

# Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año IX – Nr. 1 – 1º semestre 2021



Cofinanciado por el  
programa Erasmus+  
de la Unión Europea



# Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet  
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época  
*Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet*  
(2013 - 2019)

Año IX – N° 1 – primer semestre 2021

**ISSN: 2346-9196**

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)  
Buenos Aires - Argentina  
[jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar](mailto:jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar)

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

## **DIRECTOR**

CALOGERO PIZZOLO

Catedrático *Jean Monnet* – Universidad de Buenos Aires, Argentina

## **CONSEJO ACADÉMICO**

PAOLA ACOSTA (Universidad del Externado de Colombia, Colombia)

JOSÉ MARÍA SERNA (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

JAVIER PALUMMO (Universidad de la República, Uruguay)

CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO (Universidad de Alcalá de Henares, España)

MARCELLO DI FILIPPO (Universidad de Pisa, Italia)

ROBERTO CIPPITANI (Universidad de Perugia, Italia)

JAVIER GARCÍA ROCA (Universidad Complutense de Madrid, España)

LAURENCE BURGORGUE LARSEN (Universidad de París I, Francia)

LAURA MONTANARI (Universidad de Udine, Italia)

VALENTINA COLCELLI (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Italia)

FABRIZIO FIGORILLI (Universidad de Perugia, Italia)

PABLO PODADERA RIVERA (Universidad de Málaga, España)

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ (Universidad de Granada, España)

ALFREDO SOTO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

SANDRA NEGRO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

## **CONSEJO EDITORIAL**

ANDREA MENSA GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

FEDERICO TABOADA (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

JEREMÍAS BRUSAU (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

ROCÍO E. BUOSI (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

# LA EVOLUCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA<sup>1</sup>

Aída Fernández de los Campos<sup>2</sup>

---

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 31 de julio de 2021

## Resumen

Este texto tiene como finalidad revisar la evolución de la prohibición de la discriminación en la Unión Europea, para lo cual, se parte de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, período en que se impulsa la transnacionalización del derecho constitucional, lo cual a su vez conlleva a la transformación del Estado-Nación, debido al desarrollo de un derecho supranacional, junto con la internacionalización de los derechos humanos, que provocará la aparición de una comunidad de intérpretes finales de los diferentes sistemas normativos, desembocando en un escenario de tensiones, cuya superación se buscará mediante un diálogo fluido y constante.

Posteriormente, se aborda la prohibición de la discriminación en la Unión Europea con base en su legislación, que comprende el derecho originario y las Directivas relacionadas con la temática que forman parte del derecho derivado. Asimismo, se revisa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, en torno a la discriminación racial o étnica y por motivos religiosos en el ámbito laboral, para luego formular conclusiones al respecto.

*Palabras claves: Discriminación-Unión Europea-Legislación de la Unión Europea -Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

---

<sup>1</sup> El presente trabajo fue desarrollado en el marco del II Seminario de posgrado “Estado, Integración Regional y Derechos Humanos” organizado por el Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Doctora en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Docente de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional Privado y Relaciones Internacionales de la Escuela de Derecho de la UIS y de posgrados del Programa de Derecho de la UNAB, Bucaramanga, Santander, Colombia. Correo electrónico: aidaelia@yahoo.com

**Title:** THE EVOLUTION OF THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION IN THE EUROPEAN UNION

### **Abstract**

This text focuses on the evolution of the prohibition of discrimination in the European Union. It starts from the end of the Second World War, period characterized by the transnationalization of Constitutional Law, which will entitle the transformation of the nation-state, due to the emergence of supranational law, together with the internationalization of human rights, which will turn into the coexistence of groups of final interpreters of the different legal systems, whose tensions will be solved by means of a fluid and constant dialogue.

Afterwards, it refers to the prohibition of discrimination within the European Union according to its legislation, which comprises its primary law as well as directives related to the topic, that are part of the secondary law. In addition, it deals with the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, CJEU, regarding discrimination based on racial or ethnic origin and religion beliefs in the workplace. Finally, conclusions are formulated.

*Keywords: Discrimination-European Union-European Union legislation-Court of Justice of the European Union*

### **I. Introducción.**

El final de la Segunda Guerra Mundial entraña la transnacionalización del Derecho Constitucional (PIZZOLO, 2013: p. 101) promovida por dos corrientes jurídicas que afloran con el fin de la contienda bélica. Una primera corriente, responde al desarrollo de un derecho supranacional<sup>3</sup> en el seno de la integración

---

<sup>3</sup> La supranacionalidad es un concepto que surge de la combinación de elementos federales e internacionales en el seno de una misma estructura. Mientras la macroestructura del sistema supranacional es de carácter internacional, en la medida en la que una organización

regional europea y una segunda corriente da cuenta de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos (PIZZOLO, 2014: p. 294), con la consolidación de los sistemas internacionales de protección<sup>4</sup> y el establecimiento de los respectivos órganos de control.

De esta manera en la postguerra tiene lugar una apertura del ordenamiento jurídico interno del Estado hacia los fenómenos jurídicos originados en el Derecho Internacional, se abandonan las posturas aislacionistas y nacionalistas a ultranza existentes hasta ese momento para dar inicio a un proceso de transnacionalización del Derecho Constitucional, caracterizado por las denominadas cláusulas de apertura<sup>5</sup> hacia la integración de tipo supranacional y hacia el derecho internacional de los derechos humanos<sup>6</sup>, que implica la inclusión del Estado en la comunidad internacional, la aceptación de las dimensiones fácticas y jurídicas de la interdependencia internacional, convirtiendo la noción de soberanía absoluta en una idea vestigio. De esta forma, el Estado-Nación (PIZZOLO, 2013: p. 106) cede ante la integración regional europea y en materia de control de los Derechos Humanos<sup>7</sup>, que conlleva a una

---

supranacional es creada por un tratado internacional y cuenta con órganos de composición intergubernamental, la microestructura tiene esa esencia federal en la que pueden identificarse la manifestación de una solidaridad regional que determine el establecimiento de objetivos comunes; la atribución efectiva de competencias soberanas desde los Estados a la organización supranacional; órganos independientes de los Estados que reflejen legitimidades e intereses distintos al estatal-comunitario, democrático o de los pueblos; las normas son adoptadas por mayoría y se imponen con carácter obligatorio a todos los Estados, primando sobre sus normas nacionales; y se establece una relación directa entre la organización y los particulares. (QUINDIMIL LÓPEZ, 2012: pp. 103-104).

<sup>4</sup> Tales como el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, siendo el Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos el de más reciente constitución.

<sup>5</sup> Estas cláusulas se encuentran en diferentes textos constitucionales, como en la Constitución francesa de 1946, la italiana de 1948 y la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

<sup>6</sup> De esta manera, se produce un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico de ámbito superior al estatal, apoyado por las fórmulas constitucionales habilitantes.... ya que las instituciones que se crean desarrollan un discurso constitucional en el sentido que utilizan conceptos y categorías que se imponen de una u otra forma a las constituciones de los Estados, lo cual produce la materialización de la denominada fase descendente del Derecho Constitucional actual. (PIZZOLO, 2013: p. 105).

<sup>7</sup> Como consecuencia de esta cesión el Estado quedará sujeto al control de legalidad por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por otro, al de convencionalidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que reafirman el principio de primacía, tanto del derecho supranacional como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, característica propia del Derecho Internacional General, del derecho de los tratados, matriz común de ambas corrientes, que, sin embargo, son autónomas.

transformación de su estructura, en especial en lo relativo a su funcionamiento, entendiéndose por tal la organización de sus competencias<sup>8</sup>.

Es en el Congreso de Europa, reunido a instancias del “Comité de Coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea”, celebrado en La Haya del 7 al 11 de mayo de 1948, donde confluyen representantes de las dos tendencias europeístas anteriormente mencionadas y que todavía persisten: los promotores de una cooperación intergubernamental y los defensores de una integración de carácter federal (MANGAS & LIÑÁN, 2016: p. 31).

Estas dos posturas desembocan en la creación de organizaciones distintas: el Consejo de Europa<sup>9</sup>, el cual responde a los impulsores de las instancias intergubernamentales, y la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>10</sup>, CECA, promovida por los partidarios del federalismo, embrión de la actual Unión Europea.

De este modo se asistirá por un lado, bajo la órbita del Consejo de Europa, a la construcción y consolidación de un sistema regional de protección de derechos humanos, de carácter subsidiario<sup>11</sup>, instrumentalizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>12</sup>, CEDH, que derivará en la constitución de organismos de control<sup>13</sup>, siendo en el presente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

<sup>8</sup> Se produce un desplazamiento de las competencias, tal como acontece en la Unión Europea, que ha traído la desaparición selectiva de fronteras, la moneda única, el espacio de libre circulación de Schengen, todo lo cual reformula la característica del Estado clásico. El Estado dejará de ejercer estas competencias en forma aislada y entablará una relación de cooperación con los demás Estados miembros de la Unión.

<sup>9</sup> Fundado en Londres el 5 de mayo de 1949 y conformado en la actualidad por 47 Estados.

<sup>10</sup> Creada mediante el Tratado de París, firmado el 18 de abril de 1951.

<sup>11</sup> El Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone en el artículo 35.1 que no podrá recurrirse al Tribunal Europeo de Derechos Humanos más que después de agotar previamente los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico interno del Estado demandado, tal como esta exigencia se entiende a la luz de los principios generalmente reconocidos de Derecho internacional. Requisito compartido por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, acorde con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 46.

<sup>12</sup> Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

<sup>13</sup> El mecanismo de garantía de los derechos reconocidos en el CEDH estaba integrado por tres órganos: la Comisión de Derechos Humanos, la Corte y el Comité de Ministros del Consejo de Europa. El Protocolo 11 que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998 suprimió la Comisión de Derechos Humanos, atribuyó al Comité de Ministros la función de supervisión del cumplimiento de las decisiones y convirtió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el único órgano para la instrucción y decisión sobre las demandas. Asimismo, otorgó legitimación directa a los individuos para la presentación de demandas ante dicho Tribunal.

(RODRIGO & CASANOVA, 2020: p. 487), TEDH, con sede en Estrasburgo, el órgano jurisdiccional con competencia contenciosa y consultiva.<sup>14</sup> en relación con los derechos reconocidos en la CEDH y sus Protocolos. Y, por el otro, se estará en presencia del proceso de construcción de la integración europea, pues con posterioridad al establecimiento de la CECA y debido al éxito obtenido con este esquema de integración sectorial<sup>15</sup>, se procederá a la constitución de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, EURATOM, y de la Comunidad Económica Europea<sup>16</sup>, CEE, cuya finalidad será erigir un mercado común para integrar las economías de los países fundadores<sup>17</sup>, devastadas por la inmediata posguerra, y de esta manera articular su crecimiento, que ha dado como resultado<sup>18</sup> la conformación de la Unión Europea<sup>19</sup>, que ostenta un singular sistema jurídico supranacional<sup>20</sup>, cuyo intérprete último es el Tribunal de Justicia

---

<sup>14</sup> CEDH, artículos 32 y 47.

<sup>15</sup> Carbón y acero.

<sup>16</sup> Ambas Comunidades creadas por los Tratados de Roma que entraron en vigor el 1 de enero de 1958.

<sup>17</sup> Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos.

