

EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO EN LA UNIÓN EUROPEA: SU APLICACIÓN AL EMPLEO Y A LA POLÍTICA SOCIAL

BELÉN ALONSO GARCÍA *

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio de no discriminación por origen racial o étnico. III. El empleo en la Unión Europea. IV. La política social.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente artículo es analizar cómo aborda el Derecho Social Comunitario el principio de no discriminación por origen racial o étnico desde la perspectiva del empleo y de la política social.

Para ello, hay que partir de una premisa: Que el Derecho Social Comunitario tiene, en materia de empleo y de política social, un hito histórico, la aprobación del Tratado de Amsterdam, que va a introducir profundas modificaciones, de innegable importancia, de las que se desprende la preocupación de las instituciones comunitarias por estas dos cuestiones, fines u objetivos últimos de la Unión Europea, a saber: promover un alto nivel empleo y de protección social, y la cohesión económica y social.

Veamos pues qué hizo el Tratado de Amsterdam no sin antes, brevemente reseñar que, en el Tratado de Maastricht de 1992, la política social, aparecía en un anejo al mismo, en un Protocolo (el 14) sobre Política Social que lo firmaron los 12 Estados miembros de entonces, al cual, a su vez, aparecía anejo un Acuerdo sobre Política Social que lo firmaron 11 de los Estados miembros, ya que el Reino Unido no lo firmó; de aquí que la política social no fuera incorporada en su globalidad al Tratado de la Unión Europea y que tuviera que aparecer en un Protocolo y en un Acuerdo.

* Profesora Titular de la UNED, Letrada de la Seguridad Social (excedente).

Pues bien, lo primero que tienen que retener es que el Tratado de Amsterdam: 1) Introduce un nuevo artículo 6 A en el Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), disponiendo posteriormente su reenumeración como artículo 13; y 2) deroga, en su artículo 2.58, expresamente el Protocolo (14) y el Acuerdo, volviendo el Reino Unido al redil comunitario —si se nos permite esta expresión coloquial—, incluyéndose, ambos (Protocolo y Acuerdo), con las modificaciones oportunas, en el Tratado de la Comunidad Europea. ¿Cómo se produjo esta «incorporación»? Añadiendo al TCE un nuevo Título, el VIII, destinado al Empleo, y modificando el antiguo Título VIII, hoy XI, destinado a la Política Social, Educación, Formación Profesional y Juventud.

Por ello, el análisis del presente estudio se va a dividir en los siguientes apartados: (I) El principio de no discriminación por origen racial o étnico; (II) el empleo en la Unión Europea y (III) la Política Social comunitaria, referidos, estos dos epígrafes (I) y (II), especialmente, a la inmigración.

II. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION POR ORIGEN RACIAL O ÉTNICO

Conforme determina el artículo 13 TCE, «sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de *origen racial o étnico*, religión o convicciones, discapacidades, edad u orientación sexual», siendo la primera vez que, a nivel constitutivo, del propio Tratado, que se añade el principio de no discriminación por razón de origen racial o étnico.

En ejecución de este principio, se dictó la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Como reconoce la propia Directiva, en su considerando 9, la discriminación basada en el origen racial o étnico puede poner en peligro la consecución de los objetivos TCE, en particular, la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad, así como hipotecar el objetivo de desarrollar la Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia.

El artículo 1 determina cuál es el objeto de la Directiva, a saber, establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato, entendiéndose por igualdad de trato, «la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico».

Especifica la Directiva, en su artículo 2, cuándo existe discriminación directa y/o indirecta. Discriminación directa existe cuando, «por motivos de origen racial o étnico».

nico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada en situación comparable». Discriminación indirecta existe cuando «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios».

Junto a la definición de estas dos discriminaciones, el artículo 2 alude también, en su apartado 3, al acoso, expresando que éste, el acoso, constituirá discriminación cuando de produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; se remite, con carácter potestativo, a la normativa y prácticas nacionales de cada Estado para definir el concepto de acoso.

La Directiva se aplica a todas las personas, tanto del sector público como privado, en relación con las siguientes materias:

- 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 la actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional.
- 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 de una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.
- La protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria.
- Las ventajas sociales.
- La educación.
- El acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda.

Ahora bien, la propia Directiva aclara, en el artículo 3.2, que esta aplicación «no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas»; en el artículo 4, que los Estados miembros pueden disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, «debido a la natura-

leza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante», eso sí, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

En cambio, la Directiva contempla expresamente el principio de discriminación positiva, artículos 5 y 6, ya que establece que los Estados miembros, con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, pueden mantener o adoptar medidas específicas, más favorables de las previstas en la propia Directiva, para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnica, sin que, en ningún caso, la aplicación de la misma por los Estados miembros pueda suponer una reducción del nivel de protección contra la discriminación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la propia Directiva.

