

Luchando por nuestros derechos

Las Leyes Contra la Discriminación y la Protección de los Discapacitados



Informe sobre la transposición
de la Directiva 2000/78/CE
del Consejo de la Unión Europea
de 27 de noviembre de 2000 relativa al
Establecimiento de un Marco General
para la Igualdad de Trato
en el Empleo y la Ocupación



Inclusion Europe

Inclusion Europe y sus 47 miembros a nivel nacional, regional y local en estos 36 países defienden los derechos de las personas con discapacidad intelectual y de sus familias:

- Austria
- Bélgica
- Bulgaria
- Croacia
- Chipre
- República Checa
- Dinamarca
- Inglaterra
- Estonia
- Islas Feroe
- Finlandia
- Francia
- Alemania
- Grecia
- Hungría
- Islandia
- Irlanda
- Israel
- Italia
- Letonia
- Lituania
- Luxemburgo
- Macedonia
- Moldavia
- Países Bajos
- Noruega
- Polonia
- Portugal
- Rumanía
- Rusia
- Escocia
- Eslovaquia
- Eslovenia
- España
- Suecia
- Suiza

Los partners del proyecto que contribuyeron a esta publicación fueron:

- AFRaHM
Avenue Albert Giraud 24
1030 Bruselas
Bélgica
Tel.: +32-(0)2.247.60.10
- Lithuanian Welfare Society for Persons with Mental Disability (VILTIS)
Kačtonø g. 2/14-17
LT-2001 Vilnius
Lituania
Tel.: +370 52.61.52.23
- Université de Mons-Hainaut,
Département d'Orthopédagogie
Place du Parc, 18 B
7000 Mons / Belgique
Tel.: +32 65.37.31.77
- Centro para la Igualdad de Oportunidades y Oposición al Racismo
Rue Royale 138
1000 Bruselas
Bélgica
Tel.: +32-(0)2.212.30.00
- CECD Mira Sintra
Avenida 25 de Abril, 190
Mira Sintra, 2735-418 Cacém
Portugal
Tel.: +35 121 918.85.70

ISBN 2-930415-59-2

© Inclusion Europe, Brussels 2004

Obra de la portada: "Tormenta de patos", por Franz-Josef Dosot.
Kloster Ebernach, Cochem, Alemania.

Esta publicación presenta el punto de vista de Inclusion Europe y no representa necesariamente la posición u opinión de la Comisión Europea. La Comisión Europea e Inclusion Europe no son responsables del uso que pueda hacerse de la información contenida en esta publicación.



La Unión Europea lucha contigo contra la discriminación

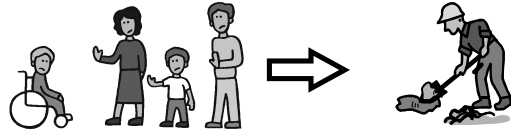
La Unión Europea ha sacado una ley contra la discriminación en el trabajo.

Esta ley se llama la “Ley para la Igualdad en el Empleo”.

Dice que la discriminación en el trabajo, en la ocupación y en la formación profesional no está permitida.



Habla de la discriminación directa, de la discriminación indirecta y del acoso a las personas con discapacidad, física o intelectual.



Hay discriminación cuando la gente es maltratada por ser diferente.

Una persona con discapacidad puede sufrir 4 tipos de discriminación.

- 1) Cuando una persona con discapacidad es tratada peor que otra persona sin discapacidad. Por ejemplo: una persona con discapacidad hace el mismo trabajo que su colega pero recibe menos dinero por tener una discapacidad. Esto se llama discriminación directa.



- 2) La discriminación también ocurre cuando el patrón quiere que los trabajadores sepan cosas que no son necesarias para el trabajo. Por ejemplo, cuando el patrón te exige tener el carnet de conducir cuando lo que quieres es trabajar en un bar. Esto sería discriminación, porque no necesitas saber conducir para hacer ese trabajo. A esto se le llama discriminación indirecta.



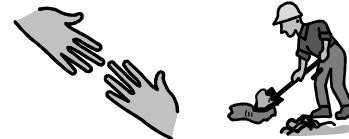


La Unión Europea lucha contigo contra la discriminación

- 3) El acoso también está prohibido.
Es una forma de discriminación.
Hay acoso cuando la gente es insultada o molestada por otra gente.
Por ejemplo, cuando a menudo son insultados porque tienen una discapacidad.



- 4) Las personas con discapacidad intelectual necesitan ayuda y apoyo en el trabajo.
Por ejemplo, tienes derecho a pedir apoyo especial para poder aprender más rápido.
Si lo necesitas también puedes pedir más tiempo para hacer el trabajo.
Si el patrón se niega, esta es una forma de discriminación.
Esto se llama derecho a ajustes razonables.

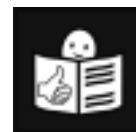


Si piensas que has sufrido discriminación en el trabajo, puedes ir a un juez o protestar de otra forma.
No tienes necesidad de probar que alguien te ha discriminado.



Es esta persona quien tiene que probar que no te discriminó.

Tu gobierno debe darte información acerca de tus derechos.
Esta información debe estar expresada de forma que puedas comprenderla.
Por ejemplo, textos de fácil lectura, videos o cassettes de escuchar.





La Unión Europea lucha contigo contra la discriminación

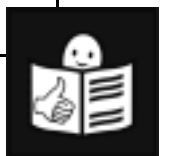
La “Directiva para la Igualdad en el Empleo” prohíbe todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad intelectual.

El gobierno de tu país debe respetar la “Directiva para la Igualdad en el Empleo”.

El gobierno debe ayudar a la gente que es discriminada.

La “Directiva para la Igualdad en el Empleo” dice que todo el mundo tiene derecho a ser protegido contra la discriminación.

El gobierno debe hacer leyes contra todos los tipos de discriminación, y debe asegurar que esas leyes se cumplen.



**Proyecto “Fighting for our Rights-
Using Non-Discrimination Law to Protect People with Disabilities”**

Informe Analítico sobre la transposición 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.

Agosto de 2004

SUMARIO PRELIMINAR

Como apreciación netamente positiva, hay que resaltar en primer lugar el hecho de que, en el proceso de transposición de la Directiva, algunos Estados Miembros han ido más allá de los estándares mínimos fijados por la legislación comunitaria. Así, por ejemplo, han prohibido la discriminación por razón de discapacidad también fuera del empleo, o han ampliado el derecho a Ajustes Razonables a otros aspectos básicos de la vida cotidiana, como es por ejemplo el transporte público.

Por desgracia, sin embargo, no ha sido esta la regla. A pesar del hecho de que, para casi todos los estados miembros, el plazo legal para incorporar la Directiva al derecho interno expiró el pasado día 2 de diciembre de 2003, la mayoría de los países parecen estar adoptando legislaciones atrasadas e insuficientes.

Conscientes de que el plazo para transponer la Directiva se cumplió hace ya más de seis meses, un creciente número de gobiernos –incluidos los de Portugal, Países Bajos, Bélgica, Eslovenia, España, Italia, Finlandia, Lituania o Suecia- se apresuran a confirmar que han incorporado ya completamente la Directiva al derecho interno. Sin embargo, según el análisis llevado a cabo en este proyecto, casi ninguno de ellos incorporó de hecho la Directiva ni completa ni correctamente. La situación está lejos de ser satisfactoria. En mayo de 2004 algunos estados miembros no habían siquiera producido un borrador de la ley que deberá aplicar la Directiva, y en los países donde ya existe legislación que incorpora la Directiva frecuentemente encontramos regulaciones que, o bien son demasiado vagas (tal es en general el caso de las referidas al derecho a Ajustes Razonables), o bien demasiado literales, demasiado similares al texto original de la Directiva, con la consecuencia de que las regulaciones –de países como Italia o Luxemburgo, por ejemplo- son tan genéricas que va a ser muy difícil aplicarlas a casos particulares.

Ya por la manera en que definen la discapacidad en sus leyes podemos apreciar que demasiados países continúan aún apegados a enfoques restrictivos, exclusivamente médicos. En la mayoría de los casos los países son todavía reticentes a adoptar el modelo social de la discapacidad, algo que tiene consecuencias perversas, no sólo porque restringe muchísimo la definición misma de discapacidad, sino porque afecta también a la manera de enfocar la cuestión de la discriminación en su conjunto. Bélgica, por ejemplo, aplica demasiadas excepciones a la prohibición de la discriminación directa, mientras que el Reino Unido ni siquiera hace mención expresa de la discriminación indirecta. Casi todos los países excluyen el empleo protegido del campo de aplicación de la Directiva, y en algunos casos no se da cobertura suficiente a los procesos de selección, en los que sin embargo las prácticas discriminatorias tienen lugar con harta frecuencia. El derecho a Ajustes Razonables, por su parte, es definido generalmente de la misma forma en que lo hace la Directiva, pero son escasos los países que prevén las reglamentaciones exhaustivas y detalladas que son necesarias para que este derecho tenga algún significado en la práctica. También se precisa una mayor elaboración legislativa en lo que se refiere a la regulación del principio de inversión de la carga de la prueba, cuestión ésta que sólo Bélgica parece haberse tomado

en serio. Un aspecto bastante crítico en lo que se refiere al estado de aplicación de la Directiva es la regulación del artículo 9, la defensa de derechos. Sólo en contadas ocasiones se otorga a las organizaciones para la defensa de las personas con discapacidad la capacidad jurídica necesaria para representar a ciudadanos discapacitados ante los tribunales. En especial las personas con discapacidad intelectual se ven muy perjudicadas por esta falta de cumplimiento del artículo 9.2 de la Directiva.

