos, las discriminaciones raciales denunciadas. La norma, no obstante, pide que las sanciones incluyan indemnizaciones a la víctima de la discriminación racial, y que posean un carácter efectivo —ejecutividad de la sanción—, proporcionado —principio de proporcionalidad de la pena— y disuasorio —efecto preventivo general de la pena—. No hay, como puede comprobarse, gran aportación de la Directiva en esta cuestión, como, en general, en ninguna otra.

El resto de preceptos con los que la Directiva 2000/43/CE cierra su elenco de disposiciones, tiene carácter meramente técnico. Tan sólo el artículo 17 impone una última obligación formal: comunicar a la Comisión, “a más tardar el 19 de julio de 2005 y, a continuación, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre su aplicación dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo”. Dicho informe tendrá en cuenta, “cuando proceda”, la opinión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, así como los puntos de vista de los interlocutores sociales y organizaciones no gubernamentales involucradas en la cuestión. No parece, pues, que el informe vaya a reflejar, necesariamente, otras perspectivas que no sean las oficiales, lo que denota, una vez más, que queda aún mucho camino que transitar en la coordinación entre las políticas comunitarias de lucha contra la discriminación, no sólo racial, sino de cualquier tipo, y la actuación autónoma de los agentes sociales en la materia. De otro lado, y para finalizar, resulta revelador el último párrafo del apartado 2º de este artículo, según el cual, “con arreglo al principio de la integración de la igualdad entre los sexos, dicho informe facilitará, entre otras cosas, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre las mujeres y los hombres”. Ésta puede considerarse una evidencia última del valor superior que el legislador comunitario otorga al principio de igualdad entre los sexos, auténtica y permanente preocupación del quehacer normativo de la Unión Europea, que termina por impregnar todas las actividades legislativas más allá, incluso, de los ámbitos propios de la Política Social. Triste constatación, en definitiva, que ser mujer y no ser blanca puede resultar difícil de llevar en esta Europa que sigue construyéndose con lentitud exasperante.

LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
Catedrático de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

EXTRACTO

La edad constituye una causa de discriminación prohibida. Lo era ya, indirectamente, en la norma constitucional al prohibir el art. 14 cualquier tipo de discriminación basada en una circunstancia personal y, de forma expresa, en la norma legal interna (art. 17 del Estatuto de los Trabajadores). La Directiva 2000/78, de 2 de diciembre, en aplicación del art. 13 del Tratado de la Unión Europea, insiste en esta orientación al incluir la edad en el repertorio de motivos prohibidos para establecer diferencias en el empleo y la ocupación. La Directiva no es tan exigente, como en relación con otros motivos de discriminación prohibida tipo la nacionalidad o el sexo, al permitir más fácilmente diferencias de trato basadas en la edad, si así se deriva de las características o requerimientos profesionales del puesto de trabajo. Debe hacerse, por tanto, una interpretación correctora que incida fundamentalmente en la exigencia de objetividad, adecuación, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la diferencia de trato. Evitando justificaciones basadas en ideas preconcebidas, tópicos y modelos sociales y exigiendo que la valoración de las exigencias profesionales se haga desde criterios no marcados a priori por la edad, o cuando menos compensados por otras habilidades y aptitudes indiferentes a la edad o más propias de trabajadores de edad madura. El tipo de tratamiento que la edad recibe en el terreno de la seguridad social es aún más permisivo dada las características del sistema, siempre que no constituya una discriminación por razón de sexo; lo que hay que conciliar con la existencia de, por ejemplo, edades diferentes de jubilación para hombre o mujer. Por último, la forma cómo los tribunales abordan los supuestos de discriminación por edad pone de manifiesto la necesidad de una reflexión más profunda y cuidadosa.