Para dar efectividad a estos principios de igualdad y de no discriminación por origen racial o étnico, los Estados miembros han de velar por la existencia de procedimientos judiciales y administrativos, incluso, procedimientos de conciliación, que garanticen el cumplimiento de las obligaciones establecidas por los Estados miembros al trasponer la Directiva, legitimando a las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que tenga interés en velar por el cumplimiento de estas obligaciones, para que puedan iniciar, en nombre del demandante o con su apoyo, y con su autorización, cualquiera de los procedimientos que se arbitren (artículo 7).

A estos efectos, se prevé también la inversión de la carga de la prueba pues, conforme al artículo 8, es al demandado al que le corresponde demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato. Ahora bien, de nuevo excepciones a la regla general, pues la inversión de la carga de la prueba no se aplica, en ningún caso, a los procedimientos penales ni, están obligados los Estados miembros a aplicarla, a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente.

Además los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato (artículo 9) y han de establecer un régimen de sanciones (incluyendo las de carácter indemnizatorio, que han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias) que garanticen el cumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva (artículo 15).

Establece también la Directiva el que los Estados miembros velen por que las disposiciones adoptadas en virtud de la transposición de la Directiva, y las ya previamente adoptadas y en vigor en los respectivos Estados, sean puestas en conocimiento de las personas a las que les sea de aplicación (artículo 10). Tienen también que fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales —a fin de promover la igualdad de trato, mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y

buenas prácticas— (artículo 11); y el diálogo con las organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a su legislación y prácticas nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por motivo de origen racial o étnico (artículo 12). Además, cada Estado ha de designar uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato, organismos que pueden formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales (artículo 13).

Según el artículo 15, en aplicación de la Directiva los Estados miembros: 1) Han de derogar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato, así como declarar nula cualquier disposición contraria a este principio cualquiera que sea el lugar en el que figure. 2) Han de adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar hasta el 19 de julio de 2003; si su aplicación efectiva se encomienda a los interlocutores sociales, a través de los convenios colectivos (expresamente prevista esta posibilidad en el artículo 11.2), los Estados han de asegurarse en tal fecha, 19 de julio de 2003, que éstos, los interlocutores sociales, han establecido de mutuo acuerdo, las disposiciones necesarias.

Finalmente, el artículo 17 impone la obligación a los Estados miembros de comunicar a la Comisión, a más tardar el 19 de julio de 2005, y luego, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre la aplicación de la Directiva, informe que después deberá remitir al Parlamento y al Consejo. El informe ha de tener en cuenta la opinión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, así como los puntos de vista de los interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales correspondientes, y ha de incluir, en su caso, propuesta de revisión y actualización de la propia Directiva.

Como la experiencia comunitaria ha acreditado que la lucha contra todo tipo de discriminaciones requiere en la práctica una combinación de medidas, en particular, de legislación y de acción práctica, paralelamente, el Consejo, adoptó pocos meses después una Decisión, la 2000/750/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación, que abarca el período comprendido entre 1 de enero de 2001 y 31 de diciembre de 2006, programa destinado a promover medidas de lucha contra la discriminación, directa o indirecta, basada en motivos de *origen racial o étnico*, de religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual (queda excluida pues la discriminación por razón de sexo, que tiene acciones comunitarias específicas).

Los objetivos del programa son: *a)* mejorar la comprensión de las cuestiones relacionadas con la discriminación mejorando los conocimientos sobre la misma y evaluando la eficacia de las políticas y de las medidas prácticas; *b)* aumentar la capacidad para prevenir y para enfrentarse a la discriminación con eficacia, especialmente fortaleciendo los medios de acción de las organizaciones y el apoyo al intercambio de

información y de buenas prácticas, estableciendo al efecto redes a escala europea, que tengan en cuenta las particularidades de las distintas formas de discriminación; *c)* promover y difundir los valores y prácticas en que se basa la lucha contra la discriminación, incluidas las actividades de sensibilización (artículo 2).

El programa podrá referirse a los siguientes ámbitos: *a)* la no discriminación entre las Administraciones Públicas; la no discriminación en los medios de comunicación; *b)* la participación en las condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas, económicas y sociales; *c)* el acceso en condiciones de igualdad a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, especialmente, la vivienda, el ocio y el deporte; *d)* el control eficaz de la discriminación; *e)* la difusión eficaz de información sobre los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación; *f)* la integración en los demás ámbitos de las políticas y prácticas antidiscriminatorias.