Finalmente, hay que decir también que las disposiciones de la Directiva que obligan a los estados a diseminar información accesible sobre la misma o a promover el diálogo social han sido básicamente ignoradas.

En términos generales, nuestra conclusión es que las leyes y borradores producidos hasta la fecha con vistas a incorporar la Directiva al derecho interno de los estados miembros no ofrece la protección adecuada a las personas que declaran proteger. Pero además, sucede que no cubren a todas las personas amenazadas o en peligro de sufrir discriminación por razón de la discapacidad. En concreto, esta forma de discriminación puede también inspirarse en una discapacidad pasada, en una discapacidad que manifiestamente va a producirse en el futuro, o en una discapacidad inexistente pero asumida. Además, hay personas que son discriminadas porque se las relaciona con otras que sufren una discapacidad: un caso patente es el de los padres trabajadores a cargo de hijos discapacitados. Creemos firmemente que las leyes nacionales que apliquen esta Directiva deben incluir a todos estos grupos de personas dentro de su campo de protección.

1. Introducción

Desde la adopción unánime, en el año 2000, por parte del Consejo de la Unión Europea de la Directiva-marco para la Igualdad en el Empleo, ha llegado el momento de valorar los progresos hechos hasta la fecha a nivel nacional en lo que respecta a la transposición de la Directiva desde el punto de vista de los derechos de los discapacitados.

La Directiva para la Igualdad en el Empleo prohíbe la discriminación en el trabajo y la ocupación, así como en la vocación profesional. Cubre tanto la discriminación directa como la indirecta, además del acoso, por razón de la discapacidad. Incluye disposiciones de gran relevancia en lo que se refiere al derecho a Ajustes Razonables, con el fin de promover el acceso de las personas con cualquier tipo de discapacidad al empleo y a la ocupación.

Las personas con discapacidad intelectual están en una posición especialmente vulnerable en lo que respecta al acceso al empleo y a la protección contra la discriminación. Con el fin de permitir a las personas con discapacidad intelectual defenderse con eficacia contra la discriminación, la Directiva incluye medidas específicamente orientadas a informar a estas personas acerca de sus derechos. Las familias, por otra

parte, están también necesitadas de protección. Las leyes contra la discriminación que desarrollen la Directiva han de tener en cuenta que con frecuencia hay personas que son discriminadas en el trabajo porque tienen un hijo con discapacidad intelectual.

La ambición del proyecto “Fighting for Our Rights” es poder influir en el proceso de aplicación de la Directiva Marco contra la Discriminación en el Empleo en los países de la Unión Europea, con el fin de maximizar las ventajas que de ella puedan emanar para las personas con discapacidad intelectual. En este sentido, nos gustaría promover un “código de buenas prácticas” para establecer la manera en la que, a nuestro parecer, debería interpretarse legalmente la Directiva. Por ejemplo, nosotros defendemos la necesidad de adoptar una definición de discriminación por razón de discapacidad que sea extensible a discapacidades pasadas y futuras, y que cubra además a todas aquellas personas que, sin ser discapacitadas, están en riesgo de sufrir discriminación por el hecho de estar relacionadas con personas sí lo son.

Es importante subrayar que las medidas legislativas, si bien insuficientes, son una condición necesaria para el establecimiento de un compromiso activo por parte de todas las autoridades nacionales, así como de la sociedad en su conjunto, para combatir la discriminación en la práctica cotidiana.

Al prohibir la discriminación por varias razones, entre ellas la de la discapacidad, el objetivo de la Directiva es proteger el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades. Esto es algo que hay que tener muy presente a la hora de interpretar la Directiva. Siempre que se respeten los derechos de terceros, la Directiva ha de ser transpuesta y aplicada para dar el máximo nivel de protección posible al derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad intelectual.

En Inclusion Europe queremos estándares de protección de las personas con discapacidad comunes a toda Europa. Sin embargo, tenemos que evitar por todos los medios que estos estándares comunes se vean rebajados por culpa de aplicaciones estrechas de la Directiva europea basadas en interpretaciones restrictivas por parte de los Estados. Esperamos que este informe contribuya a alcanzar este objetivo.

Françoise Jan
Presidente
Inclusion Europe

2. Descripción de la situación en la UE y en los países de la próxima ampliación.

El plazo para la transposición de la Directiva Marco sobre el Empleo y la Ocupación expiró el pasado 2 de diciembre de 2003, aunque dos países (Francia y Dinamarca) han obtenido un plazo suplementario para aplicar los artículos de la Directiva que se refieren a la edad y a la discapacidad. Por lo tanto, prácticamente todos los Estados Miembros deberían, a día de hoy, haber transpuesto la totalidad de los artículos de la Directiva a derecho interno.

La Comisión Europea está actualmente ocupada en examinar el derecho interno de los diferentes Estados Miembros para determinar su conformidad con las disposiciones de la Directiva. De momento, como resultado de sus averiguaciones ya ha tomado la decisión de abrir expedientes de infracción contra Alemania, Austria, Luxemburgo y Grecia, por considerar que el derecho interno de estos países continúa sin ser conforme con la Directiva. Por otra parte, la Comisión también ha abierto expedientes de infracción contra Bélgica y Finlandia, por considerar que las leyes nacionales contra la discriminación no han entrado en vigor en la totalidad del territorio de estos países. La Comisión, en resumen, está obligando a los Estados Miembros, por un lado, a adoptar la Directiva en su totalidad, y por el otro, a aplicarla en la totalidad de sus territorios, sin exceptuar ninguna región o territorio autónómico.

La definición de la discapacidad

Podemos identificar una variedad de respuestas nacionales a las disposiciones de la Directiva que tratan de la discapacidad. La inmensa mayoría de los 25 Estados Miembros de la Unión Europea han producido ya leyes, o al menos borradores de leyes, que en principio deben transponer la Directiva a derecho interno.

Sin embargo, según el análisis llevado a cabo por este proyecto, las actuales leyes contra la discriminación no cubren a todas las personas en riesgo de sufrir discriminación por razón de la discapacidad. Por ejemplo, muy pocas legislaciones nacionales ofrecen protección a las personas que han sufrido una discapacidad en el pasado, o a las que tienen tendencia a desarrollar una discapacidad en el futuro, o simplemente a aquellas que tienen un hijo o una hija con discapacidad y por lo tanto necesitado/a de una atención especial. En este sentido son interesantes legislaciones como la irlandesa o la belga, las cuales son en alguna medida excepciones a la tónica general porque ellas sí reconocen que las discapacidades futuras también pueden ser motivo de discriminación. La legislación holandesa también tiene interés a este respecto, al ser la única que protege contra la discriminación a aquellas personas que, aunque no sufren discapacidad, por algún motivo son percibidas por los demás como si la sufrieran. En el Reino Unido, por su parte, la "Disability Discrimination Act" de 1995 ofrece protección contra la discriminación a las personas que sufren "discapacidad encubierta".

A pesar de los ejemplos arriba citados, sin embargo, hay que decir que la mayoría de los Estados Miembros tienden a describir la discapacidad como un impedimento de carácter físico o psíquico que ha de ser actual y severo. Por ejemplo, el borrador de la ley alemana parte de un punto de vista harto restrictivo: sólo protege contra la discriminación a aquellas personas que han sido previamente clasificadas por la administración como “discapacitados severos”, es decir, aquellos individuos con una discapacidad igual o superior al 50 por ciento. Como contraste, la Ley de Igualdad de Oportunidades de Malta (año 2000) está mucho más a tono con la Directiva, y cubre tanto a individuos con discapacidad como a aquellos que tienen o se supone que tienen algún tipo de relación con discapacitados.

El ámbito de aplicación material

El ámbito material de aplicación de la Directiva Marco está restringido al área del empleo. Sin embargo, los Estados Miembros no tienen impedimento legal alguno para ampliar legislativamente la prohibición de la discriminación por razón de la discapacidad a otros aspectos de la vida. Algunos países han definido de manera amplia y generosa el sector mismo del empleo, y han incluido el trabajo protegido dentro del campo de aplicación de sus leyes internas adoptadas en virtud de la Directiva. La ley belga, por ejemplo, tiene un ámbito material de aplicación amplio, que cubre aspectos tales como, por ejemplo, el trabajo no pagado. Además, las leyes belgas contra la discriminación van a veces incluso más allá del área del empleo. Así, disponen que “aquellos que den publicidad a su intención de cometer discriminación” están cometiendo un delito. La legislación holandesa, por su parte, también va en cierta medida más allá de los límites del empleo, ya que dispone que la discriminación (“diferenciación”) está prohibida, por ejemplo, en el ámbito del servicio de transporte público y de la información sobre horarios y tarifas de viaje.

Pero no obstante los ejemplos citados hay que decir que, en lo que respecta al ámbito material de la prohibición de la discriminación basada en la discapacidad, son las legislaciones restrictivas las más numerosas. La legislación española, por ejemplo, no llega a cumplir con los requisitos de la Directiva en esta materia, ya que no prohíbe la discriminación durante el periodo de selección del personal laboral. La legislación irlandesa, por su parte, no menciona la rehabilitación vocacional, y la ley búlgara no se refiere específicamente al empleo. Irlanda, Bélgica, Austria, Lituania, Países Bajos y otros países han decidido no incluir el trabajo protegido en el ámbito de protección de sus leyes respectivas.