<sup>18</sup> El camino para llegar hasta el presente ha estado marcado por sucesivas reformas de los Tratados constitutivos o fundacionales del proceso de integración europea, a saber: el Acta Única Europea (1986), el Tratado de Maastricht (1992), el Tratado de Ámsterdam (1997), el Tratado de Niza (2001), siendo su último exponente el Tratado de Lisboa (entrado en vigor en 2009, que modifica el Tratado de la Unión Europea, TUE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

<sup>19</sup> Organización internacional *sui generis*, constituida en el presente por 27 Estados democráticos y su ciudadanía, de los que recibe las competencias para alcanzar los objetivos comunes que desean lograr, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 TUE.

<sup>20</sup> El Derecho de la UE tiene sus raíces en el Derecho Internacional, que da lugar a la variable normativa Derecho supranacional. Se basa en la libre y voluntaria decisión del consentimiento de los Estados de ser miembros de la UE y de obligarse por los Tratados constitutivos y por los actos de las instituciones que la conforman a partir de la atribución de competencias internas en su favor. Este cuerpo normativo, que repercutirá en América Latina con el desarrollo del Ordenamiento Jurídico Comunitario Andino, presenta caracteres singulares y principios que le otorgan identidad propia, con el fin de surtir plenos efectos y permitir a sus destinatarios, es decir, a los Estados miembros, instituciones, órganos y justiciables, la realización plena de los derechos que de él derivan, además de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones originadas en el mismo. Es un ordenamiento independiente de las legislaciones de los Estados miembros, tal como se expresa en la señera sentencia del 5 de febrero de 1963, *VAN GEND EN LOOS*, as. 26/62. A diferencia del Derecho Internacional, esta rama se integra en los sistemas jurídicos nacionales, forma parte del Derecho que se aplica en los Estados de la UE, sin confundirse con éste, sentencias del 15 de julio de 1964, *Costa/ENEL*, as.6/64 y de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, as.11/70. Se trata de un ordenamiento jurídico cuya finalidad es desarrollar un proceso de integración, a diferencia del Derecho Internacional, basado en la cooperación. Además, esta variable normativa encuentra su fuente en los tratados fundacionales y en el poder normativo de las instituciones creadas en dichos tratados, mientras que el origen del Derecho Internacional es eminentemente un derecho convencional.

de la Unión Europea, TJUE<sup>21</sup>, con sede en Luxemburgo.

De lo expuesto se desprende que en la inmediata posguerra cuando se potencia la transnacionalización del Derecho Constitucional a partir del principio de apertura constitucional, se inicia un recorrido por dos caminos diferentes, uno que propende por la protección y la tutela de los derechos humanos y el otro, por la creación de un mercado común, buscando la reconstrucción de las economías destruidas por la guerra. Por lo tanto, en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no hay en sus textos originarios ninguna disposición acerca de los derechos humanos<sup>22</sup>, puesto que no está en la mente de los padres fundadores<sup>23</sup> desarrollar un esquema de protección de derechos humanos que compita con el CEDH.

No obstante, el impulso tomado por las Comunidades Europeas hace que estos dos caminos diferenciados empiecen lentamente a converger por la entidad de los derechos que comienza a involucrar la integración europea. Por tal razón, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, TJCE, desde los años 60 inicia la construcción de una significativa y abundante jurisprudencia<sup>24</sup> en materia de protección de los derechos fundamentales,

---

En relación con las características del Derecho de la Unión Europea es menester leer lo expresado por el TJUE en el Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, apartado 166.

<sup>21</sup> Tal como se establece en el artículo 19.1 (TUE) que le asigna la tarea de garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

<sup>22</sup> Es recién en el Preámbulo del Acta Única Europea que se encuentra una mención: “Decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades públicas y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social...”. AUE, DO L169, de 29 de junio de 1987. Y, es en el Tratado de la Unión Europea de 1992, cuando se incorpora en el texto de este Tratado el compromiso de la Unión con el respeto a los derechos fundamentales, artículo F apartado 2: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho Comunitario”. (TUE, sentencia de 29 de julio 1992, DOC C 191). No obstante, se recoge aquí la protección dada por el Tribunal de Justicia por vía pretoriana, régimen de protección de los derechos fundamentales reiterado por los Tratados de Ámsterdam y Niza.

<sup>23</sup> Jean Monnet, Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide De Gasperi y Paul-Henri Spaak son los llamados «Padres de Europa».

<sup>24</sup> Importa señalar que inicialmente el TJCE, que al igual que el actual TJUE, no tiene como función la tutela de los derechos humanos, puesto que actúa en la interpretación del Derecho supranacional, construye su jurisprudencia basada en un triple fundamento: los principios generales del Derecho Comunitario, hoy Derecho de la Unión Europea, que constituyen el elemento de sustanciación normativa de los derechos y libertades fundamentales en el derecho comunitario; la protección de los derechos fundamentales inspirada en los principios

convirtiéndose en el artífice de un sistema de protección de naturaleza jurisdiccional de especial relieve (MANGAS & LIÑÁN, 2016: p. 123).

Años más tarde, se busca colmar este vacío de los Tratados en relación con los derechos humanos recurriendo a dos vías. La primera, mediante la adhesión al CEDH, lo cual no se ha concretado hasta la fecha como consecuencia del ya referenciado Dictamen del TJUE 2/13 del 18 de noviembre de 2014 que declara la incompatibilidad del acuerdo de adhesión negociado con el Derecho de la Unión y la segunda, por medio de la elaboración de un texto normativo propio, que se logra con la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Carta o CDFUE, en diciembre de 2000 en Niza, a la cual el Tratado de Lisboa otorga el mismo valor jurídico que los Tratados constitutivos de la UE<sup>25</sup> (art. 6 TUE<sup>26</sup>).

Por consiguiente, con base en lo planteado en el párrafo precedente, como consecuencia del principio de apertura constitucional se avanza hacia la fragmentación, no solo normativa sino interpretativa, porque los distintos segmentos normativos que paulatinamente se suman, consolidan la convergencia de normas de origen diverso, generando una comunidad de intérpretes finales en el contexto del triángulo judicial europeo, cuyos tres actores centrales son: el TEDH, el TJUE y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros<sup>27</sup> que interpretan las constituciones nacionales, normas

---

constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos jurídicos internacionales de los que son partes los Estados miembros, tales como el CEDH, erigidos como un elemento de especial referencia para cubrir la laguna normativa de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de interpretación de los derechos humanos. (MANGAS & LIÑÁN, 2016: pp. 124-125).

<sup>25</sup> Esto implica que, al ser parte del Derecho originario o constitutivo de la UE, su relación con el Derecho interno de los Estados miembros de la UE esté condicionada por los principios de aplicación inmediata, eficacia directa, primacía, cooperación leal, tutela judicial efectiva, autonomía institucional y procesal en su aplicación interna y responsabilidad del Estado por su incumplimiento. Es decir que ostenta las características propias de la variable normativa Derecho supranacional.

<sup>26</sup> Asimismo, este artículo 6 (TUE) establece la adhesión al CEDH como un objetivo de la UE, acompañado de la atribución de personalidad jurídica a la UE (art. 47 TUE) y mantiene el tradicional sistema jurisprudencial del TJUE, al disponer que los derechos fundamentales del CEDH y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes forman parte del Derecho de la Unión como principios generales del derecho.

<sup>27</sup> Es menester recordar que los 27 Estados miembros de la UE son también parte del Consejo de Europa, es decir que están obligados a cumplir tanto con el Derecho de la UE como con el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

convergentes con el CEDH y la CDFUE. Es decir, que existe una protección multinivel de los derechos humanos o también puede aludirse a un triple círculo de protección o a tres niveles de intensidad (GARCÍA, 2003: p. 186), siendo el más externo, el Derecho de la UE; el intermedio, el CEDH y, el interno, más rígido, conformado por el derecho interno nacional, representado por las normas constitucionales. Esta concurrencia normativa refuerza el sistema de garantías de los derechos que conforman los tres niveles, pero al mismo tiempo configura una debilidad por la inevitable divergencia interpretativa que surge de la aplicación práctica de cada uno de estos derechos<sup>28</sup>, lo cual ocasiona una tensión entre los diferentes órganos jurisdiccionales involucrados por identificar cuál es el intérprete último que determina su alcance.

Por lo tanto, se impone un diálogo interjurisdiccional que permita llegar a consensos mínimos que se traduzcan en estándares de eficacia para la tutela efectiva de los derechos fundamentales convergentes reconocidos en los distintos segmentos normativos, CEDH, CDFUE y Constituciones nacionales. Y, para efectos de facilitar este intercambio de puntos de vista<sup>29</sup> se acude a las denominadas técnicas de cohabitación, tales como la presunción de protección

---

<sup>28</sup> Tal como expresa Cartabia: “La complejidad del sistema de tutela de los derechos fundamentales en el espacio constitucional europeo, en un tiempo objeto solo de reflexiones académicas y doctrinales, se ha convertido en una realidad apremiante a causa de la concreta actuación de las jurisdicciones llamadas a garantizar los derechos de la persona. Las Constituciones nacionales, la Carta de los Derechos de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos concurren indudablemente al reforzamiento del sistema de garantías. Sin embargo, sus relaciones recíprocas lejos están de ser inmediatas. Ante todo, porque la lista de los derechos incluidos en cada uno de estos documentos no es perfectamente encuadrable a ningún otro. En segundo lugar, por las inevitables divergencias interpretativas que afloran en la jurisprudencia y en la aplicación práctica de cada uno de ellos”. (CARTABIA, 2017: p. 12).

<sup>29</sup> La articulación de este diálogo interjurisdiccional se puede apreciar en las siguientes sentencias del STEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia* y de 23 de mayo de 2016, *Avotins c. Letonia*. Asimismo revisten especial interés las sentencias del TJUE que se señalan a continuación: sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 (asunto que inaugura el denominado “dilema *Melloni*” que abre una nueva era en la relación entre los jueces de Luxemburgo y los jueces constitucionales); de 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 y de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

equivalente<sup>30</sup>, interpretación conforme<sup>31</sup>, el margen nacional de apreciación<sup>32</sup> y la identidad constitucional<sup>33</sup>.

También, es de destacar el servicio determinante que presta la cuestión prejudicial<sup>34</sup>, la pieza más importante del sistema de control jurisdiccional del ordenamiento jurídico de la UE en la integración de consensos<sup>35</sup> en el triángulo

---

<sup>30</sup> La cual según Cortés Martín “representa una gran sensibilidad de esta Alta jurisdicción (se refiere al TEDH) hacia las peculiaridades del proceso de integración europea, que puede justificarse entre jurisdicciones supremas que garantizan de manera independiente el respeto de ciertos derechos comunes”. (CORTÉS, 2013: p. 951). La presunción de protección equivalente implica que el TEDH admite el Derecho de la Unión Europea, porque este sistema jurisdiccional garantiza una protección equivalente al CEDH y así Estrasburgo resguarda el desarrollo de la cooperación internacional en materia de derechos humanos, evitando por medio de esta deferencia que la situación se tense con el TJUE. Se recomienda la lectura de la ya citada sentencia *Michaud c. Francia*.

<sup>31</sup> Es un criterio hermenéutico que según el cual, de entre los varios sentidos posibles atribuidos a una disposición jurídica, el intérprete debe excluir los que no se acomodan a otra disposición jurídica. En el marco del Derecho de la Unión Europea en su relación con el derecho nacional de los Estados miembros, implica que los jueces nacionales cuando aplican el Derecho nacional están obligados a interpretarlo acorde con el cuerpo normativo de la Unión, que tiene características propias a partir de las que se funda su autonomía conceptual, la cual es precisada por el ya señalado caso *VAN GEND EN LOOS*.