Tienen acceso al programa, los organismos e instituciones públicos y privados que participen en la lucha contra la discriminación; concretamente: *a)* los Estados miembros; *b)* las autoridades locales y regionales; *c)* los organismos de promoción de la igualdad de trato; *d)* los interlocutores sociales; *e)* las organizaciones no gubernamentales; *f)* las universidades y los institutos de investigación; *g)* las oficinas nacionales de estadísticas; *h)* los medios de comunicación.

Las actividades que pueden recibir apoyo están divididas en tres capítulos: 1) dedicado al análisis y evaluación; 2) destinado al aumento de la competencia; y 3) dirigidas a lo que el programa denomina sensibilización. Veamos, por separado, cada uno de estos capítulos.

1) El de análisis y evaluación apoya las siguientes actividades: *a)* la elaboración y difusión de series estadísticas comparables sobre el grado de discriminación que existe en la Comunidad, respetando el derecho y las prácticas nacionales; *b)* el desarrollo y divulgación de métodos e indicadores para evaluar la eficacia de las políticas y prácticas antidiscriminatorias, estableciendo marcos comparativos; *c)* el análisis, mediante informes anuales, de las legislaciones y prácticas nacionales antidiscriminatorias, con el fin de evaluar su efectividad y de difundir los conocimientos adquiridos; *d)* la realización, en el marco de los temas prioritarios del programa, de estudios temáticos que permitan comparar y contrastar enfoques sobre todos los aspectos en que se basa la discriminación.

2) El de aumento de la competencia financia las actividades que tengan por objeto aumentar la competencia y la eficacia de los agentes implicados específicamente en la lucha contra la discriminación en los ámbitos del programa; en concreto: *a)* acciones de intercambio transnacional que cuenten con la participación de una serie de agentes de, al menos, tres Estados miembros y que aborden la transferencia de información, conocimientos adquiridos y buenas prácticas. Estas actividades pueden incluir la comparación de la eficacia de procesos, métodos e instrumentos en los temas ele-

gidos, la transferencia mutua y la aplicación de las buenas prácticas, los intercambios de personal, el desarrollo conjunto de productos, procesos, estrategias y métodos, la adaptación a diversos contextos de los métodos, instrumentos y procesos que se hayan definidos como buenas prácticas, o las actividades conjuntas de divulgación de resultados de producción de material publicitario y de organización de actos; b) proporcionar financiación básica a las organizaciones no gubernamentales pertinentes a escala europea que posean experiencia en la lucha contra la discriminación y en defensa de las personas víctimas de la misma, a fin de fomentar el desarrollo de un enfoque integrado y coordinado de la lucha contra la discriminación.

3) El de sensibilización concede ayudas para: a) la organización de conferencias, seminarios y actos diversos a escala europea; b) la organización por parte de los Estados miembros de seminarios que favorezcan la aplicación comunitaria en materia de no discriminación y el fomento de la dimensión europea en actos organizados a escala nacional; c) la organización, a escala europea, de campañas y actos publicitarios que asocian a los medios de comunicación, en apoyo del intercambio transnacional de información y de la determinación y difusión de buenas prácticas, incluida la concesión de premios, con objeto de dar a conocer en mayor medida la lucha contra la discriminación; d) la publicación de materiales que difundan los resultados del programa, entre los que se incluye, la creación de un sitio Internet que ofrezca ejemplos de buenas prácticas, un foro para el intercambio de ideas y una base de datos sobre posibles participantes en acciones de intercambio transnacional.

La ejecución de las acciones comunitarias que comprende el programa, su supervisión y evaluación, compete a la Comisión, que estará asistida por el Comité previsto en el artículo 6. A estos efectos, mantendrá periódicamente cambios de impresiones con representantes de organizaciones no gubernamentales y con los interlocutores sociales a escala europea sobre la concepción, la ejecución y el seguimiento del programa, así como sobre las orientaciones políticas correspondientes, facilitándoles la información oportuna. Además, en cooperación con los Estados miembros, tomará las medidas necesarias para: a) promover la participación activa en el programa de todas las personas afectadas; b) promover la colaboración y el diálogo activos entre todos los participantes en el programa para intensificar, entre otros aspectos, un enfoque integrado y coordinado de la lucha contra la discriminación; c) asegurar la difusión de resultados de la acciones emprendidas en el marco del programa; d) proporcionar información accesible, publicidad y seguimiento adecuados sobre las acciones que reciban apoyo del programa (artículo 4).