La discriminación directa e indirecta

En lo que respecta al concepto de *discriminación*, los estados miembros han desarrollado leyes cuyos artículos a menudo calcan párrafos enteros de la Directiva. Al margen de lo acertado o no de esta manera de transponer el derecho comunitario a derecho

interno, lo cierto es que también nos hemos topado con el caso contrario, a saber, con importantes desviaciones o particularidades legislativas que encontramos problemáticas.

Por ejemplo, la ley británica (“Disability Discrimination Act”) no cubre explícitamente la discriminación indirecta. El resultado de esta omisión es que la publicidad discriminatoria no puede ser atacada judicialmente, o al menos no de manera directa -tan sólo podría ser planteada como prueba en el curso de un proceso por discriminación directa. Además, la jurisprudencia en el Reino Unido ha interpretado dicha ley de tal manera que deja a los empresarios un gran margen de maniobra para justificar su conducta discriminatoria. Ello es posible porque los tribunales británicos han enfatizado de manera excesivamente amplia conceptos como “preocupaciones relativas a la seguridad y a la salud”.

Pero en lo que se refiere a la falta de regulación de la discriminación indirecta, desgraciadamente el Reino Unido no está solo. Portugal, mientras su gobierno se jactaba de haber adaptado la Directiva a derecho interno en su totalidad, en junio de 2004 todavía estaba esperando una definición legal del concepto de discriminación indirecta, aunque recientemente a colmado esta carencia. Las legislaciones belga y lituana contemplan excepciones a la prohibición general de la discriminación directa que no aparecen por ninguna parte en la Directiva, y para la legislación irlandesa la discriminación indirecta sólo puede concebirse por razón de género. En lo que se refiere al Acoso, la ley holandesa de 2003 ni siquiera lo menciona, mientras que en Irlanda y en Alemania el acoso sólo puede cometerlo el empresario.

El derecho a ajustes razonables

La regulación del derecho a *ajustes razonables* difiere de país a país. Sólo en casos excepcionales (tales como el Reino Unido e Irlanda) la ley cita ejemplos concretos de ajustes razonables. Para la ley belga un ajuste es considerado razonable siempre que no suponga una carga desproporcionada para el empresario. Desde nuestro punto de vista, esta manera de interpretar la “razonabilidad” e los ajustes es problemática. Nosotros pensamos que los ajustes son razonables cuando son eficaces y apropiados para salvaguardar el derecho del que traen causa, es decir el derecho a la igualdad de oportunidades. En cualquier caso, la regulación del derecho a los ajustes razonables, tal y como ha sido llevada a cabo por la mayoría de los Estados Miembros, plantea problemas. A pesar de que la Directiva establece claramente que los ajustes razonables deben introducirse ya en los procesos de selección de los trabajadores, pocos países parecen tener esto en cuenta: en la mayoría de los Estados Miembros los empresarios no están obligados a tomar medidas anticipatorias para facilitar los ajustes razonables pertinentes.

Por otra parte, en general observamos una falta de trabajo de elaboración y desarrollo en lo que respecta al ejercicio efectivo del derecho a los ajustes razonables pertinentes. Mientras la Directiva establece que deben ofrecerse siempre que ello no su-

ponga una carga excesiva para el empleador, los países tienden a no desarrollar las implicaciones concretas que se derivan de esta obligación.

Desde nuestro punto de vista, la ley debería regular el derecho a ajustes razonables de forma más clara, pues de otra forma se le está dando al poder judicial un exagerado margen de interpretación. Por ejemplo, si bien es cierto que las definiciones que algunos Estados Miembros aplican con respecto a la noción de “carga excesiva” (que es consustancial al derecho a ajustes razonables) suelen hacer referencia a los costes de los ajustes, a los recursos financieros de la empresa y a la posibilidad de obtener ayudas públicas o de otro género, sin embargo la ley interna suele dar a los poderes públicos total discreción a la hora de decidir si reembolsar a los empresarios por los ajustes razonables que hayan realizado.

Hemos encontrado excepciones nacionales al derecho a ajustes razonables que podrían acarrear violaciones de la Directiva. El sistema de cuotas de Lituania, por ejemplo, permite al empresario elegir entre emplear y acomodar a tres personas con discapacidad o a una sola persona cuya discapacidad sea de carácter severo. A la luz de semejante disposición debe recordarse que el derecho a recibir ajustes razonables es un derecho de carácter individual, algo totalmente distinto de una medida de acción positiva o de discriminación inversa. Por eso la discriminación por razón de la discapacidad puede perfectamente tener lugar por mucho que la empresa cumpla con la cuota legal de empleados discapacitados. Desde nuestro punto de vista, en definitiva, las leyes nacionales no pueden crear excepciones a la obligación de efectuar ajustes razonables más allá de aquellas que están específicamente mencionadas en la Directiva.

La Directiva asume que una negativa injustificada a llevar a cabo los ajustes razonables debe cotemplarse como una forma de discriminación. Consecuentemente, algunos Estados Miembros lo establecen así expresamente en sus respectivas legislaciones (la ley sueca lo considera discriminación, para la austriaca se trataría de discriminación indirecta y para la holandesa estaríamos ante una discriminación *sui generis*). La ley belga, en este sentido, establece simplemente que la negativa injustificada a efectuar los ajustes es discriminación, pero sin embargo es demasiado vaga a la hora de establecer cuándo los ajustes razonables son obligatorios. La ley belga, como la de muchos otros países europeos, no elabora ni define el concepto de “carga excesiva”, dejando a los tribunales libertad de decisión en cada caso concreto.

Por otra parte, hay que reconocer que se han encontrado también ejemplos de buenas prácticas en algunos países. Uno de estos países es Eslovenia. Aunque la ley eslovena no parece contener una definición general del concepto de ajustes razonables, es sin embargo muy exhaustiva cuando se trata de asegurar que este derecho es respetado en la práctica, y lo hace sobre todo mediante la introducción de una batería de medidas estatales. Dos instituciones públicas, el Instituto de Seguros de Discapacidad y de Pensiones y el Servicio de Empleo, están obligadas por ley a cubrir los gastos de los ajustes hasta tal extremo que la excepción de la carga excesiva para el empresario queda excluida en la práctica. Además, la ley establece un programa es-

pecial orientado a promover la integración en el empleo, un programa que contiene aspectos relevantes para las personas con discapacidad intelectual (así, las estrategias de motivación e información, de evaluación, de rehabilitación psicológica, de selección de objetivos profesionales, de desarrollo de aptitudes sociales, de búsqueda del empleo apropiado o de análisis del ambiente y del lugar de trabajo).

La acción positiva

Con algunas limitaciones, las medidas de acción positiva son aceptadas en la generalidad de los países europeos. Algunos, como Portugal, Alemania, Francia, Lituania y España establecen un sistema de cuotas con el fin de potenciar el empleo de las personas con discapacidad. Sin embargo, en algunos casos hay que decir que estas cuotas están lejos de ser respetadas en la práctica.

Por ejemplo, desde 1982 la ley española establece una cuota del cinco por ciento de empleados con discapacidad, y sin embargo la tasa de empleo entre los discapacitados continúa aun hoy muy por debajo de esas cifras. En Alemania se están imponiendo sanciones a los empresarios que no cumplen con la cuota legal, y el dinero así recaudado se destina a financiar centros de trabajo especializados para las personas discapacitadas. Las legislaciones británica e irlandesa, por su parte, son mucho más restrictivas con respecto a la acción positiva.

Los mecanismos de aplicación de la ley; las sanciones

En lo que respecta a los mecanismos de aplicación de la Directiva hay que decir que en esta materia los Estados Miembros disponen de un amplio margen de decisión. Para asegurar el cumplimiento efectivo de las leyes nacionales contra la discriminación adoptadas en virtud de la Directiva pueden establecer mecanismos judiciales, de conciliación o administrativos.

La mayoría de los Estados Miembros han optado por una combinación de medidas judiciales civiles y administrativas. Por ejemplo, este es el caso de Portugal, Alemania, Bulgaria y Reino Unido. Austria, España y otros países excluyen los mecanismos administrativos y optan en cambio por mecanismos de conciliación. Muy pocos países persiguen las prácticas discriminatorias mediante el código penal. Según nuestro análisis, tan sólo Bélgica y Eslovenia lo hacen. La ley belga establece medidas administrativas y judiciales, y estas últimas pueden ser tanto civiles como penales. En concreto, en Bélgica es un delito “instigar públicamente a la discriminación y al odio contra una persona, grupo o comunidad por razón de una de las causas contempladas en la ley”, así como “dar publicidad a la propia intención de discriminar”. Los funcionarios públicos que cometieren discriminación en el ejercicio de sus funciones serán también objeto de responsabilidad penal.

En Eslovenia el Código Penal contempla ciertas prácticas discriminatorias como faltas.

Además, según la ley eslovena ciertas organizaciones no gubernamentales tienen legitimación para ser parte en procesos administrativos y judiciales iniciados por presuntas víctimas de discriminación que aleguen una violación de la ley para la igualdad de oportunidades. Esta disposición es muy relevante, ya que sólo en un pequeño número de países las organizaciones de discapacitados cuentan con la legitimación necesaria para representar a personas con discapacidad ante un tribunal.