<sup>32</sup> El margen nacional de apreciación constituye un criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos atribuido al Estado por los tribunales regionales.

<sup>33</sup> La identidad constitucional es producto de la Constitución nacional de los Estados y por medio de ella una comunidad estatal expresa y defiende un conjunto de valores y principios que le resultan propios frente a ordenamientos jurídicos externos como el Derecho Internacional o el supranacional, debate que estará en el centro de la relación desarrollada por el TJUE y los tribunales constitucionales o supremos de los Estados parte de la Unión Europea, que además son Estados parte del CEDH, cuyo intérprete como se ha dicho anteriormente es el TEDH.

<sup>34</sup> Ejemplo único de diálogo directo reglado entre los jueces nacionales de los Estados miembros de la UE y el TJUE, inspirado en la cuestión de constitucionalidad del derecho comparado, la interpretación prejudicial, regulada en el artículo 267 TFUE, es una técnica que permite al juez nacional ante quien se dirime un litigio interno que exige la aplicación de una norma supranacional, dirigirse al TJUE para que la interprete, con el fin de evitar interpretaciones diferenciadas derivadas de las peculiaridades propias de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE. Se basa en una estrecha colaboración entre los órganos jurisdiccionales europeos e internos, estando estos últimos obligados a respetar las sentencias del TJUE para extraer las consecuencias concretas de dicha respuesta y de esta manera resolver la *litis*. Este instrumento también es compartido por el Tribunal de Justicia Andino, TJCA, en el marco del proceso subregional de integración andina. Al respecto se puede consultar *Introducción al Derecho Comunitario Andino. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento (2008-2012)* (FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS & ORTIZ ARCINIEGAS, 2019).

<sup>35</sup> Importa destacar que la práctica de la cuestión prejudicial no ha estado exenta de conflictos entre el TJUE y los jueces nacionales, llegándose a producir una rebelión de estos últimos, pues el Juez Constitucional, intérprete de la Constitución, expresión máxima de la soberanía de un Estado, debe aceptar que cuando las normas constitucionales de protección de los derechos humanos son convergentes con la variable normativa de la matriz del Derecho Internacional, es decir el Derecho de la Unión, la duda en relación con este último la resuelve el Tribunal de Luxemburgo.

judicial europeo<sup>36</sup>, porque permite descomprimir la situación conflictiva y establecer una conversación, en aras de consolidar la eficacia de los derechos fundamentales en el sistema del Derecho de la Unión, permitiendo a los jueces de Luxemburgo su interpretación y, en última instancia su moderación conforme a los estándares elaborados en Estrasburgo. (Fernández de los Campos & Ortiz Arciniegas, 2019)

A manera de cierre de esta parte introductoria, se colige que la convergencia normativa generada por la apertura de los ordenamientos jurídicos nacionales y la fragmentación del Derecho Internacional darán lugar a una comunidad de intérpretes de una materia compartida como son los derechos humanos, lo cual puede originar un conflicto de intereses por determinar quién dispone de la última palabra, del derecho de la última instancia, frente a derechos reconocidos en los tres niveles, el Derecho de la Unión, el CEDH y el derecho interno de los Estados.

Por tal motivo, los tribunales del triángulo judicial europeo deben entenderse mediante el diálogo para efectos de garantizar la tutela efectiva de los derechos humanos.

## **II. La evolución de la prohibición de la discriminación en el ámbito de la Unión Europea**

Esta temática se abordará a partir de dos vertientes. La primera, con base en el Derecho de la Unión Europea y la segunda, tomando en consideración el desarrollo jurisprudencial del TJUE.

---

<sup>36</sup> Al respecto es fundamental tener en cuenta las sentencias del TJUE, 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 y de 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936I.

## **i. La prohibición de la discriminación en el Derecho de la Unión Europea**

### **1. Las disposiciones en el derecho originario<sup>37</sup> de la Unión Europea**

Como se expresó anteriormente, en un comienzo los derechos humanos no aparecen ni siquiera mencionados en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (GASCÓN GARCÉN, 2019: p. 253), aunque hay alguna referencia a cuestiones puntuales como la prohibición de discriminación en razón del género y de la nacionalidad, teniendo en cuenta que el objetivo fundamental de aquellos se centra en la creación de un mercado común<sup>38</sup> para recuperar la prosperidad perdida con la Segunda Guerra Mundial. No será hasta la firma del Tratado de Ámsterdam en 1997 que se incluye una disposición que hoy persiste en la redacción del artículo 19.1 del TFUE que establece “sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del 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”. Lo cual da cuenta de la existencia de un mandato expreso a las instituciones de la UE para avanzar y legislar en materia de protección contra la discriminación<sup>39</sup>. Asimismo, dentro del mismo Tratado destacan los artículos 2, 10 y 18. Con base en el artículo 2: “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

---

<sup>37</sup> El Derecho de la UE está conformado por normas originarias y derivadas. La norma originaria se identifica con los Tratados constitutivos y las normas convencionales que los han modificado con el transcurso del tiempo. Como elemento de normatividad esencial, revisten una dimensión constitucional que se manifiesta en sus contenidos y en la garantía de su preeminencia sobre cualquier otra norma.

<sup>38</sup> Tratado de Roma (CEE) artículos 2 y 3.

<sup>39</sup> Es decir que este artículo reconoce al Consejo la facultad, no la obligación, de legislar en la medida en que estime conveniente que tales normas son beneficiosas para combatir las discriminaciones en esos ámbitos predeterminados.

pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad la igualdad entre mujeres y hombres”.

De acuerdo con el artículo 10, “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. Conforme al artículo 18, “en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”.

A su vez, a estas normas hay que agregar el artículo 21 de la CDFUE que prohíbe toda discriminación<sup>40</sup> : “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”.

---

<sup>40</sup> En el comentario a este artículo, la Dra. Mangas Araceli Mangas Martín, refiriéndose a las clases de discriminación comprendidas en esta disposición, expresa: “El artículo 21 enuncia algunas, pero no es un *numerus clausus* o un enunciado exhaustivo. El Tratado enuncia algunas en particular; que podemos agrupar en dos grandes clases; ya sea por sus caracteres propios del ser humano como el origen racial, étnico o social, caracteres genéticos, color, su sexo, discapacidad, edad, etc., ya sea por sus circunstancias como su lengua materna, su religión, opiniones políticas, pertenencia a una minoría, patrimonio, nacimiento, orientación sexual, etc...” La novedad de este artículo es que proclama la prohibición general, siendo ésta su finalidad específica. El alcance de las discriminaciones prohibidas por este artículo son todas, toda discriminación” (MANGAS MARTÍN, 2008).

## **2. La regulación de la prohibición de la discriminación en el derecho derivado<sup>41</sup> de la Unión Europea**

Junto con las precedentes referencias al derecho originario de la UE, consideradas por los jueces de Luxemburgo como normas constitucionales<sup>42</sup> del proceso de integración regional europea, con el inicio del siglo XXI se procede a sancionar un conjunto normativo que será determinante para la tutela contra la discriminación en los Estados parte de la UE, pero que a la vez origina una serie de tensiones debido a la identidad constitucional<sup>43</sup> de muchos de esos Estados, como en el caso de Alemania, cuya Constitución reconoce un status especial a las iglesias, a lo cual se hará alusión al abordar algunas de las sentencias del TJUE.

---

<sup>41</sup> Las normas derivadas del Derecho de la UE se cualifican por tratarse de modos de instrumentación jurídica con fundamento en la norma constitutiva, las cuales provienen del sistema de atribución de competencias, que otorga al sistema institucional los poderes jurídicos necesarios para la consecución de los fines establecidos en la norma originaria, cuya tipología está establecida en el artículo 288 del TFUE, que comprende los reglamentos, directivas y decisiones con carácter vinculante y las recomendaciones y dictámenes, carentes de obligatoriedad.

<sup>42</sup> Especial trascendencia tiene en el proceso de transnacionalización constitucional, esta analogía a la constitucionalidad de los Tratados fundacionales de la UE, formulada por el TJUE en reiteradas ocasiones y de manera especial en el citado Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, apartados 155 a 176, en los que alude al “marco constitucional de la Unión Europea”. La misma consideración se aprecia por parte del TEDH, al considerar al CEDH, “un instrumento constitucional del orden público europeo” en el campo de los derechos humanos. (GARCÍA, 2012: p. 188).

<sup>43</sup> Este debate estará en el centro de la relación desarrollada a través del tiempo por el TJUE y los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros de la UE, que, además, como se indicó con anterioridad, son Estados parte del CEDH, que interpreta el TEDH.

En el marco del derecho derivado de la UE, la temática objeto de análisis<sup>44</sup> se encuentra regulada por directivas<sup>45</sup>, que como se explicó anteriormente, constituyen una forma de acto jurídico típico que integra el derecho derivado o secundario vinculante de la UE, junto al reglamento y la decisión. Al respecto, en cuanto a la tutela contra la discriminación en los Estados parte de la UE, se

---

<sup>44</sup> La cual hace parte de los objetivos de la política social de la UE, uno de los ámbitos de competencia compartida/concurrente de la UE (art. 4.2 TFUE) en las que la UE y los Estados miembros tienen potestad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, pero cuando lo hace la UE desplaza la competencia nacional, ocupando su lugar. En estos ámbitos instrumentados casi siempre mediante directivas como las que regulan el tema que se aborda en este escrito, la intervención de la UE está regida por los principios de subsidiariedad, de proporcionalidad y de suficiencia de medios. La subsidiariedad (art. 5 TUE), que se limita al sector de las competencias compartidas, es un principio que rige el modo de ejercicio de las mismas, por lo que la UE debe justificar su intervención ante la insuficiencia de la acción de los Estados, la dimensión o efectos de la acción a escala de la Unión, por las repercusiones supranacionales del problema y su solución, y la mayor eficacia de la acción común. Los principios de proporcionalidad y de suficiencia de medios son de carácter general y afectan al ejercicio de todas las competencias. El primero, implica que ninguna acción puede excederse de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en los Tratados y en el derecho derivado (art. 5.4 TUE), y el segundo, expresa el compromiso de la UE para lograr sus metas y llevar a cabo sus políticas, de acuerdo con las competencias que le son atribuidas para lo cual dispondrá de los medios apropiados (art 3.6 TUE).

<sup>45</sup> Es un instrumento regulador sin alcance general, definido en el artículo 288 del TFUE que dispone: “*La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios*”. La exigencia de intermediación normativa se sustancia en la obligación de los Estados de adoptar las normas necesarias para el cumplimiento del objetivo previsto en la directiva con el margen de discrecionalidad que supone la elección de la forma y los medios, para transponer o trasladar su contenido a su propio ordenamiento interno en un plazo denominado de transposición, que cada directiva señala en sus disposiciones, permitiendo la articulación de acuerdo a los procesos y a las realidades particulares nacionales de los Estados miembros, so pena de incurrir en responsabilidad patrimonial por violar el Derecho de la Unión. ( Caso *Francovich y Bonifaci c. República Italiana*, asuntos acumulados C- 6/90 y C- 9/90). Es decir, que a diferencia del reglamento y la decisión está desprovista de efecto directo, característica de la variante normativa del Derecho supranacional que atribuye a sus normas la capacidad, una vez incorporadas a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, de generar directamente derechos y obligaciones, principio construido por la jurisprudencia del TJCE (Sentencias *Van Gend en Loos*, asunto 26-62; *Simenthal II*, asunto 106/77 y *Fratelli Costanzo*, asunto 103-88). En el caso de la directiva, los derechos u obligaciones previstos en ella emergen de la norma nacional de transposición, salvo que el Estado no cumpla de manera adecuada en el plazo fijado, engendrando a los justiciables el derecho de invocar la directiva frente al Estado (Sentencias *Becker*, asunto 8/81 y *Vaneetveld*, asunto 316/93).

examinan las siguientes Directivas<sup>46</sup>: Directiva 2000/43/CE<sup>47</sup>; Directiva 2000/78/CE<sup>48</sup>; Directiva 2004/113/CE<sup>49</sup> y Directiva 2006/54/CE<sup>50</sup>.