III. EL EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

Como señala la doctrina, la introducción del nuevo Título VIII sobre empleo en el TCE, «a continuación e inmediatamente del relativo a la política económica y monetaria parece querer expresar la voluntad comunitaria de introducir correctivos so-

ciales al gran objetivo comunitario de realización de la unión monetaria y económica» (ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE). La separación del empleo de la política social, «a la que tradicionalmente había estado unido, anunció la incorporación solemne del empleo al rango de las prioridades inmediatas de las Comunidades y sus Estados miembros» (MIRANDA BOTO).

Veamos qué dice este Título VIII del TCE, no sin antes indicar que, poco después de aprobarse el Tratado de Amsterdam, en concreto los días 20-21.11.1997, el Consejo Europeo tuvo una reunión en Luxemburgo «extraordinaria sobre el empleo» de la que resultaron unas conclusiones (en las que expresamente se dice que «la cuestión de empleo se encuentra en el centro de las preocupaciones del ciudadano europeo. Debe hacerse todo lo posible para luchar contra el desempleo, cuyo nivel inaceptable amenaza la cohesión de nuestras sociedades», conclusión 2), que van a constituir, junto a las modificaciones de Amsterdam, el objeto de esta ponencia dedicada al empleo en la Unión Europea.

Pues bien, una primera lectura del Título VIII TCE, se desprende que tanto los Estados miembros como la Comunidad tienen que esforzarse por «desarrollar una estrategia coordinada para el empleo»; política de empleo, y su fomento, que está basada en un principio fundamental, el de coordinación (artículos 125, 126, 128 y 130 TCE).

Son los Estados miembros, mediante sus políticas de empleo, los que contribuyen a lograr los objetivos establecidos en los artículos 2 TCE y 2 TUE, es decir, promover un alto nivel de empleo (artículo 126 TCE), pero también la Comunidad ha de contribuir a este alto nivel de empleo «mediante el fomento de la cooperación de los Estados miembros, así como apoyando y, en caso necesario, complementando sus respectivas actuaciones», respetando «las competencias de los Estados miembros» (artículo 127 TCE). El artículo 129 TCE a tal efecto habilita al Consejo para que «con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, (pueda) adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto»; si bien resalta que «estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

El artículo 128 TCE refleja la importantísima conexión del Consejo Europeo¹, el Consejo y la Comisión, al establecer un procedimiento en virtud del cual, el Consejo Europeo elabora unas conclusiones en base a las cuales el Consejo (por mayoría cua-

¹ No hay que olvidar que conforme al artículo 4 TUE, «el Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y políticas generales».

lificada a propuesta de la Comisión y previa consulta de las instituciones que cita) a su vez elabora anualmente unas orientaciones que los Estados miembros han de tener en cuenta en sus respectivas políticas de empleo, orientaciones (llamadas Directrices) que, a su vez, han de ser compatibles con las orientaciones generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad; a la vista de las cuales, los Estados miembros han de facilitar al Consejo y a la Comisión un informe anual sobre las principales medidas adoptadas en materia de política de empleo, en aplicación de estas orientaciones. Estos informes sirven de base al Consejo para el examen de la aplicación de las orientaciones por los Estados miembros.

En virtud de estos informes el Consejo: 1) Puede formular recomendaciones a los Estados miembros ². 2) Ha de preparar, con la Comisión, un informe anual conjunto para el Consejo Europeo sobre la situación de empleo en la Comunidad y sobre la aplicación de las orientaciones para el empleo.

El artículo 129 TCE prevé que el Consejo, también por mayoría cualificada, pueda adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación y apoyar la actuación

² Para el año 2002, Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2002, sobre la aplicación de las políticas de empleo de los Estados miembros (la 2002/178/CE). Sobre España, señala que, aunque ha venido registrando en los últimos años un crecimiento de la economía y el empleo, sigue existiendo los siguientes problemas: 1) El desempleo sigue siendo muy elevado (14,1 %) a pesar de un descenso importante desde 1996. La tasa de desempleo de larga duración ha disminuido también, pero las mujeres siguen estando especialmente afectadas por el problema del paro. 2) La tasa de empleo (55 %), aunque está aumentando, está entre las más bajas de la Comunidad Europea y muy lejos de objetivo de Lisboa. Aunque la tasa de empleo femenino ha aumentado, sigue siendo una de las más bajas de la Comunidad (40,3 %). Las desigualdades entre hombres y mujeres en materia de empleo y desempleo (respectivamente 29,6 % y 10,8 %) siguen siendo de las mayores en la Comunidad. 3) Aunque se registran bajos niveles educativos y de participación en actividades de formación complementaria, aún no existe un planteamiento coherente y global del aprendizaje permanente. 4) Están muy extendidos los contratos de duración determinada, la mayoría de ellos de corta duración y suscritos predominantemente por mujeres y jóvenes. 5) Las diferencias regionales son importantes y la movilidad geográfica muy escasa.