Demasiados países, entre ellos Irlanda, España, Países Bajos y Lituania siguen sin haber promulgado una ley sobre sanciones aplicables por las infracciones de las leyes que desarrollan la Directiva.

Según nuestro conocimiento, a excepción del Reino Unido no constan en los países europeos casos de demandas judiciales interpuestas por personas con discapacidad intelectual por discriminación en el empleo. Del Reino Unido nos han sido remitidos diez casos, entre los que se cuentan demandas por acoso, por denegación de ajustes razonables durante sesiones disciplinarias, por denegación de ajustes razonables durante los procedimientos de selección y por discriminación directa durante los procedimientos de selección. Según la *Disability Rights Commission* la mayoría de estos casos han sido ya resueltos, o bien tienen buenas posibilidades de éxito.

La inversión de la carga de la prueba

La Directiva impone a los Estados Miembros la introducción de un mecanismo procesal, la *inversión de la carga de la prueba*, en los procesos por discriminación directa e indirecta en el empleo. En el proceso civil, la Directiva da al demandante la posibilidad de traer a la atención del juez determinados indicios preliminares que, excepcionalmente, tendrán valor probatorio y, si cumplen determinadas condiciones, trasladarán la carga de la prueba al empresario, que deberá probar que no discriminó.

A pesar de que las leyes de los Estados Miembros (con algunas excepciones, como es el caso de Lituania e Irlanda) tienden a mencionar la inversión de la carga de la prueba en relación con la discriminación directa e indirecta en el empleo, sólo una minoría de gobiernos ha introducido las medidas necesarias para asegurar que este principio se aplica en la práctica. La ley belga es en este sentido un ejemplo a seguir, ya que cita ejemplos gráficos del tipo de hechos o circunstancias susceptibles de ser llevados a la atención del juez para invertir la carga de la prueba. En concreto, menciona los datos estadísticos y los tests de situación como elementos que, si cumplen los requisitos pertinentes, pueden tener valor probatorio. La ley belga delega al posterior desarrollo reglamentario la fijación de los requisitos que estos indicios preliminares deben cumplir para que puedan invertir la carga de la prueba.

La divulgación de información y la promoción del diálogo social

Llegados a este punto es muy importante insistir en la obligación que tienen los Estados de divulgar información y de asegurar por todos los medios necesarios que ésta alcance a todas las personas concernidas por la Directiva.

En Eslovenia y en España, por ejemplo, los poderes públicos están obligados por ley a divulgar información, pero estos países son la excepción antes que la regla. En Eslovenia la información es divulgada a través del Consejo para las Personas con Discapacidad, el cual es el encargado en ese país de vigilar y de asegurar el cumplimiento de la Directiva. Bélgica también cuenta con una institución de estas características, a saber, el Centro para la Igualdad de Oportunidades y la lucha contra el Racismo, y centros similares existen en otros países europeos (así, el Ombudsman de los discapacitados en Suecia, la Disability Rights Commission en el Reino Unido, la Comisión para la Igualdad de Trato holandesa o el Ombudsman lituano para la igualdad de oportunidades). Bulgaria, Grecia, Austria, Alemania o Italia se encuencan entre los países que aún no han establecido un centro de estas características, cuya utilidad va más allá de la divulgación de información

Los centros para la Igualdad de Oportunidades pueden jugar un papel crucial en la promoción del diálogo social, una obligación impuesta a los estados por el artículo 13 de la Directiva y que incluye todas las acciones complementarias que el Estado puede llevar cabo en cooperación con otros cuerpos sociales con vistas a difundir prácticas eficaces contra la discriminación por toda la sociedad. Sin embargo, según nuestro análisis hemos de reconocer que el diálogo entre las autoridades públicas y las organizaciones de discapacitados a propósito de las nuevas leyes adoptadas no ha tenido lugar muy a menudo.

3. Análisis de la situación

En ausencia aún de jurisprudencia por parte de la Corte Europea de Justicia sobre esta Directiva, aún no ha sido establecido de manera oficial cómo ésta deba efectivamente ser interpretada. Sin embargo podemos deducir, por analogía con la jurisprudencia de la Corte relativa a la discriminación por razón de género, que en lo referente a la discapacidad la Corte adoptará una posición positiva, generosa y favorable a los derechos de los discapacitados, excepto en la cuestión de la acción positiva. En todo caso, lo que sí podemos hacer desde ahora mismo es trabajar en la interpretación de aquellos conceptos problemáticos que la Directiva deja abiertos a varias interpretaciones. Nos parece importante, en este sentido, limitar los efectos perniciosos que podrían derivarse de un margen discrecional de interpretación demasiado amplio por parte de los Estados a la hora de traducir la Directiva a derecho interno. La base de nuestra argumentación consiste en considerar la Directiva en tanto que ley que garantiza un derecho fundamental, y que como tal no admite interpretaciones restrictivas, sino sólo aquellas que mejor sirvan a la protección del derecho a la igualdad de oportunidades.

En la medida en que se trata de una ley marco, general, la Directiva ha de ser desarrollada y aplicada mediante legislaciones que deben ser por fuerza más precisas y detalladas que ella misma. Por eso no podemos dejar de mostrar un cierto recelo ante legislaciones que, como la italiana (Decreto Legislativo de 9 de Julio de 2003: “Attuazione della Direttiva 2000/78/EC”) son un mero calco del texto de la Directiva. Las legislaciones de Luxemburgo y de Grecia presentan también por tal motivo problemas: su terminología es tan genérica que no parece dirigirse ni a los empresarios, ni a los tribunales ni a los trabajadores.

La definición de la discapacidad

A pesar de que la Directiva marco suscribe claramente el modelo social de la discapacidad, no llega a definir el término “discapacidad” o “discriminación por razón de la discapacidad”, delegando de este modo en los estados miembros la decisión sobre este asunto. Los países, por tanto, tienen un margen de decisión relativamente amplio en cuanto a la definición de la discapacidad se refiere.

Sin embargo no podemos ignorar la importancia de este problema, ya que de la definición que cada Estado Miembro haga de la noción de discapacidad va a depender nada menos que el ámbito personal de aplicación de la Directiva a nivel nacional, es decir, el número de personas amparadas por ella. Existe, por lo tanto, el riesgo evidente de que los Estados Miembros, aprovechando la ausencia de una definición de la discapacidad en la Directiva Marco, desvirtúen el sentido y la eficacia de esta norma simplemente reduciendo al máximo el concepto de discapacidad. Porque hay en efecto una variedad de puntos de vista desde los que acercarse a esta noción, que van desde la discapacidad considerada exclusivamente en su dimensión médica, clínica, a la más moderna tendencia a caracterizar la discapacidad como un fenómeno de carácter social (el “modelo social” de la discapacidad). Determinadas definiciones de la discapacidad son contrarias al derecho de muchas personas a la igualdad de oportunidades. Por eso, desde nuestro punto de vista este tipo de definiciones deberían ser consideradas contrarias al espíritu de la Directiva.

Cerca de la mitad de los Estados Miembros han optado por imitar el texto europeo, y no incluyen en sus legislaciones ninguna definición general del término discapacidad. Sin embargo, el problema con este tipo de acercamiento es que supone poner en manos de los jueces cómo definir la discapacidad en cada caso concreto.

A nosotros nos parece que el término a definir no debe ser el de “discapacidad”, sino más bien el de “discriminación por razón de la discapacidad”. Porque la función de las leyes contra la discriminación no es tanto la de definir a las personas, sino más bien la de definir y sancionar conductas ilícitas. Más que por la persona víctima de ella, la discriminación basada en la discapacidad debería ser definida en primer lugar en función de las razones subjetivas que animan la conducta discriminatoria. Es un hecho que la discriminación por razón de la discapacidad no afecta sólo a las personas con disca-

paidad. Por ejemplo, una persona sin discapacidad está en riesgo de sufrir discriminación en el trabajo por razón de la discapacidad del hijo que tiene a su cargo.

Por lo tanto, desde nuestro punto de vista la legislación nacional contra la discriminación por razón de la discapacidad debería definir más la conducta ilícita que las personas afectadas por ella. En cualquier caso la ley debe proteger contra este tipo de discriminación, al menos a las siguientes personas:

- Aquellas con discapacidad (severa o no)
- Aquellas que han tenido discapacidad en el pasado
- Aquellas que tienen más probabilidades de desarrollar una discapacidad en el futuro (tal y como hacen las leyes belgas e irlandesas). Por ejemplo, ciertas características congénitas pueden causar discapacidad en el futuro
- Aquellas cuya discapacidad no es visible (tal y como hace la ley británica)
- Aquellas personas que están relacionadas con discapacitados mediante lazo familiar o de otro tipo (como es el caso de la ley Maltesa)
- Aquellas otras que, sin tener discapacidad, son percibidas como pertenecientes a alguna de las categorías arriba mencionadas

El ámbito de aplicación material

En lo que al *ámbito de aplicación material* se refiere, lo cierto es que algunos países han fijado estándares más altos que otros. Algunos han ido en este punto incluso más lejos que los requisitos mínimos de la Directiva: Bélgica y los Países Bajos, por ejemplo, han aprobado leyes que protegen contra este tipo de discriminación más allá del área del trabajo y la ocupación. El hecho de que haya países que han ampliado el campo material de aplicación de la Directiva demuestra que la Directiva puede ser considerada como un primer paso, o un impulso legislativo, hacia la prohibición de la discriminación basada en la discapacidad en todos los aspectos de la vida

Por otra parte, la ley holandesa tiene la peculiaridad de ser simétrica, en la medida en que también otorga protección a las personas que son discriminadas en razón de que no tienen discapacidad. Ello puede limitar la extensión de las prácticas de acción positiva, las cuales están en principio permitidas por las leyes de Holanda.

