

## Capítulo 11

# El derecho a la igualdad

SUSANA SANZ CABALLERO

*Catedrática de Derecho Internacional Público  
Titular de la Cátedra Jean Monnet  
Universidad CEU Cardenal Herrera*

**SUMARIO.**—I. Introducción.—II. Art. 20. Igualdad ante la ley.—1. Introducción.—2. Ámbito personal de aplicación.—3. Reconocimiento comunitario de la igualdad ante la ley.—4. Relación entre la igualdad ante la ley y la dignidad humana.—5. Contenido de la igualdad ante la ley.—6. Valor jurídico de la igualdad en el Derecho comunitario.—III. Artículo 21. No discriminación.—1. Introducción.—2. Reconocimiento comunitario del mandato de no discriminación.—3. Ámbito personal de aplicación.—4. Contenido del mandato de no discriminación.—4.1. Análisis del contenido del artículo 21.1.—4.2. Análisis del artículo 21.2.—5. Valor jurídico del mandato de no discriminación.—IV. Artículo 22. Diversidad cultural, religiosa y lingüística.—1. Introducción.—2. Ámbito personal de aplicación.—3. Contenido de la diversidad cultural, religiosa y lingüística en la UE.—4. Valor jurídico de la diversidad cultural, religiosa y lingüística en la UE.—V. Art. 23. Igualdad entre hombres y mujeres.—1. Introducción.—2. Contenido del artículo 23 sobre la igualdad entre hombres y mujeres.—3. Ámbito personal de aplicación de la igualdad entre hombres y mujeres.—4. Valor jurídico de la igualdad entre hombres y mujeres en la UE.—VI. Artículo 24. Derechos del niño.—1. Introducción.—2. Reconocimiento comunitario de los derechos de los niños.—3. Ámbito personal de aplicación.—4. Contenido de los derechos del niño en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales.—5. Valor jurídico de los derechos del niño en la UE.—VII. Art. 25. Derechos de las personas mayores.—1. Introducción.—2. Reconocimiento comunitario de los derechos de las personas mayores.—3. Ámbito personal de aplicación.—4. Contenido de los derechos de las personas mayores.—5. Valor jurídico de los derechos de las personas mayores en la UE.—VIII. Art. 26. Integración de las personas con discapacidad.—1. Introducción.—2. Reconocimiento comunitario de la integración de las personas con discapacidad.—3. Ámbito personal de aplicación.—4. Contenido de la integración de las personas con discapacidad.—5. Valor de la integración de las personas con discapacidad en el Derecho comunitario.—IX. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El capítulo III de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE comprende siete artículos bajo el epígrafe general de «Igualdad». Sin embargo,

un análisis de las disposiciones del mismo nos demuestra que en su seno hay poca homogeneidad. El capítulo incluye derechos de titularidad universal (como la igualdad ante la ley) junto a otros con un ámbito personal de aplicación restringido (como los derechos de los niños). Además, incluye auténticos derechos subjetivos (como la igualdad entre hombres y mujeres) junto a previsiones más genéricas, principios programáticos o medidas de política social que la UE promueve (como la integración de las personas mayores). En su seno, hay artículos que prohíben conductas (como la prohibición general de discriminación) y otros que facultan a la UE a adoptar medidas positivas (como las que ofrezcan ventajas en favor del sexo menos representado). Incluye, por otra parte, derechos de larga tradición en el ámbito de la UE (como la no discriminación por razón de la nacionalidad) junto a otros recién promulgados en la Unión (como los derechos de las personas con discapacidad). Por ende, pese a que la Carta voluntariamente rehuye de la ya clásica clasificación de los derechos fundamentales que agrupa los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro (prefiriendo agrupar los derechos en grandes nociones) sin embargo, el capítulo III claramente mezcla disposiciones del primer tipo y del segundo, esto es, tanto derechos de protección como de prestación. En definitiva, el capítulo no puede ser más diverso y variopinto. FERNÁNDEZ TOMÁS se atreve a mantener que «es quizá el capítulo de construcción dogmática menos depurada»<sup>1</sup>.

El capítulo III (artículos 20 al 26) dedica los artículos 20, 21, 22 y 23 a la igualdad en sus distintas manifestaciones (igualdad ante la ley, prohibición de discriminación, respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística, e igualdad entre hombres y mujeres). Los artículos siguientes (24, 25 y 26) están dedicados a colectivos específicos en situación de especial vulnerabilidad, como son los niños, las personas mayores y las personas con discapacidad<sup>2</sup>. El entronque de los derechos específicos que la Carta otorga a estos grupos de personas que tienen necesidades especiales con la igualdad, sólo puede derivarse del hecho de que se hace necesario adoptar medidas positivas por parte de los poderes públicos para garantizar la igualdad de estos colectivos. En efecto: su situación de partida desventajosa les impide llegar a

1. FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2001, Tirant lo Blanch, pg. 49. Por su parte, la *Common Market Law Review*, en sus comentarios editoriales al volumen 38 de 2001, pgs. 1-6, titulados «The EU Charter of Fundamental Rights still under discussion» indicaba que tanto los derechos de igualdad como los de solidaridad necesitarán de un posterior análisis y definición «for the sake of clarity» (pg. 4).
2. Sobre la igualdad en la UE puede consultarse: COMISIÓN EUROPEA, *Poner en práctica la igualdad de trato. Programa de acción comunitario de lucha contra la discriminación*, 2006.

un resultado igualitario con respecto a otras personas, haciéndose necesario promover acciones y prestaciones especiales en favor suyo que garanticen que puedan competir en igualdad de condiciones. Por tanto, con respecto a estos grupos desfavorecidos, la igualdad llegaría a través de la integración, de su integración en la sociedad, en definitiva. Porque según Aristóteles, la igualdad no es sólo tratar de modo igual a los iguales, sino también tratar desigualmente a los desiguales. Desde esta óptica, la igualdad pasaría a tener un carácter multidimensional. No sólo sería un principio programático, sino también una prohibición, pero una prohibición que también permitiría una actividad promotora y positiva que derribe barreras para ciertos colectivos en situación estructural de desventaja de partida.

Sin embargo, y pese a este intento de justificar la sistemática del capítulo, realmente algunos de los artículos incluidos en el capítulo III bien podrían haber estado en el capítulo IV relativo a los derechos de solidaridad. Éste es el caso, al menos, del artículo 25, relativo a la integración de las personas mayores y del 26, relativo a la integración de las personas con discapacidad en la sociedad<sup>3</sup>. CARAZO LIÉBANA incide en esta cuestión al señalar que los derechos sociales tienen cabida en el capítulo III de la Carta<sup>4</sup>.

La experiencia histórica de las CC EE, primero, y la UE, después, en relación con los derechos de igualdad es larga pero fue también dispersa hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997. Larga, porque ya los Tratados constitutivos en sus primigenias versiones de los años cincuenta se ocupaban y daban un tratamiento especial a dos motivos de discriminación que quedaban totalmente prohibidos desde un principio en el ámbito laboral comunitario: la discriminación por razón de nacionalidad entre nacionales de los Estados miembros y la discriminación salarial por razón de sexo. Aunque para hablar con total honestidad, no parecía que en aquel momento el *leitmotif* de esa protección fuera tanto la protección de los derechos humanos como la garantía de la libre circulación y la mejora y ampliación del mercado de trabajo comunitario. Y, como decíamos, la experiencia de protección también fue en un principio incompleta –y durante años siguió así– puesto que la igualdad sólo se promovía en el sector del empleo y, además, únicamente por los dos motivos mencionados.

3. CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Integración de las personas discapacitadas», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ALVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch, pgs. 931-955.
4. CARAZO LIÉBANA, M. J., «La eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales en la proyectada Constitución Europea, en especial los derechos sociales», en *Foro Constitucional Iberoamericano*, 2004, núm. 8, pgs. 1-14, pg. 8.

Los derechos de la Carta que se agrupan en torno a la idea de igualdad y no discriminación resultan primordiales para el ejercicio efectivo de otros derechos. EXTREMO CASADO afirma que solidaridad, igualdad de oportunidades e inclusión social son los tres conceptos básicos sobre los que deben pivotar las sociedades del bienestar el nuevo milenio<sup>5</sup>.

La igualdad constituye hoy día un principio rector prioritario para la UE. Es un valor y un objetivo de la Unión. Aunque el TCE tratara de modo pormenorizado sólo la igualdad entre hombres y mujeres y la discriminación por razón de nacionalidad, tanto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como el malogrado Tratado Constitucional Europeo de 2004 y el Tratado de Lisboa de 2007 intentan superar esa situación y se refieren a la igualdad de modo genérico, sin necesidad de centrarse en un colectivo determinado al que aplicar esa igualdad. Y sin perjuicio de que, a continuación, se pretenda enfatizar su aplicación respecto de determinados colectivos que merecen un tratamiento especial ya sea desde su vertiente positiva (la promoción de la igualdad) como desde la negativa (la lucha contra la discriminación).

En definitiva: la igualdad aparece hoy como valor fundamental, tanto en la Carta de Derechos Fundamentales como en los dos tratados más recientes que pretenden modificar el derecho originario de la Unión (el Tratado Constitucional Europeo –ya sin virtualidad jurídica– y el Tratado de Lisboa). Esto significa que en los últimos años la igualdad a secas, la igualdad como valor, ha entrado con fuerza en la agenda comunitaria, haciéndonos olvidar el largo período en el que sólo era mencionada en relación con el principio de igualdad de trato entre nacionales de Estados miembros y la igualdad entre hombres y mujeres en el marco laboral. Hoy, parafraseando a TORRES DEL MORAL (que se refería al principio de igualdad en la Constitución española), la igualdad sería un valor humano básico de la sociedad que pretende regir. En nuestro caso, de la Unión<sup>6</sup>.

## II. ARTÍCULO 20. IGUALDAD ANTE LA LEY

*Artículo 20. Igualdad ante la ley*

*Todas las personas son iguales ante la ley.*

5. EXTREMO CASADO, P., «Solidaridad e igualdad de oportunidades en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, núm. 40, pgs. 135-147, pg. 136.
6. TORRES DEL MORAL, A., «¿Qué igualdad?», en *Revista de Derecho Político*, 1998, núm. 44, pgs. 77-102, pg. 86.

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 20 de la Carta reproduce escuetamente el célebre adagio de la Revolución Francesa relativo a la igualdad de todos los seres humanos ante la ley. Con dicha expresión y mandato, en esa época quedaron abolidos los privilegios de clase de la sociedad estamental, que hasta el momento habían beneficiado a la nobleza y al clero con respecto al pueblo llano. A partir de entonces, la ley, la norma escrita, iba a ser general e igual para todos y todos deberían obedecerla sin posibilidad de excepción. O, como se empezó a repetir desde ese momento: la ley sería ciega, ya que nunca más haría distinciones en función del nacimiento, el patrimonio o la condición religiosa.

En alguna de las primeras versiones de la Carta, cuando la Convención que redactó la Carta (en adelante, Convención I) estaba decidiendo el texto de la misma, este artículo aparecía con otro tenor: «Hombre y mujer son iguales ante la ley»<sup>7</sup>. Sin embargo, finalmente se prefirió eliminar del texto de la Carta las menciones y referencias al género, a fin de redactar un documento mucho más neutro que sólo habla de «personas»<sup>8</sup>. Quizá se pueda achacar a la Convención el haber sido excesivamente exagerada evitando en la Carta toda mención a los sexos, pero todo ello se hizo para no herir susceptibilidades poniendo antes la palabra hombre que la palabra mujer o viceversa. Así se optó de modo deliberado por una expresión no sexista.

Las primeras Explicaciones elaboradas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la primera Convención en 2000, declaraban en relación con este artículo:

«Este artículo corresponde al principio que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho comunitario (sentencia de 13 de noviembre de 1984, Racke, asunto 283/83, Rec. 1984, pg. 3791; sentencia de 17 de abril de 1997, C-15/95, EARL, Rec. 1997 pg. I-1961, y sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97, Karlsson, todavía sin publicar).»<sup>9</sup>

Por su parte, las Explicaciones al texto de la Carta que fueron actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención sobre el Futuro de Europa (en adelante, Convención II), a la vista de la evolución del Derecho de la Unión<sup>10</sup>, con respecto a este artículo no añaden nada, sino que se

7. Doc. CONVENT 45 de 28 de julio de 2000.

8. Comunicación de la Comisión Europea sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, de 13 de septiembre de 2000 [COM (2000) 559 final].

9. Consejo de la Unión: Explicaciones al texto completo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, diciembre de 2000.

10. La Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, en la página 12 de su documento CIG 73/04 de 29 de abril de 2004, redactado durante el proceso de elaboración del Tratado Constitucional Europeo, hizo añadir una Declaración al Acta Final sobre las Explicaciones al texto de la Carta en la que

limitan a informar de un dato que en 2000 no se conocía pero que resulta irrelevante para la interpretación del artículo, esto es, que la sentencia KARLSSON sería finalmente publicada en la Recopilación de 2000, en la página 2737. Dichas Explicaciones fueron de nuevo publicadas en el DOUE en diciembre de 2007 en el marco del proceso de ratificación del Tratado de Lisboa<sup>11</sup>.

## 2. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

La dicción de este artículo es muy similar a la que figura en la mayoría de las declaraciones de derechos de las constituciones de nuestro entorno geográfico. Sin embargo, en el caso de la Constitución Española, la mención en el primer inciso del artículo 14 es a la igualdad de todos los españoles ante la ley, no de todos («*Los españoles son iguales ante la ley...*»). En este sentido, la Carta amplía el número de destinatarios con respecto a nuestra Carta Magna, puesto que –siguiendo con el paralelismo– no habla de una igualdad *de los ciudadanos de la Unión* ante la ley, sino la igualdad *de todos* ante las normas<sup>12</sup>.

Sin embargo, ROLDÁN hace notar que casa mal con el principio de la universalidad de los derechos –que consta en el Preámbulo– el hecho de que la Carta incluya un capítulo sobre los derechos de ciudadanía (derechos que son inherentes a la condición de ciudadano de la UE)<sup>13</sup>. A ello se puede añadir que también casa mal con el principio de la igualdad ante la ley el que la propia Carta incluya en su seno derechos de los que gozan exclusivamente los ciudadanos de la UE, puesto que el estatuto de ciudadano de la Unión, para bien o para mal, supone un trato desigual, supone una desigualdad ante la ley entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios<sup>14</sup>. Se puede salvar esta contradicción aludiendo a que esta diferencia de trato –que

indicaba que «La Conferencia toma nota de las explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la Convención Europea (...)».

11. Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, DOUE, C 303, de 14 de diciembre de 2007, pg. 17 y ss.
12. MANGAS MARTÍN, A., «Comentario al art. 20», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Comentario artículo por artículo*, MANGAS, A. (dir.), 2008, Fundación BBVA, pgs. 389-395, pg. 391.
13. ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», en *Revista de Derecho comunitario Europeo*, 2003, núm. 16, pgs. 943-991, pg. 960.
14. Desde la filosofía se critica esta realidad en: MURILLO DE LA VEGA, S., «Derechos humanos: ¿nominalismo o realidad?», en *Ciudadanos de Europa. Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. (ed.), 2005, Biblioteca Nueva, pgs. 103-119, pg. 117.

ha sido justificada incluso por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su sentencia al asunto Chorfi/Bélgica de 7 de agosto de 1996 declarando que los Estados miembros de las CC EE han formado un orden político y jurídico propio que otorga derechos a sus nacionales—, está prevista por la propia ley y no afecta al núcleo duro de los derechos humanos fundamentales de la persona (derecho a la vida, a la integridad física...). En este sentido, la dignidad básica de la persona trasciende las fronteras nacionales y ha de ser respetada no sólo en la persona de los ciudadanos de la UE, sino también de los extranjeros extracomunitarios<sup>15</sup>.

Los destinatarios de este derecho son por tanto, todas las personas. Se trata de un destinatario universal, aunque cabe plantearse si la Carta se refiere sólo a las personas físicas o también a las jurídicas. En realidad, la escaeta frase de la Carta no especifica, como tampoco lo hacen las Explicaciones al texto de la Carta. Como indican ALONSO y SARMIENTO, la titularidad de los derechos de las personas jurídicas no ha sido objeto de tratamiento específico, pero la Carta se sitúa en línea con otras declaraciones de derechos y, en este sentido, la aplicación o no de cada derecho a las personas jurídicas dependerá de la propia naturaleza del derecho<sup>16</sup>. En este caso, nada parece impedir que la igualdad ante la ley se predique también de las personas jurídicas. No parece que quepa la menor duda sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de este derecho, por lo que no cabría una interpretación restrictiva del término «persona» en este caso.

### 3. RECONOCIMIENTO COMUNITARIO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Las Explicaciones a la Carta dejan entrever que la igualdad ante la ley, como tal, es un principio novedoso en sede comunitaria —excepción hecha de su reconocimiento, y además reiterado, como principio general del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)—. Esta deducción es sencilla: las Explicaciones de la Carta, al interpretar el artículo 20, no citan como origen de esta disposición ningún artículo de los Tratados constitutivos ni del derecho derivado, sino a las constituciones europeas y a la propia jurisprudencia del TJCE, dejando claro de este modo que la igualdad ante la ley es «tomada prestada» por la UE de los ordenamientos internos de los Estados en tanto que tradición constitucional

15. RUÍZ GIMÉNEZ CORTÉS, J. y RUÍZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., «Derechos fundamentales de la persona. Artículo 10», en ALZAGA, O. (ed.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 1996, EDERSA, pgs. 35-107, pg. 68.

16. ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, 2006, Thomson Civitas, pg. 25.

común de los mismos. En efecto, el Derecho comunitario originario se refería tradicionalmente y de manera específica a la necesaria igualdad entre hombres y mujeres y a la no discriminación por razón de nacionalidad entre nacionales de Estados miembros, pero no reconocía el principio más genérico de la igualdad ante la ley. Por su parte, el Tratado Constitucional, ya en 2004, sí contenía una previsión de este estilo, no específicamente sobre la igualdad ante la ley, pero sí de modo genérico sobre la igualdad. Y el Tratado de Lisboa, que según el Parlamento Europeo preserva la sustancia del gran logro que representaba la parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>17</sup>, esto es, la parte que reproduce la Carta de Derechos Fundamentales, dice lo siguiente en su Preámbulo:

«... INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho...»

Pero la mención a la igualdad en el Tratado de Lisboa no termina ahí, sino que distintas disposiciones del mismo aluden a este principio. Entre ellas, el artículo 1, que configura la igualdad como valor de la UE, o el artículo 10A, que califica a la igualdad y a la solidaridad como principios en los que se basa la acción exterior de la UE.

Como indica SÁEZ LARA, estamos ante un precepto general que supone la culminación de un largo camino avanzado a impulso de todas las instituciones comunitarias, particularmente de la Comisión y del Tribunal de Justicia<sup>18</sup>. Con respecto a la labor de este último como precursor del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, RODRÍGUEZ IGLESIAS, antes incluso de la redacción de la Carta, puso de manifiesto que el Tribunal de Justicia no ha hecho sino precisar, jurisprudencial y pretorianamente, los principios generales del Derecho comunitario<sup>19</sup>.

Se puede decir que el reconocimiento formal de la igualdad de toda persona ante la ley en sede comunitaria ha sido tardío, puesto que se ha producido a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esto es en el año 2000. Sin embargo, en ningún momento era un concepto ajeno a la tradición jurídica occidental europea, si bien es cierto que

17. PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 14 de noviembre de 2007 [2007/2218 (AC1)].

18. SÁEZ LARA, C., «Igualdad ante la ley y no discriminación: las políticas de género», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch, pgs. 711-770, pg. 712.

19. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Reflections on the general principles of Community Law», en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 1, 1998, pgs. 1-16, pg. 2.

tampoco figura en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 –que, como bien es sabido, es el principal tratado internacional que ha servido como criterio inspirador del TJCE, primero, y de la Convención I, después, en su labor de búsqueda, localización y reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de la Unión–. Como indica RODRÍGUEZ, la igualdad ante la ley realmente no estaba reconocida como tal ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni en el Derecho comunitario<sup>20</sup>.

#### 4. RELACIÓN ENTRE LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y LA DIGNIDAD HUMANA

Cabe señalar la relación que media entre el artículo 20 de la Carta y su artículo 1, que proclama que *«La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»*. La imbricación de ambos preceptos se evidencia en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) cuyo Preámbulo aúna ambos valores, el de dignidad y el de igualdad: *«... Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»*.

Esta relación entre la igualdad y la dignidad la intuyeron los propios miembros de la Convención I, puesto que en algunas versiones de la Carta la igualdad ante la ley figuraba como un párrafo del artículo 1.

La dignidad del ser humano impide que unas personas puedan ser consideradas como superiores a otras. Todas son igualmente dignas. Y si todas son igualmente dignas, todas deben ser tratadas de igual modo. Muy especialmente, todas deben ser tratadas de igual modo por la propia ley. De esta forma, la dignidad de todas las personas, pero también la igualdad ante la ley de las mismas, parece que se configuran como los dos principios axiales de los que derivarían el resto de los derechos humanos<sup>21</sup>. Sin dignidad e igualdad (a lo que quizá cabría añadir sin derecho a la vida), no cabe hablar de libertad de expresión, de condiciones de trabajo justas, de derecho a un juicio justo o de protección de la maternidad, entre otros.

#### 5. CONTENIDO DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Según Aristóteles, la igualdad es tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales de modo proporcional a su desigualdad. La igualdad impedi-

20. RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, 2001, Civitas, pg. 213.

21. Liga también la dignidad humana con la igualdad y la no discriminación SERNA (SERNA, P., «La dignidad humana en la Constitución Europea», en ÁLVAREZ CONDE Y GARRIDO MAYOL, cit., pgs. 191-239, pg. 203). También liga los valores universales de igualdad y dignidad: LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T., «Dignidad, igualdad. La “buena” política europea», en *Ciudadanos de Europa. Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. (ed.), 2005, Biblioteca Nueva, pgs. 79-101.

ría, pues, que situaciones comparables sean tratadas de modo diferente y que situaciones diferentes sean tratadas de modo idéntico, a menos que una causa objetiva lo justifique.

La declaración general de igualdad del artículo 20 de la Carta alude a la igualdad ante la ley y se conecta con la generalidad de las propias normas legales: el entender la igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad de la propia norma legal supone que todos se sometan de igual manera al ordenamiento jurídico (en este caso, al ordenamiento jurídico comunitario) y que todos tengan igual derecho a recibir la protección jurídica de los derechos que ese ordenamiento reconozca. La igualdad ante la ley no significa únicamente que la ley debe ser impersonal y general (que también). La igualdad ante la ley se comprueba en el momento de la aplicación de la norma, puesto que la aplicación de la misma por los poderes públicos se ha de hacer sin distinciones ni consideraciones personales, sin excepción alguna y con abstracción de las personas concretas afectadas<sup>22</sup>.

La igualdad del artículo 20 es la llamada igualdad formal, que supuso una conquista frente al Antiguo Régimen, un límite a la discrecionalidad del legislador, y cuyo significado es el ya comentado de la garantía de la generalidad de la ley: la significación de la ley como expresión de la voluntad general de una ley que va a ser abstracta. Todas las personas son iguales en las normas y en su aplicación. Es la igualdad del Estado liberal.

Éste fue el significado primigenio del principio de igualdad. Sin embargo, posteriormente, y posiblemente a raíz de las aportaciones marxistas y socialistas, se tomó conciencia de la insuficiencia del concepto de igualdad formal. Frente a ésta surgió la igualdad material o sustancial, que conduce a la aparición del Estado social. La igualdad material supone el mandato dirigido a todos los poderes públicos de promover las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad sea real. No es ya una igualdad pasiva, que se contenta con que la norma no privilegie a nadie, sino que es una igualdad activa, que exige de los poderes públicos una labor promocional, la de tomar medidas para remover obstáculos y facilitar la participación de todos. Este significado de la igualdad como igualdad material está ausente del artículo 20 de la Carta aunque sí se trasluce en algunos de los artículos siguientes del capítulo III.

Aplicando los dos enunciados de la definición de igualdad de Aristóteles, la igualdad formal se trasluciría en el primer enunciado de Aristóteles (tratar de modo igual a los iguales), que derivaría en la igualdad *ante* la ley

22. ALZAGA, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 1996, EDERSA, pg. 260.

(dar un trato paritario a todo aquel que caiga dentro de cierta clasificación legal y aplicar la ley de modo igualitario). La igualdad material se trasluciría en el segundo postulado de la definición de Aristóteles: tratar de modo desigual a los desiguales con el fin de conseguir condiciones sociales equitativas (por ejemplo, los niños ciegos tienen derecho a una educación diferente con el fin de que consigan la misma educación que los demás), que derivaría en una igualdad *en la ley*, esto es, en la creación de categorías legales de tal forma que se alcance una igualdad *de facto*<sup>23</sup>.

La igualdad formal fue definida por el Tribunal de Primera Instancia en su asunto T-10/93 A/Comisión de 14 de abril de 1994. En el párrafo 42 de la sentencia se dice que el principio de igualdad se viola cuando dos categorías de personas, cuyas circunstancias de hecho y de derecho no varían sustancialmente entre sí, son tratadas de modo diferente o cuando situaciones diferentes son tratadas de idéntica manera. Esta definición resulta muy útil en casos de discriminación flagrante y directa. Pero este enfoque formal de la igualdad es más difícil de aplicar con formas sutiles de discriminación, para las cuales se necesita aplicar el concepto de igualdad sustantiva o material. En estos casos, un mero trato igualitario puede no resultar suficiente para alcanzar una igualdad real o total, haciéndose necesario la adopción de medidas de acción positiva, idea que está ausente en el artículo 20 de la Carta.

## 6. VALOR JURÍDICO DE LA IGUALDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO

La igualdad es un valor, como se encarga de declarar el Preámbulo de la Carta. En él, la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad son catalogadas como los valores indivisibles y universales de la Unión<sup>24</sup>. Pero también cabe plantearse si la igualdad constituye un auténtico derecho subjetivo o si se trata de un principio informador. La cuestión no es meramente teórica y abstracta, sino que tiene claras consecuencias prácticas. Como indica el artículo 51 de la Carta, relativo al ámbito de aplicación, los derechos deben ser respetados mientras que los principios deben ser observados y debe promoverse su aplicación. Y el párrafo 4 del artículo 52 aclara lo anterior indicando que:

«Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones,

23. Ideas extraídas de la presentación del tema de la lucha contra la discriminación del profesor R. HOLTMAAT volcada en la página web de la ERA el día 4 de junio de 2004 y accesible en la siguiente dirección: [www.era.int](http://www.era.int).

24. BOGDANDY, A., «The European Union as a human rights organization? Human rights at the core of the European Union», en *Common Market Law Review*, 2000, núm. 6, pgs. 1307-1338, pg. 1335.

órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.»

Por su parte, el malogrado Tratado Constitucional Europeo aclaraba la anterior expresión de la Carta en su artículo II-112 al indicar que los principios no podrían ser directamente exigibles ante los tribunales. Este artículo II-112 simplemente reproducía el párrafo quinto del artículo 52 de la Carta. El Tratado de Lisboa, aunque no incorpora como parte de su contenido la Carta de Derechos Fundamentales, sí indica en su nuevo artículo 3 ter –que, entre otras cosas, reforma al artículo 6 del TUE–, que la Carta de Derechos Fundamentales tiene el mismo valor que los Tratados. Por tanto, continúa siendo válida la premisa de que los principios no son directamente accionables ante los tribunales sino que necesitan ser desarrollados a través de actos legislativos o ejecutivos.

Volviendo al artículo 20, en él no aparece la mención al «derecho de igualdad ante la ley»; únicamente alude a la «igualdad ante la ley». El artículo 20 no habla del *derecho a* la igualdad, sino de la igualdad a secas. En este sentido, la inclinación es a considerarlo como un principio interpretativo, que será aplicado por la Unión o por los Estados miembros cuando ejecuten Derecho de la Unión mediante actos legislativos y ejecutivos, pero no como un derecho subjetivo con aplicabilidad directa. Sin embargo, la ausencia de la expresión «derecho de» o «derecho a» previa a la mención a la igualdad ante la ley en el artículo 20 tampoco es definitiva como razón para la denegación de la categoría de derecho subjetivo a la misma. Es la jurisprudencia de los tribunales de la Unión la que debe aclarar primero y consolidar después una posición en un sentido o en otro. Pero el TJCE, de momento, nunca ha invocado el artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Sí ha aludido a la igualdad del artículo 20 en tanto que derecho fundamental el Abogado General Stix-Hackl en las Conclusiones del asunto Dory (C-186/01) de 11 de marzo de 2003. Por su parte, aunque ya al margen de la Carta, el TJCE ha aludido en la sentencia de 13 de abril de 2000, C-292/97 Karlsson a la igualdad ante la ley en tanto que derecho fundamental<sup>25</sup>.

Cabe plantearse si la igualdad podría ser un derecho y un principio a la vez. Como principio, constituye un auténtico imperativo de justicia en las acciones de Derecho, un postulado a desarrollar por parte de los poderes públicos, un criterio informador no sólo de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sino de todo el Derecho de la Unión.