Por ello, el Consejo recomienda que España debería: a) Completar la modernización de los servicios públicos de empleo a fin de aumentar su eficacia y mejorar la aplicación del enfoque preventivo, especialmente por lo que respecta a los trabajadores desempleados adultos, para cubrir a todos los posibles beneficiarios; dichos esfuerzos deben incluir la puesta a punto del sistema de seguimiento estadístico; b) tomar medidas eficaces y globales para incrementar la tasa global de empleo y para reducir las desigualdades entre hombres y mujeres en materia de empleo y desempleo; en el marco de un planteamiento de integración de la igualdad entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas debería fijarse y cumplirse objetivos en materia de servicios de guardería y atención a personas dependientes; c) completar de manera resuelta las recientes reformas en materia de formación profesional, para que incluyan una estrategia global y coherente sobre el aprendizaje permanente, con establecimiento de objetivos verificables, para aumentar los niveles educativos y la participación de los adultos en la educación y la formación, mejorar los bajos niveles de cualificación y potenciar la educación no formal; d) seguir modernizando el mercado de trabajo y la organización del trabajo, con la participación activa de los interlocutores sociales, para reducir el alto porcentaje de contratos de duración determinada e incrementar el recurso a los contratos a tiempo parcial; e) mejorar las condiciones que permitan crear empleo en las regiones con peores tasas y eliminar los obstáculos a la movilidad laboral, con miras a reducir las disparidades regionales en materia de empleo y desempleo.

de los Estados miembros en el ámbito del empleo, sin que estas medidas puedan, se insiste, incluir armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

Finalmente el artículo 130 TCE crea un Comité de Empleo consultivo para fomentar la coordinación de los Estados miembros en materia de política de empleo y mercado laboral ³.

Podría pensarse, como señala la doctrina (ALONSO OLEA), «que nos hallamos ante disposiciones muy generales. Pero no hay que olvidar que estamos en el nivel constitucional de la Comunidad, representado por sus Tratados. El parangón con nuestro país habría de hacerse respecto de la Constitución que tampoco olvida... los problemas de empleo y paro forzoso, pero moviéndose en el mismo terreno de las declaraciones generales», citando los artículos 40.1 Const., «los poderes públicos... realizarán una política orientada al pleno empleo», y 41 Const., «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social... que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes... especialmente en caso de desempleo».

Por ello, Amsterdam ha supuesto un gran avance respecto a la situación precedente «caracterizada por la inacción de las instituciones comunitarias y el aislacionismo y falta de articulación de las políticas de empleo nacionales»; fruto de Amsterdam es que, «frente a la falta de aproximación formal de las políticas nacionales de empleo, se puede (se está) produciendo una convergencia material de las mismas mediante las técnicas de coordinación» (CRUZ VILLALÓN y GÓMEZ GORDILLO). Y no sólo en materia de empleo, sino también sobre política social, de tal manera que el Tratado de Amsterdam «introduce las referencias a los derechos sociales» (LÓPEZ LÓPEZ y CHACARTEGUI JAVEGA); en este sentido «a nivel de derecho originario, constitucionaliza derechos cuyo marco jurídico anterior era el del derecho derivado» (RUBENSTEIN).

Con todo, de los preceptos mencionados de este Título VIII TCE, se desea llamar especialmente la atención sobre el procedimiento diseñado por el artículo 128 TCE pues si bien es cierto que deja intactas las competencias de los Estados miembros sobre empleo (ya que la Comunidad, como hemos visto, sólo puede coordinar sus políticas sobre el empleo pero no legislar) también lo es que las instituciones comunitarias (Consejo Europeo, Consejo y Comisión) van a influir determinadamente en las políticas de empleo de aquéllos, los Estados miembros, a través de las conclusiones, orientaciones/directrices y recomendaciones que se elaboren en aplicación del mismo, especialmente a través de la directrices que el Consejo fije, pues éstas (las orientaciones/directrices) van a ser (son) introducidas por los Estados miembros a través de sus Planes Nacionales de Acción para el Empleo.