La discriminación directa e indirecta

En su artículo 2, apdo. 2, la Directiva define la *discriminación directa y la indirecta*. Menciona asimismo dos excepciones a la prohibición general de discriminación indirecta.

El artículo 2, apdo. 2, mantiene que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas (...) con una discapacidad respecto de otras personas, salvo que:

- i) Dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios, o que
- ii) (...) el empresario (...) esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas (ajustes razonables) para eliminar las desventajas de esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

Es importante subrayar que las excepciones del artículo 2, apdo. 2 se refieren únicamente a la discriminación indirecta. Sin embargo, al transponer la Directiva algunos Estados Miembros (incluyendo Bélgica y Lituania) han aplicado esas excepciones también a la discriminación directa. Desde nuestro punto de vista ello constituye una clara violación del artículo 2.

Por otro lado, las excepciones en general deben ser abordadas desde la óptica de los derechos humanos. Esto implica que conceptos como la “finalidad legítima” que podría justificar la discriminación en un caso concreto deben ser acordes con las leyes de derechos humanos. Lo mismo se aplica a los conceptos contemplados en el artículo 2, apdo. 5: la “seguridad pública”, la “protección de la salud” o la “defensa del orden” no pueden ser consideradas por el legislador nacional como cláusulas abiertas, sino como excepciones que serán de aplicación sólo cuando el resultado de esa aplicación sea más acorde con las leyes de derechos humanos.

En particular, algunos jueces han invocado “la preocupación por la salud y la seguridad” con el fin de justificar la discriminación por razón de la discapacidad en algunos casos. Pero es importante recordar en este sentido que la Directiva no menciona la palabra “preocupaciones” cuando se refiere a la protección de la salud. Desde nuestro punto de vista para poder invocar esta excepción la Directiva impone la existencia de un vínculo objetivo entre el empleo de una persona con discapacidad y el riesgo para la salud. Las meras preocupaciones del empleador a este respecto no son suficientes, a nuestro parecer, para constituir una excepción conforme al artículo 2, apdo. 5. Además, la excepción de la protección de la salud debe leerse en relación con la disposición sobre ajustes razonables (artículo 5 de la Directiva). En efecto, los riesgos para la salud que podrían derivarse del empleo de una persona con discapacidad a menudo se anulan tan pronto como el empresario cumple con su obligación de llevar a cabo los ajustes razonables para el trabajador. En otras palabras: los riesgos para la salud pueden ser causados no por la discapacidad del trabajador, sino por la violación del artículo 5 de la Directiva por parte del empresario.

Los ajustes razonables

El artículo 5 de la Directiva-marco crea la obligación para los empresarios de llevar a cabo ajustes razonables para las personas con discapacidad que trabajen en su empresa o hayan postulado para hacerlo. El derecho a los ajustes razonables pretende

colmar el desfase que existe entre las facultades individuales y los impedimentos sociales: como nuestro entorno social no fue diseñado a la medida de todos nosotros, ahora es necesario practicar en él ciertos ajustes razonables.

El artículo 5 es muy genérico y acaso demasiado breve, teniendo en cuenta las muchas dificultades que se plantean a la hora de establecer y determinar lo que deben ser los ajustes razonables. A este respecto, el párrafo 20 del preámbulo de la Directiva nos puede servir de indicación para interpretar el artículo 5, en especial en lo que respecta a la noción de carga desproporcionada. Con algunas excepciones (como es el caso de Bulgaria), la inmensa mayoría de los estados miembros menciona este derecho en sus legislaciones posteriores a la Directiva. Las descripciones nacionales de la noción de ajustes razonables tienden a coincidir con la del artículo 5 de la Directiva, y en algunos casos (Grecia, Luxemburgo e Italia) ambos textos son incluso idénticos. Sin embargo, muy pocos países regulan detalladamente cuáles habrán de ser las condiciones para el ejercicio del derecho a ajustes razonables en la práctica. Teniendo en cuenta la relevancia del derecho en cuestión, las leyes nacionales son, en su conjunto, demasiado vagas.

En lo que concierne a las personas con discapacidad, el derecho a ajustes razonables forma parte de la esencia del derecho a la igualdad de oportunidades. Sin embargo se trata de un concepto relativamente nuevo en la Unión Europea. Con anterioridad a la adopción de la Directiva sólo las leyes del Reino Unido, de Irlanda y de Suecia reconocían la obligación de hacer ajustes razonables. Tratándose de un nuevo concepto legal, por lo tanto, sería deseable que las nuevas legislaciones fuera lo suficientemente detalladas y concretas al regular su ejercicio, y que incluyeran ejemplos concretos.

La mayoría de los Estados Miembros regulan los ajustes razonables como obligación negativa, dando a entender que su falta de cumplimiento constituye una forma de discriminación. Sin embargo los individuos no tienen derecho a reclamar los ajustes.

Por su parte, la Directiva aborda los ajustes razonables como un derecho positivo que los individuos deben poder reclamar conforme a la ley nacional. Es más, es fundamental que las leyes nacionales establezcan mecanismos de cooperación entre el individuo que reclama el derecho y el empresario. El Estado debería ofrecer apoyo y consejo a los trabajadores discapacitados sobre este tema, y muy especialmente a los trabajadores con discapacidad intelectual. En el proceso de reclamación de este derecho sería importante aplicar el principio de la inversión de la carga de la prueba, aunque la Directiva no obligue a ello en relación con los ajustes razonables.

La “razonabilidad” de los ajustes se refiere a su potencial para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de manera eficaz. Un individuo puede necesitar de los ajustes por tiempo indefinido. Esto es algo que diferencia la noción de ajustes razonables de la de acción positiva: son dos cosas distintas que no deben confundirse. Es importante tener presente que los ajustes razonables se reciben en cada caso en función de un derecho individual de la persona con discapacidad, y en este sentido son distintos también de otro tipo de ajustes que puedan realizarse en virtud de otras leyes

para garantizar la accesibilidad de determinados edificios abiertos al público en general. Pensamos que debe considerarse contraria al derecho comunitario toda disposición nacional que permita al empresario denegar los ajustes razonables a un determinado trabajador discapacitado, por razones distintas a las que menciona el artículo 5 de la Directiva. Estas razones son:

- 1) El empresario no estaba al corriente de la necesidad de los ajustes.
- 2) Los ajustes no eran factibles.
- 3) Los ajustes razonables supondrían una carga desproporcionada para el empresario (teniendo en cuenta los costes financieros y otros, el tamaño y los recursos financieros de la organización y la posibilidad de obtener ayudas públicas o de otro tipo).

Huelga decir que las personas con discapacidad intelectual tienen igual derecho a disponer de ajustes razonables. Es más, algunos de los ejemplos de ajustes razonables que menciona la Directiva en el párrafo 20 del preámbulo (tales como “la adaptación de las pautas de trabajo, la asignación de funciones o la provisión de medios de formación o encuadre”) podrían referirse precisamente a personas con discapacidad intelectual.

Los mecanismos de aplicación de la ley; las sanciones

Los Estados Miembros están obligados a prever legalmente las *sanciones* apropiadas aplicables ante violaciones de las leyes promulgadas en virtud de la Directiva. A nuestro juicio, en esta materia los procedimientos civiles, penales, administrativos y de conciliación deberían complementarse mutuamente. Las sanciones deberían ser individualizadas y compensatorias por pérdidas pasadas y futuras, daños morales, daños personales e interés.

En lo que respecta a la eficacia de las sanciones en esta materia podemos trazar una analogía con una sentencia de la Corte Europea de Justicia de 2 de Agosto de 1993 (caso *Marshall*), en la que la Corte explica lo que considera una sanción eficaz en los casos de discriminación por razón de género: “sanciones eficaces son todas aquellas medidas necesarias para asegurar que las disposiciones del tratado de la CE son respetadas, conforme a los objetivos perseguidos por la Directiva”. La Corte deja a los Estados Miembros la decisión sobre la fórmula y los métodos a utilizar para lograr ese objetivo. Lo que la Corte sí dice expresamente es que las sanciones no deberán en ningún caso estar limitadas *a priori*.

En función de lo dicho anteriormente, en nuestro caso una sanción eficaz sería aquella medida que asegure que el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad es respetado.

La divulgación de información y la promoción del diálogo social

En lo que respecta a la disposición relativa a la divulgación de información, pensamos que en general queda mucho por hacer a nivel nacional para dar cumplimiento al artículo 12 de la Directiva, el cual impone a los Estados la obligación de garantizar que las disposiciones adoptadas en virtud de la Directiva, además de las disposiciones correspondientes ya en vigor, “son puestas en conocimiento de las personas a las que sea aplicable, por todos los medios apropiados, por ejemplo en el lugar de trabajo, y en todo su territorio”.