De estas Directivas es pertinente destacar las siguientes categorías: el concepto de discriminación y las excepciones al principio de la igualdad de trato. También es relevante hacer referencia a la inversión de la carga de la prueba.

### 3. El concepto de discriminación

Las cuatro Directivas defienden un concepto similar de discriminación, salvo algunas particularidades, pero que se refieren a su naturaleza y no al derecho tutelado.

---

<sup>46</sup> Estos cuatro actos legislativos establecen un marco general para luchar contra la discriminación en los diferentes campos objeto de su regulación con el fin de aplicar en los Estados miembros el principio de la igualdad de trato. Es menester destacar que en estas Directivas no se establece por sí mismo el principio de igualdad de trato que encuentra su fuente en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE, tal como se expresa a título de ejemplo en el considerando 3 de la Directiva 2000/43/CE y en el considerando 4 de Directiva 2000/78/CE, lo cual también ha sido resaltado por la jurisprudencia del TJUE, sentencias de 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger / Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, C-414/16, ECLI:EU:2018:257, apartado 75 y de 11 de septiembre de 2018, *IR / JQ*, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, apartado 67.

<sup>47</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 sobre la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico. Fecha de publicación en el Diario de las Comunidades Europeas: 19.7.2000. Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2000/180/L00022-00026.pdf>

<sup>48</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo del 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Fecha de publicación en el Diario de las Comunidades Europeas: 2.12.2000. Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2000/303/L00016-00022.pdf>. El ámbito del empleo y la ocupación será central por las dimensiones que alcanza al representar uno de los puntos de convergencia entre el proceso de integración de la Unión Europea y la tutela efectiva de los derechos humanos

<sup>49</sup> Directiva 2004/113/CE del Consejo del 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Fecha de publicación en el Diario de las Comunidades Europeas: 21.12.2004. Accesible en: <https://www.boe.es/doue/2004/373/L00037-00043.pdf>.

<sup>50</sup> Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de junio de 2006 del 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 ocupación (refundición). Fecha de publicación en el Diario de las Comunidades Europeas: 26.7.2006. Accesible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF>. En el considerando 3 de esta Directiva, se incorpora la jurisprudencia de Luxemburgo que extiende el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a la prohibición de las discriminaciones que tienen lugar cuando se produce el cambio de sexo de una persona.

Lo primero a señalar es que se define el principio de igualdad de trato<sup>51</sup> como la ausencia de toda discriminación tanto directa como indirecta<sup>52</sup>.

Las propias Directivas conceptualizan la discriminación directa de la misma forma. Constituye discriminación directa<sup>53</sup> cuando una persona es tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable<sup>54</sup>. Este es un principio que reproduce además la jurisprudencia de Estrasburgo<sup>55</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>56</sup>, entre otros tribunales.

La situación se complejiza cuando se define la discriminación indirecta<sup>57</sup>, la cual se entiende que tiene lugar cuando una disposición, criterio o práctica<sup>58</sup>

---

<sup>51</sup> Directiva 2000/43, y Directiva 2000/78, art.2 apartado.1, Directiva 2004/113, artículo 4 y Directiva 2006, artículos 4 y 5.

<sup>52</sup> La apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales, tal como lo disponen el considerando 15 de las Directivas 2000/43 y 2000/78 Así lo ha destacado el TJUE en su jurisprudencia, sentencia de 16 de julio de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, ECLI: EU:C:2015:480, apartado 79.

<sup>53</sup>Directivas 2000/43. y 2000/78, artículo2, apartado 2, letra a); Directiva 2004/113, artículo 2, apartado 1, letra a) y Directiva 2006/54, artículo 2, letra a).

<sup>54</sup> Esta exigencia del carácter comparable de las situaciones para determinar la existencia de una vulneración del principio de igualdad de trato debe apreciarse atendiendo a todos los aspectos que las caracterizan, tal como expresa el TJUE en la sentencia *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, apartado 89. Esto implica que, a igual situación, igual trato, de lo contrario hay discriminación directa.

<sup>55</sup> En relación con la interpretación del artículo 14 del CEDH que regula la prohibición de discriminación, el TEDH ha manifestado que el principio de la igualdad de trato se viola cuando la distinción carece de justificación objetiva razonable. Su existencia debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida implementada, teniendo en cuenta los principios que imperan en las sociedades democráticas. Corte EDH, Caso “*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*” (Fondo), sentencia del 23 de julio de 1968, Volumen 6, Serie A, párrafo 10.

<sup>56</sup> En cuanto al principio de igualdad y no discriminación la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos....El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenecen al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

<sup>57</sup> Definición común a las cuatro Directivas: Directivas 2000/43. y 2000/78/CE, artículo 2, apartado 2. Letra b); Directiva 2004/113. art. 2, letra b) y Directiva 2006/54, artículo 2, apartado 1, letra b).

<sup>58</sup> Además de una norma jurídica, tanto un criterio de interpretación como una práctica institucional pueden dar lugar a la discriminación indirecta, lo cual se menciona de manera expresa en las cuatro Directivas.

aparentemente neutros<sup>59</sup> puedan ocasionar una desventaja particular a personas en relación a cualquiera de las causales previstas<sup>60</sup> en cada una de las directivas.

También estas Directivas hacen referencia al acoso<sup>61</sup>, el cual constituye discriminación cuando se produce un comportamiento no deseado relacionado con algunos de los motivos comprendidos en sus textos que tengan como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo<sup>62</sup>.

Con relación al acoso sexual las ya citadas Directivas 2004/113 y 2006/54 avanzan a considerarlo<sup>63</sup> como una forma de discriminación ante la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

De acuerdo con lo expuesto, se desprende que las cuatro Directivas individualizan situaciones, hipótesis que conducen a la violación de la igualdad de trato, abiertas a la interpretación de los jueces de Luxemburgo.

#### **4. Las excepciones al principio de igualdad de trato reconocidas por las Directivas: requisitos profesionales esenciales y determinantes**

Las cuatro Directivas contemplan la posibilidad que los Estados miembros de la UE dispongan que una diferencia de trato basada en una característica que constituye su objeto, no tenga carácter discriminatorio cuando, debido a la

---

<sup>59</sup> En relación con la práctica manifiestamente neutra el TJUE ha precisado que la discriminación indirecta puede nacer de una medida que, aunque formulada de manera neutra, con referencia a otros criterios no ligados a la característica protegida conduce no obstante a desfavorecer particularmente a las personas dotadas de la misma, tal como se manifiesta en las sentencias *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, apartados 94,96 y 101 y de 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/ Micropole SA*, anteriormente *Micropole Univers SA*, C- 188/15, ECLI:EU: C: 2017: 2014, apartado 34.

<sup>60</sup> Por ejemplo, por razón de sexo, religión, etc.

<sup>61</sup> Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE., artículo 2, apartado 3 y Directivas 2004/113/CE. y 2006/54/CE artículo 2, letra c.

<sup>62</sup> Es muy importante porque se establece una pauta, la discriminación por medio del acoso.

<sup>63</sup> Artículo 2, letra c) de ambas Directivas.

naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado<sup>64</sup>, por lo que es interesante revisar cómo opera la interpretación del TJUE al respecto.

## **5. La inversión de la carga de la prueba**

Otro aspecto relevante para tomar en consideración al analizar estas Directivas es la inversión de la carga de la prueba<sup>65</sup>, puesto que los Estados miembros de la UE adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere de dicho principio, alegue ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta<sup>66</sup>.

### **ii. La prohibición de la discriminación en la jurisprudencia del TJUE**

Para efectos de realizar una revisión de algunas de las sentencias más relevantes en torno a la temática abordada en este escrito, se escogen casos que tienen por objeto peticiones de decisión prejudicial<sup>67</sup> elevadas por diferentes órganos jurisdiccionales ante el TJUE, relacionadas con la interpretación de dos de las Directivas previamente señaladas: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al

---

<sup>64</sup> Directivas 2000/43/CE, artículo 4, 2000/78/CE., artículo 4, apartados 1 y 2; Directiva 2004/113, artículo 4, apartado 5 y Directiva 2006/54, artículo 14, apartado 2.

<sup>65</sup> Se excluyen los procedimientos penales.

<sup>66</sup> Directiva 2000/43, artículo 8; Directiva 2000/78, artículo 10; Directiva 2004/113E, artículo 9 y Directiva 2006/54, artículo 19.

<sup>67</sup> Es pertinente recordar que tal como lo expresa el TJUE en el citado Dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014, la cuestión prejudicial constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional de la Unión Europea, que al establecer un diálogo de juez a juez, es decir, entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión, apartado 176.

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

### 1. La discriminación por origen racial o étnico

En relación con la discriminación racial o étnica se toma en consideración la sentencia de 16 de julio de 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, C-83/14, ECLI: EU:C:2015:480 en la que el TJUE interpreta la Directiva 2000/43.

En el citado asunto, que constituye el primer fallo del TJUE acerca de la discriminación en razón del origen étnico, la petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, tiene por objeto la interpretación de los artículos 1<sup>68</sup> y 2, apartados 1 y 2, letras a) y b)<sup>69</sup> de la citada Directiva y del artículo 21<sup>70</sup> de la CDFUE. Es planteada por el *Administrativen sad-Sofia-grad* de Bulgaria, en el marco de un procedimiento en el que el *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, en lo sucesivo *CHEZ RB*, solicita la anulación de una decisión de la *Komisija za zashtita ot diskriminatsia* (Comisión de Defensa contra la discriminación, en lo sucesivo *KZD*).

En cuanto a los hechos y con base en lo establecido en los apartados 21 a 27 de la sentencia, se expresa que la Sra. *Nikolova* gestiona, un comercio de alimentación situado en el barrio “*Gizdova mahala*” de la ciudad de *Dupnitsa* (Bulgaria), barrio habitado principalmente por personas de origen gitano, donde la compañía eléctrica *CHEZ RB* ha instalado los contadores eléctricos de todos los clientes de ese barrio a una altura aproximada de seis a siete metros, mientras que en los demás están ubicados a una altura de 1.70m. En la primera reclamación que presenta a la *KZD*, la Sra. *Nikolova* denuncia que tal práctica obedece al hecho de ser los habitantes de su barrio de origen gitano, y que ella misma es víctima por esa causa de una discriminación directa en razón de su nacionalidad búlgara. Además, la interesada se queja de no poder observar su

---

<sup>68</sup> Este artículo hace referencia al objeto de esta Directiva que como se ha señalado es establecer un marco para la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de aplicar el principio de igualdad de trato en los Estados miembros de la UE.

<sup>69</sup> Hacen referencia, respectivamente, a la existencia de discriminación directa e indirecta.