25. Párrafo 38 de la sentencia.

Según el Tribunal Constitucional español en su interpretación de la igualdad ante la ley del artículo 14 de la Constitución Española, estaríamos ante un principio y un derecho subjetivo a la par: del principio de igualdad derivaría un derecho subjetivo para el ciudadano y una obligación y un límite para los poderes públicos. En tanto que principio, es un valor que se proyecta a toda situación de desigualdad. En tanto que derecho, está asimilado en cuanto a su reconocimiento y tutela dentro de los derechos y libertades fundamentales<sup>26</sup>. Sin embargo, esta catalogación de la igualdad ante la ley como derecho-principio no está exenta de polémica: en sede constitucional española, por seguir con el ejemplo de la Carta Magna española, parte de la doctrina mantiene que la igualdad es también un derecho autónomo pero hay quienes inciden en que su única dimensión es la de principio<sup>27</sup>. Para los primeros, estaríamos ante un derecho a ser tratado de forma igual, objeto de protección en los mismos términos que los demás derechos fundamentales. Para los segundos, la igualdad ante la ley es un presupuesto necesario para la efectividad de los derechos fundamentales, un principio vertebrador o elemento estructural de todo el Derecho, pero no un derecho fundamental subjetivo autónomo<sup>28</sup>. Y existe aún una parte de la doctrina más intermedia, que considera –en palabras de ZOCO ZABALA– que la igualdad ante la ley no es una norma que reconoce un derecho, sino un principio, pero un principio del que potencialmente pueden derivarse titularidades subjetivas<sup>29</sup>.

En sede comunitaria, lo determinante para reconocer la igualdad ante la ley como principio o como derecho, será ver si sirve como mero objetivo de la política europea o si es invocable directamente ante los tribunales. Sin perjuicio de que sea lo primero (que sin duda lo es) consideramos que también crea derechos individuales.

En todo caso, como se ha indicado anteriormente, serán los tribunales de la Unión los encargados de demostrar si estamos ante un principio, un derecho, o las dos cosas a la vez. Y para ello hará falta como mínimo una cosa pero seguramente dos: la primera, que el TJCE utilice y cite la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de forma más asidua y regular. Y la se-

26. Sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1882 y de 14 de noviembre de 1991.

27. PUY, F. «El derecho a la igualdad en la Constitución Española», en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. I, 1991, Ministerio de Justicia, pgs. 133-156, pgs. 133-155.

28. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Justicia e igualdad en Luhmann», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, núm. 4, pgs. 43-88.

29. ZOCO ZABALA, C., «Mandato de igualdad ante la ley en la Constitución española y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales: un estudio comparado», trabajo publicado en página web [www.unizar.es/derecho/doctorado\\_humanos/CZoco.doc](http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/CZoco.doc).

gunda, que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa aúpe (moral y jurídicamente) a una Carta de Derechos Fundamentales que ya ha sido proclamada dos veces y que le acabe otorgando la fuerza vinculante que parece que hasta el momento se le niega.

### III. ARTÍCULO 21. NO DISCRIMINACIÓN

#### *Artículo 21. No discriminación*

1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.*

2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares.*

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las primeras Explicaciones de 2000 al texto de la Carta indican sobre esta disposición:

«El apartado 1 se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste.

El apartado 2 corresponde al artículo 12 del Tratado CE y debe aplicarse de acuerdo con este último.»

Llama la atención lo rápida y fácilmente con que las primeras Explicaciones zanján un tema tan complicado, amplio y diverso como es la no discriminación en la UE, un tema que suscitó tanto debate y discusión en el seno de la propia Convención. Además, no deja de generar duda la solución sistémica que se dio al artículo, que incluye en una única disposición dos párrafos tan diferentes (e incluso contradictorios) entre sí.

El texto de las posteriores Explicaciones –tal y como fueron actualizadas por el *Praesidium* de la Convención II en 2004–, no sólo repite las frases del anterior *Praesidium* sino que también se toma la molestia de añadir información a efectos de poder interpretar el artículo 21:

«El apartado 1 se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo III-124 de la Constitución, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, refe-

rente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste.

El apartado 2 corresponde al apartado 2 del artículo I-4 de la Constitución y debe aplicarse de acuerdo con este último.»

La modificación y ampliación que llevó a cabo el *Praesidium* de la Convención II a las Explicaciones al artículo 21 trae causa del artículo III-124 del Tratado Constitucional Europeo, que establecía lo siguiente:

«1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de la Constitución y dentro del marco de las competencias que ésta le atribuye a la Unión, una ley o ley marco europea del Consejo podrá establecer las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, la ley o ley marco europea podrá establecer los principios básicos de las medidas de fomento de la Unión y definir dichas medidas para apoyar las acciones emprendidas por los Estados miembros con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de éstos.»

Por su parte, las Explicaciones a la Carta que han sido publicadas en diciembre de 2007 con ocasión de la reciente proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales y del comienzo del proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, calcan el tenor de las Explicaciones elaboradas por el *Praesidium* de la Convención II, salvo que las referencias a la numeración de artículos del Tratado Constitucional son sustituidas por referencias a la nueva numeración del Tratado de Funcionamiento de la UE (antiguo TCE). En concreto, el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la UE sustituye ahora a la referencia al artículo III-124 del Tratado Constitucional; y la referencia al artículo I-4 del texto constitucional es reemplazada por la mención al artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

En relación con los cambios que ha sufrido el propio texto del artículo de la Carta entre su versión original y la proclamada en 2007 con ocasión de la firma del Tratado de Lisboa, se concentran en el segundo párrafo del artículo y son de escaso calado. Donde el texto actual menciona de modo genérico que se prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de *los Tratados* y sin perjuicio de *sus disposiciones particulares*, la versión original citaba expresamente que se prohibía la discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación *del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea* y sin perjuicio de las disposiciones particulares *de dichos Tratados*.

Entendemos que la nueva versión sólo pretende simplificar el texto, habida cuenta del cambio de nombre que el Tratado de Lisboa produce sobre la tradicional denominación del Tratado constitutivo de la CE, que pasa a ser el Tratado de Funcionamiento de la UE. El propio Tratado de Lisboa, en su artículo 1, indica que el artículo 1 del TUE será modificado a fin de que aparezca en el mismo lo siguiente:

«La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*en lo sucesivo denominados "los Tratados"*). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.»<sup>30</sup>

Adentrándonos ya en la razón de ser del artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, la dignidad básica que es inherente a toda persona es la razón por la que no se admite discriminación alguna 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, entre otros. Dada la igualdad esencial de todos los seres humanos, los redactores de la Carta quisieron que hubiera un artículo complementario del artículo 20 –el cual garantiza con un enunciado en positivo la igualdad ante la ley– en el que, en negativo y a través de una prohibición, se asegurase que no se fuera a producir ninguna forma de discriminación entre seres humanos.

La dignidad intrínseca de la persona no está ligada ni al sexo, ni a la edad, ni al patrimonio, la raza, salud, etc. La edad, el grado de discapacidad o la salud mental de una persona pueden influir en su capacidad jurídica de obrar, pero eso no afecta a la dignidad de la persona ni a su derecho a ser tratado sin discriminación. La personalidad profunda de la persona, su dignidad, su derecho a ser tratado sin discriminación, ni se quiebran por el nivel de desarrollo psicológico o cultural ni por las perturbaciones anímicas, porque tanto los niños, como los analfabetos o los enfermos mentales son personas.

## 2. RECONOCIMIENTO COMUNITARIO DEL MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN

Discriminar es hacer una distinción injusta en el trato que se otorga a unas personas y otras. Se trata de un abuso que atenta contra la igualdad de oportunidades y la dignidad de las personas. Pero el mandato de no discrimi-

30. La cursiva es nuestra y su objetivo es demostrar que a la suma del TUE y del Tratado de Funcionamiento de la UE (que pretende ser el nuevo nombre del TCE) se les conoce como «los Tratados».

nar del artículo 21 de la Carta es doble: hay en él una relativamente novedosa cláusula general de no discriminación en el párrafo primero frente a una ya clásica provisión específica de prohibición de discriminar entre nacionales de Estados miembros de la Unión.

La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad es, desde la creación de las CC EE, una de las bases fundamentales de la construcción europea. Entre los pocos derechos que se mencionaban en el TCE desde sus orígenes en 1957, uno de ellos fue –y ha seguido siendo desde entonces– la prohibición de discriminar entre nacionales de los Estados miembros. De otro modo, difícilmente se podría haber alcanzado la libre circulación de trabajadores y construir un mercado común. Para evitar distorsiones del mercado, había que asegurar la libre circulación, y la manera de conseguirlo era tratando a los nacionales de otros Estados miembros de las CC EE como si fueran nacionales del país en el que se encontrarán<sup>31</sup>.

Por eso, el TCE no sólo contenía un artículo que prohíbe la discriminación de nacionales comunitarios (actual artículo 12), sino que también en otras partes del Tratado se contribuía a ese fin a través de toda la normativa relativa al régimen de las cuatro libertades de personas, capitales, servicios y bienes (artículos 39-60 del TCE).

El artículo 12 (antiguo artículo 6), artículo con claro efecto directo, dice así:

«En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.»

Por tanto, el TCE garantiza esa no discriminación por razón de nacionalidad a través de todas las disposiciones relativas a la libertad de circulación en la UE (artículos 39 y siguientes del TCE y su derecho derivado)<sup>32</sup>. Y el TJCE ha tenido la ocasión de interpretar toda esa normativa en multitud de ocasiones.

31. LENAERTS, K. y DE SMIJTER, E. E., «A bill of rights for the European Union», en *Common Market Law Review*, 2001, núm. 38, pgs. 273-300, pg. 275.

32. Existen varios instrumentos de derecho derivado: el Reglamento 1612/68 de 15 de octubre de 1968 sobre libre circulación de trabajadores en la Comunidad (OJ L 257 de 19 de octubre de 1968), la Directiva 2004/38 de 29 de abril de 2004 sobre el derecho de los ciudadanos de la UE y sus familiares a residir libremente en territorio de los Estados miembros (OJ L 158 de 30 de abril de 2004) y la Directiva 98/49 de 29 de junio de 1998 sobre la salvaguardia de los derechos suplementarios de pensión para empleados y autónomos en la CE (OJ L 209 de 25 de julio de 1998).

Como indican MANGAS y LIÑÁN, la introducción del principio de libre circulación, basado en la no discriminación por razón de nacionalidad, no es ninguna novedad del TUE. El principio viene prohibiendo desde la fundación de las CC EE toda discriminación por razón de la nacionalidad en los ámbitos de aplicación de los Tratados<sup>33</sup>. Es un verdadero principio de igualdad de trato entre nacionales de los Estados miembros que tiene aplicación general y que también cubre las formas de discriminación encubiertas.

El TJCE ha tenido ocasión de declarar que este principio implica: 1) que un Estado no puede reservar a sus nacionales una parte del mercado de empleo, 2) que un Estado no puede reservar beneficios o prestaciones sociales a sus nacionales, 3) que un Estado no puede reservar a sus nacionales derechos de matrícula en escuelas, ni el disfrute de becas, etc., 4) que este derecho se extiende no sólo al nacional de un Estado miembro que trabaje en otro Estado sino también al que se desplace como turista, 5) que implica el derecho de residencia en cualquier Estado de la Unión<sup>34</sup>.

A diferencia del artículo 12 del TCE sobre la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, la introducción de una cláusula general de no discriminación es relativamente reciente dentro de la evolución de las CC EE/UE. No fue hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997 cuando un artículo así se incorporó al texto de los Tratados a través del artículo 6A del TCE (actual párrafo primero del artículo 13 del TCE). Esta disposición no supone una prohibición directa, pero en su virtud, la UE es competente para adoptar acciones apropiadas para combatir la discriminación. Posteriormente, el Tratado de Niza añadió su segundo párrafo al artículo 13 del TCE.

El artículo 13 del TCE establece en su tenor de Ámsterdam ampliado en Niza:

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

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la

33. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2005, Tecnos, pgs. 594 y 596.

34. Sentencias del TJCE Cowan C-186/87 de 2 de febrero de 1989, REED C-59/85 de 17 de abril de 1986 y Gravier C-293/83 de 13 de febrero de 1985.

consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251.»

En el Informe del Grupo de Reflexión que dio lugar al Tratado de Ámsterdam quedó reflejado el elevado número de adhesiones que suscitaba la propuesta de introducir en el Tratado una cláusula general de no discriminación<sup>35</sup>. Uno de los aspectos más destacables de las negociaciones consistía en estudiar cuál sería la ubicación de esta disposición. Así, mientras que algunos Estados proponían su introducción en sede de derechos fundamentales, como derecho de cualquier persona, otros confundían su ubicación al plantear su incardinamiento dentro de la ciudadanía europea, como un derecho de ciudadanía privativo de los nacionales de los Estados miembros<sup>36</sup>.

Las distintas modalidades de discriminación que aparecen finalmente recogidas en el actual artículo 13 del TCE (artículo 6A, según la nomenclatura de Ámsterdam) son el resultado de una mecánica de aluvión o apilamiento por la que a la inquietud de un Estado, por ejemplo, en materia de discriminación por razón de sexo, se unió la de otro en relación a la discriminación por razón de raza, o la de otro por razón de edad, etc. Durante la Conferencia Intergubernamental no todos los Estados manifestaron el mismo grado de preocupación con respecto a todos los tipos de discriminación que aparecieron mencionados en el artículo 6A. El método para contentar a todos ellos fue crear una cláusula de no discriminación que reflejara las inquietudes de cada uno de ellos. Así, Bélgica se expresaba especialmente sensible hacia el problema del racismo y la xenofobia. España solicitaba añadir en el artículo sobre la discriminación por razón de la nacionalidad un apartado sobre la discriminación por razón de sexo, raza, religión, minusvalía, edad y preferencia sexual. Irlanda se refería a una cláusula de no discriminación por razón de minusvalía. En cambio, Italia proponía la redacción de normas específicas sobre no discriminación de minorías y lucha contra el racismo. Austria proponía medidas de protección contra actividades racistas y xenófobas así como promover la igualdad de sexos. Portugal se refería, en general, a la necesidad de tomar medidas contra toda forma de discriminación, citando en concreto al racismo, la xenofobia, la intolerancia y las minorías. Finlandia se refería a promover la igualdad de sexos y al interés de introducir una mención al racismo y la xenofobia dentro del principio rela-

35. Punto 39 del Informe del Grupo de Reflexión sobre la reforma de la UE, de 5 de diciembre de 1995 (SN/520/95/REFLEX21).

36. Resolución del Parlamento de 17 de mayo de 1995 cit. punto D.7: «Se ha de dar más contenido al concepto de ciudadanía de la Unión mediante el desarrollo de derechos especiales vinculados a dicha ciudadanía, en particular mediante... la inclusión de una referencia expresa en el Tratado al principio de igualdad de trato con independencia de raza, sexo, edad, minusvalía o religión».

tivo a la igualdad o a la no discriminación. Grecia se refería de modo bastante lacónico a la necesidad de eliminar cualquier tipo de discriminación. Suecia se refería únicamente a la discriminación por razón de sexo<sup>37</sup>.

Las instituciones también habían sido receptivas a la inclusión de una cláusula general de no discriminación que completara la cláusula de no discriminación por razón de la nacionalidad del entonces artículo 6 (que se aplica a ciudadanos comunitarios) y la no discriminación laboral por razón de sexo del artículo 119 (actual artículo 141)<sup>38</sup>.

Los debates dejaron traslucir diferentes inquietudes: 1) la cuestión de saber si la no discriminación se debería entender en general o sólo en el ámbito laboral. 2) La necesidad de profundizar en las implicaciones jurídicas, económicas y financieras de una cláusula general de no discriminación que en ningún caso debería tener efecto directo. 3) La oportunidad de prever una base jurídica específica para la adopción de medidas contra el racismo y la xenofobia y la clarificación de cuál sería su ámbito de aplicación (¿TCE o TUE?)<sup>39</sup>. La Presidencia presentó un documento en el que ya se formulaba una propuesta de cláusula general de no discriminación (a incluir en el TCE) muy parecida a la que finalmente fue aprobada. En ella, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podría tomar las disposiciones necesarias para prohibir (no luchar, como reza el texto finalmente adoptado) toda discriminación por razón de raza y sexo<sup>40</sup>. El texto, con algunos cambios, se mantuvo a lo largo de los trabajos de la Conferencia Intergubernamental. Los cambios fueron: 1) aumento del número de discriminaciones enumeradas contra las que se actúa. 2) No inclusión en el texto del Tratado de una segunda frase al artículo que defendían las delegaciones italiana y austriaca según la cual «la Unión contribuirá al combate contra el racismo, el antisemitismo, la xenofobia, la intolerancia, el sexismo y la exclusión»<sup>41</sup>. 4) Preferencia de la frase «adoptar medidas adecuadas para luchar contra toda discriminación» en lugar de «tomar todas las medidas necesarias para prohibir toda forma de discriminación». A juzgar por lo que expresa un documento de la Conferencia Intergubernamental de fecha 12 de febrero de 1997, el cambio de tenor se produjo porque se consideró que la prohibición era un acto normativo que por su

37. Opiniones de los Estados accesibles en la siguiente dirección: [www.europa.eu.in/en/agenda/igc-home](http://www.europa.eu.in/en/agenda/igc-home).

38. Resolución del Parlamento Europeo de 17 de mayo de 1995 punto D.7 y Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 1996 punto 4.4.5.

39. Todas estas alternativas se recogen en el Informe elaborado por la Presidencia CONF/3860/1/96 REV.1 de 17 de junio de 1996, punto I.2.

40. CONF/3860/1/96 ADD.1, de 18 de junio de 1996.

41. CONF/3940/96, de 3 de octubre de 1996.

mera inserción en el texto del Tratado tendría efecto directo, como lo tiene el artículo 12 (antiguo artículo 6) sobre la no discriminación por razón de la nacionalidad<sup>42</sup>. De ello se deduce que, en ningún momento, la Conferencia Intergubernamental tuvo la intención de que la cláusula general de no discriminación pudiera ser invocable directamente por un particular ante los tribunales. Por este mismo motivo se optó por mantener la separación en dos artículos diferentes de la cláusula general de no discriminación y del artículo 119 del TCE, para preservar de este modo el efecto directo de la última disposición reseñada<sup>43</sup>.

Por lo que respecta a los motivos de discriminación aducidos, también se debatió si valía la pena realizar un listado largo o más bien reducido. Finalmente se optó por un listado amplio pero no totalmente exhaustivo, como demuestra el hecho de que se abandonara la idea de mencionar otros posibles motivos de discriminación como puedan ser la enfermedad, el origen o condición social, la riqueza personal, la lengua, las opiniones políticas, el color o la pertenencia a una minoría<sup>44</sup>. Además, se prefirió no incluir una cláusula residual que hubiera permitido abarcar los tipos de discriminación que no habían sido enumerados.

Tampoco prosperó la sugerencia del Parlamento Europeo para que se especificase que la obligación de no discriminar se extiende a toda persona que se encuentre en territorio de la UE. Aunque tal referencia no haya aparecido, se da por supuesta dado que éste no es un derecho incluido en la ciudadanía ni privativo del nacional comunitario. Nada se puntualiza en el artículo 13 del TCE respecto a sus beneficiarios, de modo que se presume su extensión a cualquier persona<sup>45</sup>.

En conclusión, la adopción del artículo 13 refleja el reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de desarrollar un enfoque coherente e integrado en materia de lucha contra la discriminación. Este enfoque tiene por objeto maximizar los esfuerzos conjuntos para combatir la discriminación y aprovechar las transferencias de experiencias y buenas prácticas en los distintos ámbitos. Aun reconociendo los problemas específicos de los distintos grupos que son objeto de discriminación, este enfoque integrado parte de la

42. CONF/3818/97, de 12 de febrero de 1997.

43. De este modo se desoyó la opinión del Parlamento Europeo, que defendía que el futuro artículo tuviera efecto directo (Resolución del Parlamento Europeo sobre el Marco General para un Proyecto de Revisión de los Tratados, de 16 de enero de 1997).

44. Causas de discriminación que sí fueron barajadas en CONF/3940/96 cit. o en CONF/3843/97 de 10 de marzo de 1997.

45. Resolución del Parlamento de 17 de mayo de 1995 cit.

base de que la igualdad de trato y el respeto de la diversidad redundan en beneficio de toda la sociedad<sup>46</sup>. Constituye sin duda un notable avance el que la UE se sensibilizara en el Tratado de Ámsterdam contra formas de discriminación diferentes de las consignadas en los Tratados hasta ese momento (esto es, nacionalidad y sexo). Pero más destacable resulta incluso el que esa nueva cláusula general del artículo 13 del TCE abarque a la discriminación contra cualquier persona, no sólo contra los ciudadanos de la UE. Sin embargo, cualquier disposición es el resultado de un compromiso entre diferentes puntos de vista. De ahí, quizá, la falta de efecto directo de la cláusula descrita en el artículo 13 del TCE, que se comprueba fácilmente con su lectura. En efecto, para ser susceptible de producir derechos en el patrimonio de las personas, esta disposición debe ser primero puesta en marcha mediante un acto complejo protagonizado por tres instituciones. Mediante ese acto se adoptarán medidas adecuadas para luchar contra la discriminación. Por tanto, la disposición sólo tiene como efecto permitir la adopción de legislación derivada por unanimidad del Consejo y con la colaboración de Comisión y Parlamento<sup>47</sup>.

La ausencia de efecto directo de esta disposición resulta todo un agravio comparativo por su cercanía física con el artículo que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad, que sí goza del mismo. Al mismo tiempo, es de lamentar que no se haya consensuado el que la disposición finalizase con una cláusula residual que permitiera a la CE adoptar medidas con respecto a otros tipos de discriminación no previstos basados en otro tipo de condicionante, estatuto o pertenencia a un grupo no consagrado en la disposición. Del mismo modo hubiera parecido deseable que las decisiones en esta materia se adoptaran por mayoría, no por unanimidad del Consejo.

Por ello quizá, la aportación que el Tratado de Niza hizo a este artículo fue añadir un segundo párrafo al mismo, en el que se suaviza la unanimidad exigida permitiendo que cuando se trate de adoptar medidas comunitarias de estímulo en este ámbito, se utilice la técnica de la codecisión, en la que el Consejo decide por mayoría cualificada.

En desarrollo del citado artículo 13 del TCE, la UE ha establecido una estrategia para luchar contra la discriminación compuesta de los elementos siguientes: una directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico

46. Libro Verde presentado por la Comisión Europea, «Igualdad y no discriminación en la UE ampliada», de 28 de mayo de 2004 [COM (2004) 379 final].

47. FONSECA MORILLO, F., «Balance sobre el Tratado de Ámsterdam», en *Europajunta*, 1997.

(Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, conocida como Directiva sobre igualdad racial); una directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación independientemente de la religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual (Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, conocida como Directiva marco sobre empleo) y un programa de acción comunitaria (Decisión 2000/750/CE) de lucha contra la discriminación por todos los motivos detallados en el artículo 13 (distintos al sexo), que fue posteriormente incluido en el programa Progress 2007-2013<sup>48</sup>.

El hecho de que ambas directivas fueran aprobadas en la misma época en que se discutía sobre el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales (la cual finalmente incluiría un capítulo íntegro dedicado a la igualdad) ha llevado a hablar de un proceso de constitucionalización del principio de igualdad en la UE<sup>49</sup>. Sea o no esta expresión exagerada, lo cierto es que estas dos Directivas marcaron un importante punto de inflexión en el desarrollo en la política social europea. BELL y WADDINGTON hablan de una nueva generación en la normativa anti-discriminación<sup>50</sup>. Es cierto que desde 1976 se contaba con legislación sobre uno de los motivos de discriminación que hoy día cita el artículo 13 del TCE (el sexo), a través de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, pero hasta el año 2000 no comenzó una estrategia más general de desarrollo de legislación europea en materia de discriminación por otros motivos de discriminación ajenos al sexo. Y lo que es más significativo: una de las dos directivas aprobadas en el año 2000, la Directiva 2000/43/CE del Consejo relativa a la aplica-

48. Decisión núm. 1672/2006 del Parlamento Europeo y el Consejo de 24 de octubre de 2006 que establece un programa comunitario para empleo y solidaridad social, Progress (DO L 315 núm. 49 de 15 de noviembre de 2006, pg. 1). A ello hay que añadir los siguientes instrumentos comunitarios: Libro Verde presentado por la Comisión Europea: «Igualdad y no discriminación en la UE ampliada», de 28 de mayo de 2004 [COM (2004) 379 final]; Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 1 de junio de 2005, «Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos» [COM (2005) 224] y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones de 2 de julio de 2008 «No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado» [COM (2008) 420 final].

49. COMISIÓN EUROPEA (EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES), *Critical review of academic literature relating to the EU Directives to combat discrimination*, julio de 2004, accesible en la siguiente dirección de internet: [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int), pg. 6.

50. BELL, M. y WADDINGTON, L., «Reflecting on inequalities in European equality law», en *European Law Review*, 2003, vol. 28, pgs. 349-369, pg. 350.

ción del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, ni siquiera circunscribe su ámbito de actuación al empleo y la ocupación sino que incluye la vivienda, protección social y atención sanitaria, educación, bienes y servicios<sup>51</sup>.

Las dos directivas del año 2000 tienen como hilo conductor la igualdad. De los quince motivos de discriminación que menciona el artículo 13 del TCE y que son susceptibles de desarrollo, entre ambas directivas agrupan seis de ellos (a saber: raza y origen étnico en la Directiva, 2000/43 y religión o credo, discapacidad, edad y orientación sexual, en la Directiva 2000/78)<sup>52</sup>. Ninguna de estas directivas define los motivos de discriminación que prohíbe. Las formas de discriminación identificadas por las directivas son la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso y e instigar a otro para discriminar.

Con respecto a la discriminación directa, las directivas exigen: 1) la necesidad de demostrar un trato menos favorable y 2) el requisito de la comparación con otra persona en situación similar pero con características diferentes, con la posibilidad de que la comparación no sea en presente, sino con una persona del pasado o con un personaje hipotético. La discriminación directa está siempre prohibida, no cabe su justificación (incluso aunque no se produzca de manera consciente y deliberada)<sup>53</sup>, salvo que la propia directiva exceptúe algún caso. Esto es lo que ocurre con los «requisitos profesionales esenciales y determinantes» cuando, debido a la naturaleza de las actividades

51. Existe una propuesta de directiva de 2008 que pretende ampliar el ámbito de la Directiva 2000/78/CE más allá del empleo y la ocupación. Es más, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 19 de junio de 2008 relativa a la aplicación de la Directiva 2000/78/CE [COM (2008) 225 final] indica que algunos Estados han enfocado la aplicación de la Directiva a ámbitos más amplios como la protección social y los bienes y servicios (pg. 7).
52. MOON nos alerta sobre el peligro de la discriminación múltiple, es decir, la posibilidad de que una persona sea discriminada por varios motivos acumulados (MOON, G., *Multiple discrimination: the need for justice for the whole person*, mayo de 2008, *working paper* accesible en [www.era.int](http://www.era.int)).
53. La interpretación de la Directiva 2000/78/CE ha dado lugar a la sentencia C-144/04 Mangold de 22 de noviembre de 2005 en la que el TJCE reconoce la existencia del principio de no discriminación por razón de edad como principio general del Derecho comunitario (párrafo 76). En este caso, el TJCE consideró que una ley nacional que perjudicaba en sus derechos laborales a los trabajadores mayores de 52 años era discriminatoria, y que esa discriminación era directa. Por eso era contraria al Derecho comunitario. El TJCE ha tenido la ocasión de profundizar en la discriminación por razón de edad en su Sentencia *The queen/age concern England*, asunto C-388/07 de 5 de marzo de 2009, en la que, además de citar la Directiva 2000/78/CE el Tribunal cita el art. 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales, en un caso sobre la legalidad o no de la jubilación a los 65 años (párrafo 40).

profesionales concretas, una característica de la persona sea requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado (artículo 4 de la Directiva sobre discriminación racial). Un buen ejemplo de esta excepción a la regla es el trabajo en una iglesia, donde se puede exigir que el trabajador profese esas mismas ideas o que su vida se base en esa ética<sup>54</sup>. También pueden constituir una excepción a la regla las medidas de acción positiva que se puedan tomar para, por ejemplo, favorecer e integrar a personas con discapacidad. Estas medidas ofrecen ventajas concretas al grupo menos representado para compensar las desventajas que sufren en sus carreras profesionales. Por tanto, suponen conceder deliberadamente un trato más favorable al grupo que está en una situación de partida de desventaja.

Pero la discriminación también puede ser indirecta. En ese caso, se exige que: 1) la persona sea discriminada como miembro de un grupo (racial, religioso, etc.) y 2) aunque el trato sea aparentemente neutro 3) ese trato tenga consecuencias discriminatorias. Por tanto, en este caso nos encontramos con una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro pero que provoca una desventaja particular a la persona comparada con otras (por ejemplo, se exige al candidato a un empleo que hable determinada lengua –que sólo dominan determinados grupos raciales de la sociedad– cuando manejarla no es necesario para el trabajo que se va a desempeñar). La discriminación indirecta puede estar justificada siempre que: 1) persiga un objetivo legítimo y 2) los medios para alcanzar ese objetivo sean apropiados y necesarios<sup>55</sup>.

El acoso incluye todo tipo de comportamiento indeseables como comentarios ofensivos, bromas, uso inapropiado de los emails o *bullying*. Ambas directivas lo definen como una conducta no querida relacionada con la raza, origen étnico, edad, orientación sexual, religión, o discapacidad con el propósito o efecto de violar la dignidad de la persona y crear un ambiente hostil, intimidatorio, degradante, humillante u ofensivo (artículo 2 de ambas directivas)<sup>56</sup>. No hay justificación posible para el acoso, porque más que simple-

54. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *Los requisitos profesionales en las Directivas del año 2000*, paper accesible en [www.era.int](http://www.era.int); FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS, F. J., *La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones religiosas*, paper accesible en [www.era.int](http://www.era.int).