Desde nuestro punto de vista, la frase “las personas a las que sea aplicable” se refiere, por un lado, a todos aquellos que están protegidos contra la discriminación por razón de la discapacidad, y por el otro, a los empresarios. Las personas con discapacidad y sus familias necesitan estar al corriente de sus derechos en virtud de la Directiva tanto como los empresarios necesitan estar al corriente de sus obligaciones. Esta es la única forma de promover un diálogo eficaz y el mutuo entendimiento.

Por otra parte, según la Directiva la información debe divulgarse “por todos los medios apropiados”. Esta frase es de especial relevancia para aquellas personas con discapacidad intelectual, ya que la accesibilidad de la información es para ellas la cuestión principal. Al dar cumplimiento a la obligación de divulgar la información, los Estados Miembros deben tener en cuenta las especiales necesidades de las personas con discapacidad intelectual, lo que necesariamente pasa por la disponibilidad de material accesible, en versión de fácil lectura o equivalente. La inmensa mayoría de los Estados Miembros no están cumpliendo, sin embargo, con el artículo 12 de la Directiva. Se trata de un grave error, con consecuencias muy negativas para nuestro colectivo. Al no facilitar la información necesaria a las personas con discapacidad intelectual para que puedan comprender el contenido de sus derechos y las implicaciones de los mismos, y al impedir, por otra parte, que las asociaciones del sector puedan actuar como representantes suyos ante los tribunales en procesos por discriminación, los Estados están básicamente vaciando de contenido la Directiva, y obstaculizando el ejercicio del derecho fundamental a la igualdad de oportunidades.

Considerando todo lo anterior, quizás no sea una coincidencia el hecho de que no nos hayan sido apenas remitidos casos de demandas por discriminación en el trabajo interpuestas por personas con discapacidad intelectual en la Unión Europea. Y quizás sea interesante señalar que el único país que sí nos ha remitido un número significativo de casos, el Reino Unido, es un país que ha hecho bastante más que la media por cumplir con los artículos 9 y 12 de la Directiva. Así, la ley británica otorga a las asociaciones de discapacitados personalidad jurídica para representar a personas con discapacidad intelectual ante los tribunales en procesos por discriminación, y en lo que respecta a la cuestión de la divulgación de información, la *Disability Discrimination Act* dispone que dicha información deberá estar en un formato que todas las personas con discapacidad puedan leer.

4. Recomendaciones

El propósito de la Directiva-marco sobre el Empleo es proteger y fomentar el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades. La Directiva ha de ser interpretada, transpuesta y aplicada en una manera que sea no sólo compatible con su objeto, sino que promueva al máximo posible el disfrute real de la igualdad de oportunidades por parte de los grupos de población a los que va dirigida.

Al incorporar la Directiva al derecho interno, los Estados Miembros pueden tener en cuenta sus propias tradiciones jurídicas, y pueden transponerla de forma acorde con los usos y costumbres que imperan en cada territorio regional o nacional. Sin embargo, las Directivas imponen a los Estados la consecución de determinados objetivos, los cuales deben cumplirse en todo caso. Esperamos que las siguientes recomendaciones les sean de utilidad a las autoridades nacionales y europeas, a la hora de interpretar las disposiciones relacionadas con la discapacidad contenidas en la Directiva-marco sobre el Empleo. Recomendamos medidas que creemos necesarias para asegurar que la Directiva pueda también ser utilizada en favor de las personas con discapacidad intelectual y de sus familias.

Cómo definir la discriminación por razón de discapacidad

Ante todo, huelga decir que los Estados Miembros están obligados a asegurar que la protección ofrecida por la Directiva alcanza efectivamente a todas las personas concernidas. Para no tener que cumplir con esta obligación, algunos legisladores nacionales han decidido adoptar definiciones muy restrictivas del término “discapacidad”, de tal manera que muchas personas en peligro de sufrir discriminación por razón de discapacidad han quedado desprovistas de protección. Las oportunidades de las personas con discapacidad intelectual para realizarse en la vida están condicionadas por cómo la ley defina la discapacidad intelectual. Inclusion Europe cree muy importante que los gobiernos enfoquen la problemática de la discapacidad desde una perspectiva social, reconociendo que, antes que nada, es el diseño mismo de nuestras sociedades el que, al ignorar las características psíquicas o físicas de determinados grupos de población, incapacita a sus miembros. Defendemos una definición que cubra las discapacidades pasadas y futuras, y que también proteja contra la discriminación a aquellas personas que, como las familias, están relacionadas con discapacitados intelectuales. Por todo ello, el objeto de la definición debe ser el término “discriminación por razón de discapacidad”, así como las obligaciones relacionadas con el derecho a ajustes razonables. Las nociones de “discapacidad” o de “persona discapacitada” no son el objeto de la definición que nos ocupa.

Protección efectiva contra la discriminación

Las excepciones a la prohibición general de discriminación incluídas en el artículo 2 de

la Directiva deben interpretarse de forma restrictiva y desde una perspectiva acorde con las leyes de derechos humanos. La Directiva establece que queda prohibida la discriminación indirecta, “salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios”. Leído este párrafo desde la perspectiva arriba mencionada, “una finalidad legítima” implica en todo caso una finalidad *acorde con los derechos humanos*, y que los medios sean “adecuados y necesarios” no puede significar simplemente que son, pongamos por caso, más baratos o más convenientes para el trabajo en cuestión, sino que además *no contravienen los derechos humanos* (en especial el derecho a la igualdad de oportunidades y el principio de la dignidad de la persona). Lo mismo se aplica, desde nuestro punto de vista, a los conceptos de “salud” u “orden público”, los cuales no son cláusulas abiertas a la libre interpretación del legislador nacional, sino excepciones que son de aplicación sólo si el resultado de dicha aplicación es más respetuoso con los derechos fundamentales que las consecuencias de su no aplicación.

Ajustes razonables

Las personas con discapacidad intelectual requieren de ajustes razonables para poder disfrutar de sus derechos fundamentales. Como nuestras sociedades no fueron diseñadas conforme a las necesidades de todos sus miembros, ahora deben realizarse ajustes con el fin de que los hasta ahora excluidos puedan integrarse en ellas. Al decir que los ajustes han de ser “razonables”, la Directiva no se está refiriendo a lo limitado de sus costes ni a su conveniencia para el empresario, sino a la eficacia de los ajustes para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades. El no cumplimiento de esta obligación por el empresario es una forma de discriminación.

No puede negarse que el derecho a ajustes razonables se aplica también a las personas con discapacidad intelectual. Es más, la Directiva misma menciona en su preámbulo ejemplos de ajustes razonables (así, la adaptación de pautas de trabajo, la asignación de funciones o la provision de medios de formación o encuadre) que podrían aplicarse específicamente a personas con discapacidad intelectual.

Ajustes razonables deben ser efectuados por el empresario en aquellos casos en que así lo requiera un trabajador cualificado para poder desempeñar las funciones esenciales de su puesto de trabajo. Conforme a la Directiva, el empresario que está al corriente de su necesidad sólo puede negar los ajustes razonables en los casos en que éstos le supondrían una carga excesiva, habida cuenta de los costes de los mismos, los recursos financieros de la organización y la posibilidad de obtener fondos públicos o cualquier otra asistencia.

Recursos eficaces

Los Estados Miembros están obligados por la Directiva a ofrecer recursos a las víctimas de la discriminación. Los recursos han de ser eficaces, proporcionales y disuasorios, y deben estar disponibles para todas las personas que se sientan discriminadas, incluso después de que la relación laboral en cuestión haya concluído.

Creemos que las sanciones administrativas y las judiciales han de completarse mutuamente. Las sanciones han de ser compensatorias con carácter individual por pérdidas pasadas y futuras así como por daños morales, con posibilidad de aplicar agravantes según el caso. La víctima deberá recibir el total del monto de la indemnización con los intereses.

A nuestro parecer, sanciones eficaces en relación con la discriminación basada en la discapacidad intelectual serán aquellas medidas necesarias para la protección del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad intelectual, en consonancia con los objetivos perseguidos por la Directiva. Aunque los Estados Miembros pueden elegir la forma y los métodos pertinentes para la consecución de dichos objetivos, la acción pública deberá ser en todo caso eficaz. Por ejemplo, desde nuestro punto de vista cualquier disposición de derecho interno en virtud de la cual se fijen límites máximos al *quantum* de las indemnizaciones sería contraria a la Directiva.

Protección contra represalias

Ya se trate de casos de discriminación directa o indirecta, de acoso o de negación del derecho a ajustes razonables, todas las formas de discriminación son a menudo fáciles de ocultar y muy difíciles de probar. Además, las personas que son testigos de actos de discriminación suelen pertenecer al mismo ámbito laboral que la víctima, y en consecuencia también ellos tienen motivos para temer represalias por parte del empresario. Por eso nosotros estimamos que la protección contra represalias derivadas de demandas interpuestas en relación con la Directiva debería cubrir, además de al demandante, también a los testigos.