<sup>70</sup> Como se ha mencionado previamente, este artículo regula la prohibición de la discriminación.

contador eléctrico para controlar su consumo y asegurarse de la exactitud de las facturas que se le envían, a las que considera de importe excesivo. Luego que la *KZD* ordena a *CHEZ RB* poner fin a la discriminación ejercida contra la Sra. *Nikolova* y abstenerse de esa clase de comportamiento discriminatorio en el futuro, la compañía eléctrica, que mantiene que su práctica está justificada por la existencia de numerosas conexiones ilícitas, daños y manipulaciones de contadores en ese barrio habitado en su mayoría por personas de origen gitano, interpone un recurso contra esa decisión ante el *Administrativen sad Sofia-grad*.

Este órgano jurisdiccional plantea al TJUE varias cuestiones prejudiciales. La primera, de acuerdo con el apartado 37 se relaciona con el concepto de “origen étnico” a efectos de la Directiva 2000/43 y del artículo 21 de la CDFUE y consulta si ese concepto debe interpretarse en el sentido que comprende a un grupo compacto de población de nacionales búlgaros de origen gitano, como los habitantes del barrio en cuestión en el asunto principal.

Respecto a la quinta cuestión prejudicial, que el TJUE procede a examinar en segundo lugar, apartado 61 de la sentencia, el tribunal remitente pregunta si el artículo 1, punto 7, de las disposiciones complementarias de la *ZZD*, que define el “trato menos favorable” como todo acto que cause un perjuicio directo o indirecto a “derechos o intereses legítimos”, es compatible con la Directiva 2000/43.

Con las cuestiones prejudiciales segunda a cuarta, que el TJUE examina en tercer lugar, apartado 70 de la sentencia, el tribunal remitente pretende saber si el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43 debe interpretarse en el sentido que una medida como la práctica discutida pueda crear una situación en la que unas personas sean objeto de un “trato menos favorable” que otras personas “en situación comparable” por motivos relacionados en todo o en parte con el origen, en el sentido de esa disposición.

Acerca de las cuestiones prejudiciales sexta a novena, según el apartado 92 de la sentencia, que el TJUE, examina en cuarto lugar, el tribunal remitente se pregunta acerca del alcance de los conceptos de “práctica aparentemente neutra” y de “desventaja particular para personas de un origen racial o étnico concreto con respecto a otras personas” en el sentido del artículo 2, apartado 2,

letra b), de la Directiva 2000/43 y, si no constituye una discriminación directa, responde en tal caso a las otras condiciones y puede constituir una discriminación indirecta en el sentido de esa disposición. El tribunal remitente también se pregunta si esa misma disposición debe interpretarse en el sentido de oponerse a una disposición nacional que prevea que, para que exista tal discriminación indirecta, la desventaja particular debe haber sido causada por motivos de origen racial o étnico.

Finalmente, respecto a la décima cuestión prejudicial, el TJUE, en el apartado 110 de la sentencia, considera que el tribunal remitente trata de saber, si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/43 debe interpretarse en el sentido de si una práctica como la discutida en el asunto principal puede justificarse objetiva-mente por el propósito de garantizar la seguridad de la red de transporte de electricidad y un seguimiento apropiado del consumo de electricidad, teniendo en cuenta, la necesidad de asegurar el libre acceso de los usuarios finales a su contador eléctrico, dado que los medios de comunicación han informado de la existencia de otros recursos técnica y económicamente accesibles que permiten garantizar la seguridad de los contadores eléctricos.

Frente a las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente, el TJUE, formula los siguientes criterios:

- El concepto de “discriminación basada en el origen étnico”<sup>71</sup>, en el sentido de la Directiva 2000/43, 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 y, en particular, de los artículos 1 y 2, apartado 2, de ésta, debe interpretarse en el sentido que, en circunstancias como las del asunto principal, en las que todos los contadores eléctricos en un barrio habitado principalmente por personas de origen gitano están instalados en postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, mientras que en los otros barrios los contadores están situados a una altura menor de dos metros, dicho concepto es aplicable con independencia de que esa media colectiva

---

<sup>71</sup> Apartado 60.

afecte a las personas que tienen un origen étnico específico o a las que, sin tener ese origen, sufren junto con las primeras el trato menos favorable o la desventaja particular derivada de esa medida<sup>72</sup>.

- La Directiva 2000/43, en particular las disposiciones del artículo 2, apartados 1 y 2, letras a) y b), de ésta, debe interpretarse<sup>73</sup> en el sentido que se opone a una disposición nacional que prevé, que para poder constatar la existencia de una discriminación directa o indirecta basada en el origen racial o étnico en los ámbitos comprendidos en el artículo 3, apartado 1, de esa Directiva, el trato menos favorable o la desventaja particular a los que se refieren respectivamente esas letras a) y b), deben consistir en un perjuicio para derechos o intereses legítimos.

- El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43 debe interpretarse<sup>74</sup> en el sentido que una medida como la práctica discutida constituye una discriminación directa a efectos de esa disposición si se comprueba que esa medida fue establecida y/o mantenida por razones ligadas al origen étnico común de la mayoría de los habitantes del barrio afectado, lo que incumbe apreciar al tribunal remitente atendiendo a todas las circunstancias pertinentes del asunto, así como a las reglas sobre la inversión de la carga de la prueba previstas en el artículo 8, apartado 1, de esta Directiva.

- El artículo 2, apartado 2, letra b) de la Directiva 2000/43 debe interpretarse<sup>75</sup> en el sentido de que:

---

<sup>72</sup> El TJUE recuerda en el apartado 56 de esta sentencia que su jurisprudencia, en virtud de la cual el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43, habida cuenta de su objeto y de la naturaleza de los derechos que trata de proteger, no puede definirse de manera restrictiva, lo cual permite sustentar en este caso que el principio de igualdad de trato al que se refiere la Directiva no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos enunciados en el artículo 1, por lo que también es aplicable a las personas que, aunque no pertenezcan ellas mismas a la raza o la etnia considerada sufren sin embargo un trato menos favorable o una desventaja particular por uno de esos motivos. Es decir que la tutela en razón del origen étnico, regulada en esta Directiva tiene lugar en función del origen de la discriminación. No importa que quien reclama no se identifique como gitana, lo esencial es que el trato menos favorable se imparte porque el barrio está habitado por personas, en su mayoría de origen gitano.

<sup>73</sup> Apartado 74.

<sup>74</sup> Apartado 91.

<sup>75</sup> Apartado 128.

-esa disposición se opone a una disposición nacional que prevé que, para que exista una discriminación indirecta basada en el origen racial o étnico, la desventaja particular debe haber estado causada por motivos de origen racial o étnico;

-el concepto de disposición, criterio o práctica “aparentemente neutros” en el sentido de esa disposición se refiere a que sean formulados o aplicados en apariencia de manera neutra, es decir, en atención a factores diferentes de la característica protegida y no equivalente a ésta;

-el concepto de “desventaja particular” en el sentido de esa misma disposición no designa un caso especialmente relevante, evidente y grave de desigualdad, sino que significa que la disposición, criterio o práctica considerados desfavorecen particularmente a las personas de un origen racial o étnico concreto;

-en el supuesto que una práctica como la del asunto principal no constituya una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la referida Directiva, esa práctica puede constituir, en principio, una práctica aparentemente neutra que da lugar a una desventaja particular para las personas de un origen étnico concreto con respecto a otras personas, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b).

- El artículo 2, apartado 2, letra b) de la Directiva 2000/43 debe interpretarse en el sentido que una práctica como la discutida en el asunto principal solo puede justificarse objetivamente por la voluntad de garantizar la seguridad de la red de transporte de electricidad y un seguimiento apropiado del consumo de electricidad a condición que esa práctica no exceda de los límites de lo que es apropiado y necesario para realizar esos objetivos legítimos y que los inconvenientes causados no sean desmesurado en relación con los objetivos perseguidos por ese medio. No sería así si se apreciara, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente, que existen otros medios apropiados y menos restrictivos que permiten lograr esos objetivos, o bien, en defecto de esos otros medios, que esa práctica perjudica en grado desmesurado el interés legítimo de los

usuarios finales de electricidad que habitan en el barrio afectado, poblado principalmente por personas de origen gitano, en tener acceso al suministro de electricidad en condiciones que no tengan carácter ofensivo o estigmatizador y que les permitan controlar regularmente su consumo de electricidad.

A manera de síntesis, el TJUE concluye que la Directiva 2000/43 es aplicable a la política del proveedor de electricidad y no puede interpretarse de forma restrictiva por su objeto y los derechos que protege. Asimismo, señala que corresponde a la jurisdicción búlgara decidir si la práctica seguida por la compañía eléctrica puede justificarse objetivamente en relación con un fin legítimo y si la medida es proporcional al fin perseguido<sup>76</sup>. Además, el TJUE formula precisiones en torno a los conceptos de discriminación directa e indirecta y lo que constituye un elemento adecuado de comparación, pautas que el tribunal remitente debe observar al proferir su fallo<sup>77</sup>.

## **2. La discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral**

En relación con la discriminación por motivos religiosos en el ámbito laboral se abordan dos casos acerca de la discriminación de empleados por parte de las confesiones religiosas y otros dos, relacionados con la discriminación de empleados por uso de simbología o vestimenta religiosa que precisan la interpretación por parte del TJUE de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

## **3. La discriminación de empleados por parte de las confesiones religiosas**

En 2018, el TJUE emite dos sentencias relativas a la discriminación de empleados por parte de las confesiones religiosas, centradas en la interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 2000/78 que establece una excepción a las normas

---

<sup>76</sup> Es decir que las excepciones a la igualdad de trato son siempre de interpretación restrictiva, pues de lo contrario se desvirtúa el objeto de la Directiva.

<sup>77</sup> De esta manera se garantiza la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

sobre discriminación en el empleo al servicio de los grupos religiosos y organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona.

El primer asunto trata del proceso de selección de empleo y el segundo aborda el despido a causa de un divorcio.

#### **4. La discriminación en el proceso de selección de empleo**

La sentencia de 17 de abril de 2018, *Vera Egenberger / Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*C-414/16, ECLI:EU:2018:257, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) al TJUE con el fin de interpretar el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE presentada en el contexto de un litigio entre la Sra. *Vera Egenberger* y la *Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* (en lo sucesivo *Evangelisches Werk*), en relación con una demanda de indemnización por la primera debido a una discriminación por razón de religión que alega haber sufrido durante un procedimiento de selección de personal.

En cuanto a los hechos descritos en los apartados 24 a 29 de la sentencia, la *Evangelisches Werk* publica una oferta de empleo temporal para un proyecto de redacción del informe paralelo sobre el Convenio Internacional de las Naciones Unidas relativo a la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Entre los requisitos que deben cumplir los candidatos, dicha oferta de empleo especifica que deben pertenecer a una Iglesia protestante o a una Iglesia integrada en la comunidad de trabajo de las Iglesias cristianas de Alemania e identificarse con la misión de servicio social evangélico, además de tener que indicar su confesión en el *curriculum vitae*. La Sra. *Egenberger*, sin confesión alguna, solicita el puesto publicado. Si bien supera la primera selección, la interesada no es convocada a una entrevista. El candidato seleccionado es “un cristiano miembro de la Iglesia protestante regional de Berlín”. La Sra. *Egenberger* considera que su candidatura ha sido rechazada por carecer de confesión y presenta una demanda ante el *Arbeitsgericht Berlin* (Tribunal de lo Laboral de Berlín, Alemania), en la que solicita se condene a la *Evangelisches*

*Werk* a pagarle una indemnización con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15, apartado 2 de la *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG* (Ley General de Igualdad de Trato). La interesada manifiesta que la toma en consideración de la religión en el procedimiento de selección identificable en la oferta de empleo en cuestión contraviene la prohibición de discriminación establecida en la *AGG*, interpretada de conformidad con el Derecho de la Unión, y que el artículo 9, apartado 1, de la *AGG*, no puede justificar la discriminación sufrida.