55. El TJCE tuvo ocasión de referirse a este tipo de discriminación en el asunto SOTGIU/DEUTSCHE BUNDESPOST C-152/73 de 12 de febrero de 1974, dejando claro que hay discriminación no sólo en casos obvios de trato desigual injustificado sino también en formas de discriminación menos obvias o encubiertas.

56. El acoso ha sido analizado por el Tribunal de Primera Instancia en los asuntos T-333/99 X/BCE de 18 de octubre de 2001 y en T-11/03 AFARI/BCE de 16 de marzo de 2004.

mente discriminatorio, es un comportamiento contrario a la dignidad humana.

Las Directivas añaden otro modo de discriminación denominado instigación a la discriminación (también llamada instrucciones para discriminar). Consiste en todo comportamiento que suponga animar a otro a practicar una discriminación, por ejemplo, aprovechando las relaciones jerarquizadas de las empresas.

A través de todos estos modos de discriminación, se comprueba lo sofisticado del aparato legislativo comunitario contra la discriminación adoptado a través de estas directivas del año 2000. Unas directivas que difícilmente pudieron influir en la redacción del artículo 21.1 de la Carta de Derechos Fundamentales porque prácticamente fueron coetáneas a la Carta<sup>57</sup>. En todo caso, como indica la reciente Comunicación de la Comisión Europea «No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado» de 2 de julio de 2008, con estas dos directivas no queda completo aún el marco legal europeo para luchar contra la discriminación y, lo que es más, los varios motivos de discriminación requieren cada uno de ellos respuesta a medida<sup>58</sup>.

### 3. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

Cuando se trata de concretar cuál es el ámbito personal de aplicación del artículo 21, se hace imprescindible e inevitable distinguir entre el titular del mandato de no discriminación que aparece en el primer párrafo del artículo 21 y el titular del mandato de no discriminación que aparece en el segundo párrafo, ya que son radicalmente distintos.

El artículo 21.1, que contiene una cláusula general de no discriminación, constituye la otra cara de la moneda del artículo 20, sobre la igualdad ante la ley. Pero conviene diferenciar ambas disposiciones en cuanto a su ámbito y concepto. En cuanto al ámbito, el mandato de igualdad del artículo 20 se dirige a los poderes públicos y abarca todos los campos y sujetos en los que pueden establecerse diferencias de trato arbitrarias. Por ello puede afectar como sujetos pasivos no sólo a individuos, sino a sociedades y empresas e incluso a productos. Los sujetos pasivos de la cláusula general de no discriminación son, por el contrario, sólo seres humanos. Además, en lo que se re-

57. Sobre estas cuatro formas de discriminación (directa, indirecta, acoso e instigación a la discriminación) puede consultarse: EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS IN THE NON-DISCRIMINATION FIELD, *Developing anti-discrimination Law in Europe. The 25 EU member states compared*, septiembre 2005, Bruselas y COMISIÓN EUROPEA (HUMAN EUROPEAN CONSULTANCY), *Combatir la discriminación. Manual de formación*, 2006, Bruselas.

58. COM (2008) 420 final, pgs. 4 y 5.

fiere a los sujetos activos el artículo 21.1 no tiene como únicos responsables a los poderes públicos, sino que se va más lejos, alcanzando a los particulares.

Por tanto y en consecuencia, el titular del derecho establecido en el primer párrafo del artículo 21 es toda persona que se encuentre en territorio de la UE.

En cambio, el titular del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad, establecido en el segundo párrafo del artículo 21, no es universal, no es todo ser humano. La remisión que se hace a la normativa establecida en los Tratados deja claro que éste es un derecho del que gozan las personas que tengan la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la UE. La dicción pretendidamente generosa y general del artículo 21.2 no consigue ocultar que nos encontramos con un derecho que es un avance de los derechos de ciudadanía que se enumeran en el capítulo V de la Carta. Sólo una equivocada técnica legislativa puede haber llevado a que aparezca un derecho de titular tan restringido, tan poco universal, justo detrás de la cláusula general de no discriminación y, además, dentro del capítulo denominado precisamente «Igualdad». No está exento de cierta hipocresía reconocer primero una prohibición general y universal de discriminación para, un momento después y en la misma disposición jurídica, dar a entender que la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad es un caso especial, y que sólo beneficia a nacionales de los Estados miembros de la UE. De este modo, el artículo en su totalidad desmerece, creando además desconfianza sobre el compromiso de las instituciones europeas con la prohibición de la discriminación.

Además, se produce un problema añadido que ha sido señalado por algunos autores, como es la incompatibilidad que puede producirse entre la no discriminación por razón de la nacionalidad y algunos otros motivos prohibidos de discriminación que son mencionados en el párrafo primero del artículo 21. Así, surgen dudas sobre si la UE puede luchar con denuedo y efectividad contra la discriminación por motivos raciales y/o étnicos y/o por el color cuando es evidente que la nacionalidad de muchos europeos que son ciudadanos de la UE nos remite, aunque sea con excepciones, a la idea de ciertas razas y etnias, con exclusión de otras, e incluso a cierto color de piel predominante en Europa. Lo mismo ocurre cuando aplicamos otro criterio catalogado por el artículo 21.1 como criterio de discriminación prohibido, el nacimiento. Si el nacimiento no debe constituir motivo de discriminación, esto casa mal con el hecho de que se prohíba únicamente la discriminación por razón de nacionalidad intracomunitaria. *Ergo*, el nacimiento sí parece que puede suponer un motivo de diferencia de trato legítimo para

la UE siempre que se trate de un nacimiento extracomunitario. Seguimos encontrando casos de supuesta incompatibilidad entre el párrafo primero y el segundo del artículo 21 –debido al distinto titular de ambos derechos– cuando comparamos la discriminación por razones ideológicas o religiosas y la diferencia de trato por razón de nacionalidad. La trascendencia de esta cuestión se comprueba por la normalidad con que la procedencia nacional puede hallarse vinculada a opciones ideológicas y religiosas. De ese modo, circunscribir el derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad a los ciudadanos de la UE puede acabar significando la diferencia de trato (tolerada) de ciertas religiones que son las que más profesan extranjeros extracomunitarios<sup>59</sup>.

Comparando los dos párrafos del artículo 21 en cuanto a su ámbito personal de aplicación, se debe coincidir con FERNÁNDEZ TOMÁS en que el sistema jurídico de la UE se edifica sobre la existencia de una tremenda desigualdad, que él califica de discriminación, basada en la nacionalidad entre los súbditos de un Estado miembro y los de un Estado tercero –una diferenciación que ciertamente ocurre en todos los sistemas internos, que siempre distinguen en derechos a sus nacionales y a los extranjeros–. En opinión de este autor, estamos ante una zona del ordenamiento comunitario necesitada de evolución sobre todo si, como intenta la Carta, se pretende armonizar la perspectiva comunitaria con la del CEDH, que no se basa en la nacionalidad de la víctima. La yuxtaposición en dos párrafos del mismo artículo (el artículo 21) de dos prohibiciones de discriminación tan antagónicas entre sí no ayuda a conseguir este objetivo<sup>60</sup>.

#### 4. CONTENIDO DEL MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN

La discriminación presupone una diferencia de trato injustificada frente a la norma *standard* que actúa contra el sujeto discriminado. La expresión «diferencia de trato» hay que entenderla en sentido amplio, incluyendo las distinciones, restricciones y limitaciones, las preferencias y las exclusiones. Tal exclusión debe provocar un perjuicio para el discriminado, con independencia de que sea éste querido o no. Ese perjuicio deberá ser contemplado de manera extensa, no limitándose únicamente al plano económico.

La discusión del artículo 21 de la Carta en el seno de la Convención fue muy diferente en función de cuál fuera el párrafo objeto de debate. El pá-

59. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGO, F. J., «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas», en *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 2001, núm. 59, pgs. 125-163.

60. FERNÁNDEZ TOMÁS, cit., pgs. 35-37.

rrafo primero suscitó pocos debates, pese a que la redacción del mismo resultó larga, ya que los miembros de la Convención intentaron ser exhaustivos nombrando todos los tipos de discriminación posibles. En todo caso, el listado final no es un *numerus clausus*.

La acidez de la discusión se produjo cuando en el marco del párrafo segundo se debatió sobre la no discriminación por razón de nacionalidad. La remisión que se hace en este párrafo a que esta prohibición ha de ser interpretada de acuerdo con lo que establezcan los Tratados, equivale a establecer un derecho que es patrimonio exclusivo de los ciudadanos de la Unión.

#### 4.1. Análisis del contenido del artículo 21.1

El artículo 21.1 de la Carta prescribe una igualdad formal que prohíbe diferenciaciones basadas en el propio ser humano<sup>61</sup>. Los motivos mencionados no son ni objetivos ni razonables y, por tanto, son discriminatorios.

Con respecto a los motivos listados de discriminación que están prohibidos por el artículo 21.1, se trata de quince razones muy variopintas entre sí. Algunas surgen de los nuevos problemas de la sociedad del siglo XXI (como las características genéticas o la orientación sexual). Algunas son inherentes a la persona y no pueden cambiar (como el color, el origen racial y étnico o el nacimiento). En algunas es posible establecer diferencias por dichas causas cuando la finalidad es objetiva y razonable (como ocurre con la discriminación por razón de edad, a la hora de otorgar el derecho al voto o con la discriminación por patrimonio, a la hora de implantar un sistema tributario progresivo que grave más a quien más tiene)<sup>62</sup>. Algunos motivos de discriminación prohibida son más débiles que otros (entre los que la sociedad más tolera como «lógicos» de manera inconsciente, está la discriminación por razón de edad, tanto a la baja –prohibiendo ciertos derechos a los niños para garantizar que las decisiones sean tomadas por personas capaces y maduras–, como al alza –cuando se limita, por ejemplo, la edad máxima de trabajo estableciendo una edad de jubilación–)<sup>63</sup>. De hecho, la doctrina reconoce

61. ZOCO, cit., pg. 11.

62. SCHIEK clasifica los motivos de discriminación por categorías en: SCHIEK, D., «A new framework on equal treatment in EC Law?», en *European Law Journal*, 2002, vol. 8, pgs. 290-314.

63. MAHLMANN habla de una jerarquía entre los motivos de discriminación. En esta jerarquización, la cumbre la ocuparía la discriminación por razón de sexo, mientras que la edad sería el motivo de discriminación más débil (MAHLMANN, M., «Gerechtigkeitsfrage im Gemeinschaftsrecht», en *Gleichbehandlungsrichtlinien der UE und Umsetzung in Deutschland*, RUES, U. y DAUBLER, W. [eds.], 2003, pgs. 47-71).

que la edad «ha sufrido» en su intento de ser reconocida como una cuestión de igualdad<sup>64</sup>. Algunos de los motivos de discriminación citados en el artículo 21.1 han sido merecedores de un artículo en la Carta dedicados en exclusiva a la lucha contra los mismos (como son el sexo –a través del artículo 23 sobre la igualdad entre hombres y mujeres–, la edad –a través de los artículos 24 sobre los derechos de los niños, el 25 sobre las personas mayores y el 32 sobre la prohibición del trabajo infantil–, la discapacidad –a través del artículo 26–, o incluso la religión, convicciones y opiniones políticas, –a través del artículo 10 sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el artículo 11 sobre la libertad de expresión e información–).

En todo caso, los motivos de discriminación que son mencionados en el artículo 21.1 no son los únicos posibles y la propia redacción lo indica, cuando dice «Se prohíbe *toda* discriminación, y *en particular* la ejercida por razón de...». Tanto el uso de la palabra *toda* como el de la expresión y *en particular* vienen a reconocer que hay otros tipos de discriminación, aunque éstos son los que les parecieron más graves o extendidos a los miembros de la Convención redactora de la Carta. Todo motivo de discriminación que no esté justificado está prohibido. Están prohibidos los motivos citados pero también los no citados en el artículo.

Aunque el artículo 21.1 se basa principalmente en el artículo 13 del TCE, en varios aspectos el texto de la Carta es más amplio que el del artículo 13 del TCE.

En primer lugar, el artículo 21.1 de la Carta prohíbe de manera directa e irrefutable la discriminación: el texto del artículo por sí mismo tiene el efecto de establecer una prohibición. En cambio, el artículo 13 del TCE sólo autoriza al Consejo a tomar medidas adecuadas para luchar contra los tipos de discriminación mencionados. De este modo, el artículo del TCE sólo establece una posibilidad de acción del Consejo en esa línea, no una obligación de acción del Consejo y, en consecuencia, no tiene efecto directo. La prohibición de la Carta es en presente, es actual, es efectiva. Es, en definitiva, real. La acción del Consejo en virtud del artículo 13 del TCE es eventual, es posible, es condicional. Es, en definitiva, más etérea. Por eso, el artículo 13 del TCE no goza de efecto directo mientras que el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales, sí gozaría de él en caso de que la Carta se convirtiera en vinculante merced a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En segundo lugar, mientras que las medidas que puede adoptar el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parla-

64. O'CONNOR, C., «Comparative European perspectives on age discrimination legislation», en *Age as an equality issue*, 2003, FREDMAN, S. y SPENCER, S. (eds.), Hart Publishing, Oxford, pgs. 195-217, pg. 196.

mento en virtud del artículo 13 del TCE deben limitarse al marco de las competencias conferidas a la CE en el TCE, en cambio la prohibición de discriminación que hace la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su artículo 21.1 tiene mayor alcance ya que abarca también acciones de las instituciones adoptadas en el marco del segundo y tercer pilares de la UE.

En tercer lugar, el listado de motivos de discriminación es más amplio en la Carta que en el TCE. La Carta incluye los siete motivos de discriminación del artículo 13 del TCE (esto es, sexo, raza, etnia, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual) y además añade otros ocho (color, origen social, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio y nacimiento).

En todo caso, las alas que parece dar el artículo 21.1 se cortan cuando leemos esta disposición poniéndola en relación con lo que establece el artículo 52.2 de la Carta. Este precepto obliga a que los derechos que tienen su fundamento en los Tratados (como es éste, según nos recuerdan las Explicaciones al texto de la Carta) se ejerzan en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos. Sin embargo, en relación con aquellos motivos de discriminación que el artículo 13 del TCE no menciona y que fueron añadidos por los miembros de la Convención al artículo 21.1 de la Carta, el artículo 52.2 de la Carta no puede constituir un límite<sup>65</sup>. De todas formas, en relación a estos motivos específicos de discriminación, como no se basan en el TCE ni en el TUE, sólo pueden ofrecer protección jurídica en la medida en que la discriminación se produzca en asuntos que sean de la competencia de la CE, la UE o los Estados miembros cuando implementan competencias de la UE<sup>66</sup>.

El contenido del artículo 21.1 es similar al del artículo 14 del CEDH. Basta cotejar ambos documentos para darse cuenta. Pero, además las Explicaciones al texto de la Carta reconocen que este apartado se inspira en el artículo 13 del TCE, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, en lo que se refiere a la no discriminación en razón de las características genéticas. Las Explicaciones llegan a citar dos veces el artículo 14 del CEDH puesto que añaden que, en la medida en que el artículo 21.1 coincide con el artículo 14 del TEDH, se aplicará de acuerdo con éste.

65. LENAERTS y DE SMIJTER, cit., pg. 284.

66. LENAERTS y DE SMIJTER, cit., pg. 289.

Aunque según RODRÍGUEZ BEREJO la Carta debe ser un texto jurídicamente autónomo en relación con el CEDH<sup>67</sup>, el artículo 52.3 de la primera establece que:

«En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.»

Y lo cierto es que la lectura en paralelo del artículo 21.1 de la Carta y del artículo 14 del CEDH no deja lugar a dudas en cuanto a cuál es el documento que inspiró a los redactores de la Carta en este punto. Las similitudes entre ambos son asombrosas pese a los cincuenta años exactos que separan a ambos documentos, siendo el texto del artículo del ámbito del Consejo de Europa el siguiente:

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

Por su parte, el otro artículo citado en las Explicaciones de la Carta como texto que inspiró al artículo 21.1, es de otro convenio del marco del Consejo de Europa relativamente reciente, que intenta proteger los derechos humanos frente a los avances de la ciencia y la biomedicina. Se trata del artículo 11 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 relativo a los derechos humanos y la biomedicina, que dice así: «*Se prohíbe toda discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético*». Por tanto, este convenio sólo sirvió para la redacción del artículo 21.1 en el punto en el que éste se refiere a la prohibición de discriminación por razón de las características genéticas. Sin embargo, pese a la limitada participación de este Convenio de Oviedo en la redacción del artículo de la Carta, su significado ha sido grande, puesto que –junto al artículo 3 de la Carta, que prohíbe las prácticas eugenésicas y la clonación reproductora de seres humanos–, ha supuesto la introducción de la UE en un terreno innovador, el de los derechos bioéticos<sup>68</sup>. No obstante lo anterior, llama la atención que las Explicaciones al texto de la Carta no se hagan eco del Protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre

67. RODRÍGUEZ BEREJO, A., «La carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la protección de los Derechos Humanos» en *UE y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, FERNÁNDEZ SOLA, N. (ed.), 2004, Dykinson, pgs. 11-36, pg. 15.

68. BERING LUISBERG, J., «Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of Community Law?», en *Jean Monnet Working Papers. New York University Law School*, 2001, núm. 04/01, pg. 6.

la prohibición de la clonación humana aprobado el 12 de enero de 1998, y que está en vigor desde el 1 de marzo de 2001. Las Explicaciones sólo mencionan el tratado principal, pero no el protocolo que depende del primero. Lo cierto es que este protocolo, al prohibir la clonación de seres humanos, incide en y coadyuva a la consecución del objetivo de evitar y prohibir todo tipo de discriminación por razón de las características genéticas. Se podría aventurar que quizá una de las razones de la ausencia de mención a este Protocolo en las Explicaciones sea la frontal oposición al mismo manifestada por el Reino Unido.

Volviendo al principal convenio del Consejo de Europa que de modo más general sirvió de inspiración para la redacción del artículo 21.1, el CEDH, la principal diferencia entre ambos artículos (el 14 del CEDH y el 21.1 de la Carta) radica en que el CEDH únicamente garantiza el principio de igualdad en el ejercicio de los derechos tutelados por el Convenio. Por tanto, se trata de un derecho accesorio a otros, esto es, uno no puede alegar sin más ante el TEDH que ha sido discriminado. La prohibición de discriminación se encuentra reconocida en la jurisprudencia del TEDH, pero siempre ligada a la lesión de otro derecho fundamental del Convenio<sup>69</sup>. Ciertamente existe un Protocolo adicional al CEDH (el Protocolo 12 de 4 de noviembre de 2000) que permite que se pueda alegar la cláusula de no discriminación de modo autónomo, sin necesidad de hacerlo en asociación con otra violación del CEDH digamos, más principal, pero sólo diecisiete de los cuarenta y siete Estados miembros del Consejo de Europa lo han ratificado a fecha de 28 de septiembre de 2009.

Por lo demás, el artículo 21.1 parece reproducir casi literalmente al artículo 14 del CEDH con ciertos añadidos, como las referencias a la prohibición por razón de edad, características genéticas, orientación sexual o discapacidad que no figuraban en el texto del Consejo de Europa pero que, sin embargo, sí habían sido progresivamente incorporadas a la jurisprudencia del TEDH merced al inciso final del artículo 14 del CEDH que permite perseguir «cualquier otra situación»<sup>70</sup>.

Pero como indica FERNÁNDEZ TOMÁS, una mirada atenta permite comprobar que en la Carta se ha suprimido toda referencia al origen *nacional* o

69. ALONSO y SARMIENTO, cit., pg. 213.

70. Comentarios a la jurisprudencia del TEDH en esta materia se encuentran en: McDONALD, R., MATSCHER, F. y PETZOLD, H. (eds.), *The European system for the protection of human rights*, 1993, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht; PETTITI, L.-E., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, 1999, Economica, París; LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario sistemático*, 2004, Thomson Civitas, Madrid.

social, que aparece en el artículo 14 del CEDH, habiendo sido sustituida por una reiterativa e innecesaria referencia a los orígenes étnicos o sociales. En opinión de este autor, el cambio no es casual, sino que pretende adaptar el CEDH a los intereses de la UE, un sistema este último basado en una discriminación aceptada y justificada por razón de nacionalidad<sup>71</sup>. Coherentemente, el artículo 21.2 de la Carta se limita a disponer que se prohíbe la discriminación por razón de *nacionalidad* en el marco de lo establecido por los Tratados, esto es, hoy por hoy, por el TCE y por el TUE, que no pueden ser más claros al respecto.

La jurisprudencia del TEDH en relación con el artículo 14 del CEDH es muy abundante, aunque, como decimos, hasta el momento siempre se ha producido en relación con otro derecho «principal» del Convenio del que la discriminación depende (la libertad de expresión, el respeto a la vida privada y familiar, el derecho a un juicio justo, el respeto a la integridad física...)<sup>72</sup>.

Por su parte, el propio TJCE, sin invocar el artículo 21.1 de la Carta, ha reconocido el derecho fundamental a no sufrir discriminación en una amplia panoplia de asuntos. Sobre la no discriminación en general, se ha pronunciado en el asunto C-85/96 Martínez Sala de 12 de mayo de 1998. Sobre la no discriminación por razón de sexo, en el asunto C-149/77 Defrenne de 15 de junio de 1978, entre otros<sup>73</sup>. Sobre la no discriminación por razón de orientación sexual, en el asunto C-249/96 Grant de 17 de febrero de 1998 y C-117/01 K. B. de 7 de enero de 2004<sup>74</sup>.

71. FERNÁNDEZ TOMÁS, cit., pg. 37.

72. En la jurisprudencia del TEDH se puede mencionar: sobre la discriminación por razón de sexo, Rasmussen/Dinamarca de 28 de noviembre de 1984 y Willis/Reino Unido de 11 de junio de 2002. Sobre la discriminación por razón de nacimiento, Marckx/Bélgica de 13 de junio de 1979 y Camp/Países Bajos de 3 de octubre de 2000. Sobre la discriminación por razón de orientación sexual, Fretté/Francia de 26 de febrero de 2002 y E. B./Francia de 21 de enero de 2008. Sobre la no discriminación por razón de lengua, *asunto lingüístico belga* de 23 de julio de 1968. Sobre la no discriminación por razón de raza y color, Nerva/Reino Unido de 24 de septiembre de 2002. Sobre la no discriminación por motivos políticos, Irlanda/Reino Unido de 18 de enero de 1978. Sobre la no discriminación por motivos religiosos, Hoffman/Austria de 23 de junio de 1992.

73. Esa jurisprudencia puede ser consultada en: SANZ CABALLERO, S., «La madre trabajadora ante el juez comunitario», en *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho europeo*, VILATA, S. (coord.), 2005, Generalitat Valenciana, pgs. 67-92 y en SANZ CABALLERO, S., «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», en *Discriminación, versus diferenciación: Especial referencia a la problemática de la mujer*, AZNAR, M. y RIDAURA, M. I. (coords.), 2004, Tirant Alternativas, Valencia, pgs. 265-398.

74. Muchas de esas sentencias pueden ser consultadas en SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, 2006, Tirant lo Blanch, Valencia.

Curiosamente, ha sido el TEDH y no el TJCE el primer tribunal que ha citado expresamente el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su sentencia al asunto Fretté/Francia de 26 de febrero de 2002. Este caso versaba sobre el derecho de un homosexual a adoptar un niño. El solicitante alegaba el derecho a no ser discriminado en relación a personas heterosexuales que quisieran igualmente adoptar un niño.

El TJCE ha citado explícitamente el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE por primera vez en 2007, en su sentencia al asunto C-303/05 sobre la legalidad de la normativa sobre la orden de detención europea<sup>75</sup>.

#### 4.2. Análisis del artículo 21.2

En la Carta se enumeran algunos derechos cuyo fundamento es el propio Derecho comunitario. Son derechos que se encontraban ya presentes en la legislación comunitaria, bien originaria, bien derivada, y que ahora se incorporan a la Carta. Algunos de estos derechos son reconocidos en la Carta con la mención expresa de que su ejercicio se llevará a cabo según lo dispuesto en el Derecho comunitario. Éste es el caso del artículo 21 en su apartado segundo, dado que la prohibición de discriminar por razón de nacionalidad se produce *«en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares»*.

75. Asunto *Advocaten Voor de Wereldvzw/Leden Van de Ministerraad C-303/05* de 3 de mayo de 2007. Es una cuestión prejudicial en la que se pregunta por la posible nulidad de una ley nacional de transposición de una decisión marco. También se considera si la propia Decisión marco del Consejo relativa a la orden de arresto europea de 13 de junio de 2002 es inválida por no haberse regulado la cuestión por convenio. En la sentencia se considera si esta normativa viola el principio de igualdad y no discriminación al establecer una excepción no razonable al requisito de la doble tipificación cuando se trata de ejecutar una orden de detención europea. En el párrafo más relevante de la sentencia se indica: «46. Consta que entre los principios [principios generales del Derecho comunitario] figura tanto el principio de legalidad de los delitos y las penas como el principio de igualdad y no discriminación, que también han sido reafirmados, respectivamente, en los artículos 49, 20 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364 pg. 1)».

Los párrafos 55 a 61 están dedicados exclusivamente a analizar la aplicación al caso del principio de igualdad y no discriminación, porque según el demandante la Decisión marco trata de forma desigual las infracciones penales mencionadas en el artículo 2 apartado 2 de otro tipo de infracciones. Y aunque el TJCE reconoce que realmente la situación de unas infracciones y otras es comparable, sin embargo considera que la distinción está justificada objetivamente.

La sentencia da una definición de la igualdad y la no discriminación, asimilando ambas, y exige que las situaciones comparables no sean tratadas de igual manera a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.

El texto del artículo 21.2 de la Carta reproduce el texto del artículo 12 del TCE (nuevo art. 18 del Tratado de Funcionamiento de la UE, tras el Tratado de Lisboa). Sólo difieren ambos artículos en el orden en el que se introducen las ideas. El tenor del artículo 21.2 es más propio de una declaración de derechos, puesto que comienza enunciando el derecho, cosa que el artículo 12 del TCE deja para el final de la frase. La Carta comienza con una expresión categórica: «Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad... en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares», mientras que el artículo 12.1 del TCE hace la construcción a la inversa: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad».

Además, el artículo 12 del TCE tiene un segundo párrafo en el que se añade que «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones», párrafo que la Carta de Derechos Fundamentales –que enuncia derechos pero no establece procedimientos de actuación– no tenía sentido que añadiera.

La remisión a los Tratados y a sus disposiciones particulares no deja lugar a la duda: la igualdad de trato que protege el artículo 21.2 de la Carta es la igualdad de trato de los nacionales de los diferentes Estados miembros. Además, la remisión a los Tratados hace depender el derecho de otras disposiciones específicas del TCE, como son las que regulan la libre circulación de trabajadores.

Se trata de una prohibición de discriminación que alcanza hasta a los particulares. Ninguno de ellos puede aplicar cuando ejecuta obligaciones comunitarias criterios de distinción que sometan a nacionales de otros Estados miembros a un trato diferente. El principio de no discriminación por razón de la nacionalidad se materializa cuando un nacional de un Estado miembro de la UE ejerce su derecho de libre circulación y decide entrar a, salir de o residir en un Estado de la UE que no sea el suyo. Éste es el derecho más perfecto del ciudadano europeo, que garantiza la igualdad entre todos ellos<sup>76</sup>.

Pero, ciertamente, la no discriminación por razón de la nacionalidad que se declara en el artículo 21.2 es más amplia y comprende más situaciones

76. BEENEN, N., *Ciudadanía, nacionalidad y acceso a las administraciones públicas: el impacto del Derecho comunitario*, 2001, Europa Law Publishing, pg. 17. MANGAS, A., «Carta de los Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pg. 404.

que la no discriminación por razón de la nacionalidad que aparecía ya en el año 1957 en el TCE. La no discriminación entre los trabajadores de los diferentes Estados miembros de la UE fue un objetivo primordial y prioritario del originario TCE pero la gran limitación de su diseño inicial era la necesaria actividad económica que las personas físicas debían desarrollar en otros Estados para poder estar amparadas por el Derecho comunitario<sup>77</sup>.

Hoy, las «disposiciones particulares» de los Tratados de las que depende la aplicación de este derecho y que el artículo 21.2 menciona, han hecho evolucionar este derecho hasta el punto de que la no discriminación por razón de nacionalidad implica desde el Tratado de Maastricht un derecho general de circulación y residencia que, además, el propio TUE y la Carta de Derechos Fundamentales, catalogan como un derecho de ciudadanía.

En virtud de lo anterior, es incompatible con el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad y la libre circulación no sólo la situación en la que los ciudadanos de un Estado miembro están directa o indirectamente discriminados en otro Estado miembro a cuyo territorio traten de acceder, sino también la regulación pública o privada que, operando en el país de origen del ciudadano de un Estado miembro, constituya un obstáculo a su libre circulación en cuanto puedan disuadirlo de transferirse a otro Estado miembro<sup>78</sup>. El principio general de igualdad de trato comporta que situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente, a menos que la diferencia esté objetivamente justificada. Comprende no sólo la discriminación directa por causa de la nacionalidad, sino también la indirecta que conduzca al mismo resultado.