Inversión de la carga de la prueba

En el procedimiento civil, la Directiva permite a aquellas personas que se consideren discriminadas por alguna de las razones previstas presentar ante el juez indicios a partir de los cuales se presumirá que la discriminación ha existido. Al tener, excepcionalmente, un valor probatorio, estos indicios invierten la carga de la prueba, lo que significa que deberá ser el empleador el que demuestre que no violó el principio de igualdad de trato. En este sentido, sería de gran utilidad para las personas con discapacidad intelectual y sus familias el que las leyes nacionales especificaran qué hechos (análisis estadísticos, tests de situación, etc.) pueden ser traídos a la atención del juez como indicios susceptibles de invertir la carga de la prueba. Además, sería de gran

ayuda que los estados miembros aplicaran el principio de inversión de la carga de la prueba también a aquellos casos de discriminación motivada por una denegación del derecho a ajustes razonables.

Divulgación de información y promoción del diálogo social

En lo que concierne a la divulgación de información, creemos que el artículo 12 de la Directiva impone a los estados la obligación de asegurarse de que todos los contenidos relevantes relacionados con los derechos y las obligaciones previstos en la Directiva son puestos en conocimiento de todas las personas concernidas, incluidos los empresarios. El que la información deba ser divulgada, según la Directiva, “por todos los medios apropiados”, necesariamente implica la disponibilidad de material accesible, en Formato de Fácil Lectura u otro equivalente.

A nuestro parecer, la inmensa mayoría de los estados miembros no cumplen con el artículo 12 de la Directiva. Se trata de un grave error, con consecuencias muy negativas para las personas con discapacidad intelectual. Al no facilitar la información necesaria a estas personas para que tomen conciencia de sus derechos, y al impedir que sus organizaciones puedan representarlas ante los tribunales, los estados están mirando muy seriamente el ejercicio –y por lo tanto el sentido- de los derechos reconocidos en la Directiva.

En lo que respecta al “diálogo social”, creemos que el artículo 13 claramente va más allá de lo que es la consulta unilateral, y que incluye casi todas las actuaciones complementarias que el estado puede emprender en cooperación con los agentes relevantes de la sociedad civil con el fin de extender socialmente las buenas prácticas. En definitiva, esta disposición constituye la base sobre la que poder construir una verdadera cultura de la inclusión social.

A modo de conclusión final, señalar que Inclusion Europe defiende una interpretación expansiva en lo que se refiere al marco de aplicación de la Directiva. Al concentrarse en uno de los contextos más esenciales de la vida cotidiana, como es el del empleo y la ocupación, la Directiva fija lo que son requisitos mínimos para combatir la discriminación en general, y para acabar con las prácticas discriminatorias que sufren las personas con discapacidad intelectual en todos los aspectos de la vida.

ANEXO

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**

EL CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en particular, su artículo 13,

Vista la propuesta de la Comisión ⁽¹⁾,

Visto el dictamen del Parlamento Europeo ⁽²⁾,

Visto el dictamen del Comité Económico y Social ⁽³⁾,

Visto el dictamen del Comité de las Regiones ⁽⁴⁾,

Considerando lo siguiente:

- (1) De conformidad con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a todos los Estados miembros y respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del Derecho comunitario.
- (2) El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres está firmemente establecido en un amplio conjunto de normas comunitarias, en especial en la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo ⁽⁵⁾.
- (3) En la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples.
- (4) El derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a estar protegida contra la discriminación constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. El

Convenio nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe la discriminación en el ámbito del empleo y la ocupación.

- (5) Es importante respetar estos derechos y estas libertades fundamentales. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otros, sindicatos y a afiliarse a estos para defender sus intereses.
- (6) La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad.
- (7) El Tratado CE incluye entre sus objetivos el fomento de la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros. A tal efecto, se ha incorporado al Tratado CE un nuevo título sobre empleo como medio para desarrollar una estrategia europea coordinada para el empleo, con el fin de potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable.
- (8) Las Directrices para el empleo del año 2000, aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, subrayan la necesidad de promover un mercado de trabajo favorable a la integración social, mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación respecto de grupos como las personas con discapacidad. Subrayan asimismo la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa.
- (9) El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal.
- (10) El Consejo adoptó, el 29 de junio de 2000, la Directiva 2000/43/CE ⁽⁶⁾ relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que garantiza ya una protección contra dichas discriminaciones en el ámbito del empleo y la ocupación.
- (11) La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de

⁽¹⁾ DO C 177 E de 27.6.2000, p. 42.

⁽²⁾ Dictamen emitido el 12.10.2000 (no publicado aún en el Diario Oficial).

⁽³⁾ DO C 204 de 18.7.2000, p. 82.

⁽⁴⁾ DO C 226 de 8.8.2000, p. 1.

⁽⁵⁾ DO L 39 de 14.2.1976, p. 40.

⁽⁶⁾ DO L 180 de 19.7.2000, p. 22.

- empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.
- (12) A tal fin, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a que se refiere la presente Directiva. Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y la ocupación.
- (13) Las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán a los regímenes de seguridad social y de protección social cuyas ventajas no están equiparadas a una retribución en el sentido conferido a este término para la aplicación del artículo 141 del Tratado CE ni a los pagos de cualquier naturaleza efectuados por el Estado cuyo objetivo es el acceso al empleo o el mantenimiento de los trabajadores en el empleo.
- (14) La presente Directiva se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación.
- (15) 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. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas.
- (16) La adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad.
- (17) La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.
- (18) Concretamente, la presente Directiva no puede tener el efecto de obligar a las fuerzas armadas, como tampoco a los servicios de policía, penitenciarios, o de socorro, a contratar o mantener en su puesto de trabajo a personas que no tengan las capacidades necesarias para desempeñar cuantas funciones puedan tener que ejercer en relación con el objetivo legítimo de mantener el carácter operativo de dichos servicios.
- (19) Además, para que los Estados miembros puedan seguir manteniendo la capacidad de sus fuerzas armadas, podrán optar por no aplicar las disposiciones de la presente Directiva relativas a la discapacidad y a la edad a todas o parte de sus fuerzas armadas. Los Estados miembros que ejerzan esta opción deberán determinar el ámbito de aplicación de esta excepción.
- (20) Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre.
- (21) Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.
- (22) Lo dispuesto en la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional sobre el estado civil y de las prestaciones que dependen del estado civil.
- (23) En muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión.
- (24) La Unión Europea, en su Declaración nº 11 sobre el estatuto de las iglesias y las organizaciones no confesionales, adjunta al Acta final del Tratado de Amsterdam, ha reconocido explícitamente que respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho nacional, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros, que respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales. Desde esta perspectiva, los Estados miembros pueden mantener o establecer disposiciones específicas sobre los requisitos profesionales esenciales, legítimos y justificados que pueden exigirse para ejercer una actividad profesional.
- (25) La prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo. No obstante, en determinadas circunstancias se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, y requieren por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. Resulta pues esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación.
- (26) La prohibición de discriminación no debe obstar al mantenimiento o la adopción de medidas concebidas para prevenir o compensar las desventajas sufridas por un grupo de personas con una religión o convicciones, una discapacidad, una edad o una orientación sexual determinadas, y dichas medidas pueden permitir la existencia de organizaciones de personas de una religión o convicciones, una discapacidad, una edad o una orientación sexual determinadas organizarse cuando su finalidad principal sea promover de las necesidades específicas de esas personas.

- (27) El Consejo, en su Recomendación 86/379/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad ⁽¹⁾, estableció un marco de orientación que enumera ejemplos de acciones positivas para el fomento del empleo y de la formación profesional de los minusválidos, y en su Resolución de 17 de junio de 1999 ⁽²⁾ relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías afirmó la importancia de prestar una atención específica, en particular, a la contratación, al mantenimiento de los trabajadores en el empleo y a la formación y formación permanente de los minusválidos.
- (28) Las disposiciones de la presente Directiva establecen requisitos mínimos, reconociendo a los Estados miembros la facultad de introducir o mantener disposiciones más favorables. La aplicación de la presente Directiva no puede servir para justificar retroceso alguno con respecto a la situación ya existente en cada Estado miembro.
- (29) Las personas que hayan sido objeto de discriminación basada en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual deben disponer de medios de protección jurídica adecuados. A fin de asegurar un nivel de protección más efectivo, también se debe facultar a las asociaciones o personas jurídicas para que puedan iniciar procedimientos, con arreglo a lo que dispongan los Estados miembros, en nombre de cualquier víctima o en su apoyo, sin perjuicio de la normativa nacional de procedimiento en cuanto a la representación y defensa ante los tribunales.
- (30) La aplicación efectiva del principio de igualdad exige una protección judicial adecuada contra las represalias.
- (31) Las normas relativas a la carga de la prueba deben modificarse cuando haya un caso de presunta discriminación y en el caso en que se verifique tal situación a fin de que la carga de la prueba recaiga en la parte demandada. No obstante, no corresponde a la parte demandada probar que la parte demandante pertenece a una determinada religión, posee determinadas convicciones, presenta una determinada discapacidad, es de una determinada edad o tiene una determinada orientación sexual.
- (32) Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar las normas sobre la carga de la prueba a los procedimientos en los que corresponda a los tribunales o a otro órgano competente investigar los hechos. Se considerarán procedimientos de esta índole aquéllos en que el demandante no está obligado a probar sus alegaciones sino que corresponde al tribunal o al órgano competente investigarlas.
- (33) Los Estados miembros deben fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales y, según las prácticas propias de cada país, con las organizaciones no gubernamentales, para estudiar y combatir las distintas formas de discriminación en el lugar de trabajo.
- (34) La necesidad de promover la paz y la reconciliación entre las principales comunidades de Irlanda del Norte exige la inclusión de disposiciones especiales en la presente Directiva.
- (35) Los Estados miembros deben prever sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de que se contravengan las obligaciones derivadas de la presente Directiva.
- (36) Los Estados miembros podrán confiar la aplicación de la presente Directiva a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos, en lo relativo a las disposiciones que entran en el ámbito de los convenios colectivos, siempre y cuando los Estados miembros tomen todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados establecidos por la presente Directiva.
- (37) De conformidad con el principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 5 del Tratado CE, los objetivos de la presente Directiva, en particular el establecimiento en la Comunidad de un marco para la igualdad en el empleo y la ocupación, no pueden alcanzarse de manera suficiente por los Estados miembros. Por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión y repercusión de la acción propuesta, en el ámbito comunitario. Conforme al principio de proporcionalidad tal y como se enuncia en el mencionado artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DIRECTIVA:

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

Objeto

La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

Artículo 2

Concepto de discriminación

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1:

a) existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1;

b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

⁽¹⁾ DO L 225 de 12.8.1986, p. 43.