La *Evangelisches Werk* alega que la diferencia de trato por motivos de religión está justificada en virtud de lo establecido en el artículo 9, apartado 1, de la *AGG*, que admite una desigualdad en el empleo ofrecido por grupos religiosos o entidades vinculadas cuando, con arreglo a la propia conciencia de dichas comunidades o entidades, una determinada religión o convicción constituya un requisito profesional justificado, en atención a su derecho de autonomía o la naturaleza de sus actividades. Asimismo, considera que el derecho a exigir la pertenencia a una iglesia cristiana está incluido en el derecho de autonomía eclesiástica protegido por el artículo 140 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en relación con el artículo 137, apartado 3 de la Constitución de Weimar. A su entender, tal derecho subjetivo respeta el Derecho de la Unión, en particular, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 17 del TFUE<sup>78</sup>. Además, considera que, debido a la naturaleza de la actividad contemplada por la oferta de empleo en cuestión en el procedimiento principal, la pertenencia religiosa es una exigencia profesional justificada, habida cuenta de la conciencia eclesiológica de la *Evangelisches Werk*. El *Arbeitsgericht Berlin* (Tribunal de lo Laboral de Berlín) estima parcialmente la demanda de la Sra. *Egenberger*, por lo que apela ante el *Landesarbeitsgericht Berlin – Brandenburg* (Tribunal Regional de lo Laboral de Berlín-Brandeburgo, Alemania). Frente a la desestimación de su demanda, interpone un recurso de *Revisión* (casación) ante

---

<sup>78</sup> TFUE art. 17: “1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados 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”.

el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) para conseguir una indemnización apropiada, el cual presenta una petición de decisión prejudicial ante el TJUE.

Las cuestiones prejudiciales formuladas por el tribunal remitente, incluidas en el apartado 41 de la sentencia, son planteadas como una contraposición entre el art. 9 de la Ley Alemana de Igualdad de Trato (que traspone la Directiva 2000/78) y el artículo 4, apartado 2 de la citada Directiva: ¿debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, en el sentido que una Iglesia o asociación religiosa empleadora<sup>79</sup> puede establecer que la religión del candidato constituye un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de su ética?. En caso de respuesta negativa a la cuestión, ¿deberá dejarse inaplicado el art. 9, apartado 1 de la Ley de Igualdad de Trato alemana? ¿Qué requisitos han de cumplir la naturaleza de las actividades o el contexto en el que estas se desarrollan como requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización conforme al artículo 4, apartado 32, de la Directiva?

En respuesta a las cuestiones prejudiciales sometidas por el tribunal remitente, el TJUE formula las siguientes reglas:

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 tiene por objeto garantizar el justo equilibrio entre el derecho a la autonomía de las iglesias y las demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o las convicciones, por un lado, y, por otro lado, el derecho de los trabajadores a no ser objeto, en particular durante su selección, de una discriminación basada en la religión o las convicciones, en situaciones en las que puedan concurrir esos derechos<sup>80</sup>.

El citado precepto<sup>81</sup> señala los criterios que deben tenerse en cuenta al efectuar la necesaria ponderación para garantizar el justo equilibrio entre esos derechos eventualmente concurrentes. Esta ponderación, si llega el caso, debe poder ser objeto del control de una autoridad independiente y, en último término de un tribunal nacional.

---

<sup>79</sup> Podría darse un conflicto entre normas constitucionales y la Directiva en relación con el estatuto de las iglesias en Alemania.

<sup>80</sup> Apartado 51.

<sup>81</sup> Apartados 52 y 53.

Por consiguiente, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, en relación con sus artículos 9 y 10<sup>82</sup> y con el artículo 47 de la CDFUE<sup>83</sup>, debe interpretarse<sup>84</sup> en el sentido que, cuando una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones alegue, en apoyo de un acto o decisión como el rechazo de una candidatura a un empleo en su ámbito, que por la naturaleza de las actividades que se trate o por el contexto en que hayan de desarrollarse, la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización, es necesario que esa alegación, llegado el caso, pueda ser objeto de un control judicial efectivo que exija garantizar que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios señalados en el artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, sin que el artículo 17 TFUE<sup>85</sup> pueda dispensar de dicho control<sup>86</sup>.

La legalidad de una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones<sup>87</sup> se supedita a la existencia comprobable objetivamente de un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate. Tal vínculo puede derivarse o bien de la naturaleza de esta actividad, por ejemplo, cuando implica participar en la determinación de la ética de la Iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación, o bien de las circunstancias en que debe desarrollarse dicha

---

<sup>82</sup> Este artículo de la Directiva 2000/78/CE, interpretado a la luz de su considerando 29, impone a los Estados miembros el establecimiento de procedimientos en particular, judiciales, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas mediante esta Directiva. El artículo 10 impone la inversión de la carga de la prueba, a la cual ya se ha hecho referencia al abordar las generalidades de las Directivas objeto de estudio, al exigir a los Estados miembros la adopción de medidas necesarias, con arreglo a su ordenamiento jurídico, con objeto de que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta. Apartado 48.

<sup>83</sup> La CDFUE aplicable a este asunto, establece en el artículo 47 el derecho de los justiciables a la tutela efectiva de los derechos subjetivos que les reconoce el Derecho de la Unión. Apartado 49.

<sup>84</sup> Apartado 59.

<sup>85</sup> Este artículo, transcrito en la nota 83, expresa la neutralidad de la UE respecto a la organización por parte de los Estados miembros de sus relaciones con las iglesias y asociaciones o comunidades religiosas. Apartado 58.

<sup>86</sup> Esto conlleva a que la decisión de la Iglesia u organización vinculada de establecer la confesión religiosa como requisito profesional esencial, legítimo y justificado no queda eximida de revisión.

<sup>87</sup> Apartado 63.

actividad, como la necesidad de garantizar una representación fidedigna de la Iglesia o de la organización a efectos externos.

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido que el requisito profesional esencial<sup>88</sup>, legítimo<sup>89</sup> y justificado<sup>90</sup> que en dicho precepto se contempla, implica un requisito necesario y objetivamente dictado<sup>91</sup>, respecto de la ética de la iglesia o de la organización que se trate, por la naturaleza o las circunstancias en que se desarrolle la actividad profesional en cuestión, y no puede amparar consideraciones ajenas a dicha ética o al derecho a la autonomía de esa iglesia o de esa organización, requisito que debe atenerse al principio de proporcionalidad.

Cuando un tribunal nacional, al conocer de un litigio entre dos particulares, no puede interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, está obligado a garantizar, con arreglo a sus atribuciones, la protección jurídica que se deriva

---

<sup>88</sup> Significa que, desde el punto de vista del legislador de la Unión, la pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la Iglesia o de la organización de que se trate debe resultar necesaria debido a la importancia de la actividad profesional en cuestión para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización, Apartado 65.

<sup>89</sup> El empleo del término legítimo demuestra que el legislador de la Unión quiso garantizar que el requisito de pertenencia a la religión o a la adhesión de las convicciones en que se basa la ética de la iglesia o de la organización de que se trate no sirva para promover un objetivo ajeno a dicha ética o al ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización. Apartado 66.

<sup>90</sup> En cuanto al carácter justificado del requisito, ese término implica no solo que el control de la observancia de los criterios incluidos en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 pueda ser efectuado por un órgano jurisdiccional nacional, sino también que la iglesia o la organización que hayan exigido ese requisito está obligada a demostrar, a la luz de las circunstancias de hecho del caso concreto, que el riesgo alegado de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía es probable y grave, de tal modo que el establecimiento de ese requisito resulte verdaderamente necesario. Apartado 67.

<sup>91</sup> Sí bien hay excepciones que pueden ser establecidas por las propias iglesias o los órganos religiosos, su control de validez no puede estar a cargo de la iglesia o de la identidad religiosa. Tiene que reservarse a un órgano jurisdiccional, lo cual invita a discutir acerca de cuál es el alcance de la autonomía reconocida a las iglesias en Alemania. No se le puede reconocer a las iglesias una especie de inmunidad en el control para que decidan por sí mismas en qué ocasiones pueden exigir profesar sus ideas o su religión y que esto no constituya una discriminación en el sentido de la Directiva 2000/78. En esto radica la eficacia del Derecho de la Unión Europea.

para los justiciables de lo establecido en los artículos 21<sup>92</sup> y 47 de la Carta<sup>93</sup>, así como la plena eficacia de esos preceptos, dejando sin aplicar, si es necesario, cualesquiera normas nacionales que los contradigan<sup>94</sup>.

En síntesis, en este asunto el TJUE constata que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78 tiene por finalidad conjugar el derecho de autonomía de las confesiones religiosas con el derecho de los trabajadores a no ser discriminados. Este justo equilibrio es garantizado por el TJUE mediante la ponderación de derechos eventualmente concurrentes. Además, destaca que, si bien hay excepciones, que como se indicó anteriormente son de interpretación restrictiva, que excluyen el carácter discriminatorio de una diferencia de trato, el control de la observancia de los criterios exigidos al respecto, no puede corresponder a una iglesia, sino que debe estar a cargo de un órgano jurisdiccional nacional, para evitar quedar desprovisto de legitimidad. El poder de interpretación de los jueces de Luxemburgo no puede ser inhibido por el artículo 17 TFUE, pues el derecho a la autonomía de las iglesias en Alemania está sujeto a revisión, debido a que lo contrario implicaría renunciar a la eficacia del Derecho de la UE. Asimismo, el tribunal nacional está obligado a garantizar la protección jurídica de los justiciables derivada de los artículos 21 y 47 de la CDFUE, a garantizar su plena eficacia, inaplicando, en caso de ser necesario, cualquier norma nacional que los contradiga. Ambas disposiciones tienen carácter supranacional y por consiguiente, producen efectos directos (derechos y obligaciones) inmediatos, sin precisar de normas nacionales para su aplicación o sin que éstas constituyan un obstáculo para su aplicación. Y, es con base en

---

<sup>92</sup> En el apartado 76 de esta sentencia el TJUE precisa que la prohibición de cualquier discriminación basada en la religión o las convicciones tiene carácter imperativo como principio general del Derecho de la Unión. Establecida en el artículo 21, apartado 1 de la Carta, esta prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión. Es decir que este pronunciamiento del TJUE se basa en el principio de la eficacia directa al cual hizo referencia por primera vez en la ya citada sentencia de 5 de febrero de 1963, *VAN GEND EN LOOS*, as. 26/62.

<sup>93</sup> El TJUE señala en el apartado 78 de esta sentencia que al interpretar el art. 21 con el art. 47 de la CDFUE, que garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, esta disposición es igualmente suficiente por sí sola y no es necesario que sea desarrollada por otras normas del Derecho de la Unión o del Derecho nacional para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal ante las autoridades públicas, por lo que no es dable que el TJUE inhiba su poder de interpretación por el artículo 17 TFUE.

<sup>94</sup> Apartado 82

las pautas dadas por el TJUE, que el juez nacional debe establecer si ha habido o no discriminación.