El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la no discriminación por razón de nacionalidad tal cual ésta es entendida en el ámbito comunitario. Se trataba de un peliagudo asunto en el que se le preguntó a este alto tribunal si no era incompatible con el CEDH, y en concreto con el principio de igualdad de todos, el que un Estado miembro de la UE pudiera expulsar con bastante discrecionalidad de su territorio a un extranjero extracomunitario mientras que el trato que recibía un extranjero de origen comunitario era muy similar al de un nacional de ese Estado. En su sentencia, el TEDH estimó la compatibilidad de la prohibición genérica de discriminación contenida en el artículo 14 del CEDH –que prohíbe la discriminación por razón de origen nacional y de pertenencia a una minoría nacional, entre otras– con el trato preferencial concedido en territorio de la UE a los ciudadanos

77. LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho comunitario Material*, 2000, McGraw Hill, pg. 96.

78. MENGOZZI, P., *Derecho comunitario Europeo y de la Unión Europea*, 2000, Tecnos, pg. 341.

de otros Estados de la UE. El TEDH para justificar esto, elaboró toda una teoría en la que indicaba que si el nivel de protección de los extranjeros extracomunitarios era suficiente en territorio de la UE en comparación con lo exigido por el CEDH –y no sólo consideró que era suficiente, sino que incluso era superior al que se concede a los extranjeros en muchas otras partes del mundo– entonces nada impedía que esos mismos Estados de la UE decidieran atribuir mejoras a sus propios nacionales bajo el principio de reciprocidad. Por tanto, de acuerdo con el TEDH y aplicando el CEDH, no resulta discriminatorio el trato preferencial que el Derecho de la UE concede a los nacionales de la UE<sup>79</sup>.

## 5. VALOR JURÍDICO DEL MANDATO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LA UE

La redacción del artículo 21 es idéntica en su primer y segundo párrafo (*«se prohíbe toda discriminación...»*). El mandato es igualmente rotundo en ambos. Configuran de forma inequívoca derechos subjetivos. Tanto por su objeto como por su redacción, otorgan directamente a su titular (sea éste el individuo en general, en el párrafo primero, o el ciudadano de la UE, en el segundo) derechos indisponibles y exigibles ante los tribunales sin necesidad de desarrollo normativo. El tenor literal nos dice que se prohíbe la discriminación, no que se luchará contra la discriminación o que se tomarán medidas contra la discriminación. Son artículos tutelables judicialmente y por tanto, pese a su redacción en negativo (*«se prohíbe...»*) crean un derecho humano fundamental en el primer caso, y un derecho privativo del ciudadano de la UE, en el segundo<sup>80</sup>. Todos los derechos negativos o de prohibición se encuentran siempre en este caso, porque al excluir un determinado comportamiento de los poderes públicos, crean un derecho para el individuo. Y eso sigue siendo cierto aunque en el caso de la no discriminación por razón de nacionalidad del párrafo segundo haya una remisión al legislador (*«... en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares»*), dado que del texto de este párrafo no se deduce que haya que esperar a un desarrollo del legislador comunitario para que este derecho pueda ser tutelado<sup>81</sup>.

En conclusión, en el artículo 21 de la Carta se codifica una cláusula de no discriminación por partida doble. Una, presente en el CEDH (cláusula

79. TEDH, Chorfi/Bélgica de 7 de agosto de 1996.

80. Pese a no ser universal, el TJCE califica la igualdad por razón de nacionalidad como derecho fundamental privativo de los ciudadanos de la UE en Gottardo, C-55/00 de 15 de enero de 2002, Rec. 2002, I-413.

81. RODRÍGUEZ, cit., pg. 236.

general). Otra, en el TCE (nacionalidad). Cada una de ellas con muy distinto ámbito y significado. Pero ambas establecen derechos subjetivos. La primera de ellas, un derecho universal, un derecho fundamental. La otra, un derecho igualmente subjetivo, pero de titular restringido.

Como ha indicado el TJCE en su sentencia al asunto Chacón Navas de 11 de julio de 2006 «es verdad que entre los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario figura el principio general de no discriminación»<sup>82</sup>.

#### IV. ARTÍCULO 22. DIVERSIDAD CULTURAL, RELIGIOSA Y LINGÜÍSTICA

*Artículo 22. Diversidad cultural, religiosa y lingüística*

*La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.*

##### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 22 es peculiar en varios sentidos. En primer lugar, su dicción es radicalmente diferente a la de los demás artículos que conforman el capítulo III. En segundo lugar, no menciona la palabra «derecho» en ninguna parte, ni siquiera para enunciar un eventual derecho de las personas al respeto de su propia cultura. En tercer lugar, queda ambiguo quiénes son los beneficiarios del artículo: ¿las minorías? ¿los pueblos? ¿las personas? Y aún más: ¿lo que se respeta es la diversidad de las culturas, religiones y lenguas propias de los Estados miembros de la UE y de sus regiones? ¿O también las culturas, religiones y lenguas que, no siendo autóctonas de ningún territorio de la Unión y no siendo tampoco sus seguidores nacionales de los Estados miembros, sin embargo se hallen residiendo en territorio de la Unión?

FERNÁNDEZ TOMÁS encuentra que este artículo llega a frivolarizar con la diversidad lingüística, religiosa y cultural<sup>83</sup>. Lo cierto es que el precepto –que más que verdaderos derechos establece principios de actuación– fue incorporado a la Carta en la última versión de ésta, *in extremis*.

¿Cuál es su razón de ser? Ésta se encuentra en la pluralidad que define a la UE y de la cual la misma es consciente. Esta idea significa que la UE ampara las diferencias que existen entre los Estados miembros, entre sus distintas regiones, sus pueblos, sus gentes. Aunque exista un proyecto común, la UE reconoce las singularidades, las peculiaridades, las diferencias que

82. Sentencia del TJCE Chacón Navas/Eurest, C-13/05 de 11 de julio de 2006.

83. FERNÁNDEZ TOMÁS, cit., pg. 49.

componen y conforman su patrimonio. La riqueza lingüística, religiosa y cultural de los pueblos de Europa no puede ser olvidada, ignorada, ni, peor aún, atacada. La UE velará para que esto no se produzca. La UE no pretende una tendencia a la uniformidad de todos los territorios que conforman sus fronteras, sino, muy al contrario, el reconocimiento de su pluralidad.

Sin embargo, la aparición de este artículo, al no enunciar ningún nuevo derecho, resulta un tanto redundante, puesto que tanto el Preámbulo del TUE como el de la Carta mencionan ya esta diversidad y riqueza del patrimonio histórico de los europeos<sup>84</sup>.

Así, el Preámbulo del TUE, indica que «... deseando acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones...». Por su parte, el Preámbulo de la Carta indica «... consciente de su patrimonio espiritual y moral... la Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros...».

En consecuencia, la inclusión del artículo 22 en el texto dispositivo de la Carta, siendo así que no genera nuevos derechos, resulta un tanto reiterativa dado que en ambos Preámbulos ya se recalca la importancia del multiculturalismo en el seno de la Unión. La única razón posible para que finalmente se decidiera, pese a todo, incorporar el artículo 22 a los derechos de igualdad, pudo ser el propósito de dar más visibilidad a la diversidad cultural, religiosa y lingüística y al compromiso de la Unión de respetar las diferencias.

## 2. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

El artículo 22 utiliza una frase impersonal en la que no aparece titular o beneficiario alguno del precepto. Es la Unión la que respeta la diversidad pero la diversidad, ¿de quién? ¿De pueblos? ¿De personas? ¿De minorías? Y en cualquiera de esos tres casos, ¿de qué pueblos, personas o minorías? ¿De los que provienen de Estados miembros? ¿O también de los extracomunitarios que se encuentren entre nosotros?

Aunque del tenor literal del artículo 22 no se pueda sacar una conclusión, las Explicaciones al texto del mismo redactadas por el *Praesidium* de la primera Convención nos permiten deducir que el precepto tiene como objetivo proteger la riqueza cultural exclusivamente intraeuropea, y que, además, el artículo está pensado para proteger el derecho a la diferencia de las mino-

84. MANGAS, A., «La Carta de Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pg. 411.

rías frente a la homogeneidad de la mayoría. Las Explicaciones de 2000, que no fueron modificadas posteriormente, dicen así:

«Este artículo se basa en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y en los apartados 1 y 4 del artículo 151 del tratado CE relativos a la cultura. Se inspira asimismo en la declaración núm. 11 del Acta final del Tratado de Ámsterdam sobre el estatuto de las Iglesias y de las organizaciones no confesionales.»

Si se consultan los artículos y documentos mencionados como fuentes de inspiración, comprobamos que el artículo 6 del TUE tiene cuatro párrafos, y que de ellos, el que más parece ajustarse al tema de la diversidad cultural es el 3, que explicita que *«la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros»*. Así pues, el primer texto que inspiró a la Convención para redactar este artículo fue uno en el que se habla del respeto a la identidad nacional de los Estados miembros por parte de la Unión. Por su parte, los párrafos 1 y 4 del artículo 151 del TCE dicen, respectivamente: *«la Comunidad contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común»*, y *«la Comunidad tendrá en cuenta los aspectos culturales en su actuación en virtud de otras disposiciones del presente Tratado, en particular a fin de respetar y fomentar la diversidad de sus culturas»*.

Por tanto, no cabe duda que, si éstos fueron los elementos inspiradores a la hora de redactar el artículo, son las culturas de dentro de la UE las que van a ser respetadas y protegidas por la Unión. Y, en la mayoría de las ocasiones, estas culturas se identifican con grupos minoritarios desde el punto de vista cultural o lingüístico.

Una de las mayores aportaciones que hace el Tratado de Lisboa de 2007 a la materia consiste en la referencia explícita al pluralismo y al respeto de las minorías que se hace en el propio texto dispositivo del nuevo artículo 1 bis del TUE –y además en calidad de valores de la Unión–:

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

así como en el mandato que hace el texto del nuevo artículo 2 del Tratado de Lisboa (artículo que sustituye al actual artículo 2 del TUE) en su párrafo 4 a que la Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística (ahora ya sin mención a la diversidad religiosa) y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

En otro orden de cosas, lo que es evidente es que los grupos que son objeto de protección y respeto en la UE en este artículo 22 de la Carta son los grupos culturales, lingüísticos y/o religiosos. Esto excluye otro tipo de grupos minoritarios como puedan ser los étnicos o los raciales, si bien es cierto que, en la mayoría de las ocasiones, la diferenciación étnica o racial también conlleva una diferenciación en la lengua hablada por esa minoría o en sus raíces culturales, espirituales o religiosas, de modo que, desde este punto de vista, el principio que contiene el artículo 22 también les alcanzaría. Pero si al grupo étnico o racial no acompaña una diferencia cultural, religiosa o lingüística con respecto a la mayoría, la protección del artículo 22 no le alcanzaría. En este último caso, lo que sí que le alcanzaría sería la protección del artículo 21, que prohíbe expresamente la discriminación racial y étnica, razón por la cual es lícito plantearse qué añade el artículo 22 a la protección –mucho más directa y clara– que se deriva de la prohibición del artículo 21.

Por último, es interesante destacar la crítica a la redacción del artículo que se hizo desde el Consejo de Europa, ya que hay un documento de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa lamentando que la Carta se exprese de manera tan impersonal, sin mencionar a las personas que pertenecen a esas minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Obviamente la Carta no quería crear derechos individuales para las personas pertenecientes a esos grupos; de ahí la expresión finalmente utilizada<sup>85</sup>.

### 3. CONTENIDO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL, RELIGIOSA Y LINGÜÍSTICA EN LA UE

Si el artículo 20 tiene como función asegurar la igualdad formal y el 21 la igualdad material, el artículo 22 parece que tiene como misión justamente la de hacer respetar la diferencia o el pluralismo cultural europeo. Desde esta perspectiva, el artículo 22 fomentaría la diversidad y la diferenciación, pero incluyendo la diversidad en la Unión desde la óptica de la integración («... *il rispetto delle diversità risponde, invece, all'esigenza pluralistica di salvaguardare le differenze che qualificano determinati gruppi minoritari, riconoscendole come parte del patrimonio storico e culturale del continente europeo*»)<sup>86</sup>.

85. COMITÉ DE ASUNTOS LEGALES Y DERECHOS HUMANOS (Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa): Revised Report on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, doc. 8819 revised, 27 de septiembre de 2000.

86. ROLLA, G., «La problemática del multiculturalismo en la UE», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch, pgs. 815-848, pg. 823.

Las menciones a la riqueza cultural, a la unión de culturas que significa la UE, a la herencia religiosa de la Unión, o a la pluralidad lingüística han sido constantes a lo largo de la historia de la integración europea en resoluciones y normas de *soft law* de sus diferentes instituciones y en preámbulos y textos dispositivos de sus tratados<sup>87</sup>. La UE es un proyecto político, pero también un proyecto cultural, que pone el acento en tradiciones e identidades al hablar de integración<sup>88</sup>.

«La Unión en la diversidad» es el lema de la Unión, porque hay una cultura europea compartida, unos valores mínimos comunes y tradiciones compartidas, un mismo modo de ver la vida, pero también hay mucha heterogeneidad entre los pueblos que integran la Unión. Estaríamos, en palabras de WELSCH, ante la defensa de una cultura plural que garantiza la diversidad interna<sup>89</sup>. Se trataría de respetar una «transcultura», esto es, unas culturas conectadas que ni pierden las particularidades ni las identidades nacionales.

Con respecto a la diversidad religiosa de la Unión, conocida es la polémica que se desató cuando se estaba redactando el Preámbulo de la Carta –y posteriormente cuando se redactó el Preámbulo del Tratado Constitucional Europeo– por la propuesta que surgió de mencionar en ambos la herencia cristiana de Europa o las raíces cristianas de la misma. El gobierno francés se opuso radicalmente a la mención en el Preámbulo de la Carta a la «herencia cristiana» del continente, pero tampoco aceptó que apareciera la expresión «herencia religiosa», en su lugar. Por ese enconamiento, en el Preámbulo de la Carta no se menciona ninguna de esas expresiones, habiendo sido sustituidas por otra más neutra, pero también menos descriptiva y menos fiel al pasado de Europa: la de «patrimonio espiritual y moral». Independientemente de cómo sea su futuro, no se puede negar que la historia, cultura, tradición, educación, arquitectura y arte de Europa, están impregnados de cultura y religión cristianas<sup>90</sup>. Se ha optado por ignorar en la Carta cualquier

87. En este sentido, en la CIG que dio lugar al Tratado de Ámsterdam, el documento CONF/3860/1/96/REV.1 de 17 de junio de 1996 de la presidencia italiana manifestaba el interés de que quedase reflejado en el tratado de algún modo el reconocimiento de los valores religiosos.

88. LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T., «Cultura europea, política cosmopolita», en *Ciudadanos de Europa. Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. (ed.), 2005, Biblioteca Nueva, pgs. 39-54, pg. 41.

89. WELSCH, W., «Transculturality: the puzzling form of cultures today», en *Space of cultures*, FEATHERSTONE, M., LASH, C. (eds.), 1999, Sage, pgs. 194-213.

90. Véase el clarificador artículo de BONETE PERALES, E., «La cultura moral cristiana: factor de identidad de Europa», en *Ciudadanos de Europa. Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. (ed.), 2005, Biblioteca Nueva, pgs. 173-192.

mención expresa a la influencia de las iglesias cristianas en la constitución de la identidad europea; pero despreciar el pasado no cambia el pasado. La huella del cristianismo en Europa es imborrable, en palabras de PRODI<sup>91</sup>.

Sin embargo, la polémica laicista que suscitó el texto del Preámbulo de la Carta no se extendió ni al texto del artículo 10 de la Carta (sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión) ni al texto del artículo 22, que sí menciona a la religión, aunque esta vez para poner en valor la diversidad religiosa de Europa. Indica GONZÁLEZ GARCÍA que la Carta es muy clara en la defensa de la pluralidad de creencias religiosas existentes en Europa pero sin mencionar expresamente a ninguna de ellas<sup>92</sup>.

Las Explicaciones a la Carta indican que otro texto que sirvió de inspiración para redactar el artículo 22 fue la Declaración 11 al Acta final del Tratado de Ámsterdam, relativo precisamente al estatuto de las iglesias y organizaciones no confesionales. Esta escueta Declaración dice así:

«La Unión Europea respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas de los Estados miembros.

La Unión Europea respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales.»

Esta declaración se debe a una propuesta alemana, que pretendía llegar mucho más lejos, puesto que en realidad también patrocinaba la inclusión del respeto a las comunidades religiosas en el texto dispositivo del Tratado, en el artículo F del TUE (actual artículo 6).

Por su parte, el Tratado de Lisboa de 2007 recupera la mención a la historia común de los europeos desde el punto de vista religioso en su Preámbulo con las siguientes palabras:

«... INSPIRÁNDOSE en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho...»

El Tratado de Lisboa recupera también la Declaración núm. 11 al Acta final del Tratado de Ámsterdam y la amplía, insertando en el texto dispositivo el nuevo artículo 16 C:

«1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Esta-

91. PRODI, R., *Una idea de Europa*, 2002, Alianza, pg. 68.

92. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Una constitución laica para Europa», en *Ciudadanos de Europa. Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. (ed.), 2005, Biblioteca Nueva, pgs. 193-205, pg. 195.

dos miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas.

2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales.

3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones.»

Con respecto a la diversidad de lenguas en el seno de la Unión, aunque el multilingüismo ha sido un tema normalmente soslayado en el seno de la Unión, un tema instrumental que se daba por hecho pero sobre el que no se reflexionaba<sup>93</sup>, lo cierto es que su contribución al proceso de construcción europea ha sido notorio. No hay más que comprobar el número de lenguas oficiales en la Unión y la traducción de todos los documentos que genera la UE a las lenguas oficiales que son mayoritarias en los Estados miembros. Por tanto, la diversidad lingüística en la UE no es en absoluto un tema menor. La diversidad lingüística y el compromiso de la UE con el multilingüismo son algo valioso. La UE es consciente de que la preservación de las lenguas, su estudio y su manejo significan riqueza, significan cultura, significan respeto a la tradición. La diversidad lingüística es un elemento clave del patrimonio cultural europeo. El respeto de esa diversidad es condición necesaria para la construcción europea. De ahí su mención en el artículo 22 como un factor de diversidad que la UE debe respetar<sup>94</sup>. Y de ahí también que el régimen lingüístico de la propia UE haya estado en el origen de un caso judicial ante el Tribunal de Primera Instancia en el que se ha alegado el artículo 22 de la Carta (asunto Italia/Comisión T-185/05 de 20 de noviembre de 2008).

#### 4. VALOR JURÍDICO DE LA DIVERSIDAD CULTURAL, RELIGIOSA Y LINGÜÍSTICA EN LA UE

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE incluye artículos sobre los que la doctrina es unánime en cuanto a que establecen o reconocen derechos fundamentales subjetivos y justiciables. En otros, la doctrina es unánime en el sentido de que incluyen principios programáticos. Sobre otros (algunos de ellos, dentro de este mismo capítulo III) existe duda sobre si

93. DE SWAAN, A., «The evolving European language system», en *International Political Science Review*, 1993, núm. 14, pgs. 244-260.

94. Con respecto a la diversidad lingüística, durante los trabajos de la Convención I se levantaron voces de partidos minoritarios (como la de Convergencia y Unión, en Cataluña) que consideran que la mención de la Carta a la diversidad es insuficiente en regiones con lenguas propias diferentes a la lengua común del país.

establecen un derecho, un principio o ambos a la vez. El artículo 22 es uno de aquellos preceptos sobre los que hay un consenso total en su catalogación como principio<sup>95</sup>.

Ni por su tenor literal, ni por su contenido material, estamos ante un derecho justiciable. No puede ser alegado ante los tribunales por un supuesto titular del mismo. Se trata de una previsión legal de tutela de la identidad cultural de determinados grupos, de un mandato para los poderes públicos pero no de un precepto que otorgue derechos a personas o grupos. Según ROLLA, estamos ante la «constitucionalización» del principio de diferenciación, aunque se trata de una «constitucionalización» bastante débil, puesto que se usa el verbo «respetar» en presente, en una forma verbal nada imperativa<sup>96</sup>. La comparación con otros artículos del capítulo III resulta muy desventajosa para la protección de la diversidad cultural, religiosa y lingüística porque en el artículo 22 ni «se prohíbe», como en el artículo 20, ni «se garantiza», como en el artículo 23, ni «se tiene derecho» como en el 24.

## V. ARTÍCULO 23. IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

### *Artículo 23. Igualdad entre hombres y mujeres*

*La igualdad entre hombres y mujeres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución.*

*El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.*

### 1. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista histórico, la lucha por la igualdad entre hombres y mujeres es larga y antigua en el seno de la UE y es una de sus señas de identidad. Esta afirmación no obsta a que, cuando se estudia su evolución quede claro que, en un principio, a los padres fundadores lo que preocupó no fue tanto el reconocimiento de un derecho fundamental a la igualdad de trato independientemente del sexo de la persona, sino que lo que se quería era la consecución de un mercado común en el que no hubiera *dumping* social, y en el que las mujeres trabajaran tanto como y en iguales condiciones que los varones. Por eso, el artículo 119 del TCE garantiza desde la creación de la CEE en 1957 la igualdad salarial entre trabajadores y trabajadoras. Esta previsión obedecía claramente a un objetivo económico funcional de la CEE.

95. RODRÍGUEZ, cit., pg. 237; CELOTTO, A., *L'Europa dei diritti*, 2001, Bolonia, pg. 177.

96. ROLLA, cit., pg. 825.

Pero lo cierto es que desde esas primeras menciones –interesadas y economicistas– a la igualdad de hombres y mujeres hasta el momento actual, la UE ha sabido y podido evolucionar hacia un reconocimiento genérico del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Pocas veces un precepto tan específico y sectorial ha dado tanto de sí. La escueta base que proporcionaba el artículo 119 del TCE, actual artículo 141 –que únicamente buscaba la igualdad de salarios para un mismo trabajo– sirvió de plataforma para que se aprobaran una serie de Directivas que extendieron la igualdad entre hombres y mujeres a cualquier tema laboral, e incluso social<sup>97</sup>. A esta evolución tan positiva contribuyó de manera decisiva el TJCE con una jurisprudencia atrevida, abundante, extensiva y generosa<sup>98</sup>. Al

97. Entre las directivas en materia de igualdad de oportunidades por razón de género, destacan hasta el día de hoy: Directiva 75/117/CE del Consejo de 10 de febrero de 1975 relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros referidas a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras; Directiva 76/207/CE del Consejo de 9 de febrero de 1976, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, la formación y la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002); Directiva 79/7/CE del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 86/97/CE del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de seguridad social (modificada por Directiva 96/97/CE de 20 de diciembre de 1996); Directiva 86/613/CE del Consejo de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, así como sobre la protección de la maternidad; Directiva 92/85/CE de 19 de octubre de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia; Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al acuerdo marco sobre excedencias parentales y por razones familiares firmado por UNICE, la CEP y la CES; 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; 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; Directiva 2000/79/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2004/113/CE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al sector de los bienes y servicios, que vino a extender la protección contra la discriminación por razón de sexo al sector de los bienes y servicios; Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y educación (Refundición).

98. FREIXES SANJUÁN, T., «La igualdad entre hombres y mujeres en el proceso de integración europea», en *Mujer y Constitución*, FREIXES SANJUÁN (ed.), 2000, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pgs. 45-51.

TJCE debemos la primera catalogación del principio de igualdad entre hombres y mujeres como derecho fundamental.

A su vez, la reforma de los Tratados que se produjo en Ámsterdam en 1997 fue esencial para empezar a entender el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres desde la perspectiva de la igualdad sustancial o real, introduciéndose el principio del *mainstreaming* o transversalidad en las cuestiones de género<sup>99</sup>.

El Tratado de Ámsterdam supuso un gran paso adelante, puesto que plasmó la igualdad entre hombres y mujeres en varios frentes. Por un lado, la reforma incluye la igualdad entre hombres y mujeres como un objetivo de la CE en los artículos 2 y 3.2, aunque no prosperó la iniciativa para que también fuera un objetivo del TUE. El artículo 2 menciona la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en el establecimiento de un mercado común. Y el artículo 3 resulta fundamental porque, tras citar las políticas comunitarias, vuelve a fijar como objetivo básico eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad, apuntándose –aunque sea de una manera discreta–, que en todas esas políticas la CE se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad. De este modo, introduce el principio del *mainstreaming*, esto es, la integración de las cuestiones de género en todas las políticas comunitarias. El *mainstreaming* constituye un instrumento político de primer orden porque supone la intervención sistemática en cualquier ámbito con el fin de paliar desigualdades.

Por otro lado, el Tratado de Ámsterdam reforzó la promoción de la igualdad de oportunidades en el ámbito socio-laboral, ampliándose el artículo 119 a fin de que no sólo prohibiera, como hasta entonces, una desigual retribución entre hombres y mujeres –apartado 1 del artículo–, sino que diera cabida también a la igualdad en asuntos de empleo y ocupación –apartado 3. El artículo 13 del TCE recogió la potestad de los órganos de la UE para adoptar las medidas pertinentes para luchar contra varios tipos de discriminación, entre ellos, la de género. Y, *last but not least*, el párrafo 4 del artículo 119 (actualmente, artículo 141.4) introdujo la legitimidad de las medidas de acción positiva en el ámbito laboral, que ofrecen ventajas concretas al sexo menos representado para compensar las desventajas que sufren en sus carreras profesionales<sup>100</sup>.

En Ámsterdam se trata la desigualdad que hay entre hombres y mujeres como un problema estructural, que justifica la adopción de medidas invasivas

99. CENTRE FOR STRATEGY AND EVALUATION SERVICES, *Non-discrimination mainstreaming instruments, case studies and way forwards*, abril de 2007, Bruselas.

100. CONF/3945/96 de 8 de octubre de 1996.

que faciliten el que la mujer pueda ejercer una actividad profesional y que le compensen de los inconvenientes en su vida laboral.

Por tanto, esta reforma de los textos constitutivos supuso un avance sin precedentes que ha servido de base para la redacción de las disposiciones de la Carta, del Tratado Constitucional Europeo y del Tratado de Lisboa en la materia. La escueta y cicatera referencia del TCE a la igualdad de hombres y mujeres a efectos retributivos había sido superada hacía tiempo por la jurisprudencia del TJCE, que extendía la exigencia de igualdad a todo ámbito laboral. Sin embargo, hacía falta profundizar en esta línea y asegurar los audaces avances del TJCE aludiendo, en los Tratados constitutivos junto a la igualdad de sexos en el ámbito laboral, a la igualdad entre hombres y mujeres como objetivo.

Pero sobre todo, Ámsterdam significó un salto cualitativo, una toma de posición, una apuesta clara por la igualdad entre hombres y mujeres como valor y como derecho<sup>101</sup>. Las novedades de esta reforma no son las menciones a la igualdad salarial o incluso la igualdad laboral que hace el TCE (puesto que éstas eran herencia del pasado) sino la introducción de dos tipos de medidas diferentes: las acciones positivas (que aparentemente son medidas desigualitarias, pero que realmente no lo son porque buscan una igualdad de resultado cuando la situación de partida no lo es), y la noción de *mains-streaming*, que convierte a toda política de la Unión en campo de pruebas susceptible de una política de igualdad de sexos<sup>102</sup>.

De este modo, el Tratado de Ámsterdam, pero también el TJCE con su labor jurisprudencial y el derecho derivado a través de las sucesivas Directivas que se fueron adoptando, fueron tres elementos o vehículos que abrieron el camino hacia tesis que introducen la cuestión de género en la política comunitaria, tesis que se plasmarían en los instrumentos posteriores, como la Carta de Derechos Fundamentales y el Tratado de Lisboa. Ámsterdam permitió comprobar el carácter multidimensional de la igualdad de género.

A través de la intensa labor realizada por la UE a través de estos tres vehículos, se ha ido elaborando toda una construcción teórica de la igualdad

101. SÁEZ nos recuerda que en el Tratado de Ámsterdam la igualdad entre hombres y mujeres se deriva de la prohibición de discriminación adquiriendo un carácter propio (SÁEZ LARA, C., «Igualdad ante la ley y no discriminación: las políticas de género», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. [eds.], Libro II, 2004, Tirant lo Blanch, pgs. 711-769, pg. 22). MANGAS MARTÍN estudia la igualdad entre hombres y mujeres como derecho fundamental (MANGAS, A., «La Carta de Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pg. 421).

102. TUR AUSINA, R., «Igualdad de hombres y mujeres en la Constitución Europea», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch, pgs. 733-767, pg. 775.

entre hombres y mujeres que la Carta de Derechos Fundamentales intenta recoger. Dentro de esa teoría de la igualdad entre hombres y mujeres destacan diferentes técnicas y estrategias que han sido introducidas en la labor de la Unión. Entre ellas:

– La prohibición de *la discriminación directa*, esto es, de las medidas que tratan de forma menos favorable a unas personas que a otras por razón de su sexo<sup>103</sup> (por ejemplo, retribuir de modo diferente a ayudantes de vuelo masculinos y femeninos cuando ambos desempeñan idénticas funciones).

– Se prohíbe *la discriminación indirecta*, es decir, aquella discriminación que se oculta bajo supuestos criterios neutros pero que perjudica claramente a más mujeres que a hombres<sup>104</sup> (así, vetar los ascensos a quienes hayan trabajado de forma discontinua –por ejemplo, por haberse tomado excedencias– cuando es obvio que son las mujeres quienes habitualmente se toman más excedencias por razón de su maternidad). Son discriminaciones no declaradas o manifiestas sin justificación mediante elementos objetivos y razonables. Requieren la concurrencia de dos elementos: 1) apariencia de discriminación fruto de un efecto adverso sobre las mujeres de una medida neutra y 2) ausencia de justificación. Son una especie de discriminación colectiva, muchas veces no deseada ni prevista pero producida porque en ocasiones una decisión no sexista tiene diferente impacto para los hombres que para las mujeres<sup>105</sup>.

– Se promueven *las acciones positivas*, que facilitan al colectivo desfavorecido la preparación o facilidades que necesita para poder competir en igualdad real de condiciones<sup>106</sup> (por ejemplo, reservar a las mujeres las plazas de guardería subvencionadas). Estas medidas inciden en el momento de partida, puesto que permiten a las mujeres competir con los varones sin lastres y por tanto igualan a ambos sexos desde un comienzo (artículo 141.4 del TCE).

– Se aceptan, no sin cierta polémica y siempre con justificación y proporcionalidad, las *medidas de discriminación inversa* o política de cuotas, que se traducen en la reserva de puestos para mujeres cuando existe una igualdad de méritos de éstas con los varones. La política de cuotas incide en la igualdad de resultado pero genera dudas en su aplicación porque coloca en una posición de partida claramente desventajosa al otro sexo. Las cuotas pueden

103. Sentencia del TJCE C-43/75, Defrenne/Sabena, de 8 de abril de 1976, Rec.1976, pgs. 455 y ss.

104. Sentencia del TJCE C-167/1997, Seymour Smith y Laura Pérez de 9 de febrero de 1999.

105. SÁEZ, cit., pgs. 732 y 746.

106. Sentencia del TJCE C-185/97, Badeck de 28 de marzo de 2000.

resultar ineficaces como política, e incluso en ocasiones acentúan la discriminación sociológica si son percibidas como medidas automáticas que, en aras de lograr la igualdad material, sacrifican la igualdad formal<sup>107</sup>.

– Se introduce en la UE el *mainstreaming*, esto es, la integración sistemática de una perspectiva de género en todas las políticas y actividades de la UE. Esta expresión ha sido traducida como la transversalidad, porque confiere una dimensión global a la igualdad entre hombres y mujeres. A partir de su adopción en el ámbito de la UE, la igualdad entre hombres y mujeres deja de ser un tema sectorial y especializado, para pasar a ser el necesario enfoque que debe impregnar toda actividad comunitaria.

– Se introduce igualmente la estrategia del *empowerment*, que se configuró en la Cumbre Mundial de la Mujer de 1995 de Pekín. Su fin es reubicar los roles clásicamente desempeñados por los distintos sexos en la sociedad, promoviendo la asunción de responsabilidades de la mujer en los asuntos públicos (en la vida política, económica y social) mientras, paralelamente, esto se acompaña de una reorientación del sexo masculino hacia el espacio de lo privado o familiar con una corresponsabilidad de ambos sexos en los dos ámbitos<sup>108</sup>. Esta técnica lleva inexcusablemente a la participación equilibrada en la toma de decisión, por lo que puede tener relación (aunque no necesariamente) con una política de cuotas.

En clave de futuro, indicaremos que el Tratado de Lisboa menciona la igualdad entre hombres y mujeres en al menos dos ocasiones. La primera, en el artículo 1 (que modificará el artículo 1 del TUE) para referirse a ella como uno de los valores rectores de la Unión junto a la libertad, la democracia, el Estado de Derecho o la dignidad humana. Y en una segunda ocasión, en el artículo 2 (que también modifica el artículo 2 del TUE) para indicar que la Unión luchará contra la exclusión social y fomentará, entre otras, la igualdad entre hombres y mujeres. A ello hay que añadir la Declaración número 19, incluida a instancias de España, en la que se insiste en el empeño

107. Muestra de esta polémica sobre las cuotas es la posición del TJCE quien primero rechazó el automatismo de la reserva de puestos en la sentencia Kalanke de 17 de octubre de 1995 (C-450/93) pero que luego rectificó en la sentencia Marshall de 11 de noviembre de 1997 (C-409/95). En esta segunda sentencia apoyó una política de cuotas que no diera una preferencia automática a uno de los sexos y siempre que fuera acompañada de un examen objetivo y exhaustivo de los méritos de los candidatos de modo individualizado en circunstancia de equivalencia objetiva de currículos profesionales. De este modo el TJCE rectificó su criterio inflexible acerca de la imposibilidad de favorecer a un sexo sobre otro cuando hay igualdad de puntuación en el acceso a un puesto de trabajo.

108. Todas estas categorías y su configuración han sido extraídas de TUR, cit., pgs. 799 y ss.

por terminar con las desigualdades entre hombres y mujeres, combatir la violencia doméstica y prestar apoyo a sus víctimas.

## 2. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 23 SOBRE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

La igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación por razón de nacionalidad, tienen el honor de ser las únicas exigencias de igualdad que hubo en los Tratados en muchos años. La evolución favorable de la UE a partir del Tratado de Ámsterdam nos demuestra una mayor sensibilización social hacia la necesaria igualdad por razón de género. La Carta sigue esta estela puesto que el artículo 23 pretende resumir en dos cortos párrafos los logros de Ámsterdam, aunque del tenor literal del artículo se pueda colegir algún retroceso con respecto a lo avanzado hasta entonces, como se comprobará más adelante.

Si estudiamos el artículo 23 de la Carta desde un punto de vista semántico, la dicción del mismo en la primera versión de la Carta en el año 2000, establecía que «la igualdad entre *hombres y mujeres será garantizada*». Durante la redacción del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004, este artículo sufrió dos pequeñas modificaciones al establecerse, en primer lugar, que la igualdad *deberá garantizarse*. El texto de la Carta que fue proclamado por segunda vez en diciembre de 2007 adopta la redacción que se dio en 2004, de modo que hoy por hoy, la igualdad entre los dos sexos *deberá garantizarse* en lugar de que *será garantizada*. No se acierta a entender por qué era tan importante realizar este cambio en el tenor del artículo 23. El texto original era más contundente que el actual, al utilizarse la fórmula imperativa del verbo *ser* en lugar de la del verbo *deber*. En todo caso, no parece que esta modificación suponga un gran cambio en la práctica.

En segundo lugar, y más significativo, hubo otra modificación de tipo simbólico en el texto de la Carta, al cambiarse el orden de nombramiento de los dos sexos. Ahora se habla de la igualdad entre *mujeres y hombres*, en lugar de entre *hombres y mujeres*, citándose en primer lugar al sexo que tradicionalmente venía mencionándose siempre en último lugar. Se trata, como decimos, de una modificación de alto sentido simbólico aunque con pocas consecuencias jurídicas, puesto que no conlleva una preferencia del sexo primeramente citado sobre el otro.

El artículo 23 está formado por dos párrafos bien distintos. El primero parece recoger los avances que se habían ido consolidando en el terreno

laboral a través del artículo 119 del TCE, de la jurisprudencia del TJCE<sup>109</sup> y de las muchas Directivas sobre igualdad en el ámbito del trabajo que han ido jalonando la historia de la CE primero y de la UE después. Sin embargo, se pretende dar un ámbito material más amplio a este párrafo porque se dice que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada *en todos los ámbitos, inclusive* en materia de empleo, trabajo y retribución. Destacan dos expresiones que nos llevan al mismo sitio: en primer lugar, se menciona que la igualdad quedará garantizada en cualquier ámbito, no exclusivamente en el laboral. Y en segundo lugar, para introducir la mención a la igualdad en materia de empleo, trabajo y retribución se usa el adverbio de modo «inclusive», o sea, que se da a entender, de nuevo, que la igualdad en el terreno laboral no es el único, sino uno más de los sectores en los que se garantizará esa igualdad.

Lo que en todo caso debemos tener en cuenta es que la Carta ni pretende ni puede incrementar los poderes y competencias de la UE a ámbitos en los que los Estados miembros no le hayan querido conceder competencias en virtud del artículo 51.2 de la misma, que declara que la Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias o misiones definidas por los Tratados. En otras palabras: la Unión no podrá imponer la igualdad entre hombres y mujeres en ningún ámbito para el que no tenga competencia. Pero lo que está claro es que una carta de derechos fundamentales se redacta pensando en el futuro, en eventuales cesiones de soberanía que los Estados puedan hacer a las instituciones comunitarias como las que ya han hecho en el pasado. Y en ese momento, cuando eso ocurra, la Carta estará preparada para esa eventualidad porque el artículo 23 hablará no sólo de la igualdad laboral entre hombres y mujeres –sobre la que ahora tiene competencia–, sino de la igualdad en cualquier terreno.

Desde esta perspectiva, y llevando el argumento a su extremo, incluso se ha criticado por ambigua la referencia expresa al empleo, trabajo y ocupación que se hace en el artículo 23, porque impide despegar a la UE de la órbita laboral<sup>110</sup>. Quizá hubiese podido ser más beneficioso no citar ningún

109. Sobre la jurisprudencia del TJCE en relación con la igualdad entre hombres y mujeres pueden consultarse mis artículos: SANZ CABALLERO, S., «La madre trabajadora ante el juez comunitario», en *El papel de la jurisprudencia...*, cit., pgs. 67 y ss. y «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», en *Discriminación versus diferenciación...*, cit., pgs. 256 y ss.

110. LOMBARDO, E., «Algunas consideraciones sobre la igualdad de género en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *La UE y los derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, FERNÁNDEZ SOLA, N. (coord.), 2004, Dykinson, pgs. 333-353, pg. 338.

ámbito concreto, con la vista puesta en la progresiva aplicación del precepto a los más diversos campos, cuando las competencias cedidas por los Estados miembros lo permitan<sup>111</sup>. Además, la palabra *inclusive* resulta confusa, dado que parece introducir un «nuevo» ámbito para la igualdad de género en el que la UE no hubiera actuado hasta el momento, cuando realmente lo acaecido es justo lo contrario.

Así pues, el primer párrafo del artículo 23 sigue la línea del articulado de las políticas sociales del Tratado de Ámsterdam pero con una importante novedad: se abre el abanico de campos en los que exigir la igualdad de trato con respecto al meramente laboral. La igualdad deberá ser garantizada en todos los ámbitos, y no sólo en el que ha sido históricamente atendido por la Unión. TUR hace notar que, además, el precepto introduce la cuestión del *mainstreaming* aunque sea sin citarlo expresamente al dar por hecho que la igualdad se deberá garantizar en cualquier ámbito, esto es, en cualquier política que sea competencia de la Unión<sup>112</sup>. De este modo, convierte a la desigualdad entre hombres y mujeres en una cuestión estructural.

Sin embargo, el párrafo primero es criticable porque no reconoce el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. No se menciona la palabra *derecho a*, o *derecho de* en el mismo. Y lo cierto es que la igualdad entre hombres y mujeres ya había sido catalogado como derecho fundamental en la jurisprudencia del TJCE. Por ello la dicción del artículo 23, al no catalogar como derecho fundamental a la igualdad por razón de sexo, supone un retroceso con respecto a lo que ya se había alcanzado en el seno de la UE<sup>113</sup>. LOMBARDO incide en esta idea al señalar que, a diferencia del artículo 141 del TCE, el artículo 23.1 de la Carta no crea ningún derecho justiciable por parte de los individuos, sino que es una declaración general de propósitos<sup>114</sup>.

Si bien se parte de la idea básica de que la igualdad formal entre hombres y mujeres puede ser garantizada a través del enunciado genérico del artículo 20 y del primer párrafo del artículo 23, no obstante, el párrafo segundo del artículo 23 añade la posibilidad de atender criterios de igualdad material que ofrezcan ventajas al sexo que se encuentra en situación de desventaja. El párrafo segundo introduce la igualdad material y efectiva al implicar la adopción de medidas formalmente desigualitarias destinadas a conseguir la paridad real entre hombres y mujeres. Entre esas medidas, se pueden mencionar las acciones positivas y las medidas de discriminación inversa.

111. TUR, cit., pg. 288.

112. TUR, cit., pg. 788.

113. FREIXES SANJUÁN, T., «Las mujeres y la futura...», *op. cit.*, pg. 12.

114. LOMBARDO, cit., pg. 339.

Constituye un hito que la Carta de Derechos Fundamentales, que pretende reunir en un documento los derechos fundamentales que se protegen en la Unión, mencione el hecho de que a la igualdad se puede llegar a través de la diferencia de trato. El texto podía haberse quedado en una mera proclamación del principio de igualdad formal entre hombres y mujeres pero se prefirió llegar más lejos, siendo el único artículo de la Carta que expresamente menciona la posibilidad de adoptar medidas a favor del colectivo más desfavorecido. Otro tanto se podía haber hecho en el artículo 25 sobre los derechos de las personas mayores o en el 26 sobre los derechos de las personas con discapacidad pero no se hizo. Aunque se pueda adoptar una política de cuotas o medidas de acción positiva también con respecto a ellos, sin embargo el texto de la Carta no lo prevé expresamente, como sí lo hace en relación con la igualdad entre hombres y mujeres. Esto es señal de la importancia capital que otorga la Unión al logro de la igualdad por razón de sexo.

Llama la atención que el párrafo segundo del artículo 23 se refiera a la política de acción positiva de forma negativa («el principio de igualdad *no impide...*»), como si se pensara que, de no clarificarse este extremo, habría quien pensara que las medidas positivas son contrarias al principio de igualdad. En realidad, la referencia a las acciones positivas está ya contenida en el artículo 141.4 del TCE: «con el objetivo de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombre y mujer en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar las desventajas en sus carreras profesionales». Como indica LOMBARDO, comparando ambas formulaciones la de la Carta resulta más limitada que la del Tratado de Ámsterdam. La Carta trata la acción positiva como una excepción al principio de no discriminación, mientras que el Tratado de Ámsterdam la trata como un medio para conseguir la igualdad real como complemento necesario al concepto de igualdad<sup>115</sup>. El segundo párrafo del artículo está redactado en negativo, en línea con una abundante jurisprudencia del TJCE que usa la expresión «el principio de igualdad no impide...». Paradójicamente, aunque las medidas positivas sirven para conseguir la igualdad material, también refuerzan la igualdad formal: la igualdad formal debe basarse en la igualdad material que ayuda a conseguir dicho tipo de medidas.

La Carta ha querido dejar claro con este segundo párrafo que considera los mecanismos de acción positiva y de discriminación inversa como instrumentos privilegiados destinados a mejorar la suerte de aquellos colectivos a

115. LOMBARDO, cit., pg. 340.

los que no basta con ofrecer un trato paritario para que puedan alcanzar la igualdad real, ya que su situación de partida es desventajosa. Sin embargo, las referencias de la Carta a estos mecanismos no llegan a alcanzar el acervo comunitario en la materia, ni resultan novedosas.

Una técnica que, pese a haber sido usada en el pasado por las instituciones europeas como modo de alcanzar la igualdad, sin embargo no es mencionada en la Carta, es la del *empowerment*. Sin embargo, no parece que eso implique su desinterés o inaplicación en el ámbito de la Carta, puesto que dentro de las medidas que está legitimado tomar para ofrecer ventajas concretas al sexo menos representado, tienen cabida sin duda alguna las medidas que coloquen a las mujeres en puestos de responsabilidad, o fomenten en el ámbito público y privado tal política.

La Explicación relativa al artículo 23 en su versión actualizada por el *Praesidium* de la segunda Convención deja claro que la única influencia externa a la propia Unión que fue utilizada para la redacción del artículo 23 fue el artículo 20 de la Carta Social Europea revisada. Todas las demás fuentes aludidas como fuentes de inspiración proceden del propio Derecho de la Unión, tanto del derecho originario como del derivado. La Explicación dice así:

«El párrafo 1 de este artículo se basa en el artículo 2 y en el apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE que impone como objetivo a la Comunidad promover la igualdad entre el hombre y la mujer y en el apartado 3 del artículo 141 del Tratado CE, y se inspira en el artículo 20 de la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, y en el punto 16 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

Se basa asimismo en el apartado 3 del artículo 141 del Tratado CE y en el apartado 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. El apartado 2 recoge en una fórmula más breve el apartado 4 del artículo 141 del tratado CE conforme al cual el principio de igualdad de trato no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales. De conformidad con el apartado 2 del artículo 51, el presente apartado no modifica el apartado 4 del artículo 141 CE.»

Ninguno de los instrumentos mencionados como fuente de inspiración resulta una sorpresa. Muchos de ellos (en concreto, los artículos 2 y 3 del TCE y artículo 141.3 y 141.4) no son sino las disposiciones que introdujo el Tratado de Ámsterdam en la política de igualdad de oportunidades entre

hombres y mujeres. De este modo, constatamos todo lo que Ámsterdam supuso de paso adelante en la lucha por la paridad de sexos. Tampoco sorprende la mención a la Directiva más emblemática en la lucha por la aplicación del principio de igualdad, la Directiva 76/207/CEE. Llama la atención que el *Praesidium* distinga entre instrumentos en los que el artículo *se basa* y otros en los que *se inspira*. Los instrumentos en los que se basa son, como no podía ser menos, el derecho originario y la Directiva 76/207/CEE. Y aquéllos en los que el artículo 23 se inspira, son la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (un instrumento no vinculante del ámbito comunitario) y la Carta Social Europea revisada (del Consejo de Europa). Ambos documentos, en los artículos que se citan en las Explicaciones, exigen la aplicación de la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. El documento del Consejo de Europa se atreve a valorar la exigencia de la igualdad entre hombres y mujeres como derecho, mientras que el documento comunitario, no, utilizando simplemente la fórmula que luego copió casi literalmente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «*debe garantizarse*». Por su parte, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores se atreve a exigir la aplicación de la igualdad en el terreno laboral y conexos, incluyendo la educación. De este modo, parece que se iba preparando el camino para que la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE pudiera finalmente exigir la igualdad en todos los ámbitos, y no únicamente en el del trabajo.

Se podría cuestionar la necesidad de un artículo que específicamente habla de la igualdad entre hombres y mujeres cuando ya la Carta establece la igualdad de todos ante la ley en el artículo 20. Al fin y al cabo, en el mandato de igualdad formal de este último artículo está implícita la igualdad de todos, y por tanto también la igualdad de hombres y mujeres. Sin embargo, la desigualdad sistémica y estructural que ha existido y aún existe entre hombres y mujeres y la falta de paridad en todos los ámbitos, han aconsejado un artículo de estas características, que casa bien con la lucha histórica de la UE por la igualdad de género. La no discriminación inspira la tradición de los derechos humanos. Sin embargo, el concepto de derechos humanos se ha elaborado desde una perspectiva androcéntrica que siempre ha situado al hombre en el centro y ha dejado en un segundo plano a las mujeres. Los derechos humanos se han ido consolidando, pero la incorporación de la mujer al ámbito de los derechos se ha producido lentamente, por lo que se está lejos de la plena garantía del disfrute de los mismos por parte de las mujeres. Sin embargo, la igualdad entre hombres y mujeres es la piedra angular de toda sociedad democrática que aspire a la realización de los derechos humanos.

Radika Coomaraswamy, antigua Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer, definía los derechos de la mujer como una cuarta generación de derechos, que supone la transformación misma de la doctrina de los derechos humanos a través de una interpretación radical de las generaciones previas de derechos<sup>116</sup>. La igualdad alcanzada hasta el momento es más formal que real, por lo que debe redefinirse las bases de una agenda que facilite la erradicación de la discriminación y la promoción efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres para promover su total participación en la sociedad. Teniendo en cuenta todo ello, resultaba imprescindible plantear un artículo en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que se refiera al trato igualitario entre hombres y mujeres. Pero ni siquiera esto resultará suficiente, puesto que brindar un trato igual a personas que se encuentren en situación de desigualdad no ayudará a erradicar los desequilibrios ni permitirá, de forma automática, que hombres y mujeres accedan a todos los derechos en igualdad de condiciones. Se hace necesario un cambio de mentalidades, una redefinición de los roles de hombres y mujeres, una reorientación de los parámetros sociales, económicos, culturales y políticos, una reformulación de los derechos que de un vuelco a la situación estructural de desigualdad<sup>117</sup>. La estrategia para lograr todo eso pasa por el *mainstreaming*, esto es, por la integración de la perspectiva de género en todas las actividades humanas.

### 3. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES

Hoy por hoy, la apelación al principio de igualdad de género, por mucho que se quiera revestir de tintes neutros y objetivos (como los que aparecen en la expresión del segundo párrafo del artículo 23, que en lugar de hablar de la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor de *las mujeres*, habla de la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del *sexo menos representado*) a quien tiene que beneficiar es a las

116. Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer presentado de conformidad con la resolución 2001/49 de la Comisión de Derechos Humanos: Prácticas culturales dentro de la familia que entrañan violencia contra la mujer, E/CN.4/2002/83 de 31 de enero de 2002. Sobre esta problemática, véase: SANZ CABALLERO, S., «La mujer maltratada como grupo especialmente vulnerable en Derecho internacional: intersecciones entre la violencia contra la mujer y cultura», *Tiempo de Paz*, 2007, núm. 87, pgs. 61-77.

117. NAVARRETE, L., «Los derechos humanos como marco de referencia para la igualdad de oportunidades y la igualdad de género», capítulo 4, en *Jóvenes, derechos y ciudadanía. Fundamentación teórica y análisis cualitativo de una nueva frontera de derechos para los jóvenes*, 2008.

mujeres. Éste es el sexo históricamente menos representado y más discriminado en los asuntos públicos y en los privados.

Pero las mujeres son la mitad de la población. Este dato complica su catalogación como grupo vulnerable o como minoría. Hay una mención en los artículos siguientes de la Carta (artículos 24, 25 y 26) a grupos vulnerables que requieren una especial protección como son los niños, las personas mayores y las personas con discapacidad. Pero existe una resistencia a clasificar a las mujeres sin más dentro de los grupos vulnerables. El pertenecer al sexo femenino no significa *per se* pertenecer a un colectivo vulnerable. Las mujeres no son un grupo vulnerable. Sólo si la mujer es discriminada en el trabajo, o en la política, o en la vida social, o si es vejada y objeto de violencia, o si es apartada de la vida pública o del mercado laboral por su maternidad, entonces sí que conforma un grupo vulnerable.

La discriminación de la mujer es tradicional, estructural y muchas veces larvada y oculta. Por eso el TJCE fue claro desde el principio y ello se trasladó a las Directivas que se fueron aprobando: la CE no sólo prohíbe la discriminación directa, esto es, la discriminación clara sino también la indirecta, que supone la adopción o mantenimiento de medidas aparentemente neutras pero que perjudican mucho más a las mujeres que a los hombres (como cambiar los turnos laborales obligando a los trabajadores a trabajar de noche, cuando es bien sabido que normalmente son las mujeres quienes más problemas van a tener para poder dejar a sus hijos en caso de que deban cumplir con su obligación laboral nocturna).

La mujer tiene más dificultades que el hombre a la hora de disfrutar de los derechos que se le atribuyen. Es una categoría sospechosa de discriminación. Las mujeres no sólo parten de una situación de desventaja a la hora de ser consideradas como ciudadanas activas, sino también a la hora de defender sus derechos que, a pesar de conformar más de la mitad de la población, no son vistos como derechos de la mayoría de los ciudadanos.

Por tanto, las titulares de los derechos que aparecen en el artículo 23, bien sea en el primer párrafo –que nos habla de la igualdad entre mujeres y hombres–, bien en el segundo –que nos habla de las medidas en favor del sexo menos representado–, son por el momento las mujeres. Sin embargo, el enunciado del artículo está presidido por criterios de neutralidad e igualdad material, de tal modo que el sexo infrarrepresentado lo es porque la pertenencia al mismo en un contexto determinado es causa de desventaja, no por el sexo en sí, porque éste no puede ser utilizado en sí mismo para introducir diferencias arbitrarias.

#### 4. VALOR JURÍDICO DE LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LA UE

La igualdad entre hombres y mujeres es multidimensional, porque en el seno de la UE es un valor, es un principio y es un derecho, como pone de manifiesto TUR<sup>118</sup>.

Es un valor rector de la Unión, porque aunque no aparezca mencionada como tal en el Preámbulo de la Carta, sí lo está en el Preámbulo del TCE. Y en clave de futuro, el Tratado de Lisboa se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres en su artículo 1 bis (que modifica el tenor del artículo 1 del TUE) como uno de los valores en los que se fundamenta la Unión.

Las Explicaciones actualizadas sobre el texto de la Carta aprobadas por el *Praesidium* de la Convención para el futuro de Europa disponen que algunos de los artículos de la Carta, como el 23 (artículo 83 en su numeración según el Tratado Constitucional) contienen elementos de un derecho y de un principio, con la importante advertencia de que los primeros, en cuanto que son derechos subjetivos, se respetan y los segundos sólo se observan<sup>119</sup>.

Sin embargo, el párrafo primero del artículo 23 es criticable porque no reconoce el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres. No se menciona la palabra *derecho a*, o *derecho de* en el mismo. Y lo cierto es que la igualdad entre hombres y mujeres ya había sido catalogado como derecho fundamental en la jurisprudencia del TJCE, por ejemplo en el asunto P y S/Cornwall County Council<sup>120</sup>. Por ello la dicción del artículo 23 de la Carta, al no catalogar como derecho humano fundamental a la igualdad por razón de sexo, supone un retroceso con respecto a lo que ya se había alcanzado en el seno de la UE<sup>121</sup>. El problema es que si es derecho, es alegable ante los órganos jurisdiccionales y si no, no. Sin embargo, pese a que resulta reprobable que no se mencione expresamente, creemos que ello no es óbice para que se reconozca que el artículo 23 recoge un auténtico derecho puesto que la Carta, según el artículo 53 de la misma, no tiene el poder de limitar el alcance de derechos que ya hubiesen sido acuñados, entre otros instrumentos internacionales, por el propio Derecho de la Unión (en el que se incluyen, por supuesto, las sentencias de su Tribunal de Justicia).

Lo que sí se desprende de la lectura del artículo 23 es que esta disposición no es reiterativa con respecto a la prohibición de discriminación por

118. TUR, cit., pg. 778.

119. CONV 828/03, de 9 de julio de 2003.

120. El TJCE califica la igualdad entre hombres y mujeres como derecho fundamental en el asunto C-13/94 P/S y Cornwall County Council, de 11 de enero de 1994.

121. FREIXES SANJUÁN, T., «Las mujeres y la futura Constitución Europea», en *Meridiana*, 2004, núm. 33, pgs. 12-13, pg. 12.

razón de sexo que aparece en el artículo 21. El artículo 23 introduce un derecho a la igualdad de género que deliberadamente se separa de la prohibición general de discriminación por circunstancias específicas. No pasa inadvertida que, además, se introduzca en el artículo 23 la legitimidad y compatibilidad con el ordenamiento comunitario de las medidas de acción positiva. Separando este artículo de la mera no discriminación del artículo 21 se establece un nuevo modelo social para la UE basado en la igualdad total de los dos sexos que representan a la especie humana<sup>122</sup>. Los medios para alcanzar esa igualdad pasan por el *mainstreaming* o transversalidad, porque la mera tutela antidiscriminatoria resulta insuficiente para alcanzar una verdadera igualdad entre hombres y mujeres.

Pese a todo lo anterior, el examen del artículo 23 de la Carta no revela ninguna novedad. Como mucho, mantiene el acervo comunitario en la materia pero, en algún punto, incluso no alcanza la protección garantizada a través del Tratado de Ámsterdam.

## VI. ARTÍCULO 24. DERECHOS DEL NIÑO

### *Artículo 24. Derechos del niño*

- 1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez.*
- 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial.*
- 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.*

### 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea está dedicado a la protección especial que merecen los niños como grupo vulnerable de la sociedad. La Carta opta por individualizar a un colectivo cuya situación es de especial dependencia y peligro, abandonando la técnica de referirse a los derechos universales de toda persona. Los derechos de los niños no son de disfrute general o universal, sino que los disfruta todo aquél que cumpla una característica concreta que es la minoría de edad.

122. SÁEZ, cit., pg. 765.

Ciertamente, todo adulto antes de serlo ha sido niño, y en este sentido se trata de un grupo vulnerable del que todos hemos formado parte alguna vez. Los derechos que enumera la Carta en relación a los niños son derechos que toda persona debería disfrutar o haber disfrutado si cumple esa característica (la minoría de edad) y se encuentra en territorio de la Unión. En este sentido, la infancia es un grupo vulnerable diferente a otros, como son las minorías raciales o étnicas, a las que les define una característica de nacimiento excluyente, que impide a otros poder gozar jamás de la protección especial que merecen esos grupos. La protección que merecen los niños se puede asemejar más bien a la que merecen las personas mayores o las personas con discapacidad: se trata de una protección que cualquiera de nosotros podemos llegar a merecer en algún momento de nuestra vida (en estos dos últimos casos, si llegamos a viejos o si sufrimos una discapacidad en algún momento de nuestra vida, respectivamente).

El texto de este artículo en la versión original de la Carta de 2000 era en todo igual a la versión de 2007, que fue proclamada solemnemente por la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo en vísperas de la conclusión del Tratado de Lisboa, salvo en dos pequeños detalles. El primero, que la versión original hablaba de los derechos del *menor*, no del *niño*. El segundo, que la versión original utilizaba el plural en la expresión final del párrafo tercero «salvo si *son contrarios* a sus intereses», mientras que la versión actual usa el singular «salvo si *ello es contrario* a sus intereses»<sup>123</sup>.

Las Explicaciones al texto de la Carta en relación con el artículo 24 también han sido revisadas, aunque en este caso más que de un cambio de lo que hay que hablar es de una ampliación del texto de las mismas. La versión actual de dichas Explicaciones consta de dos párrafos, siendo éste segundo párrafo el que ha sido añadido. El texto de las Explicaciones dice así:

«Este artículo está basado en la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, firmada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por todos los Estados miembros, y en particular, en sus artículos 3, 9, 12 y 13.

En el apartado 3 se toma en consideración el hecho de que, como parte del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la legislación de la Unión en asuntos civiles con repercusiones transfronterizas, para la cual el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere competencias, puede incluir en particular el derecho de visita que garantiza a los niños poder mantener de forma periódica contacto personal y directo con su padre y con su madre.»

123. MANGAS MARTÍN critica el uso de término «niño» en la carta por sexista, añadiendo que hubiese sido preferible utilizar el término «infancia» (MANGAS, A., «La carta de los Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pg. 443).

## 2. RECONOCIMIENTO COMUNITARIO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

En el ámbito comunitario, la primera muestra de interés por los derechos del niño se produjo en 1967, cuando la Comisión aprobó la Recomendación 67/125/CEE, de 31 de enero de 1967, sobre la protección de los jóvenes en el trabajo. Con un título tan específico –centrado en los jóvenes y en el empleo– ciertamente esta Recomendación no englobaba una estrategia general de la CE hacia la infancia. Sin embargo sí constituyó la primera demostración del interés comunitario por velar por los intereses de los menores. La CE pretendía asociar la protección de los derechos de los adolescentes con unas competencias tan comunitarias como son el establecimiento de un mercado interior y el progreso de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores.

La Recomendación distinguía entre niños (hasta 15 años) y adolescentes (entre 15 y 18) estableciendo un régimen diferente para cada uno de ellos, imponía la exigencia de que el trabajo no afectase a su educación y endurecía las condiciones generales de seguridad y salud en el trabajo para este colectivo de trabajadores.

El siguiente hito en la evolución del interés de la CE/UE para con los menores, vino de la mano de la aprobación de otro instrumento no vinculante, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989. Los artículos 20, 21, 22 y 23 de la misma están dedicados a la protección de los niños y adolescentes y todos sus puntos se refieren al ámbito laboral, como no podía ser de otra forma con ese título. El artículo 20 establece que la edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en la que concluye la escolaridad obligatoria y que, en ningún caso debe ser inferior a 15 años. El artículo 21 establece el derecho a una retribución equitativa. El artículo 22 exige que el derecho laboral de los Estados tenga en cuenta las exigencias de desarrollo de los menores, que se limite el horario laboral de los menores de 18 años y prohíbe el trabajo nocturno de menores. El artículo 23 establece que los jóvenes deben poder beneficiarse, al final de la escolaridad obligatoria, de una formación profesional y que, para los trabajadores jóvenes, dicha formación debería proporcionarse durante su jornada laboral. Estos cuatro artículos influyeron de manera clara en el tenor del artículo 32 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que prohíbe el trabajo infantil.

Posteriormente, se fue ampliando el campo de acción de las instituciones europeas en relación a los niños, poniéndose el acento en la necesidad de que los padres pudieran compaginar su vida familiar y su vida profesional. Un importante instrumento fue la Recomendación del Consejo 92/241/CEE

de 31 de marzo de 1992 sobre el cuidado de los niños y las niñas. Esta Recomendación está centrada en la necesidad de humanizar las relaciones laborales a fin de que hagan compatibles las responsabilidades laborales de los progenitores y el cuidado de sus hijos. Para ello fomentaba no sólo la creación de guarderías públicas y privadas en los Estados miembros, sino también un régimen de excedencias y permisos parentales.

Una interpretación amplia del artículo 118A del TCE –artículo que permitía la adopción de directivas que procurasen mejoras en el medio laboral de las condiciones de seguridad y salud– posibilitó que la UE aprobara en 1994 la Directiva 94/33/CE de 22 de junio de 1994 sobre la protección de los jóvenes en el trabajo, so pretexto de que los trabajadores jóvenes eran especialmente vulnerables a los riesgos laborales, tanto en lo que concierne a su seguridad como a su salud.

Esta Directiva reitera algunos de los puntos que ya establecía la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, como la prohibición del trabajo de menores de 15 años (con alguna excepción, como las actividades culturales). También regula y desarrolla de manera pormenorizada otros puntos que establecía de manera genérica la Carta de 1989 como son los tiempos de trabajo máximo de los jóvenes, la prohibición del trabajo nocturno y sus excepciones y la prohibición de determinados trabajos. Esta Directiva ha influido sobremanera en el contenido del artículo 32 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluido en el capítulo relativo a los derechos de solidaridad, artículo que prohíbe el trabajo infantil y protege a los jóvenes en el trabajo. Pese a la relación tan estrecha que media entre el artículo 24 y el 32, el estudio de éste último no es objeto de análisis en este momento, quedando para páginas posteriores de esta obra, en el capítulo sobre los derechos de solidaridad.

Cronológicamente, el siguiente instrumento jurídico de la UE que ha incluido la regulación de los derechos del niño es la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000, que se ocupa de ello en los artículos mencionados: 24 (dentro del capítulo sobre los derechos de igualdad) y 32 (dentro del capítulo sobre los derechos de solidaridad). La Carta, a través de estos dos artículos y al margen de cuál sea el valor jurídico de este instrumento, establece un claro mandato político de acción en materia de protección de los derechos del niño. Y todo ello sin que su articulado signifique la concesión de nuevas competencias a la UE, puesto que su contenido está basado en instrumentos internacionales previos por los que la UE se siente obligada.

El Tratado Constitucional Europeo de 2004, por su parte, elevaba los derechos de los niños a la categoría de objetivo de la UE.

En 2006, la necesidad de una promoción efectiva de los derechos del niño en la política interna y externa de la UE llevó a la Comisión Europea a adoptar una Comunicación titulada «Hacia una estrategia de la UE sobre los derechos del niño». Dicha Comunicación se ocupa de la aplicación a los niños de más de diez políticas de la Unión, incluyendo asuntos judiciales civiles y penales, empleo, cooperación para el desarrollo, comercio, educación y salud<sup>124</sup>.

Como antes hemos indicado, el Tratado Constitucional Europeo de 2004, elevaba los derechos de los niños a la categoría de objetivo de la UE, algo que ha mantenido el Tratado de Lisboa, cuyo texto indica que el artículo 2 del TUE incluirá en su párrafo 2.3 la frase siguiente: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la *protección de los derechos del niño*». Asimismo, el párrafo 2.5 tras su reforma en Lisboa indicará cuando este Tratado entre en vigor: «En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, *especialmente los derechos del niño*, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas». Por su parte, el capítulo del Tratado de Lisboa relativo a la política sobre control de fronteras, asilo e inmigración, añade un artículo 63 que indica que el Consejo y el Parlamento Europeo tomarán medidas para luchar contra la trata de seres humanos, muy especialmente mujeres y niños, añadiéndose en el artículo 69B que la explotación sexual de niños es uno de los ámbitos delictivos que, por su especial gravedad, serán objeto de una tipificación por parte de esas dos instituciones europeas.

Cabe destacar por su novedad, el hecho de que el TJCE haya invocado el artículo 24 de la Carta al menos en tres ocasiones. La primera vez fue en el asunto Parlamento/Consejo de 27 de junio de 2006 (C-540/03). Este asunto versa sobre el derecho de reagrupación familiar de hijos menores de edad de nacionales de Estados terceros. En su sentencia, el Tribunal siguió la opinión emitida por el Abogado General Kokott en este mismo litigio<sup>125</sup>.

124. COM (2006) 367 final, SEC (2006) 888, de 4 de julio de 2006.

125. Sobre este asunto puede consultarse: CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo, C-540/03, ¿restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países versus respeto de los derechos humanos?», en *Revista e Derecho comunitario Europeo*, 2007, núm. 26, pgs. 219-237.

Se trata de un gran hito, puesto que el TJCE había sido bastante reacio hasta el momento a citar un instrumento no vinculante como es la Carta. Sin embargo, el Tribunal ha considerado oportuno referirse a la Carta en varios asuntos que, precisamente, se ocupan de los derechos de la infancia. El segundo de los litigios es el del asunto *Dynamic Medien* de 14 de febrero de 2008 (C-244/06), sobre la importación de unos vídeos de Reino Unido a Alemania, país donde la autoridad competente los cataloga como aptos para mayores de quince años. El TJCE consideró que no es contrario a la libre circulación de mercancías una disposición alemana que prohíbe la venta por correo de vídeos que carezcan de la indicación de haber pasado un control alemán para la protección de los menores. A favor de esta solución, el Tribunal menciona el derecho de todo niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar del artículo 24 de la Carta. Por su parte, en el asunto *Inga Rinau* de 11 de julio de 2008 (C-195/08 PPU), relativo al secuestro de menores por parte de la madre tras el divorcio, el TJCE indica que debe prevalecer el interés superior del menor tal como figura en el artículo 24 de la Carta.

### 3. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

Como indica CARRILLO SALCEDO, de conformidad con el principio de universalidad, la mayor parte de los artículos de la Carta se reconocen para toda persona, independientemente de su nacionalidad o lugar de residencia. Pero hay ciertas excepciones a esta regla, como son los derechos vinculados a la ciudadanía y también los relativos a una condición particular de las personas, como son los derechos de los menores o de los trabajadores<sup>126</sup>.

Los derechos de los niños son derechos de los que sólo disfrutaban ciertas personas cuya característica común es su menor edad. Pero a falta de definición, cabe plantearse cuál es el concepto de *niño* en la Carta de Derechos Fundamentales.

Dado que las Explicaciones de la Carta aseguran que el texto del artículo 24 se basa en el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, procede consultar este Convenio para conocer cuál es el alcance del concepto. Según el artículo primero del mismo, un niño es un ser humano de menos de dieciocho años salvo que, en virtud de la legislación aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Por tanto, el convenio deja en manos de la legislación de cada país la fijación de la mayoría de edad en una edad

126. CARRILLO SALCEDO, J. A., «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Revista de Derecho comunitario Europeo*, 2001, núm. 9, pgs. 7-26, pg. 11.

inferior a los dieciocho años, en cuyo caso el convenio no sería de aplicación a esas personas.

Obviamente, dentro del colectivo de los menores de edad hay una gran heterogeneidad, puesto que ni física ni jurídicamente es igual la situación del bebé de meses que del niño de ocho años o del adolescente de diecisiete. Así, puede producirse dispensa para contraer matrimonio a una edad inferior a los dieciocho, o puede establecerse una mayoría de edad penal también inferior, o un acceso al trabajo también previo a alcanzar la mayoría de edad, pero siempre en relación con jóvenes y adolescentes, no en niños en su más tierna infancia.

Independientemente de que a escala planetaria pueda plantear problemas la identificación de quién es niño (al haber dejado el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño en manos de cada Estado la decisión sobre el momento de la adquisición de la mayoría de edad), sin embargo esto no debe plantear demasiados problemas hoy día en los países miembros de la UE, que gozan de una regulación homogénea en la materia.

En otro orden de cosas, conviene insistir en el cambio de dicción del artículo 24, en las versiones de la Carta proclamadas en 2000 y de 2007, respectivamente. Donde la versión original hablaba de derechos del menor, hoy se habla de derechos del niño. No existiendo diferencia jurídica sustancial entre ambos términos (puesto que el niño es un menor de edad de acuerdo con el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño) consideramos que el cambio del texto puede deberse a varios factores: 1) El término *niño* es el utilizado por el Convenio de Naciones Unidas y en la Carta se ha preferido usar la misma palabra. 2) El término *menor* parece copiado del derecho privado, se antoja demasiado privatista. 3) El término *menor* es más neutro y aséptico, mientras que la palabra *niño* parece evocar mejor la idea de dependencia y de necesidad de cuidado por parte de los adultos que se intenta sugerir. Sin embargo, también habría razones para haber mantenido el término *menor* en el artículo 24, como indican Rojo y CAMAS, puesto que el concepto *niño* podría ser interpretado por algunos como excluyendo a los jóvenes adolescentes menores de dieciocho años, quienes fisiológicamente se diferencian sobremedida de los niños que están en su más tierna infancia. Además, el uso del término menor podría sugerir una apuesta de la UE por una unificación al alza, más que a la baja, de la edad mínima que delimita la minoría con la mayoría de edad<sup>127</sup>.

127. ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., «Los derechos del niño y de las personas mayores», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch, pgs. 853-898, pg. 864.

#### 4. CONTENIDO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL ARTÍCULO 24 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La UE considera que los derechos de la infancia forman parte de los derechos humanos que la UE y los Estados miembros se han comprometido a respetar en virtud de los tratados internacionales y europeos. En relación con los niños, tiene una significación muy especial el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989. El CEDH, en cambio, no contiene ningún artículo dedicado específicamente a los niños. Sin embargo, eso no ha sido óbice para que el TEDH haya desarrollado una importante jurisprudencia sobre los derechos de los niños a través de una interpretación amplia del artículo 8 del CEDH, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Esta jurisprudencia, aunque no es citada como fuente de inspiración del artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales en las Explicaciones del *Praesidium*, consideramos que sin duda ha influido en el tenor de dicho artículo, puesto que sus tres párrafos se refieren a aspectos que han sido tratados por el TEDH y lo hacen en los mismos términos que lo ha hecho el TEDH en sus sentencias. Aspectos como la importancia de tener en cuenta el interés superior del menor en toda decisión que afecte a éste, o el derecho de visitas, o la consulta al niño cuando su grado de madurez lo permita, son temas abordados tanto por el artículo 24 de la Carta como por la jurisprudencia del TEDH.

Los niños son titulares de todos los derechos humanos. Pero además, los derechos específicos de los niños conviene no subsumirlos en los derechos humanos en general, puesto que ocupan una posición propia. Determinados derechos se aplican exclusivamente a los niños. Por ejemplo el derecho a mantener contactos con ambos padres. Por eso la UE considera los derechos del niño como un tema diferenciado, digno por sí mismo de acciones y estrategias específicas<sup>128</sup>.

El artículo 24 de la Carta intenta compendiar varios aspectos o necesidades básicas de la vida de los menores que son vitales para su buen desarrollo. A cada una de esas necesidades vitales el artículo asocia un derecho para el

128. La necesidad de estrategias específicas para promover los derechos del niño ha sido confirmada por el Consejo de Europa (organización de la que forman parte todos los Estados miembros de la UE) en su reciente Conferencia Internacional de Estocolmo «*Building a Europe for and with the children: towards a strategy for the years 2009/2011*», celebrada el 8 y 10 de septiembre de 2008. En la misma se ha aprobado la Estrategia de Estocolmo, cuyo contenido incide, entre otros, en los aspectos mencionados en el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (*provision, protection and participation*). Las Conclusiones finales de esta Conferencia Internacional, se pueden consultar en [http://www.coe.int/t/dc/press/news/20080910\\_disc\\_conclusions\\_stockholm\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dc/press/news/20080910_disc_conclusions_stockholm_en.asp).

niño. Estas necesidades son la de protección y cuidado, expresar su opinión y mantener relaciones y contactos con sus padres, salvo si son contrarios a sus intereses.

Con arreglo a los Tratados y a la jurisprudencia del TJCE, la UE no tiene competencias en materia de derechos fundamentales y tampoco en materia de derechos del niño. Pero según el artículo 6 del TUE, la UE respetará los derechos fundamentales en todas las acciones que emprenda dentro de sus competencias. Estos derechos incluyen el CEDH y su jurisprudencia y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño. No obstante, aun a falta de competencia general, la UE debe abstenerse de actuar en violación de los derechos de los niños. Además, tiene la obligación positiva de emprender acciones específicas encaminadas a promover los derechos de la infancia en materias que sí sean de la competencia de la UE, respetando siempre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Todo ello pese al papel forzosamente subsidiario que las instituciones europeas puedan tener en un ámbito en el que las competencias que implican acción siguen básicamente en manos de los Estados miembros<sup>129</sup>.

Como indica la Comisión Europea en su Comunicación de 2006, del nacimiento a la vida adulta los niños tienen necesidades muy distintas en las diferentes fases de su vida. Durante los cinco primeros años, los niños necesitan protección y atención sanitaria especiales. De los cinco a los doce, necesitan todavía protección pero aparecen nuevas necesidades, como el derecho a la educación. En la adolescencia se encuentran con necesidades y responsabilidades nuevas, como es expresar sus puntos de vista libremente sobre decisiones que tienen consecuencias en sus vidas. El artículo 24, sin mencionar estas fases, parece tenerlas en cuenta cuando reconoce los distintos derechos asociados a la infancia, aunque el artículo no menciona una de las necesidades más básicas, la de ser educado, que es objeto de tratamiento en un artículo específico de la Carta de Derechos Fundamentales, el artículo 14. Este artículo no circunscribe el derecho a la educación al colectivo de los niños, sino que hace titular de él a toda persona.

Con respecto al primer párrafo del artículo 24, éste alude a dos ideas fundamentales condensadas en tres frases. La primera idea, que los niños tienen derecho a la protección y cuidados necesarios para su bienestar. La segunda –agrupada en torno a dos frases–, que los niños podrán expresar su opinión con libertad y que ésta será tenida en cuenta en los asuntos que les afecten pero siempre en función de su edad y madurez.

129. FERNÁNDEZ TOMÁS, cit., pg. 126.

La primera frase afecta a todo menor de edad, porque todos ellos tienen derecho a cuidados y protección. No obstante, ciertamente más y más intensos deberán ser esos cuidados cuanto más pequeño y desvalido sea el niño. Pero todos ellos sin exclusión tienen derecho a alimentos, acceso al agua, vivienda y abrigo, vestido, educación, seguridad, supervisión, salud, y hasta cariño que, como mínimo, son los elementos no nombrados en este párrafo pero que se antojan intrínsecos a la idea de cuidado y protección de un niño.

Esta primera frase del artículo 24 de la Carta está inspirada en el artículo 3 en sus párrafos 2 y 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que dice así:

«2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.»

La Carta de Derechos Fundamentales opta por un enunciado más corto y sencillo que el del Convenio de Naciones Unidas porque, obviamente, la función de una y otro son diferentes. La Carta pretende enunciar escuetamente los grandes principios y derechos de los que se goza en el ámbito, más o menos homogéneo, de la UE. En cambio, el Convenio sobre los derechos del niño es un tratado especializado en los derechos de los menores y su objetivo es expresar del modo más pormenorizado posible todos los derechos de los que son titulares los miembros de este colectivo. Su función es dejar los menores resquicios posibles a la decisión arbitraria de los Estados en relación con los más pequeños de la sociedad. Esto es especialmente necesario porque los Estados de todo el planeta son muy diferentes entre sí, también en el tratamiento que reservan a los menores. Por eso los artículos son largos, exhaustivos y dejan poco espacio para la interpretación.

En la primera frase del artículo 24 de la Carta, no se especifica quién o quiénes deben procurar la protección y los cuidados a los niños (¿los padres?, ¿los tutores?, ¿los familiares?, ¿las instituciones públicas y privadas?, ¿la sociedad en general?). La frase usa una forma impersonal en la que los únicos protagonistas son los propios niños. Por el contrario, los párrafos 2 y 3 del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño sí especifican, respectivamente, que son los padres, tutores y personas responsa-

bles de los niños ante la ley, por un lado, y las instituciones, servicios u establecimientos encargados de los niños, por otro, quienes deben asegurar la protección y el cuidado de los niños. Y los Estados Partes se comprometen a que todos ellos cumplan con sus obligaciones. Los Estados tienen obligaciones no sólo negativas, sino también positivas, para hacer cumplir el Convenio, siendo en caso contrario responsables ellos mismos a nivel internacional de la violación de un tratado que voluntariamente han ratificado<sup>130</sup>.

La segunda y tercera frases del primer párrafo del artículo 24 son un reflejo del derecho general a la libertad de expresión. Obviamente, como seres humanos que son, los niños también gozan del derecho a la libertad de expresión. Quizá desde esta perspectiva, el artículo 11 de la Carta (sobre la libertad de expresión y de información) ya se podría entender que cubre este derecho en los niños. Sin embargo, la situación de especial dependencia y vulnerabilidad de los niños aconsejaba la mención a su derecho a expresarse de manera clara e inequívoca en el artículo que se dedica a los derechos de los niños. La voz de los niños a menudo es silenciada o tenida por irrelevante. Por ello era tan importante resaltar en la Carta que tienen derecho a expresarse, incluso a que su opinión sea tenida en cuenta cuando su edad o grado de madurez lo aconsejen. Las autoridades competentes deberán, en caso de conflicto, decidir si la madurez, el entendimiento y el juicio de un niño son suficientes como para que su opinión sea escuchada y considerada en asuntos que le conciernan, como pueda ser en caso de divorcio de los padres.

Estas dos frases se inspiran en dos artículos del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, los artículos 12 y 13, que dicen así:

«Artículo 12:

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

«Artículo 13.

1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; este derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin

130. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Los obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 1987, Ministerio de Justicia, *passim*.

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o
- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.»

De nuevo, la fuente de inspiración del artículo 24 de la Carta es mucho más prolija y exhaustiva que el texto de la Carta. Donde esta última sólo habla del derecho del niño a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en los asuntos que le afecten cuando el grado de madurez y discernimiento del niño así lo aconsejen, el Convenio sobre los derechos del niño desmenuza, interpreta y analiza estos dos derechos hasta el punto de no dejar casi ningún margen de apreciación a los Estados. Con respecto a la libertad de expresión del menor, el Convenio especifica que se puede ejercer de modo oral, escrito, u otro medio como pueda ser la forma impresa o las producciones artísticas. Con respecto a que la opinión del menor sea tenida en cuenta cuando se decida sobre problemas que le afecten, el Convenio de Naciones Unidas especifica que es normalmente en procedimientos judiciales y administrativos donde puede ser recabado su parecer.

Aunque nada de esto aparezca como tal mencionado en el artículo 24, ello no impide que sea de aplicación al mismo, puesto que la Carta deja claro en el Preámbulo que este documento reafirma «*las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros*», entre las cuales destaca las que se derivan del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Es más, el artículo 53 de la Carta, relativo al nivel de protección de la misma, indica que «*ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por... el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros...*». Entre ellos destaca, de nuevo, el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

En el segundo párrafo del artículo 24 de la Carta se nos introduce el concepto del interés superior del niño como criterio o principio fundamental a la hora de tomar decisiones o de actuar en relación con los niños. Este mismo concepto se utiliza en el primer párrafo del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que dice así:

- «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades ad-

ministrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.»

El Comité de los Derechos del Niño, órgano creado por el Convenio sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Comentario General núm. 7 sobre *Implementing child rights in early childhood*, indica que el principio del interés superior del niño implica todas las acciones sobre los niños, medidas positivas para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar así como medidas para apoyar y ayudar a los padres en sus responsabilidades diarias de hacer efectivos los derechos del niño<sup>131</sup>.

La jurisprudencia del TEDH en su interpretación de asuntos relativos al artículo 8 del CEDH (sobre el respeto de la vida privada y familiar) también ha tenido ocasión de referirse al interés superior del menor. En algunos casos vistos por el TEDH se llega a retirar a unos padres la custodia de los hijos porque prima el interés superior del menor frente al deseo de padres maltratadores, dejados, alcoholizados o drogadictos de mantener a los hijos bajo su tutela<sup>132</sup>.

Con independencia de que el TEDH falle a favor o en contra del demandante, el Tribunal siempre tiene en cuenta en primer lugar cuál es el interés superior del menor. Si el bienestar del menor sólo se puede alcanzar alejándole de los padres, el TEDH fallará a favor del Estado demandado. Pero si considera que el interés del menor puede alcanzarse junto a sus padres, siempre será mejor que el menor permanezca con los mismos. Las decisiones de los servicios sociales colocando a un niño bajo la tutela de las autoridades públicas casi siempre interfiere en el derecho a la vida familiar, puesto que

131. CRC/C/GC/7/Rev.1 de 20 de septiembre de 2006, punto 13. Sobre la labor del Comité, puede consultarse: SANZ CABALLERO, S., «La violencia contra los niños, la violencia más invisible. Balance del derecho al respeto de la integridad física de los niños a los diez años de la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño», en *La Protección del Menor*, VALLES, A. (dir.), 2009, Tirant Homenajes y Congresos, Valencia, pgs. 373-396.
132. TEDH, Buscemi/Italia de 16 de septiembre de 1999; TEDH, Olsson/Suecia de 27 de noviembre de 1992; TEDH, Rieme/Suecia de 22 de abril de 1992; TEDH, L./Finlandia de 27 de abril de 2000; TEDH; K. Y.T./Finlandia de 13 de julio de 2001. Sobre la jurisprudencia del TEDH en materia de familia, en general, y sobre el concepto del interés superior del menor, en particular, puede consultarse: SANZ CABALLERO, S., *La familia en perspectiva internacional y europea*, 2006, Tirant lo Blanch, Valencia; SANZ CABALLERO, S., «La protección internacional de la familia y las personas dependientes», en *La protección internacional de las personas con discapacidad*, FERNÁNDEZ LIESA, C. (coord.), 2007, Ed. Tecnos, pgs. 239-300; SANZ CABALLERO, S., «La familia, ¿una preocupación europea?», en *Retos del siglo XXI para la familia*, LLOPIS GINER, J. M. (ed.), 2008, Ed. Práctica del Derecho, pgs. 375-404; OPROMOLLA, A., «Children's rights under articles 3 and 8 of the European Convention: recent case law», en *European Law Review*, 2001, núm. 26, pgs. 42-57.

el disfrute de la compañía mutua entre padres e hijos forma parte intrínseca de la misma. Por tanto, siempre supone una interferencia en el derecho protegido en el párrafo primero del artículo 8 del CEDH. Sin embargo, antes de concluir si existe violación del CEDH habrá que examinar si la medida está prevista por la ley (cosa que casi siempre ocurre, puesto que los servicios sociales suelen adoptar sus decisiones en aplicación de la normativa vigente), si tiene un objetivo legítimo (lo cual también suele concurrir, porque suele adoptarse para proteger los derechos de otros –en este caso, de los niños– así como su salud y moral) y, en último lugar, si es necesaria en una sociedad democrática. Este requisito final es el que resulta más difícil de demostrar: ¿realmente no existía una alternativa a la retirada de custodia? Además, éste es el requisito que, en un mayor número de ocasiones, el TEDH entiende que los servicios sociales han interpretado de forma excesivamente amplia. Por esta razón a veces el tribunal falla a favor de los padres, cuando entiende que el exceso de celo de las autoridades del país ha llevado a tomar medidas innecesarias en una sociedad democrática.

Esta conclusión de la jurisprudencia del TEDH sobre custodia de hijos de dar prioridad en todo lugar al interés del menor es la que también subyace en el Convenio Europeo sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Niños y Restablecimiento de la Custodia de Hijos de 20 de mayo de 1980, surgido también del ámbito del Consejo de Europa. Si el interés del menor se protege en compañía de sus padres o de alguno de ellos, el niño quedará bajo su custodia. Si el interés del menor está mejor servido alejándolo de sus progenitores, así se hará. El TEDH también sancionará los posibles quebrantamientos del régimen de visitas.

En relación con este último punto, es decir, el régimen de visitas de los progenitores, el párrafo tercero y último del artículo 24 establece que todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses. Se parte de la base de que lo natural para un niño es un entorno familiar en el que conviva con su padre y madre. Sin embargo, distintas circunstancias –entre las que destacan, por lo generalizadas, la ruptura de la convivencia de la pareja o la disolución del matrimonio, pero también las situaciones de alcoholismo, drogadicción, abandono, abusos o maltrato familiar– pueden desaconsejar que los niños permanezcan con uno de los padres o incluso con ninguno de los dos. En los casos en los que uno de los padres deje de convivir con el niño o en que éste sea puesto en manos de los servicios sociales competentes o en una familia de acogida, el artículo 24.3 de la Carta reconoce al niño el derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con el padre y la madre, salvo si, lógicamente, ello fuera contrario a los intereses del menor.

Existe abundante jurisprudencia del TEDH que nos va indicando de modo casuístico en qué casos un régimen de visitas puede ser contrario a los intereses del menor<sup>133</sup>. Serán los servicios sociales –bajo la supervisión, en su caso, de los órganos judiciales– los que valorarán cuándo los contactos con los progenitores pueden resultar lesivos para los niños.

Como curiosidad se puede indicar que en versiones anteriores de este artículo de la Carta la referencia al derecho del niño a mantener contactos con sus padres no aparecía. Parece que en su mención final pesó la existencia de jurisprudencia del TEDH sobre la denegación del derecho de visitas a algunos padres cuando tales encuentros pudieran dañar al niño, y por tanto, pudieran perjudicarlo en su desarrollo.

En este tercer párrafo del artículo hemos de destacar que lo que se protege es el derecho del niño a los contactos y relaciones con sus padres, no el derecho de los padres a dichos contactos o visitas. El titular del derecho es siempre el menor, y por tanto se ejercerá cuando no sea contrario a sus intereses porque, como se ha indicado en el análisis del párrafo segundo, lo que prima es el interés superior del menor, esto es, lo que le reporte bienestar a él, y no a los padres.