⁽²⁾ DO C 186 de 2.7.1999, p. 3.

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica.

3. El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.

4. Toda orden de discriminar a personas por alguno de los motivos indicados en el artículo 1 se considerará discriminación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1.

5. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Artículo 3

Ámbito de aplicación

1. Dentro del límite de las competencias conferidas a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;
- el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;
- las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;
- la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

2. La presente Directiva no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas.

3. La presente Directiva no se aplicará a los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados, incluidos los regímenes públicos de seguridad social o de protección social.

4. Los Estados miembros podrán prever la posibilidad de que la presente Directiva no se aplique a las fuerzas armadas por lo que respecta a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad.

Artículo 4

Requisitos profesionales

1. No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.

2. Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo.

Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización.

Artículo 5

Ajustes razonables para las personas con discapacidad

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

Artículo 6

Justificación de diferencias de trato por motivos de edad

1. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si

están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

Dichas diferencias de trato podrán incluir, en particular:

- a) el establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;
 - b) el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo;
 - c) el establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo.

Artículo 7

Acción positiva y medidas específicas

1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1.
2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral.

Artículo 8

Requisitos mínimos

1. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva.
2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma.

CAPÍTULO II

RECURSOS Y CUMPLIMIENTO

Artículo 9

Defensa de derechos

1. Los Estados miembros velarán por la existencia de procedimientos judiciales o administrativos, e incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas mediante la presente Directiva para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.
2. Los Estados miembros velarán por que las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva.
3. Los apartados 1 y 2 se entenderán sin perjuicio de las normas nacionales en materia de plazos de interposición de recursos en relación con el principio de igualdad de trato.

Artículo 10

Carga de la prueba

1. Los Estados miembros adoptarán 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 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.
2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.
3. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales.
4. Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 se aplicarán asimismo a toda acción judicial emprendida de conformidad con el apartado 2 del artículo 9.
5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente.

Artículo 11

Protección contra las represalias

Los Estados miembros adoptarán en sus ordenamientos jurídicos las medidas que resulten necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier otro trato desfavorable adoptado por parte del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato.

*Artículo 12***Divulgación de información**

Los Estados miembros velarán por que las disposiciones adoptadas en virtud de la presente Directiva, además de las disposiciones correspondientes ya en vigor, sean puestas en conocimiento de las personas a las que sea aplicable, por todos los medios apropiados, por ejemplo en el lugar de trabajo, y en todo su territorio.

*Artículo 13***Diálogo social**

1. Los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato, incluido el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, y mediante la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas.

2. Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación.

*Artículo 14***Diálogo con las organizaciones no gubernamentales**

Los Estados miembros fomentarán el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a las legislaciones y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación basada en alguno de los motivos contemplados en el artículo 1, con el fin de promover el principio de igualdad de trato.

CAPÍTULO III

DISPOSICIONES PARTICULARES*Artículo 15***Irlanda del Norte**

1. Para hacer frente a la infrarrepresentación de una de las principales comunidades religiosas en los servicios policiales de Irlanda del Norte, las diferencias de trato en materia de contratación en dichos servicios, incluido el personal de apoyo, no constituirán discriminación, en la medida en que dichas diferencias de trato estén explícitamente autorizadas por la legislación nacional.

2. Con objeto de mantener el equilibrio de las posibilidades de empleo para el cuerpo docente en Irlanda del Norte, contribuyendo al mismo tiempo a superar las divisiones históricas entre las principales comunidades religiosas existentes, las disposiciones de la presente Directiva en materia de religión o de convicciones no se aplicarán a la contratación de cuerpo docente en las escuelas de Irlanda del Norte, en la medida en que ello esté explícitamente autorizado por la legislación nacional.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES FINALES*Artículo 15***Cumplimiento**

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que:

- se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato;
- se declaren o puedan declararse nulas e inválidas o se modifiquen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los contratos o convenios colectivos, en los reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de las profesiones independientes y de las organizaciones sindicales y empresariales.

*Artículo 17***Sanciones**

Los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Dichas sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias. Los Estados miembros comunicarán dichas disposiciones a la Comisión a más tardar el 2 de diciembre de 2003 y le notificarán, sin demora, cualquier modificación de aquéllas.

*Artículo 18***Aplicación**

Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 2 de diciembre de 2003 o bien podrán confiar su aplicación, por lo que se refiere a las disposiciones que dependen de los convenios colectivos, a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos. En tal caso, los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 2 de diciembre de 2003, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias; los Estados miembros interesados deberán tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

A fin de tener en cuenta condiciones particulares, los Estados miembros podrán disponer, cuando sea necesario, de un plazo adicional de tres años a partir del 2 de diciembre de 2003, es decir, de un máximo de 6 años en total, para poner en aplicación las disposiciones de la presente Directiva relativas a la discriminación por motivos de edad y discapacidad. En este caso, lo comunicarán de inmediato a la Comisión. Los Estados miembros que opten por recurrir a este período adicional informarán anualmente a la Comisión sobre las medidas que adopten para luchar contra la discriminación por motivos de edad y discapacidad, y sobre los progresos realizados para la aplicación de la presente Directiva. La Comisión informará anualmente al Consejo.

Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

Artículo 19

Informe

1. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión, a más tardar el 2 de diciembre de 2005 y, posteriormente, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva.

2. El informe de la Comisión tendrá en cuenta, cuando proceda, los puntos de vista de los interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales correspondientes. Con arreglo a la consideración sistemática del principio de igualdad de oportunidades entre el hombre y la mujer, dicho informe facilitará, entre otras cosas, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre mujeres y hombres. A la luz de la

información recibida, el informe incluirá, en caso necesario, propuestas de revisión y actualización de la presente Directiva.

Artículo 20

Entrada en vigor

La presente Directiva entrará en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Artículo 21

Destinatarios

Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el 27 de noviembre de 2000.

Por el Consejo

El Presidente

É. GUIGOU

Inclusion Europe

La Asociación Europea de Asociaciones de Personas con Discapacidad Intelectual y de sus Familias

Inclusion Europe es una organización sin ánimo de lucro. Defendemos los derechos y los intereses de las personas con discapacidad intelectual y de sus familias. Nuestros miembros son organizaciones locales, regionales y nacionales pertenecientes a 36 países.

Las personas con discapacidad intelectual son ciudadanos de sus países. Como tales, tienen el mismo derecho que los demás a la integración social, al margen del grado de su discapacidad. Quieren derechos, no favores.

Las personas con discapacidad intelectual poseen cualidades muy valiosas. También tienen necesidades especiales. Por ello precisan de una serie de servicios para satisfacer esas necesidades.

Inclusion Europe centra su trabajo en tres áreas principales:

- Los Derechos Humanos de las personas con discapacidad intelectual
- La Inclusión en la sociedad
- La No Discriminación

Inclusion Europe coordina actividades en muchos países europeos, incluyendo proyectos, conferencias, grupos de trabajo y mítines de intercambio. Responde a las propuestas políticas europeas y facilita información sobre las necesidades de las personas con discapacidad intelectual. Inclusion Europe ofrece sus consejos a la Comisión Europea y a los Miembros del Parlamento Europeo en temas relacionados con la discapacidad.

Esta publicación ha sido desarrollada en el marco del proyecto europeo “Fighting for our Rights - Using non-discrimination law to protect the rights of people with disabilities”. Está disponible en inglés, francés, alemán, español, portugués y lituano. Todos los miembros de Inclusion Europe, y especialmente los partners siguientes han contribuido al éxito del proyecto:

- AFRaHM, Association Francophone d'Aide aux Handicapés Mentaux, Belgium.
- VILTIS, Lithuanian Welfare Society for Persons with Mental Disability.
- Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism, Belgium.
- CECD Mira-Sintra, Portugal.
- Département d'Othopédagogie, Université de Mons-Hainaut, Belgium.



Con el apoyo de la Comisión Europea

For Diversity



Against Discrimination



Inclusion Europe

Galeries de la Toison d'Or - 29 Chaussée d'Ixelles #393/32 - B-1050 Brussels

Tel. : +32-2-502 28 15 - Fax : +32-2-502 80 10

secretariat@inclusion-europe.org - www.inclusion-europe.org

ES