##### **5. La discriminación originada por el despido a causa de un divorcio**

La sentencia de 11 de septiembre de 2018, *IR / JQ*, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, también tiene por objeto una decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania) al TJUE, la cual versa acerca de la interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2008/78/C, presentada en el contexto de un litigio seguido entre *JQ* y su empresario, *IR*, en relación con la legalidad del despido de *JQ*, justificado por un presunto incumplimiento de su obligación de buena fe y de lealtad hacia la ética de *IR*.

Los hechos narrados entre los apartados 23 y 30 de la sentencia dan cuenta que *IR* es una sociedad de responsabilidad limitada de Derecho alemán, que tiene por objeto social el desempeño de las funciones de *Caritas* (Confederación Internacional de Organizaciones Católicas de Fines Caritativos) como expresión de la vida y la esencia de la Iglesia Católica Romana y se dedica en particular a la gestión de hospitales. *IR* no persigue fines de lucro y depende del Arzobispado de Colonia (Alemania). *J.Q.*, quien profesa la religión católica, es médico de profesión y trabaja como jefe del servicio de medicina interna de un hospital de *IR*, con un contrato de trabajo basado en el Reglamento del Servicio Eclesiástico, que impone deberes cualificados tanto para los trabajadores católicos como no católicos, aunque diferentes para unos y otros. Respecto de los católicos se establece como infracción del deber de lealtad que puede motivar el despido laboral si el trabajador ostenta responsabilidades directivas, la celebración de matrimonio nulo conforme a la fe y al ordenamiento jurídico de la Iglesia. *J.Q.* es católico y celebra matrimonio civil tras el divorcio de su primer matrimonio canónico, sin haber obtenido la nulidad canónica de este. La empresa despide a *J.Q.*, quien presenta una demanda ante el *Arbeitsgericht* (Tribunal de lo Laboral, Alemania), alegando que su segundo matrimonio no es causa válida de despido. En su opinión, su despido vulnera el principio de igualdad de trato, dado que con arreglo al Reglamento del Servicio Eclesiástico,

la celebración de un nuevo matrimonio por parte de un jefe de servicio protestante o sin religión no habría tenido ninguna consecuencia en su relación laboral con *IR*, que alega que el despido de *J.Q.* no es improcedente por causas sociales, habida cuenta que *J.Q.* ejercía responsabilidades directivas a efectos del artículo 5, apartado 3 del Reglamento del Servicio Eclesiástico, al contraer un matrimonio nulo con arreglo al Derecho Canónico había infringido los deberes que le incumbían en virtud de su contrato laboral con *IR*.

Luego de una larga peripecia judicial el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Supremo de lo Laboral) y plantea al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales, enunciadas en el apartado 37 de la sentencia. En primer lugar, pregunta si debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 en el sentido que la iglesia puede decidir imperativamente que una organización como la parte demandada en el presente litigio debe diferenciar, al exigir a los trabajadores con responsabilidades directivas una actitud de buena fe y de lealtad entre los que pertenecen a esa iglesia y que los que pertenecen a otra iglesia o a ninguna. Si la respuesta es negativa cuestiona si debe excluirse la aplicación, en el presente litigio, de una disposición de Derecho nacional como la del artículo 9, apartado 2 (de la Ley de Igualdad de Trato), en virtud de la cual está justificada tal diferencia de trato por razón de la pertenencia del trabajador a una confesión, con arreglo a la conciencia eclesiológica de la iglesia de que se trate y qué requisitos deben cumplirse, de acuerdo con el artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78, para que pueda exigirse a los trabajadores de una iglesia u otra de las organizaciones referidas en dicha disposición una actitud de lealtad y de buena fe hacia la ética de la organización.

De la respuesta del TJUE se identifican los siguientes criterios:

El artículo 4, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse<sup>95</sup> en el sentido que

-por un lado, una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o en las convicciones y que gestione un centro hospitalario bajo la forma de una sociedad de capital de Derecho privado no puede decidir imponer a aquellos de sus trabajadores que ejerzan responsabilidades directivas unas

---

<sup>95</sup> Apartado 61.

exigencias relativas a una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética que son distintas en función de la religión de esos trabajadores o de su irreligión, sin que tal decisión pueda ser objeto, en su caso de control judicial efectivo<sup>96</sup> destinado a garantizar que se cumplan los criterios mencionados en el artículo 4, apartado 2, de esa Directiva, y

-por otro lado, una diferencia de trato, en lo atinente a la exigencia de una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética, entre los trabajadores que ocupan puestos con responsabilidades directivas, en función de su religión o de su irreligión, solamente es conforme con dicha Directiva<sup>97</sup>, si dada la naturaleza de las actividades profesionales que se trate o el contexto en el que se desarrollen, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la iglesia u organización en cuestión y conforme con el principio de proporcionalidad<sup>98</sup>, extremo cuya verificación incumbe al tribunal nacional.

Un tribunal nacional que conozca de un litigio entre particulares está obligado, cuando no le sea posible interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2000/78, a garantizar en el ámbito de su competencia la protección jurídica conferida a los justiciables por los principios generales del Derecho de la Unión, como el principio de no discriminación por razón de la religión o de las convicciones consagrado en el artículo 21 de la CDFUE, y a garantizar la plena eficacia de los derechos derivados de dichos principios, dejando inaplicada, si es preciso, cualquier disposición nacional contraria<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Tal como lo afirma en el caso revisado anteriormente.

<sup>97</sup> En el presente asunto, el TJUE considera que el requisito controvertido es el carácter sagrado e indisoluble del matrimonio religioso, pero la adhesión a ese principio no parece necesaria para la afirmación de la ética de IR, habida cuenta de las actividades ejercidas por J.Q. que consisten en asesoramiento y asistencia médica en un hospital y la gestión del servicio de medicina interna (apartados 57 y 58).

<sup>98</sup> El TJUE sigue un esquema semejante al de la sentencia *Egenberger*, al atender a la naturaleza de las actividades que desempeña el trabajador y al contexto en el que se desarrollan las mismas, comprobando de esta manera el nexo entre el requisito profesional exigido y la actividad de que se trate, para poder juzgar si ese requisito es esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la Iglesia u organización.

<sup>99</sup> El TJUE reitera lo expresado en la sentencia anterior.

En resumen, como en el fallo precedente el TJUE afirma que hay que ponderar entre el derecho a la autonomía de las iglesias y demás organizaciones y la prohibición de discriminación. Además, el control de la observancia de los criterios que permiten la configuración de una excepción al principio de igualdad de trato debe ser externo, a cargo de un órgano jurisdiccional nacional, para garantizar la eficacia del Derecho de la UE, por lo que no ha lugar a que el artículo 17 TFUE desvirtúe esta conclusión. Asimismo, el juez nacional debe tener presente que las normas de la Unión producen efectos jurídicos (derechos y obligaciones) inmediatos en favor de los justiciables, por lo que está obligado a garantizarles la protección jurídica que les confiere el ordenamiento supranacional.

## 6. Discriminación y símbolos o vestuario religioso

Las dos sentencias escogidas para su estudio enfrentan al TJUE con el vestuario religioso desde la perspectiva de la discriminación en el empleo.

Para efectos de ubicarse en la temática hay que tomar en consideración que Francia sanciona una ley de prohibición total de ostentación de los símbolos religiosos en el espacio público, la cual será denunciada ante el TEDH, que, en su conformación de Gran Sala, dicta el 1 de julio de 2014 la sentencia del caso *S.A.S. c. Francia*, estableciendo que la prohibición del uso del velo integral en los espacios públicos, preceptuada por la Ley N° 2010-1192 del 11 de octubre de 2010, no vulneraría los artículos 8, 9 y 10 de forma separada y conjunta con el artículo 14 del CEDH, debido al margen de apreciación nacional del que gozarían los Estados en la materia. Es en este contexto en el cual el TEDH establece la convencionalidad de ostentar símbolos religiosos en el espacio público que se insertan las interpretaciones prejudiciales que se han seleccionado para su análisis, una planteada en Bélgica y la otra, en Francia.

La primera sentencia del 14 de marzo del 2017, *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 trata de una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, por el *Hof van Cassatie* (Tribunal de

Casación, Bélgica), que tiene por objeto la interpretación del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.

En cuanto a los hechos relacionados entre los apartados 10 y 20 de la sentencia se menciona que *G4S* es una empresa privada que presta servicios de recepción y acogida a clientes tanto del sector público como del sector privado. La Sra. *Achbita*, de confesión musulmana, comienza a trabajar como recepcionista para dicha empresa en virtud de un contrato de trabajo por tiempo indefinido. En la empresa existe una norma no escrita con arreglo a la cual los trabajadores no pueden llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Inicialmente *Achbita* cumple con esta norma, pero a los tres años de iniciada la relación laboral comunica su intención de trabajar con pañuelo a la cabeza. La dirección le indica que no toleraría tal conducta. El 29 de mayo de 2006 el comité de empresa aprueba una modificación del reglamento interno que incorpora la norma escrita acerca de la prohibición de signos visibles. La modificación entra en vigor el 13 de junio de 2006. El 12 de junio *Achbita* fue despedida. Decide recurrir el despido y el asunto llega al *Hof van Cassatie* (Tribunal de Casación, Bélgica) que plantea al TJUE una cuestión prejudicial en torno a si debe interpretarse el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 en el sentido que la prohibición de llevar un pañuelo como musulmana en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa, si la norma en vigor en la empresa prohíbe a todos los trabajadores llevar en el lugar de trabajo signos externos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas.

Al dar respuesta a la cuestión planteada, el TJUE expresa en el apartado 25 de la sentencia que en lo que respecta al concepto de religión que figura en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, como ésta no lo define, recurre a la definición del CEDH<sup>100</sup>, que en su artículo 9, dispone que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las

---

<sup>100</sup> Lo que da cuenta del diálogo que se entabla entre los jueces de Luxemburgo y los de Estrasburgo en aras de la garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales.

prácticas y la observancia de los ritos. A su vez, en el apartado 27 de la sentencia cita el derecho de la libertad de conciencia y de religión, reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la CDFUE<sup>101</sup>, que corresponde al derecho garantizado en el artículo 9 del CEDH y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, apartado 3, de la CDFUE, tiene el mismo sentido y alcance que aquél. Igualmente se remite a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho de la Unión<sup>102</sup>.

En este asunto, el TJUE sienta los siguientes criterios:

El concepto de religión que figura en el artículo 1 de la Directivas cubre tanto el *forum internum*, es decir, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, la manifestación pública de la fe religiosa.

El artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido que la prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo político, filosófico o religioso en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones en el sentido de esta Directiva.

En cambio, una norma interna de una empresa privada puede constituir una discriminación indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 si se acredita que la obligación aparentemente neutra que contiene ocasiona, de hecho, una desventaja particular a aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas, salvo que pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima, como el seguimiento por parte del empresario de un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, y que los medios para la consecución de esta

---

<sup>101</sup> El artículo 10.1 de la CDFUE, dispone que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

<sup>102</sup> Apartado 27.

finalidad sean adecuados<sup>103</sup>, necesarios, extremos que corresponderá comprobar al tribunal remitente.

El deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la CDFUE, y tiene en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esta finalidad a los trabajadores que, en principio, estarán en contacto con sus clientes<sup>104</sup>, es decir que se limita a lo estrictamente necesario.