³ Comité creado por la Decisión 2000/98/CE del Consejo, de 24 de enero de 2000, por la que se crea el Comité de Empleo.

Por ello, la conclusión que extraemos es la importantísima labor que en materia de empleo están realizando las instituciones comunitarias, el Consejo y la Comisión, pero también los sucesivos Consejos Europeos, a partir de Amsterdam, desde el primero de ellos, celebrado en Luxemburgo, los días 20-21 de noviembre de 1997, «extraordinario sobre el empleo».

En este Consejo Europeo, se aprobó un documento, a modo de conclusiones, en el que se establecía una estrategia coordinada para las políticas nacionales de empleo, con la fijación de la Directrices sobre el empleo para 1998, basadas en cuatro pilares básicos, a saber: 1) la capacidad de inserción profesional (llamado también empleabilidad); 2) el espíritu de empresa; 3) la adaptabilidad de los trabajadores y empresarios; 4) la igualdad de oportunidades, adoptándose, por primera vez, la denominada estrategia europea sobre el empleo.

Estas Directrices, con sus cuatro pilares, se insiste, son introducidas en los Estados miembros a través de sus Planes Nacionales de Acción para el Empleo y se siguen manteniendo, aun consolidando, en: 1) los sucesivos Consejos Europeos celebrados desde el de Luxemburgo (por citar los más significativos en esta materia, el de Lisboa —que incorpora, como aspecto intrínseco de la estrategia global de la Unión, la promoción de la integración social—, el de Santa María da Feira, el de Niza y el de Barcelona, siendo, realmente, en el Consejo Europeo de Helsinki, celebrado los días 10-11 de diciembre de 1999, en donde se aprecia una voluntad de promover condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación contra grupos tales como las minorías étnicas); 2) las sucesivas Directrices para el empleo emanadas del Consejo, desde las de 1998 hasta las de 2002, últimas dictadas por el Consejo. Por ello, se puede decir que, «tras Amsterdam y Luxemburgo, la política de empleo comienza a tener realmente una dimensión comunitaria» (ALONSO GARCÍA, B).

A su vez, deseo que retengan otro hecho fundamental, el que las Directrices para el empleo que elabora el Consejo (se insiste, con sus cuatro pilares) y su «transposición» por los Estados miembros en los Planes Nacionales de Acción para el Empleo, constituyen el marco para la concesión de subvenciones en la Unión Europea y, en especial, de las intervenciones cofinanciadas por los fondos estructurales, entre ellos, el Fondo Social Europeo —«instrumento financiero básico de la política de empleo comunitaria» (ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE)—, a través de sus programas especiales de empleo, actualmente, la iniciativa comunitaria EQUAL y los marcos comunitarios de apoyo.

Pues bien, de los cuatro pilares que constituyen la estrategia europea para el empleo, el que más «afecta» al presente estudio es el de la capacidad de inserción. A modo ilustrativo, se pone de manifiesto cómo queda concretado este pilar, el de capacidad de inserción, en las últimas Directrices para el empleo, las del 2002, que señalan expresamente que, cada Estado ha de comprometerse a detectar y combatir todas las for-

mas de discriminación que obstaculicen el acceso al mercado de trabajo, la educación y la formación; abrirá vías de prevención para promover la integración de grupos o individuos en situación de riesgo o desventaja, a fin de evitar la marginación, la aparición de pobres de trabajo y la deriva hacia la marginación; y tomará las medidas apropiadas para cubrir las necesidades de las personas con discapacidad, minorías étnicas y trabajadores emigrantes a fin de procurar su integración en el mercado de trabajo, fijando, si ha lugar, objetivos nacionales.

En suma, lo que trata este pilar es de: 1) Facilitar el acceso al empleo y la reincorporación al mercado de trabajo de las personas que sufran dificultades para integrarse o reintegrarse en un mercado de trabajo que debe estar abierto a todos. 2) Combatir el racismo y la xenofobia en el mercado de trabajo.

A estos efectos, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el futuro de la estrategia europea de empleo, «una estrategia para el pleno empleo y mejores puestos de trabajo para todos»⁴ señala expresamente que «es importante integrar a las personas desfavorecidas en el mercado de trabajo para prevenir la exclusión social, incrementar las tasas de empleo y conseguir la sostenibilidad de los sistemas de protección social».

Por ello, la Comunicación considera imprescindible que los Estados miembros, en primer lugar, determinen las personas o grupos de personas con una participación baja en el mercado de trabajo, participación baja relacionada, entre otros motivos, con el origen étnico, para, de esta forma, poder elaborar políticas adecuadas. Para lograr este objetivo, es necesario mejorar los datos y el seguimiento de la situación de las personas desfavorecidas; a partir de la evaluación de estos datos, las políticas aplicadas deben utilizar una combinación de medidas activas y preventivas del mercado de trabajo con destinatarios específicos.

Además, siguiendo la propia Comunicación, se han de utilizar más las medidas destinadas a promover la creación de oportunidades de trabajo adecuadas, los incentivos a la contratación para los empresarios, las medidas de sensibilización y las oportunidades de creación de empleo en la economía social o en sectores que respondan a las nuevas demandas, indicando también, que deben aplicarse medidas de acompañamiento, políticas, que permitan realmente que las personas afectadas puedan optar por un puesto de trabajo y que estén destinadas a eliminar la discriminación en el mercado de trabajo; en todo caso, estas políticas han de estar basadas en las directivas comunitarias, entre ellas, la mencionada 2000/43 del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁴ Bruselas, 14 de enero de 2003 COM (2003) 6 final.

IV. LA POLÍTICA SOCIAL

Quedaría coja esta exposición si no aludiera brevemente a la política social comunitaria, al Título XI (artículos 136-145); en concreto a cómo regula el propio Tratado la cuestión de los trabajadores inmigrantes.

Comienza el artículo 136 TCE recordando que la política social es compartida entre la Comunidad y los Estados miembros, política social cuyos objetivos, que se enuncian teniendo en cuenta los derechos sociales fundamentales recogidos en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, son: El pleno empleo, la mejora de las condiciones de trabajo y de vida, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos y *la lucha contra las exclusiones*.

El artículo 137 TCE prevé, entre los ámbitos que puede actuar el Consejo mediante directivas adoptadas por mayoría cualificada en codecisión con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico Social y al Comité de las Regiones, precisamente *«la integración de las personas excluidas del mercado laboral»*, por tanto, las excluidas por origen racial o étnico (artículo 137.1 TCE). Según este mismo procedimiento, el Consejo puede también adoptar medidas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros destinadas a *luchar contra la exclusión social* (artículo 137.2 TCE).

Por el contrario, el Consejo sigue requiriendo de la unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones para decidir las *«condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad»* (artículo 137.3 TCE).

¿Por qué esta «preocupación» de la Unión Europea por el empleo de los trabajadores inmigrantes? Su razón de ser, creemos, obedece básicamente a la tendencia demográfica que muestra un envejecimiento progresivo de la población activa y, a largo plazo, una reducción de la población en edad de trabajar. Esta circunstancia tiende a limitar la oferta de mano de obra, en suma, el potencial de crecimiento económico y la sostenibilidad de los sistemas de protección social; en su virtud, el aumento de la tasa de población activa se ha convertido, en la Unión Europea, en una prioridad, prestándose una mayor atención al papel que pueden desempeñar los trabajadores de terceros países.

Ahora bien, la contribución de los inmigrantes al empleo y el crecimiento económico, como reconoce la Comunicación de la Comisión anteriormente citada, depende de la integración del inmigrante en el mercado de trabajo y de su inclusión con éxito en la sociedad; por ello, «es preciso reducir las diferencias en materia de empleo entre los nacionales de la UE y los nacionales de otros países». Insiste en que las medidas orientadas al empleo deberán estar relacionadas con las estrategias globales de integración, teniendo en cuenta la repercusión de la emigración en los países de origen,

estrategias que deben abordar cuestiones tales como la plena participación y el empleo para los inmigrantes de segunda generación (que en muchos casos experimentan graves problemas sociales y de empleo), la consideración de las necesidades específicas de las mujeres inmigrantes (no hay que olvidar que las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples), y la lucha contra la inmigración ilegal y el trabajo no declarado (teniendo en cuenta que estos dos fenómenos se alimentan el uno al otro).

Pues bien, en aplicación y ejecución del artículo 137 TCE, especialmente de su apartado segundo, conviene resaltar la Decisión 50/2002/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 7 de diciembre de 2001, por la que se aprueba un programa de acción comunitario a fin de fomentar la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra la exclusión social, para el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006.

El programa forma parte de un método abierto de coordinación entre los Estados miembros que tiene por objeto dar un impulso decisivo a la eliminación de la exclusión social y de la pobreza, mediante la fijación de objetivos adecuados a escala comunitaria y la puesta en práctica de planes nacionales de acción, para así, contribuir a una mejor comprensión de la exclusión social, a la integración de la lucha contra la exclusión en las políticas y medidas comunitarias y de los Estados miembros, y al desarrollo de acciones prioritarias elegidas por los Estados miembros de conformidad con su situación específica (artículo 2).

Conforme al artículo 3, al programa apoya una cooperación que permita a la Comunidad y a los Estados miembros incrementar la eficacia y la eficiencia de las políticas de lucha contra la exclusión social:

- Mejorando la comprensión de la exclusión social y de la pobreza en particular, con ayuda de indicadores comparables.
- Organizando intercambios sobre las políticas que se llevan a cabo y estimulando el aprendizaje mutuo, entre otras cosas, en el contexto de los planes de acción nacionales y, en particular, con la ayuda de indicadores comparables.
- Desarrollando la capacidad de los agentes para hacer frente de manera eficaz a la exclusión social y a la pobreza, y a promover fórmulas innovadoras, en especial, a través del establecimiento de redes a nivel europeo y del fomento del diálogo con todos los agentes implicados, incluidos los niveles nacional y regional.

Las líneas de acción del programa están divididas en tres grupos, todas ellas aplicables en un marco transnacional.

La Línea 1 tiene como fin el análisis de las características, procesos, causas y tendencias de la exclusión social, apoyándose en las siguientes medidas: *a)* estudios y reuniones sobre el establecimiento de métodos comunes para medir y comprender la exclusión social y la pobreza; *b)* recogida, en los Estados miembros y a nivel comunitario, y difusión de las estadísticas relativas a las diferentes dimensiones de la exclusión social y con miras a una comparación eficaz de dichos datos; *c)* promoción de fórmulas

innovadoras y el desarrollo de estudios temáticos para contribuir a la comprensión de la exclusión social, a fin de abordar los problemas comunes en relación con la evolución de las políticas aplicadas por los Estados miembros, incluidos los nuevos problemas que surjan en el contexto de la sociedad basada en el conocimiento.

La Línea 2 tiene como objetivo la cooperación e intercambio de información, financiándose las siguientes actividades: *a)* intercambios transnacionales destinados a la transferencia de información y de buenas prácticas, mediante reuniones, talleres y seminarios sobre criterio de evaluación o políticas y prácticas; *b)* trabajos especializados y estudios técnicos sobre el establecimientos de indicadores y criterios de evaluación; *c)* informe anual sobre la exclusión social, en el que se presente la situación de las acciones llevadas a cabo, en particular, de los planes nacionales de acción, prestando especial atención a la evolución de las políticas en materia de protección social, empleo, educación y formación, sanidad y vivienda.

La Línea 3 tiene como finalidad la participación de los diferentes agentes y apoyo al establecimiento de redes europeas, fomentándose las siguientes medidas: *a)* financiación básica de las redes europeas más importantes que participan en la lucha contra la pobreza y la exclusión social; *b)* mesa redonda anual de la Unión Europea sobre la exclusión social.

Al programa pueden acceder las instituciones, agentes y organismos públicos o privados, que participen en la lucha contra la discriminación; en concreto: *a)* los Estados miembros; *b)* las autoridades locales y regionales; *c)* los agentes responsables de la lucha contra la exclusión social; *d)* los interlocutores sociales; *e)* los organismos que presten servicios sociales; *f)* las organizaciones no gubernamentales; *g)* las universidades y los institutos de investigación las oficinas nacionales de estadísticas; *h)* las oficinas nacionales de estadística; *i)* los medios de comunicación.

La ejecución de las acciones comunitarias que comprende el programa, su supervisión y evaluación, compete a la Comisión, que estará asistida por el Comité previsto en el artículo 8. A estos efectos, se encargará de la puesta en práctica de las acciones comunitarias cubiertas por el programa; mantendrá periódicamente cambios de impresiones con representantes de organizaciones no gubernamentales y con los interlocutores sociales a escala europea sobre la concepción, la ejecución y el seguimiento del programa, así como sobre las orientaciones relacionadas con él, facilitándoles la información oportuna; y promoverá la asociación y el diálogo activos entre los participantes del programa a fin de fomentar un planteamiento integrado y coordinado de la lucha contra la exclusión social y la pobreza. Además, en cooperación con los Estados miembros, tomara la medidas necesarias para: *a)* promover la participación activa en el programa de todas las personas afectadas; *b)* garantizar la difusión de resultados de la acciones emprendidas en el marco del programa; *c)* proporcionar información accesible, publicidad y seguimiento adecuados sobre las acciones que reciban apoyo del programa (artículo 5).