Por último, llama la atención la dicción del último párrafo del artículo 24, que claramente distingue entre el padre y la madre de un menor. En principio, no debería extrañar la expresión, puesto que todo niño nace de la fusión de células sexuales de un hombre (el padre) y de una mujer (la madre). Esto es lo normal y ha sido así desde el principio de los tiempos. Sin embargo, el reconocimiento reciente en algunos Estados del derecho de adopción a parejas homosexuales, o la posibilidad en otros de que existan madres de alquiler que entreguen al niño nacido de su vientre a una pareja homosexual, pasando por la inseminación artificial de lesbianas que viven en pareja, están acabando por diluir la diferencia entre el padre y la madre. La misma Carta de Derechos Fundamentales, en su artículo 9 sobre el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, huye de mencionar que los que pueden contraer matrimonio son hombre y mujer entre sí, para dejar abierta la posibilidad a la regulación nacional de los matrimonios homosexuales. La ley española sobre los matrimonios homosexuales (Ley 13/2005 de 1 de julio), por su parte, reforma el Código Civil español hasta el punto de cambiar todas las menciones al *padre* y *madre* que aparecían en el Código para convertirlas en asépticas alusiones a los *progenitores*. Desde este punto de vista, reiteramos que llama la atención la valentía de esta disposición, la del artículo

133. TEDH, Kutzner/Alemania de 26 de febrero de 2002; TEDH, K.A./Finlandia de 14 de enero de 2003.

24.3 de la Carta, que sigue mencionando el derecho del niño a los contactos y relaciones con su padre y su madre. Desconocemos si fue la intención del artículo el dar a entender que todo hijo tiene un padre y una madre o si se trata de un desliz que casa mal con algunas nuevas leyes estatales, como las de España, Bélgica o Países Bajos, que permiten la inscripción en el registro civil de un niño con dos padres o con dos madres<sup>134</sup>.

En conclusión, se trata de un artículo amplio en su contenido, incluso más amplio de lo que pueda ser el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que está dedicado a la infancia y la maternidad.

## 5. VALOR JURÍDICO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA UE

La doctrina coincide en que el artículo 24 enuncia auténticos derechos. Al margen de que el Tratado Constitucional Europeo o el Tratado de Lisboa puedan erigir los derechos del niño como objetivo de la UE, los preceptos o mandatos que enuncia el artículo 24 constituyen auténticos derechos cuyos titulares son los niños.

Las palabras escogidas por los miembros de la Convención que redactó la Carta son muy claras: «los niños tienen derecho a...», «todo niño tiene derecho a...». No aparecen las menciones que se hacen en otros artículos de la Carta a que «la Unión respeta...» o «la Unión reconoce...» sino que se enuncia directamente el derecho del menor a esto o aquello. Se trata de una disposición que, tanto por su objeto como por su redacción, otorga directamente a los niños (o a quien los represente, si carece de capacidad) un derecho subjetivo que puede ser exigido directamente ante los tribunales. Son derechos tutelables jurisdiccionalmente, no meros principios programáticos que deban ser seguidos por la UE en su actuación. El artículo ni siquiera prevé una posterior regulación del derecho por parte del legislador, bien comunitario, bien nacional. RODRÍGUEZ indica que, independientemente de que esa regulación de desarrollo pueda eventualmente darse, no es en absoluto necesario para poder invocarlos ante la jurisdicción competente<sup>135</sup>.

## VII. ARTÍCULO 25. DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

*Artículo 25. Derechos de las personas mayores*

*La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar*

134. SANZ CABALLERO, S., «Le droit de la famille en Europe. Le cas du droit espagnol», en *L'évolution du droit de la famille en Europe depuis trente ans*, BOUCAUD, P. (ed.), 2008, Bruylant, París (en prensa).

135. RODRÍGUEZ, cit., pg. 236.

*una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Si el siglo XIX fue el siglo del niño y el XX el de la mujer, entonces el siglo XXI será (y está siendo ya) el siglo de las personas mayores<sup>136</sup>. Y es que la toma de conciencia sobre los problemas y la especial situación de las personas de mayor edad ha sido a nivel internacional muy tardía. Los avances médicos –que han conseguido alargar el ciclo vital de las personas y además con una alta calidad de vida–, unidos a la inversión de la pirámide poblacional –con bajísimas tasas de natalidad en la mayor parte de los países del mundo–, son factores que han abocado a dar más peso específico que antaño a esta parte de la población, en lo que la ONU ha dado en llamar una revolución silenciosa. No en vano, las expectativas de esta Organización son que pasaremos de los 200 millones de ancianos que había en el mundo en 1950 a 2000 millones en 2050<sup>137</sup>, porque el número de personas de 60 años o más está creciendo más rápido que el de todos los demás grupos de edad.

Todo ello ha llevado a la Unión, en una tendencia en la que le acompaña todo el resto de la comunidad internacional, a dar un nuevo planteamiento al envejecimiento y la vejez. Antiguamente, el envejecimiento era percibido como un problema básicamente personal y familiar. Las personas mayores, sobre todo si eran dependientes, eran presas fáciles de la exclusión social. Hoy, lo consideramos como un fenómeno que se extiende a lo largo de toda la vida y que incumbe a toda la sociedad, no sólo a las personas de edad –aunque aún hoy día muchas personas de edad son objeto de marginación y abandono–<sup>138</sup>.

La situación que viven las personas mayores es de una discriminación estructural. No se trata sólo de la discriminación laboral que sufren, es que además hay numerosos prejuicios sobre ellos. En muchos casos son percibidos como una carga para sus familias y para la sociedad. Se considera que colapsan los sistemas sanitarios. En no pocas ocasiones sufren abandono por parte de su entorno familiar o son utilizados como mano de obra gratuita por sus propios hijos. Se convierten en seres invisibles, proclives al desarraigo,

136. MIRET MAGDALENA, E., «El siglo de las personas mayores», en *Cuadernos Bartolomé de las Casas. Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (ed.), 2006, pgs. 9-15, pg. 9.

137. Oficina demográfica de Naciones Unidas. Estadísticas de 2005.

138. BLÁZQUEZ MARTÍN, D., «Los derechos (humanos) de las personas mayores», en *Cuadernos Bartolomé de las Casas. Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (ed.), 2006, pgs. 17-35, pg. 21.

al maltrato y a la apropiación de sus pensiones. Se considera que al llegar a una edad avanzada, las ideas se estancan. Ya no se les considera útiles para la vida profesional, la vida social y otros ámbitos de la vida pública. Todo ello no son sino estereotipos que tienen como efecto convertir a las personas mayores en un colectivo altamente vulnerable cuyos derechos humanos son violados –aún hoy día, que hemos tomado conciencia de la situación–, de una manera sistemática o estructural.

Sin embargo, los principios de *igualdad* de todos y de la igual *dignidad* de todos, han llevado a un lento reconocimiento y a una protección paulatina de los derechos de la persona mayor. En 1991, la Organización de Naciones Unidas, tras la convocatoria de la I Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en 1982, adoptó los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad<sup>139</sup>. Estos Principios son: 1) independencia (incluido el derecho al trabajo y el acceso a los elementos básicos para la vida como son alimentos, vivienda...), 2) participación (deben poder compartir su experiencia y conocimientos con otras generaciones y deben participar activamente en la formulación de políticas), 3) cuidados (cuando los necesiten, deben tener acceso a servicios sanitarios, residencias...), 4) autorrealización (aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial), y 5) dignidad (deben poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de malos tratos físicos o mentales).

En definitiva, se trata de propugnar lo que la Organización Internacional del Trabajo ha dado en llamar una visión activa del envejecimiento<sup>140</sup>.

## 2. RECONOCIMIENTO COMUNITARIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

La UE, en los últimos años, ha entrado de lleno en este movimiento en favor del reconocimiento de los derechos de las personas mayores. La prohibición de discriminación por razón de edad fue incluida en el artículo 13 del TCE tras la reforma de Amsterdam de 1997. Este artículo, a su vez, ha sido desarrollado por la Directiva 2000/78/CE<sup>141</sup>. Pese a este desarrollo, MEE-

139. Resolución 46/91 de la AGNU de 16 de diciembre de 1991.

140. OMS: *Active Ageing: A policy framework. A contribution of the WHO to the second UN world assembly on ageing*, 2002, Madrid, pg. 43.

141. A su vez, la interpretación de esta Directiva ha dado lugar a la sentencia C-144/04 Mangold de 22 de noviembre de 2005 en la que el TJCE reconoce la existencia del principio de no discriminación por razón de edad como principio general del Derecho comunitario (párrafo 76). Este principio de Derecho comunitario es reiterado por el Tribunal en su sentencia al asunto C-388/07 *The Queen/Age concern England* de 5 de marzo de 2009 (párrafo 40). Curiosamente el TJCE mencionó el artículo 21.1 de la Carta, pero no el artículo 2.5.

NAN califica como un golpe de suerte el que la edad fuera incluida en la norma como un motivo prohibido de discriminación. Fue más bien una cuestión de oportunidad, puesto que en la Conferencia Intergubernamental no había realmente tanta sensibilidad hacia el tema como hacia otros tipos de discriminación, debido seguramente a que prácticamente ningún instrumento internacional se había ocupado demasiado hasta ese momento ni de la edad, ni de los derechos de los ancianos<sup>142</sup>.

Posteriormente, este motivo de discriminación también fue prohibido expresamente en el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Pero tanto el artículo 13 del TCE, como la Directiva 2000/78/CE, como el artículo 21 de la Carta se ocupan en todo caso de la discriminación por razón de edad (cualquiera que ésta sea) y no sólo de la discriminación que sufren las personas mayores –porque también puede haber una discriminación por razón de edad que afecte a adolescentes, o a menores de 30 años–.

Por su parte, el artículo 34.1 de la Carta, que forma parte del capítulo IV sobre los derechos de solidaridad, al referirse a la seguridad social y a la ayuda social, incluye los casos de dependencia o vejez como unos de los que (junto a maternidad, accidentes laborales, desempleo y enfermedad) dan acceso a prestaciones de seguridad social y servicios sociales. Sin embargo, las necesidades y derechos de los mayores no se agotan con las pensiones a las que tienen derecho.

Por eso reviste tanta importancia que la Carta se refiera también de modo específico a los derechos de las personas mayores en el artículo 25 aunque, conviene mencionar, éste no debió ser un tema prioritario para los miembros de la Convención porque esta cláusula apareció muy tarde en la Carta. Se trata de una materia en la que destaca muy especialmente el trabajo realizado por el Consejo de Europa a través de las recomendaciones que ha emitido. Este artículo de la Carta tiene muy especialmente en cuenta la aportación hecha por el Consejo de Europa a la materia, y de la cual tuvo la Convención cumplida noticia gracias a los dos observadores del Consejo de Europa que componían dicho órgano.

Para completar el panorama sobre el reconocimiento jurídico de los derechos de las personas mayores, es necesario recordar que el Tratado por

---

142. MEENAN, H., *Reflexiones sobre la discriminación por motivos de edad en 2007: un intento de aportar claridad y materia de reflexión*, conferencia impartida en la Academia de Derecho europeo de Trier, 27 de noviembre de 2007, accesible en la siguiente dirección de internet: [www.era.int/web/en/html/nodes\\_main/4\\_1649\\_490/4\\_1087\\_539/5\\_1070\\_66/5\\_1070\\_3364.htm](http://www.era.int/web/en/html/nodes_main/4_1649_490/4_1087_539/5_1070_66/5_1070_3364.htm).

el que se aprueba una Constitución para Europa incluía la solidaridad entre generaciones como uno de los objetivos de la Unión en su artículo I-3, algo que repite el Tratado de Lisboa en su artículo 2, donde también se establece como una de las finalidades de la UE.

### 3. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

Frente a un proceso histórico de generalización, en el que se extendieron los derechos humanos a todas las personas, hoy día vivimos un proceso de especificación en el que existe la tendencia a distinguir categorías de personas a las que se les reconocen derechos especiales en función de su situación concreta<sup>143</sup>. Algunas personas se encuentran en una situación de partida de desigualdad con respecto a otros y eso justifica que sean titulares de derechos especiales que les garanticen la igualdad (las minorías raciales o étnicas, las personas mayores, etc.). No son derechos universales, porque no todos los gozan, pero en el caso de los derechos de los mayores tienen una universalidad virtual porque todos estamos llamados a envejecer.

Por otro lado, como bien indican GETE-ALONSO y NAVAS, tampoco se puede abordar el estudio de las personas mayores únicamente desde el ángulo de la especial protección que merecen o de los derechos especiales que se les ha de otorgar. La persona mayor, como toda persona, merece y goza de todos los derechos humanos (llamémosles, generales) de los que disfruta cualquier ser humano (el derecho a la libertad de prensa, al respeto de su vida familiar, etc.)<sup>144</sup> y, además, debe gozar de derechos especiales por su edad.

El artículo 25 ha optado por la expresión «personas mayores» para referirse a este colectivo. Se trata de una expresión neutra pero un tanto ambigua, porque es muy relativo quién sea una persona mayor. En puridad, también es mayor una persona de 30 o 40 años, y en realidad todo depende de con quién se compare uno (comparado con un joven de 18 años, uno de 45 es mayor, pero si comparamos al de 45 con uno de 75, el mayor es éste último). Sin embargo, las instituciones europeas han optado por el uso de esta expresión –personas mayores– en lugar de otras que parece que tienen una carga más peyorativa (como es la de viejos), u otras que dan por hecho

143. BOBBIO, N., «Derechos del hombre y filosofía de la historia», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1998-99, núm. 5, pgs. 27-39.

144. GETE-ALONSO y CALERA, M. C. y NAVAS NAVARRO, S., «La situación jurídica de las personas mayores», en *Cuadernos Bartolomé de las Casas. Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (ed.), 2006, pgs. 37-69, pg. 39.

que la persona trabajó (como la de retirados o jubilados), u otras que parecen aludir al ocaso de la vida (como es la expresión tercera edad). El Libro Verde de la Comisión denominado «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad de generaciones»<sup>145</sup> distingue entre personas mayores (y aclara que son el grupo de edad que comprende desde los 65 a los 79 años) y personas ancianas (que serían las de más de 80 años).

Lo cierto es que el colectivo de las personas de edad avanzada es muy heterogéneo, lo que hace difícil su catalogación. Hay personas con 75 años perfectamente autónomas, activas social y profesionalmente, sanas y con la mente despejada, y hay otras con 60 años que son dependientes, están excluidas socialmente, se sienten desarraigadas y enfermas.

#### 4. CONTENIDO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

Estamos ante un artículo bastante novedoso si lo comparamos con las declaraciones e instrumentos internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sólo menciona en su artículo 25 el derecho a un seguro en caso de vejez (entre otros motivos que dan derecho a un seguro). Por su parte, los dos Pactos internacionales de 1966 (el de los derechos civiles y políticos y el de los derechos económicos, sociales y culturales) ignoran totalmente la cuestión, habiendo llegado a afirmar el Comité del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

«Otra cuestión importante es determinar si la discriminación por razones de edad está prohibida por el Pacto. Ni en el Pacto ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace explícitamente referencia a la edad como uno de los criterios prohibidos. En vez de considerar que se trata de una exclusión intencional, esta omisión se explica probablemente por el hecho de que, cuando se adoptaron estos instrumentos, el problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o tan urgente como en la actualidad.»<sup>146</sup>

De todos los documentos internacionales sobre derechos humanos, sólo la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 (surgida del seno de las CC EE pero sin valor vinculante) y la Carta Social Europea revisada de 1996 (del Consejo de Europa y vinculante para los Estados partes) se ocupan específicamente de los derechos de las personas mayores. De hecho, éstos dos son los únicos documentos internacionales que son mencionados por las Explicaciones al texto de la Carta como

145. COM (2005) 94 final de 16 de marzo de 2005.

146. Observación General núm. 6 al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*, 1995 [UN Doc. E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995)], párrafo 11.

textos normativos en los que se inspira la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. El texto de las Explicaciones que, además, no fue reformado por el *Praesidium* de la Convención II, dice así:

«Este artículo se inspira en el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada y en los artículos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores. La participación en la vida social y cultural incluye por supuesto la participación en la vida política.»<sup>147</sup>

El artículo 23 de la Carta Social Europea revisada constituye un ejemplo de inclusión social de las personas mayores. Se trata de un artículo amplio, completo, que bajo el rótulo de «derecho de las personas mayores a protección social», exige a las partes medidas que permitan a las personas mayores seguir siendo miembros plenamente activos de la sociedad, que puedan elegir libremente su estilo de vida así como garantizarles los cuidados necesarios cuando tengan que vivir en instituciones. Para conseguir todo eso, se solicita a los Estados partes que les permitan llevar una vida digna y desempeñar un papel activo en la vida social y cultural, que se les ofrezca información sobre servicios a su disposición, que se les provea de un hogar adaptado a sus necesidades y a su estado de salud, así como cuidados médicos adecuados.

Por su parte, los artículos 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores se refieren, respectivamente, al derecho de todo trabajador comunitario a poder disfrutar de una pensión que le garantice un nivel de vida digno cuando llegue a la jubilación, así como el derecho de toda persona que haya alcanzado la edad de jubilación pero que no tenga derecho a pensión ni otros medios de vida, a poder disfrutar de recursos suficientes y de una asistencia social y médica adaptada a sus necesidades.

En una versión de la Carta que no prosperó, se especificaba en un artículo creado al efecto que los ancianos tienen derecho a la protección social y se indicaba que los trabajadores retirados tienen derecho a un nivel de vida adecuado. Asimismo, se indicaba que las personas mayores que no tienen derecho a una pensión de vejez y que no tengan medios de subsistencia tienen derecho a la asistencia social y médica<sup>148</sup>. Claramente, estos malogrados proyectos de artículo de la Carta estaban basados en el texto de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

En todo caso, la influencia de estos dos documentos en el texto final del artículo 25 es clara: la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas

147. Charte 4473/00 de 11 de octubre de 2000.

148. Convent 26 de 17 de abril de 2000.

mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

Hay dos partes en la frase, esto es, dos elementos que la Unión se compromete a respetar. Por un lado, la dignidad e independencia de las personas mayores. Por el otro, su participación en la vida social y cultural.

Con respecto a lo primero, las personas mayores son, como todo ser humano, dignas. No son personas incapaces (a menos que se declare su incapacidad judicialmente, para lo cual habrá que demostrar su falta de gobierno) de modo que tanto desde el punto de vista de su autonomía personal como desde el punto de vista patrimonial, pueden tomar sus decisiones. Corresponde a la persona mayor (como a todo mayor de edad) ejercitar sus derechos y otorgar, en su caso, las legitimaciones a otras personas (poderes) para que actúen en su nombre o por su cuenta. Nadie puede arrogarse el derecho de representar a una persona mayor sólo por el hecho de que su edad sea avanzada<sup>149</sup>. Y pueden defender sus derechos incluso judicialmente. Además, para poder llevar una vida digna, tienen derecho a una pensión económica pública que garantice su subsistencia y atención sanitaria y social<sup>150</sup>.

Con respecto a lo segundo, es decir, a la participación de las personas mayores en la vida social y cultural, parece que algo le falta a esta expresión: el poder participar en la vida política y económica. Sin embargo, tal ausencia es parcialmente suplida o conjurada en las Explicaciones del *Praesidium* porque en las mismas se dice explícitamente que, a los efectos de este artículo, la vida social y cultural comprende también la vida política.

Tradicionalmente ni se ha fomentado la participación de las personas mayores en la vida pública ni éstas han efectivamente participado demasiado en ella. La concepción de que los asuntos públicos son para los jóvenes –personas que, según la visión estereotipada, tienen más vitalidad–, unida a que una proporción de los mayores padecen algún tipo de enfermedad o dependencia, han llevado a un alto grado de exclusión de los mismos de la vida social, cultural y política<sup>151</sup>.

---

149. GETE-ALONSO y NAVAS, cit., pg. 46.

150. Sobre la discriminación que sufren las personas mayores en el sistema de salud, véase: LEMA ANÓN, C., «Justicia y salud con las personas mayores. Etarismo y antietarismo como criterios de justicia», en *Cuadernos Bartolomé de las Casas. Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (ed.), 2006, pgs. 101-120.

151. SÁNCHEZ VERA, P., «La participación como mecanismo de inclusión social», en *Cuadernos Bartolomé de las Casas. Los derechos de las personas mayores. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, BLÁZQUEZ MARTÍN, D. (ed.), 2006, pgs. 71-100, pg. 75.

Sin embargo, la Declaración final de la II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento celebrada por las Naciones Unidas en Madrid en 2002, pone el acento en el potencial que tienen las personas mayores en la vida pública debido a su experiencia, conocimientos y al mayor tiempo libre del que disponen.

Hay que añadir que el efecto positivo de la participación de las personas mayores en la vida pública es mutuo para las generaciones más jóvenes y para la de las personas mayores: no sólo los jóvenes aprenden con la experiencia de los mayores, también para los mayores hay un efecto terapéutico rejuvenecedor de su contacto con los jóvenes. La carencia de participación de las personas mayores en los asuntos sociales y públicos, en general, los aísla, les hace confundir la percepción de la realidad, les desorienta y les hace perder la interacción con el mundo, hasta limitar su universo social a las personas más cercanas a su entorno (familiares y vecinos, si los hay). La participación supone, pues, un enriquecimiento mutuo<sup>152</sup>.

Con respecto a la participación de los mayores en la vida política, la propia UE debe predicar con el ejemplo. En las elecciones al Parlamento Europeo el porcentaje de personas mayores de 65 años que han sido elegidas miembros de la eurocámara no supera nunca el 9%, en el mejor de los casos.

## 5. VALOR JURÍDICO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA UE

Aunque el artículo 25 hable del reconocimiento y respeto del derecho de las personas mayores, habría que plantearse hasta qué punto estamos ante un verdadero derecho y no ante una política de la UE o ante un objetivo a conseguir.

El artículo declara que la Unión «reconoce y respeta», pero sin que se concedan automáticamente derechos específicos o, cuanto menos, de titularidad específica<sup>153</sup>. Se trata en realidad de un principio programático que el legislador debe respetar. El artículo 25 no da derecho a las personas a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural –lo que podría exigir del legislador la obligación de tomar medidas positivas, de legislar en definitiva, para que se consiga ese resultado–. Se trata de un derecho que no prevé una regulación por parte del legislador, bien comunitario, bien nacional, lo que indica claramente que con independencia de que esa

152. MANGAS, A., «La carta de los Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pg. 455.

153. DE LA VILLA GIL, L. E., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2001, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, núm. 32, pgs. 7-10, pg. 8.

regulación pueda producirse, no es necesaria<sup>154</sup>. Si tales medidas positivas se producen, esto no será una consecuencia necesaria del artículo, sino opcional más bien. Lo que dice el artículo es que la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural. Es la Unión la que reconoce y respeta ese derecho, esto es, se necesita el marco de la UE para la protección del mismo.

## VIII. ARTÍCULO 26. INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### *Artículo 26. Integración de las personas discapacitadas*

*La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.*

### 1. INTRODUCCIÓN

El interés de las CC EE, primero, y de la UE, después, por los derechos de las personas con discapacidad ha sido tardío. Pero éste no es un dato que caracterice sólo a la Unión, sino a todas las organizaciones internacionales en general, y a los Estados en particular. Los Estados históricamente segregaban y excluían a las personas que sufrían algún tipo de discapacidad. Tradicionalmente, la persona con discapacidad ha sido invisible para la sociedad y para el Derecho, siendo considerada más como objeto de protección que como sujeto de derechos.

BIEL PORTERO y REY ANEIROS identifican en la evolución de las políticas de atención a las personas con discapacidad hasta tres enfoques que sucesivamente se han ido dando. En primer lugar, el enfoque paternalista. En segundo lugar, el enfoque del comienzo de reconocimiento de derechos. Y el tercero y actual, el enfoque de la igualdad. Estas tres etapas se puede decir que la UE también las ha recorrido en su actividad en favor de las personas con discapacidad.

La primera etapa sería la etapa paternalista o asistencialista, en la que la discapacidad se percibió como una anomalía, con la consecuencia de la marginación de la persona que la padeciera. Es una etapa médica, en la que las instituciones públicas pretenden la subsanación de la desviación a fin de que la persona retorne a la sociedad. Esto es, se pretende que la persona con

154. En palabras de RODRÍGUEZ, cit., pg. 236.

discapacidad se adapte a la sociedad y no que la sociedad se adapte y acepte esa discapacidad. Ejemplo de esta etapa en sede comunitaria fue el primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos de julio de 1974<sup>155</sup>. En esta fase, la actividad comunitaria sólo sirvió para dar apoyo a la acción de los Estados miembros puesto que la CE carecía de un planteamiento propio en la materia. Se trataba de otorgar ayudas sociales para que las personas con discapacidad se pudieran adaptar al mundo laboral<sup>156</sup>.

Una segunda etapa de transición se inició a mediados de los años ochenta, cuando se comienza a entender la discapacidad como un tema de derechos humanos, cuya responsabilidad última es del Estado. La discapacidad deja de ser concebida como un problema individual, en el que el Estado actúa dadivosa y graciosamente a través de servicios de beneficencia. La sociedad cae en la cuenta de que las personas con discapacidad son personas, y no objetos dependientes de la generosidad del Estado. Como titulares de derechos, el Estado está obligado a derribar las barreras que les impiden ejercer dichos derechos como el resto de sus conciudadanos. El resultado de este nuevo enfoque es la inclusión social y la lucha por la igualdad, pero no una igualdad de partida –porque ésta no existe entre la persona con discapacidad y la persona sin discapacidad– sino de resultado. De esa época son la Resolución del Parlamento Europeo sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad<sup>157</sup>, la Comunicación de la Comisión sobre las líneas directrices de la acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos<sup>158</sup>, la Recomendación del Consejo sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad<sup>159</sup> o la Decisión del Consejo estableciendo el segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los minusválidos<sup>160</sup>. En todas estas acciones se comprueba un interés de la Comunidad en profundizar y definir la minusvalía, en pasar de entender a la persona con discapacidad como un problema para verla como una persona, y

155. DOCE C 80 de 9 de julio de 1974, pg. 30.

156. BIEL PORTERO, I. y REY ANEIRO, A., «La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes: ¿una etapa superada?», en *La protección internacional de las personas con discapacidad*, FERNÁNDEZ LIESA, C. (ed.), 2008, BOE, pgs. 185-208, especialmente pgs. 188 y ss.

157. Resolución de 11 de mayo de 1981 (DOCE C 77 de 6 de junio de 1981, pg. 27).

158. Comunicación de 4 de noviembre de 1981 (DOCE C 347 de 31 de diciembre de 1981, pg. 14).

159. Recomendación de 24 de julio de 1986 (DOCE L 225, de 12 de agosto de 1986, pg. 43).

160. Decisión de 18 de abril de 1988 sobre el programa Helios (DOCE L 104 de 23 de abril de 1988, pg. 38).

una persona digna, titular de derechos, lograr su autonomía y su participación en la sociedad.

También en esta fase se adopta la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 9 de diciembre de 1989 que, ni es un documento vinculante ni tampoco está dedicado a las personas con discapacidad, pero que tuvo la virtualidad de elevar a rango de derecho la no discriminación por razón de discapacidad y, además, de hacerlo aparecer como un derecho más en un listado junto a otros derechos sociales (artículo 26).

Pero es a partir de la segunda mitad de la década de los noventa cuando entramos en una nueva fase en el enfoque de la discapacidad, también en la UE. Las tendencias actuales se orientan a la inserción de la persona con discapacidad en todos los ámbitos propiciando condiciones de igualdad y removiendo obstáculos para alcanzar una efectiva igualdad de trato, promover su calidad de vida, conseguir su autonomía personal y una mayor accesibilidad<sup>161</sup>. La discapacidad deja de ser un problema individual y pasa a ser un problema social. En esta nueva etapa, en la UE gana en autonomía la normativa sobre discapacidad. Dicha normativa despega de la política social comunitaria, donde había quedado integrada la cuestión de la discapacidad a falta de una base legal específica en el derecho originario que se refiriera al modo en que debía ser abordada esta cuestión. En su resolución de 14 de diciembre de 1995 sobre los derechos humanos de los minusválidos, por primera vez el Parlamento Europeo afirma que la discriminación por razón de discapacidad atenta contra los derechos humanos. Y habla de la posibilidad de que esa discriminación pueda ser directa o indirecta<sup>162</sup>. Por su parte, la nueva Comunicación que la Comisión presentó el 30 de julio de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía<sup>163</sup>, diseñó toda una nueva estrategia que se concretó en la Resolución de 20 de diciembre de 1996 del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías<sup>164</sup>. En esta última se incorpora el *mainstreaming* o transversalidad (nacido en el ámbito de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres) a la discapacidad, esto es, la discapacidad deja de ser un sector específico y casi aislado dentro de la política de la UE para pasar a ser

161. CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Integración de las personas discapacitadas», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ALVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch, pgs. 930-957, pg. 931.

162. DOCE C 17 de 22 de enero de 1996, pg. 196.

163. COM (96) 406 final.

164. DOCE C 12 de 13 de enero de 1997, pg. 1.

un concepto transversal que ha de ser tenido en cuenta en el diseño y ejecución de cualquier política europea. El 12 de mayo de 2000, la Comisión presentó la Comunicación «Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad» en la que pone el acento en las barreras del entorno que, según la Comisión, son más difíciles de derribar incluso que las propias limitaciones funcionales de la persona<sup>165</sup>. Una nueva muestra de la nueva mentalidad con la que la Unión se acerca a la discapacidad se ve en los cuatro lemas del Año Europeo para la igualdad de oportunidades para todos, que se celebró en 2007, las cuatro *erres*: «rights, representation, recognition and respect».

Pero si esta tercera y última etapa destaca por algo en el seno de la UE es sobre todo por el hecho de que en 1997 se incluye por primera vez la discapacidad en el derecho originario<sup>166</sup> y porque en el año 2000 se incluye también en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con la clara intención, en éste último caso, de que la Carta se convirtiera también en derecho originario por mor del Tratado de Niza, y todavía después, por mor del Tratado Constitucional).

## 2. RECONOCIMIENTO COMUNITARIO DE LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Empezando por la mención a la discapacidad en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ciertamente, la inclusión del artículo 26 en la Carta supone todo un logro político y jurídico. Al fin y al cabo, el artículo 21 de la Carta ya establece la prohibición de discriminar, entre otros motivos, por razón de discapacidad. Sin embargo, los miembros de la Convención I optaron por dedicar varios artículos específicos a colectivos especialmente vulnerables desde el punto de vista de la protección de sus derechos humanos. Y entre esos grupos, la Convención decidió consagrar íntegramente un artículo a las personas con discapacidad por la especial situación de desventaja que sufren a la hora de ver reconocidos sus derechos en su vida diaria. Como indica la doctrina, uno de los objetivos de la Carta

165. COM (2000) 284 final.

166. Israel BIEL y Adela REY destacan que quizá la razón por la que no se incluyó antes en los Tratados es porque los derechos de las personas con discapacidad son derechos caros, en el sentido de que son derechos de prestación, que suponen gastos de las arcas públicas destinados a paliar los obstáculos que les impiden a estas personas competir en condiciones de igualdad (BIEL PORTERO, I. y REY ANEIROS, A., «La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes: ¿una etapa superada?», en *La protección internacional de las personas con discapacidad*, FERNÁNDEZ LIESA, C. [ed.], 2008, BOE, pgs. 209-236, pg. 216).

era dar mayor visibilidad a los derechos<sup>167</sup>, y sin duda alguna, reservar un artículo a la situación de las personas con discapacidad consigue ese objetivo.

Se trata de un precepto relativamente nuevo en la órbita comunitaria, pero también en la mayoría de los instrumentos internacionales. La ausencia de una base jurídica específica en los Tratados constitutivos en relación con los derechos de las personas con discapacidad condujo a que, durante décadas, las medidas que se adoptaban en el seno de las CC EE se llevaran al capítulo de las políticas sociales. Fue con el Tratado de Ámsterdam de 1997 cuando se introdujo una base expresa en el Derecho originario para combatir la discriminación que tiene como víctimas a las personas con discapacidad. Dicho Tratado introdujo el artículo 6A, que no prohíbe expresamente la discriminación, sino que habilita a las instituciones comunitarias para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por distintos motivos, entre ellos, la discapacidad. Por su parte, el Tratado de Niza no sólo dio al artículo su numeración actual (artículo 13) sino que añadió un segundo párrafo facilitando la adopción de medidas comunitarias de estímulo por cualquiera de los motivos de discriminación mencionados en el precepto. El artículo 13 del TCE establece en su tenor de Ámsterdam ampliado en Niza:

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

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

Es más, el Tratado de Ámsterdam incluyó una Declaración no vinculante sobre las personas con discapacidad, una declaración un tanto desvaída y que no crea realmente nuevas obligaciones para los Estados. Se trata de la Declaración adoptada por la Conferencia relativa al TCE sobre las personas discapacitadas. Dicha Declaración constituye hoy día la Declaración núm. 22 aneja al TUE, que dice así:

«La Conferencia conviene en que las instituciones comunitarias, al elaborar

167. SÁNCHEZ BAYÓN, A., «La Carta de los Derechos Fundamentales de las Unión Europea: análisis formal y material del documento», en *Boletín jurídico*, agosto de 2002, publicación electrónica accesible en [www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0144.htm](http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo0144.htm); FERNÁNDEZ TOMÁS, cit., pg. 45.

medidas con arreglo al artículo 95 del Tratado constitutivo de la CE, deberán tener en cuenta las necesidades de las personas discapacitadas.»

La importancia, contenido y naturaleza del artículo 13 del TCE ya ha sido destacado en el análisis del artículo 21 de la Carta realizado en esta misma obra. Sin embargo, muy sucintamente, y por la influencia que el artículo 13 ha tenido en la redacción del artículo 26 de la Carta, diremos que: 1) el artículo 13 del TCE permite (pero no obliga) a las instituciones comunitarias a tomar medidas para luchar contra la discriminación, también la ejercida por razón de discapacidad. 2) El artículo no otorga por sí mismo ningún derecho ni tiene aplicabilidad directa. 3) Las medidas de acción se deberán tomar por unanimidad del Consejo, cosa harto difícil de conseguir salvo si se trata de medidas de estímulo para apoyar las acciones de los Estados. 4) No se trata de una capacidad que tengan las instituciones europeas en cualquier ámbito, sino sólo en aquellas materias en las que tiene competencias, de modo sectorial. 5) El artículo permite no sólo acciones encaminadas a prohibir la discriminación sino también medidas de discriminación positiva<sup>168</sup>.

El artículo no produce consecuencias jurídicas directas, sino que necesita de un desarrollo. Así, el Tratado de Ámsterdam abre la posibilidad a una legislación antidiscriminatoria. Por lo que respecta a la discapacidad, ese desarrollo ha venido parcialmente de la mano de la Directiva del Consejo 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (Directiva marco de empleo)<sup>169</sup>. Esta Directiva se ocupa exclusivamente de la aplicación del principio de igualdad a la religión, las convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual. Pero decimos que el desarrollo ha sido parcial a través de esta Directiva porque ésta sólo se ocupa del empleo y la ocupación, siendo así que la discriminación de la persona con discapacidad se produce en otros muchos ámbitos como son los transportes, el ocio, la educación, etc. En estos otros temas, con la excepción de los transportes, se puede argüir que las competencias de la UE son mucho más débiles<sup>170</sup>.

Por tanto, el artículo 13 del TCE ha servido como base para que la Comunidad aprobara en 2000 una Directiva marco en materia de empleo

168. WHITTLE, R., «Disability rights after Amsterdam: the way forward», en *European Human Rights Law Review*, 2000, núm. 1, pgs. 33-48.

169. DOUE L 303 de 2 de diciembre de 2000, pg. 16.

170. Sobre la jurisprudencia que ha generado esta Directiva, véase el Informe de la Comisión Europea *Equality and non-discrimination. Annual report 2006*, septiembre de 2006.

que hoy día constituye la norma clave para obligar a los Estados a adoptar leyes que impidan la discriminación de las personas con discapacidad.

La Directiva 2000/78/CE ha sido ya profusamente analizada por la doctrina<sup>171</sup>. De hecho, su aparición es coetánea a la de la Carta de Derechos Fundamentales. Mientras que la Directiva es de 27 de noviembre, la Carta fue presentada oficiosamente en el Consejo Europeo de Biarritz de octubre de 2000, razón por la cual mal pudo la Directiva influir en el texto del artículo 26 de la Carta.

Sobre la Directiva 2000/78/CE simplemente indicaremos –por lo que pueda afectar al futuro desarrollo de políticas en la materia y a la jurisprudencia del TJCE– que: 1) su objetivo es establecer un marco general para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, la discriminación por razón de discapacidad. 2) No da una definición de la discapacidad, por lo que queda a merced de cada Estado determinarla individualmente (artículo 1). 3) Se extiende su aplicación a todas las personas, tanto del sector público como privado (artículo 3). 4) Prohíbe la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso, y la orden de discriminar, esto es, la instigación (artículo 2). 5) Con respecto a la discapacidad y sólo a este motivo de discriminación, la Directiva introduce un nuevo concepto: el deber de realizar los *ajustes razonables*, esto es, la obligación para los empresarios de tomar medidas adecuadas para que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo y progresar en el mismo o para que se les ofrezca formación salvo que todo ello suponga una excesiva carga para el empresario (artículo 5)<sup>172</sup>. En todo caso, el deber de realizar ajustes razonables que compensen de algún modo las desventajas que la propia discapacidad implica, no es ilimitado<sup>173</sup>. 6) La propia Directiva prevé dos excepciones; una primera, de carácter general, cuando el trato diferencial pueda justificarse objetivamente y siempre que los medios utilizados sean proporcionales, y una segunda, cuando debido a la naturaleza de la actividad profesional, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante.

Pero el hecho de que exista esta Directiva –e incluso una propuesta de Directiva del Consejo sobre la aplicación del principio de igualdad de trato

171. Un documento de la Comisión Europea repasa y analiza toda la literatura que se ha publicado en relación con la misma en: COMISIÓN EUROPEA (EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES), *Critical review of academic literature relating to the EU Directives to combat discrimination*, julio 2004, accesible en [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

172. Sobre los ajustes razonables, véase: GOLSCHMIDT, J. E., «Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective», en *ERA Forum*, 2007, núm. 8, pgs. 39-48.

173. BIEL y REY, «La apuesta comunitaria...», cit., pg. 229.

entre personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual desde julio de 2008<sup>174</sup>— no ha acallado la reivindicación de las asociaciones y organizaciones en defensa de las personas con discapacidad que, desde los años ochenta piden que se apruebe una directiva específica sobre la situación de las personas con discapacidad. PÉREZ-UGENA afirma que el problema para que una directiva específica sobre las personas con discapacidad se haga realidad consiste en que la Directiva 2000/78/CE, en su ámbito de aplicación —empleo y ocupación— ya ha causado muchos problemas a los Estados miembros a la hora de ser traspuesta<sup>175</sup>.

### 3. ÁMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

Pese a la universalidad que el Preámbulo de la Carta dice otorgar a los derechos que incluye en su seno, lo cierto es que el artículo 26 forma parte de un pequeño número de artículos que realmente no son de goce universal, en el sentido de que no toda persona es titular de los mismos. No se trata, como ocurre en el caso de los derechos de ciudadanía, o en el caso de la no discriminación por razón de la nacionalidad, de que la Unión deliberadamente excluya a unos (los extranjeros extracomunitarios) para otorgar derechos a otros (los nacionales de otros Estados miembros). De lo que se trata en el artículo 26 es de que la propia condición del individuo —como persona con o sin discapacidad— será la que le haga acreedor o no de la protección que encierra este precepto. Ocurre aquí lo mismo que con los artículos 24 y 25: la condición objetiva de niño o de persona mayor, respectivamente, será la que permitirá a la persona tener acceso a las medidas que prevén dichos preceptos.

El artículo 26 atribuye derechos a una categoría específica de personas pero no establece, en principio, una restricción de sus titulares a los nacionales de los Estados miembros. En realidad, no se trataría tanto de una excepción a la regla de la universalidad (puesto que todos, en un momento determinado, podemos llegar a sufrir una discapacidad y, desde ese instante, seríamos titulares de los derechos que tienen las personas con discapacidad)<sup>176</sup>.

El problema añadido a la hora de conocer cuál es el ámbito personal de aplicación del artículo 26 es terminológico: la ausencia de definición comuni-

174. COM (2008) 426 final de 2 de julio de 2008.

175. PÉREZ UGENA Y COROMINA, A., «Perspectiva global de la integración de las personas discapacitadas», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ALVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch, pgs. 899-925, pg. 915.

176. RODRÍGUEZ, cit., pg. 213.

taria de la discapacidad. Ni la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ni el artículo 13 del TCE definen la discapacidad. Desde los años setenta la preocupación por este grupo vulnerable fue entrando muy poco a poco, e incluso fragmentaria y sectorialmente, en la agenda de las CC EE. Pero lo cierto es que, salvo en un caso –y con un resultado no muy exitoso, por cierto– tampoco en las recomendaciones, comunicaciones, resoluciones, programas de acción y decisiones que han adoptado las instituciones se ofrece una definición de la discapacidad o de las personas con discapacidad. Ni siquiera la Directiva 2000/78/CE lo ha hecho. De hecho, las distintas normas que se han ido adoptando ni siquiera utilizan una terminología uniforme, refiriéndose algunas a las personas minusválidas, otras a los minusválidos, otras a los deficientes mentales, otras a las personas con minusvalías y otras a las personas con discapacidad.

Como hemos comentado, sólo en una ocasión (en la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1986 sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad –esto es, en una norma de *soft law*–), se dio una tentativa de dar una definición de minusválido. Allí se dice que «*el término minusválidos comprende a todas aquellas personas seriamente incapacitadas por motivos físicos, mentales o psicológicos*». Como se ha indicado previamente, la definición no es un dechado de perfección, por la ambigüedad de la propia expresión «*seriamente afectadas*» y por no seguir la clasificación elaborada por la Organización Mundial de la Salud.

En ausencia de una norma comunitaria vinculante que nos ofrezca una definición para el ámbito comunitario, entendemos que los Estados miembros de la UE tienen cierta libertad para definir la discapacidad siempre teniendo en cuenta que todos ellos son miembros de la Organización Mundial de la Salud, Organización que afirma que engloba las deficiencias, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación<sup>177</sup>.

#### 4. CONTENIDO DE LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Lo primero que hay que lamentar de la dicción del artículo 26 de la Carta es la terminología utilizada para identificar a este colectivo: «*personas discapacitadas*». La Organización Mundial de la Salud opta hoy día por la expresión más neutra de «*personas con discapacidad*». Y lo segundo que hay que lamentar es que realmente el precepto no reconozca derechos alegables ante los tribunales. Parece que se trate de una guía de actuación para los

177. OMS, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, 22 de mayo de 2001.

poderes públicos, sean éstos las propias instituciones europeas o los órganos de los Estados cuando aplican Derecho comunitario.

Tampoco es muy actual la redacción del precepto, ya que nos retrotrae a la época en la que la persona con discapacidad era un objeto de protección y no un titular de derechos (precisamente porque no estamos ante el derecho de alguien a algo sino ante el reconocimiento de la Unión del derecho de alguien a beneficiarse de unas medidas cuya puesta en marcha depende precisamente de la Unión)<sup>178</sup>.

Las Explicaciones al texto de la Carta en su versión de 2000, indican que:

«El principio incluido en este artículo se basa en el artículo 15 de la Carta Social Europea y se inspira igualmente en el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada y en el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.»

No se menciona en las Explicaciones como criterio inspirador el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 ni su Protocolo adicional. La razón es obvia: este convenio es muy posterior a la redacción de la Carta. Y a buen seguro, hubiesen sido mencionados de haber sido diferentes los tiempos de adopción de los textos<sup>179</sup>.

Tampoco se menciona en las Explicaciones al CEDH como fuente de inspiración de este precepto porque sencillamente el CEDH no contiene ninguna mención a los derechos de las personas con discapacidad, ni siquiera en su artículo 14, sobre el principio de no discriminación –salvo la mención que se hace a los enajenados mentales en el artículo 5 del CEDH como colectivo que puede ser privado de su libertad por una razón justificada<sup>180</sup>–.

178. QUINN, G. y DEGENER, T., *A survey of international, comparative and regional disability law reform*, 2000, parte 2.

179. De hecho, la UE apoyó la adopción de un convenio internacional de este tipo en su Comunicación de 24 de enero de 2003 «Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad» [COM (2003) 16 final].

180. En efecto, en el CEDH, la única referencia que aparece a una determinada clase de discapacidad, los enajenados mentales, es la que se realiza en el artículo 5.1.e) que los agrupa junto a los enfermos contagiosos, los alcohólicos, los toxicómanos y los vagabundos a efectos de reconocer, como excepción al derecho a la libertad, la posibilidad de que estas personas sean detenidas «regularmente», es decir, conforme a la ley y con las garantías previstas en el apartado 2 de este artículo. El CEDH y sus protocolos adicionales desconocen por completo en su letra la especificidad de la desventaja de las personas con discapacidad para el ejercicio y respeto en su persona de los derechos, puesto que el artículo 14, que no contiene referencia directa a la discapacidad, no incluye las medidas positivas que serían necesarias para superar la situación de desventaja de la que parten las personas con discapacidad.

Sin embargo, las Explicaciones sí que citan otros dos instrumentos jurídicos provenientes del marco del Consejo de Europa que se ocupan de derechos socio-económicos. El primero de ellos es la Carta Social Europea de 1961, cuya dicción en su artículo 15 recuerda vagamente a la del propio artículo 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Sin embargo, en el caso de la Carta Social Europea, la obligación de tomar medidas adecuadas es para los Estados, no para la Unión. Además, la Carta Social Europea está centrada únicamente en el tema de la formación profesional y la readaptación profesional, no en la integración social ni en la participación en la vida de la comunidad.

Según estas primeras Explicaciones al texto de la Carta, la segunda fuente de inspiración proveniente del Consejo de Europa es la Carta Social Europea revisada de 1996 en su artículo 23. Sin embargo, al leer dicho precepto se comprueba que está dedicado a los derechos de las personas mayores. Sin duda alguna muchas personas mayores se convierten en personas dependientes e incluso muchas de ellas en personas con discapacidad, pero la relación entre ancianidad y discapacidad no es tan lineal. No son términos sinónimos ni mucho menos, por lo que tendemos a pensar que fue un error del *Praesidium* el que se mencione este artículo en las Explicaciones. Esta tesis creemos que queda confirmada al comprobar que el texto de las segundas Explicaciones omiten la referencia al artículo 23 de la Carta Social Europea revisada como criterio de inspiración para el artículo 26 de la Carta. Es el artículo 15 de la Carta Social Europea de 1961 y 15 de la Carta Social Europea revisada de 1996 el que se refiere a las personas con discapacidad, y no el 23. Con respecto al texto del artículo 15 de la Carta Social Europea revisada, ya no se ciñe al empleo –como ocurría en la de 1961– sino que se refiere a otros aspectos de la vida en comunidad (cultura, vivienda, ocio...). Supone el pleno reconocimiento del derecho a ser diferente y el deber de la sociedad de adaptarse plenamente a las necesidades específicas de las personas con discapacidad para que puedan ejercer plenamente sus derechos y para que puedan participar en la comunidad. Éste es el paso más importante dado hasta la fecha en un texto internacional jurídicamente vinculante para el reconocimiento de la dignidad, en toda su plenitud, de los derechos de las personas con discapacidad.

Tanto las primeras como las segundas Explicaciones mencionan también como criterio de inspiración para la redacción del artículo 26 un texto no vinculante pero nacido del propio seno de la CE, como es la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. El artículo 26 de este último documento guarda, efectivamente, una cierta similitud con el artículo 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, e

incluso amplía los ámbitos en los que deben tomarse medidas encaminadas a favorecer la integración del minusválido a terrenos como la ergonomía, la movilidad, la accesibilidad, el transporte y la vivienda. Por tanto, no se circunscribe a lo puramente laboral.

Con todo, conviene recordar que según el artículo 51.2 de la Carta ésta no amplía las competencias de la Unión ni sus misiones, por lo que habrá que tener claro que la Unión no podrá adoptar medidas que beneficien a la persona con discapacidad en ámbitos para los que no se le hayan otorgado poderes. Y en este sentido, justo es recordar que en materia de discapacidad, las principales competencias son para los Estados, no para la Unión.

Por otro lado, y señalando de nuevo la relación que existe entre el artículo 26 de la Carta y el 21 sobre la no discriminación, conviene comparar la diferente naturaleza de ambas referencias a la discapacidad a fin de poder entender mejor el contenido del artículo 26. Mientras que el artículo 21 nos presenta un verdadero derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, en cambio, el artículo 26 lo que nos presenta es un principio que fomenta la acción de la Unión promoviendo medidas. La fuerza de obligar de ambos es, consecuentemente, distinta. El artículo 21 nos presenta una prohibición y el artículo 26 casi una declaración programática o una aspiración.

Por último, señalaremos que no existe ninguna jurisprudencia del TJCE en la que se mencione el artículo 26. Lo que sí existe es jurisprudencia sobre las personas con discapacidad, como el asunto Chacón Navas, C-13/05 de 11 de julio de 2006, en el que el TJCE diferencia entre una enfermedad y una discapacidad a efectos de que esté justificado que el empresario deba llevar a cabo los ajustes razonables en el puesto de trabajo. El TJCE ha indicado en la misma que enfermedad y discapacidad son términos que no pueden ser equiparados sin más<sup>181</sup>. O como el caso Coleman, C-303/06 de 17 de julio de 2008, en el que el Tribunal aclara que la prohibición de discriminación directa no se circunscribe sólo a aquella persona que sea ella misma discapacitada, sino que cuando se puede demostrar que un empresario trata a un trabajador cuyo hijo tiene una discapacidad, de forma menos favorable a como trata a otro trabajador en situación análoga, esta situación también estará prohibida por el Derecho comunitario<sup>182</sup>.

## **5. VALOR JURÍDICO DE LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO**

Al igual que ocurría con los derechos de las personas mayores que reconoce la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en el artículo 25, surgen

181. Punto 49 de la sentencia.

182. Punto 64 de la sentencia.

dos dudas inmediatas cuando se lee el artículo 26 de la Carta en relación a los derechos de las personas con discapacidad. La primera es si el artículo está en el capítulo que más se ajusta a su contenido. La segunda es si realmente el artículo reconoce derechos o establece un principio inspirador<sup>183</sup>.

Con respecto a lo primero, cabe plantearse si su ubicación está equivocada, si debería encontrarse entre los derechos de solidaridad. Quizá el problema radique en el hecho de que la Convención pecó de esnobismo al no querer agrupar los derechos según la vieja tradición de civiles y políticos, por un lado, y socioeconómicos, por otro. La Carta ha creado nuevas categorías, algunas de ellas ciertamente ortopédicas, en las que a veces hubo problemas para incluir algún precepto<sup>184</sup>. Un dato a favor de la inclusión de esta disposición en el capítulo IV («solidaridad») se infiere del hecho de que en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 –en la que el *Praesidium* dijo inspirarse para la redacción de este artículo 26– se incluyen los derechos de los minusválidos junto a todo un conjunto de derechos socio-económicos (ahora llamados de solidaridad en la terminología de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE), como si unos y otros fueran del mismo tipo, esto es, derechos de prestación. El problema que produce esta nueva clasificación de derechos es que la clásica dejaba relativamente claro qué derechos eran directamente accionables y jurisdiccionables (los civiles y políticos) y cuáles, por su propia naturaleza, requerían la interposición del legislador (socio-económicos)<sup>185</sup>. En aras de la modernidad en la clasificación de los derechos, la Carta pierde en claridad, puesto que ha acabado mezclando preceptos (algunos de los cuáles tienen tradicionalmente unos mecanismos de garantía), con otros que tienen otros mecanismos diferentes<sup>186</sup>. Pero, como indican CABEZA y FERNÁNDEZ, si la Convención optó por incluir la integración de las personas con discapacidad en el capítulo III en lugar de en el IV sin que se vislumbre demasiado claramente la línea divisoria entre ambos, que al menos su ubicación en el capítulo III sirva para que este artículo sea objeto de medidas de acción positiva y de discriminación positiva

183. MANGAS, A., «La Carta de los Derechos Fundamentales...», *op. cit.*, pg. 461.

184. SANZ CABALLERO, S., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: ¿Para este viaje hacía falta tantas alforjas?», en *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, 2005, núm. 12, pgs. 191-206, pg. 196.

185. McCRUDDEN, C., «The future of the EU Charter of fundamental rights», en *Jean Monnet Working Paper. New York University School of Law*, 2001, núm. 10/01.

186. La Federación Internacional de Ligas de los Derechos Humanos, en su comentario al texto de la Carta, califica este artículo 26 como uno de los que contiene un derecho social, lo cual no significa que sea un derecho que se ejerce en relación con el empleo, sino que implica una prestación por parte del Estado y ello dificulta su alegación ante el juez (CHARTE 4101/00 de 6 de enero de 2000, CONTRIB 1, pg. 7).

que conduzcan a la inserción de las personas con discapacidad en la sociedad<sup>187</sup>.

En relación con esto y respondiendo al mismo tiempo a la segunda duda planteada, esto es, si realmente el artículo reconoce derechos subjetivos fundamentales o establece un principio inspirador de la acción comunitaria, éste es uno de los preceptos en los que más claramente podemos comprobar que la Carta no sólo incluye derechos y libertades, sino también principios. La disposición está redactada de tal modo que no es posible encontrar en ella derechos accionables por las personas con discapacidad ante los tribunales, sino mandatos al legislador o incluso principios programáticos que el legislador debe respetar. RODRÍGUEZ pone precisamente el ejemplo del artículo 26 como caso significativo que reconoce, no el derecho a la autonomía, a la integración social y profesional y a la participación en la vida en comunidad, sino el derecho a beneficiarse de medidas que garanticen estos derechos<sup>188</sup>.

La dicción del artículo es meridianamente clara: no enuncia que las personas con discapacidad tengan derecho a algo en concreto (a su autonomía, a su integración social y profesional y a su participación en la vida de la comunidad), sino que el derecho es a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad; no concede automáticamente un derecho, o al menos no un derecho de titularidad explícita<sup>189</sup>. Por otro lado, y siguiendo aún con la dicción del artículo, es la Unión la que reconoce y respeta ese derecho, esto es, se necesita el marco de la UE para la protección de este derecho a beneficiarse de medidas orientadas a la finalidad de garantizar su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Su formulación es, pues, poco enérgica.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R. y SARMIENTO, D., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, 2006, Thomson Civitas.

187. CABEZA y FERNÁNDEZ, cit., pg. 951. Como se indica en la Comunicación de la Comisión sobre «No discriminación e igualdad de oportunidades: un compromiso renovado» de 2 de julio de 2008 [COM (2008) 420 final], la igualdad real para personas con discapacidad no podrá llegar simplemente prohibiendo la discriminación. Esa igualdad real depende de la adopción de acciones positivas y hasta incluso de la utilización de las técnicas del *empowerment* (pg. 5).

188. RODRÍGUEZ, cit., pg. 237.

189. CABEZA y FERNÁNDEZ, cit., pg. 949.

- ALZAGA, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 1996, EDERSA.
- BIEL PORCERO, I. y REY ANEIRÓS, A., «La política social de la UE como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes», en *La protección internacional de las personas con discapacidad*, FERNÁNDEZ VIESA, C. (ed.), 2007, ed. BOE, pgs. 185-208.
- BOGDANDY, A., «The European Union as a human rights organization? Human rights at the core of the European Union», en *Common Market Law Review*, 2000, núm. 6.
- CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ PRIETO, M., «Integración de las personas discapacitadas», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch.
- CARAZO LIÉBANA, M. J., «La eficacia de la Carta de Derechos Fundamentales en la proyectada Constitución Europea, en especial los derechos sociales», en *Foro Constitucional Iberoamericano*, 2004, núm. 8.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, 2001, Tirant lo Blanch.
- FONSECA MORILLO, F., «Balance sobre el Tratado de Ámsterdam», en *Europajunta*, 1997.
- FREIXES SANJUÁN, T., «La igualdad entre hombres y mujeres en el proceso de integración europea», en *Mujer y Constitución*, FREIXES SANJUÁN (ed.), 2000, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Una constitución laica para Europa», en *Ciudadanos de Europa. Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. (ed.), 2005, Biblioteca Nueva.
- MANGAS, A.; SOBRINO, J. M.; ESCUDERO, M., *La Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Comentario artículo por artículo*, 2008, Fundación BBVA.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Justicia e igualdad en Luhmann», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, núm. 4.
- NAVARRETE, L., «Los derechos humanos como marco de referencia para la igualdad de oportunidades y la igualdad de género», capítulo 4, en *Jóvenes, derechos y ciudadanía. Fundamentación teórica y análisis cualitativo de una nueva frontera de derechos para los jóvenes*, 2008.
- PARLAMENTO EUROPEO, Informe sobre la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 14 de noviembre de 2007 [2007/2218 (ACI)].
- PUY, F. «El derecho a la igualdad en la Constitución Española», en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, vol. I, 1991, Ministerio de Justicia.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «Reflections on the general principles of Community Law», en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 1, 1998.
- RODRÍGUEZ, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, 2001, Civitas.
- RODRÍGUEZ, BEREIJO, A., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la protección de los Derechos Humanos», en *UE y Derechos Fundamentales en perspectiva constitucional*, FERNÁNDEZ SOLA, N. (ed.), 2004, Dykinson, pgs. 11-36, pg. 15.
- ROLDÁN BARBERO, J., «La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional», en *Revista de Derecho comunitario Europeo*, 2003, núm. 16.
- RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS, J. y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., «Derechos fundamentales de la persona. Artículo 10», en ALZAGA, O. (ed.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, 1996, EDESA.
- SÁEZ LARA, C., «Igualdad ante la ley y no discriminación: las políticas de género», en *Comentarios a la Constitución Europea*, ÁLVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. (eds.), Libro II, 2004, Tirant lo Blanch.
- SANZ CABALLERO, S., «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», en *Discriminación versus diferenciación: Especial referencia a la problemática de la mujer*, AZNAR, M. y RIDAURA, M. J. (coords.), 2004, Tirant Alternativas, Valencia, pgs. 265-398.
- «La madre trabajadora ante el juez comunitario», en *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho europeo*, VILATA, S. (coord.), 2005, Generalitat Valenciana, pgs. 67-92.
- «La mujer maltratada como grupo especialmente vulnerable en Derecho Internacional: Intersecciones entre la violencia contra la mujer y cultura», *Tiempo de Paz*, 2007, núm. 87, pgs. 61-77.
- «La violencia contra los niños, la violencia más invisible. Balance de los diez años de la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño», en *Protección del Menor*, VALLÉS, A. (ed.), 2009, Tirant Homenajes y Congresos, pgs. 373-396.
- TORRES DEL MORAL, A., «¿Qué igualdad?», en *Revista de Derecho Político*, 1998, núm. 44.
- WHITTLE, R., «Disability rights after Amsterdam: the way forward», en *European Human Rights Law Review*, 2000, núm. 1.
- ZOCO ZABALA, C., «Mandato de igualdad ante la ley en la Constitución española y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales: un estudio comparado», trabajo publicado en página web [www.unizar.es/derecho/doctorado\\_humanos/CZoco.doc](http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/CZoco.doc)