La interpretación que la persecución de una finalidad legítima por parte de una empresa permite restringir, con ciertos límites, la libertad de religión es corroborada además por la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 9 del CEDH<sup>105</sup>.

En suma, en este caso el TJUE estima que no hay discriminación directa conforme a la Directiva, pero podría haber discriminación indirecta, asunto que corresponde dilucidar al tribunal remitente, a la luz de la interpretación normativa expresada en esta sentencia.

El segundo asunto que se aborda en relación con la discriminación en torno al vestuario religioso en el empleo, es similar a la anterior. Se trata de la sentencia de 14 de marzo de 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH)/ Micropole SA, anteriormente Micropole Univers SA, C- 188/15, ECLI:EU: C: 2017: 2014*, petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo al artículo 267 TFUE, que tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78, en el contexto de un litigio entre la Sra. *Asma Bougnaoui* y la *Association de défense des droits de l'homme (ADDH)*, por un lado, y *Micropole S.A.*, anteriormente *Micropole Univers SA* (en lo sucesivo *Micropole*, por otro lado, relativo al despido por parte de esta última de la Sra. *Bougnaoui* en razón que ésta se niega a retirarse el pañuelo islámico cuando presta servicios en los locales de los clientes de la empresa.

---

<sup>103</sup> La prohibición a los trabajadores del uso visible de signos de convicciones políticas, filosóficas o religiosas es apta para garantizar la correcta aplicación de un régimen de neutralidad, siempre que dicho régimen se persiga realmente de forma congruente. Apartado 40.

<sup>104</sup> Apartados 38 y 42.

<sup>105</sup> Nueva muestra de la interrelación que tiene lugar entre ambos Tribunales. Apartado 39.

En cuanto a los hechos explicados entre los apartados 13 a 17 se señala que *Asma Bougnaoui*, de religión islámica, trabaja en la empresa *Micropole*. Tanto en el período de prácticas como posteriormente, la empresa *Micropole* advierte a la Sra. *Bougnaoui* que debe vestir velo islámico en el trabajo, indicación que no acata. *Micropole* la despide el 22 de junio de 2009, después que una de sus empresas clientes le hiciera saber que a algunos de sus empleados les había molestado que la Sra. *Bougnaoui* llevara velo, pidiendo que no repitiese su uso. Como estima que el despido es discriminatorio, la Sra. *Bougnaoui* demanda a la empresa.

Su caso llega a la *Cour de Cassation* (Tribunal de Casación, Francia), tribunal que plantea la cuestión prejudicial acerca de si debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 en el sentido que el deseo manifestado por un cliente de una empresa de consultoría informática que, en lo sucesivo, los servicios informáticos contratados no sean prestados por una asalariada de dicha empresa, ingeniero de proyectos, quien usa un pañuelo islámico constituye un requisito profesional esencial y determinante debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo.

Al responder a la cuestión prejudicial el TJUE, al igual que en la sentencia precedente hace referencia al concepto de religión dispuesto en el artículo 9 del CEDH y al derecho a la libertad de conciencia y de religión reconocido en el artículo 10, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE<sup>106</sup>. Asimismo, expresa los mismos razonamientos que en el caso anterior en torno

Pero este caso, el TJUE lo resuelve de manera distinta al anterior y al respecto destacan los siguientes criterios:

Con arreglo al considerando 23 de la Directiva 2000/78, solamente en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante<sup>107</sup>.

El citado concepto implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o por el contexto

---

<sup>106</sup> Apartados 28, 29 y 30.

<sup>107</sup> El TJUE en el apartado 38 reitera lo expresado al respecto en la sentencia anterior.

en que se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente<sup>108</sup>.

Por ende, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78 debe interpretarse<sup>109</sup> en el sentido que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico no puede considerarse un requisito profesional esencial y determinante en el sentido de esta disposición<sup>110</sup>.

A modo de colofón, las sentencias presentadas constituyen una muestra de la construcción jurisprudencial del TJUE en torno a la evolución de la prohibición de la discriminación en la Unión Europea.

### III. Conclusiones

El final de la Segunda Guerra Mundial apareja la transnacionalización del Derecho Constitucional promovida por dos corrientes jurídicas. Una impulsa el desarrollo de un derecho supranacional, propio del proceso de integración regional europea y la otra, el derecho internacional de los derechos humanos, de carácter subsidiario. Ambas tendencias tienen una matriz común en el Derecho Inter-nacional, específicamente en el derecho de los tratados, pero al mismo tiempo conservan su autonomía.

Este proceso de transnacionalización del Derecho Constitucional se caracteriza por el principio de apertura constitucional que entraña la inclusión del Estado en la comunidad internacional, lo cual transforma el concepto de Estado-Nación, perdiendo la noción de soberanía su carácter indivisible y absoluto.

Si bien en un primer momento la protección de los derechos humanos y el proceso de integración regional europea siguen rumbos diferentes, puesto que los derechos humanos no constituyen una materia que los Estados parte hayan atribuido a la Comunidad Económica Europea, centrada en la consolidación de

---

<sup>108</sup> Apartado 40.

<sup>109</sup> Apartado 41.

<sup>110</sup> Por no reunir las características exigidas por la Directiva.

un mercado común para reconstruir las economías destruidas por la guerra, a lo largo de los años tanto el TJCE como su sucesor el TJUE se han visto en la necesidad de tutelar los derechos fundamentales de las personas que circulan libremente en el mercado interior. En un principio el Tribunal de Justicia invocará los principios generales del Derecho para ingresar categorías reguladas por el CEDH hasta que se adopta en Niza la CDFUE, reflejo de dicho Convenio, a la cual el Tratado de Lisboa le reconoce la misma jerarquía que los Tratados fundacionales.

Lo anterior conlleva a la conformación del denominado triángulo judicial europeo, cuyos actores centrales son el TEDH con sede en Estrasburgo, intérprete del CEDH y sus Protocolos; el TJUE con sede en Luxemburgo que interpreta el Derecho de la Unión Europea y los Tribunales de los Estados miembros, intérpretes de las constituciones nacionales, normas convergentes con las del CEDH y las de la CDFUE, lo que significa hablar de una protección multinivel de los derechos humanos que exige enfrentar el desafío de integrar las diversas interpretaciones que se manifestarán en este triple círculo.

Por lo tanto, con la confluencia del proceso de integración regional europea con el derecho internacional de los derechos humanos surge el problema de identificar cuál de los órganos jurisdiccionales involucrados es el intérprete último del alcance del contenido de esos derechos, generando una situación conflictiva entre las diferentes instancias, que busca soslayarse mediante el diálogo interjurisdiccional y la construcción de consensos mínimos que permitan la tutela efectiva de los derechos humanos.

En el marco del Derecho de la Unión Europea, la prohibición de la discriminación, es decir el derecho fundamental a la no discriminación, encuentra actualmente su regulación en el derecho originario, TFUE y CDFUE, así como en el derecho derivado, por medio de directivas.

Hoy la tarea de interpretación del principio de igualdad de trato y sus excepciones está en el centro de la tutela de la prohibición de discriminación llevada a cabo por el TJUE, para lo cual por medio de la cuestión prejudicial, mecanismo de colaboración procesal, entabla un diálogo de juez a juez, con el fin de explicar el contenido y alcance de las normas relacionadas con la temática

que conforman el Derecho de la Unión Europea, garantizar su unidad de interpretación, coherencia, eficacia y autonomía, al tiempo de establecer una cooperación horizontal con los órganos jurisdiccionales nacionales.

La interpretación de las excepciones al principio de la igualdad de trato es restrictiva, de lo contrario se desvirtuaría su protección. Una diferencia de trato basada en una característica objeto de protección jurídica no tiene carácter discriminatorio solamente cuando debido, a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante. Además, la finalidad de la restricción debe ser legítima, pero en especial la relación medio fin tiene que responder al principio de proporcionalidad, el cual forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión.

En caso de tensión entre derechos concurrentes se debe recurrir a la ponderación para garantizar el justo equilibrio entre los mismos.

Los Estados miembros de la UE deben adoptar con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona considere sentirse perjudicada por la no aplicación de este principio y alegue ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

Cuando un tribunal nacional no puede interpretar su derecho interno aplicable con algunas de las Directivas vigentes en materia de prohibición de la discriminación, está obligado, a garantizar, con arreglo a sus atribuciones, la protección jurídica que se deriva para los justiciables de lo establecido en los artículos 21 y 47 de la Carta, así como la plena eficacia de esos preceptos, dejando sin aplicar, si es necesario, cualesquiera normas nacionales que los contradigan.

El artículo 21 de la CDFUE que prohíbe la discriminación es de aplicación inmediata. No necesita de conversiones nacionales ni de interpretaciones nacionales para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Es operativo por sí mismo, pues de lo contrario no se puede garantizar la

eficacia y la tutela del principio de igualdad de trato. Igual sucede con el artículo 47 de la Carta que reconoce el derecho de los justiciables a la tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos que les reconoce el Derecho de la Unión, con base en el principio de la eficacia directa, característica de la variante normativa Derecho supranacional.

Los puntos de convergencia que tienen lugar entre el Derecho de la UE y los derechos humanos quedan circunscriptos a los distintos ámbitos, pero los marcos generales que se construyen, por ejemplo, respecto a las condiciones de empleo, hacen que en la práctica los 27 Estados miembros de la Unión Europea suscriban estándares comunes. Por eso, los temas de confluencia se multiplican y las intervenciones del TJUE cada vez son más específicas y reiteradas en esta materia, la cual genera conflictos por la tutela constitucional de muchos de los actores involucrados.

#### IV. Bibliografía

- CARTABIA, M. (2017). Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. *Rivista AIC*, 1-17.
- CORTÉS, J. (2013). Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 935-971.
- FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS, A., & ORTIZ ARCINIEGAS, E. (2019). *Introducción al Derecho Comunitario Andino. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: la interpretación prejudicial y la acción de incumplimiento (2008-2012)*. Bucaramanga: Publicaciones UNAB. Accesible en <https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/11591/introduccion%20al%20derecho-nov%202019%20- WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- GARCÍA, F. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y realidad constitucional*, 183-224. Accesible en <https://doi.org/10.5944/trc.30.2012.7005>
- (2003). Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los test de constitucionalidad y convencionalidad. *Revista de estudios políticos*, 165-190.
- GASCÓN GARCÉN, A. (2019). La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y la ciudadanía europea. En *Lecciones para el Estudio del Derecho de la Unión Europea*. Pressas Universitarias de Zaragoza : Zaragoza.
- MANGAS MARTÍN, A. (2008). Artículo 21. No discriminación. En *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo* (págs. 398-408). Bilbao: Fundación BBVA.
- MANGAS MARTÍN, A., & LIÑÁN NOGUERAS, D. (2016). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. España: Tecnos.
- PIZZOLO, C. (2013). Problemas fundacionales del Derecho Constitucional Transnacional. *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet*, 101-129.
- (2014). Soberanía, Estado y Globalización. En A. Bogdandy, & J. Serna de la Garza (Edits.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa* (págs. 283-309). México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max Planck Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Universidad Nacional Autónoma de México.
- QUINDIMIL LÓPEZ, J. (2012). El acceso a Tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía

comunitaria. En M. Hernández Ramos, A. Saiz Arnaiz, A. Torres Pérez, & M. Zelaia Garagarza (Edits.), *tribunales en Organizaciones de Integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea* (págs. 101-123). España: Aranzadi Thomson Reuters.

RODRIGO, Á., & CASANOVA, O. (2020). *Compendio de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos.