

La discriminación por origen racial y por orientación sexual: *Elementos característicos y Jurisprudencia del CJEU*

Una ponencia para la Academia de Derecho Europeo (ERA),

Dr. Uladzislau Belavusau

Viernes 25 de octubre de 2019 - ICAB

(Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, España)



Financiado por el Programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía 2014-2020» de la Comisión Europea

Uladzislau Belavusau (2019)

Hoy



- 1) "Raza" y "sexualidad" como motivos de discriminación en el derecho de la UE
- 2) Derecho UE derivado relevante: la "Directiva de igualdad racial" y la "Directiva marco sobre igualdad" (2000)
- 3) La jurisprudencia relevante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por razón de:
 - (a) Raza;
 - (b) Orientación sexual;
 - (c) Casos relevantes fuera del ámbito del derecho derivado
- 4) ¿Cuáles son los límites, fracasos y perspectivas?

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

"Raza" y "orientación sexual" como motivos de discriminación en el derecho de la UE

• "Raza" y "racismo" en el contexto europeo:

- Judíos y romaníes;
- Patrimonio colonial (concepto de *Euroafrique* en los años 50);
- Transformación de las percepciones del color en Europa después de la Segunda Guerra Mundial;
- La "nacionalidad" como fundamento comercial de la no discriminación en el derecho de la UE

• Sexualidad / identidad sexual en el contexto europeo:

- La represión judeo-cristiana de la sexualidad, el Renacimiento, la Ilustración y la Modernidad;
- Establecer un sujeto "homosexual" secular medicalizado ;
- La Segunda Guerra Mundial y la posguerra: de la criminalización a los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

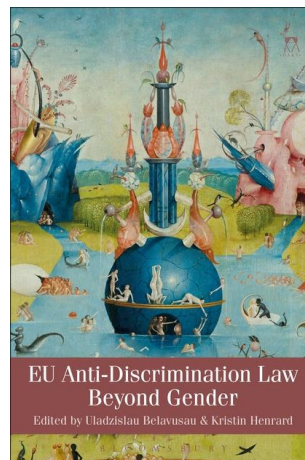
Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

"Raza" y "orientación sexual" como motivos de discriminación en el derecho de la UE

- Roma, 1957 - Tratado CEE: La integración europea debía servir exclusivamente a un fin comercial;
- La única excepción es la "igualdad entre hombres y mujeres" (art. 119 CEE), que establece una vía activista para que el TJUE fomente la igualdad entre hombres y mujeres;
- Mientras que el TJUE se dedicó episódicamente a otros motivos, la elaboración de la legislación de la UE contra la discriminación (que incluye "raza" y la "sexualidad") sólo fue posible después del Tratado de Amsterdam (1997).



Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Derecho derivado relevante de la UE: la introducción de las Directivas de igualdad de 2000

- *Sexo:*

Directiva 2006/54/CE (también conocida como "Directiva sobre igualdad de trato" o "Igualdad de género/igualdad de sexos");

- *Origen **racial** y étnico:*

Directiva 2000/43/CE (también conocida como "Directiva sobre igualdad racial")

- *Religión, discapacidad, edad y **orientación sexual**:*

Directiva 2000/78/CE (también denominada "Directiva marco sobre la igualdad")

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Formas de discriminación

A partir del año 2000, una nueva generación de directivas:

- ✓ Discriminación directa;
- ✓ Discriminación indirecta;
- ✓ Acoso;
- ✓ Instrucción para discriminar.

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Ámbito material desigual de las Directivas de Igualdad del 2000

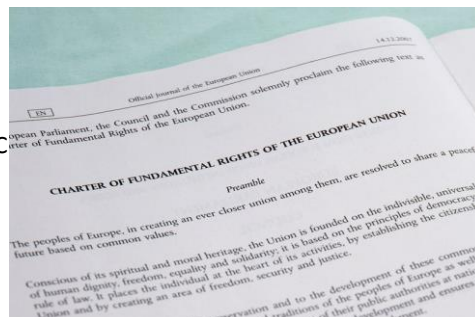
Grounds Field	Race	Religion	Disability	Age	Sexual orientation	Sex
Employment & vocational training	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Education	Yes	No	No	No	No	No
Goods and services	Yes	No	No	No	No	Yes
Social protection	Yes	No	No	No	No	Yes

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"	Derecho derivado	Jurisprudencia TJUE	Límites, fracasos, perspectivas
-----------------------	------------------	---------------------	---------------------------------

Raza en la legislación de la UE contra la discriminación

- Más allá de la discriminación por motivos de "nacionalidad" (véase también el considerando 13 y el artículo 2). 3(2) en la Directiva igualdad racial)
- Art. 19 TFUE - Directiva 2000/43/CE relativa a la igualdad racial
(Considerando 6 sobre el uso del término "raza")
- Carta de los Derechos Fundamentales de la UE
- Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre los derechos fundamentales de los afrodescendientes en Europa



Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"	Derecho derivado	Jurisprudencia TJUE	Límites, fracasos, perspectivas
-----------------------	------------------	---------------------	---------------------------------

Apertura tardía y modesta de la jurisprudencia del CJEU: Asunto C-54/07 *Feryn*[2008]



- «Excepto los marroquíes, en dos semanas nadie más ha respondido a nuestro anuncio [...] pero nosotros no buscamos marroquíes. Nuestros clientes no los quieren. Tienen que instalar puertas abatibles en viviendas privadas, a menudo en chalets, y los clientes no quieren que entren en sus casas.» (*De Standaard*).
- *Centro para la Igualdad de Oportunidades* - Tribunal social - TJUE
- " El empleador, al manifestar públicamente su intención [...], excluye *de facto* a tales personas del proceso de candidatura y del propio empleo. Tal empleador no habla meramente de discriminar, está discriminando. No sólo profiere palabras, está realizando un «speech act» (acto hablado). "

- Opinión de AG Maduro

- Discriminación directa/indirecta = Art. 2 (2) Dir. 2000/43/CE "Directiva sobre igualdad racial")

"Raza" y "sexualidad"	Derecho derivado	Jurisprudencia TJUE	Límites, fracasos, perspectivas
-----------------------	------------------	---------------------	---------------------------------

Uladzislau Belavusau (2019)

C-394/11 *Belov* (2013)

- El TJUE no se consideró competente para pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un organismo de igualdad sin funciones judiciales (la Comisión para la Protección contra la Discriminación en Bulgaria).



"Raza" y "sexualidad"	Derecho derivado	Jurisprudencia TJUE	Límites, fracasos, perspectivas
-----------------------	------------------	---------------------	---------------------------------

Uladzislau Belavusau (2019)

C-84/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria c. Nikolova (2015)

- Cambio de terminología: "origen étnico", "situación comparable", "trato menos favorable", "práctica aparentemente neutral".
- ¿La acción indirecta afecta únicamente a la población romaní?
- Establecimiento de la discriminación indirecta



Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Oportunidad perdida del CJEU para extender el ámbito de aplicación de la Directiva igualdad racial

- Falta de jurisprudencia sobre la protección de los romaníes
- Identidad nacional de los Estados miembros = Art. 6 UE antes de Lisboa = Art. 4 (2) TEU?



"La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar la integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro".

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

El derecho a un nombre

- Asunto C-208/09, **[von] Wittgensten** (2011)

- ✓ ¿Qué le pasa a Von? Igualitarismo vs. dignitarismo
- ✓ Identidad nacional: una vía redescubierta para los intereses nacionales
- ✓ Prescripción como ancestral
- ✓ Error de hecho: presunción de núcleo de identidad incrustado + ¿la identidad de quién?

- Asunto C-391/09, *Runevič-Vardyn y Wardyn* (2011).

- ✓ *Malgožata Runevič-Vardyn v. Małgorzata Runiewicz-Wardyn*
- ✓ Textualidad de la identidad nacional y malestar de los intereses nacionales
- ✓ ¿Qué hay del mercado interior?
- ✓ Ámbito de aplicación de la Directiva sobre igualdad racial?

Uładzisiau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

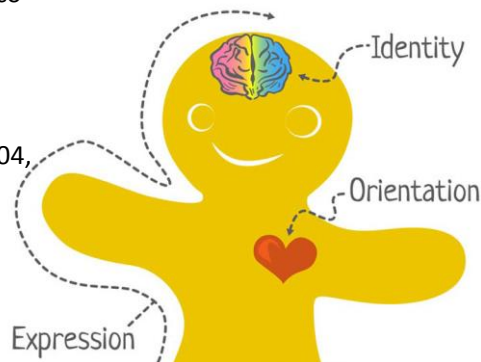
Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

La orientación sexual en la legislación de la UE contra la discriminación

- La igualdad de género en el Tratado CEE (1957)
- Arte. 19 TFUE - Directiva marco de igualdad 2000/78/CE
Directiva de ciudadanía 2004/38/CE
- Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre los refugiados
- Carta de los Derechos Fundamentales de la UE



Uładzisiau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Género y sexualidad en el derecho de la UE antes de Amsterdam (antes de 1997)

C-13/94 *P v S y Cornwall County Council* (1996)

- El caso se refería a una mujer trans procedente del Reino Unido, a la que se denominó "P" en los procedimientos judiciales, que fue despedida de su puesto después de informar a sus empleadores de que se estaba sometiendo a un cambio de sexo;

C-117/01 *K.B. contra National Health Service Pensions Agency y Secretary of State for Health* (2004)

C-249/96 *Grant v. South-West Trains Ltd.* (1998)

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"	Derecho derivado	Jurisprudencia TJUE	Límites, fracasos, perspectivas
-----------------------	------------------	---------------------	---------------------------------

¿Ha supuesto la Directiva Marco de Igualdad del 2000 un cambio?

Desplazamiento de la línea divisoria: C-267/06 *Maruko* (2008):

- A la pareja superviviente de una pareja de hecho homosexual registrada en Alemania se le deniega la pensión de viudedad porque no estaba casada con su pareja.
- Sólo las parejas heterosexuales pueden contraer matrimonio en Alemania → ¿Discriminación indirecta por motivos de orientación sexual?
- CJEU: discriminación *directa* - sin más explicaciones (probablemente porque la regulación alemana excluía a todos los homosexuales, es decir, ningún homosexual podría casarse).

Jurisprudencia similar:

C-147/08 *Römer* (2011) - Prestaciones complementarias

C-267/12 *Frédéric Hay* (2013) - Prima por matrimonio



Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"	Derecho derivado	Jurisprudencia TJUE	Límites, fracasos, perspectivas
-----------------------	------------------	---------------------	---------------------------------

C-81/12 Asociația ACCEPT v. CNCD (2013):

Partes

El acusador



- una organización de derechos LGBT
- Importante grupo de presión para la despenalización de la homosexualidad en Rumania
- Organizador de eventos LGBT (GayFest)

El acusado



- Un político populista, G. Beccali
- "Patrón" del club de fútbol *Steaua*.
- Involucrado en transacciones turbias de terrenos, pero también diputado.

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

C-81/12 Asociația ACCEPT v. CNCD (2013):

Hechos del caso

Febrero de 2010

‘¡No cojo a un homosexual en el equipo ni aunque el Steaua tenga que cerrar! A lo mejor no es homosexual. Pero ¿y si lo es? Nada pinta un homosexual en mi familia y el [FC Steaua] es mi familia. (...). Para mí esto no es discriminación. No pueden obligarme a que trabaje con cualquiera. Yo también tengo derecho a trabajar con quien quiera, igual que ellos tienen sus derechos. ¡No lo cogería ni aunque el mismísimo Dios en sueños me garantizase al 100 % que X no es homosexual! Se ha escrito demasiado en los periódicos que es homosexual. (...) Ya puede ser el mayor pendejero y el mayor borracho... que como sea homosexual no quiero saber nada de él’

El jugador en cuestión **no** fue contratado por el club

Para un análisis detallado de este caso, véase U. Belavusau, [A Penalty Card for Homophobia from EU Non-Discrimination Law](#), *Columbia Journal of European Law*, 21, 2, 2015.

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

C-81/12 Asociația ACCEPT v. CNCD (2013):

Marzo de 2010



=> Acoso; Advertencia por escrito



=> Discriminación directa

- ACCEPT: Becali, con poder de decisión
- Steaua: Becali, sin participación del empleador

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

C-81/12 Asociația ACCEPT v. CNCD (2013): Implicaciones

Incluso los representantes sin poder de decisión pueden cometer discriminación directa

Ampliación de la cobertura de la no discriminación - homofobia jurídicamente "incitación al odio".

Las ONG pueden denunciar una discriminación

"no habla meramente de discriminar, está discriminando. No sólo profiere palabras, está realizando un «speech act» (acto hablado)."
-Feryn C-54/07[2008] (énfasis añadido)

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

C-443/13 *David Parris* (2016)

- El alcance temporal de la Directiva marco
- La interseccionalidad de la Directiva marco - ¿Edad + orientación sexual?



Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Oportunidades perdidas del TJUE en base a los límites materiales de la Directiva marco

Asunto C-528/13 *Léger* (2015)

- Donación de sangre para HSH (= hombres que tienen sexo con otros hombres)
- Más allá del derecho laboral (*ratione materiae* de la Dir. marco)
- Véase U. Belavusau, [Towards EU Sexual Risk Regulation: Restrictions on Blood Donation as Infringement of Active Citizenship](#), *European Journal of Risk Regulation*, 4, 2016.



Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

C-637/17 *Coman* (2018)

- Reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo (registrado en Bélgica) en Rumanía
- Más allá de la Directiva marco: [Directiva 2004/38/CE sobre la ciudadanía de la UE](#) - contenido del término "cónyuges"
- Inspiración de la Corte Suprema de los Estados Unidos: [Obergefell contra Hodges](#) (2015)
- Para un análisis conciso, véase U. Belavusau, [The Federal Rainbow Dream: on Free Movement of Gay Spouses under EU Law](#), *Verfassungsblog* (5 de junio de 2019).



(Key & Peele, cómicos estadounidenses)

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Influencia del Derecho comparado en la jurisprudencia del CJEU

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Consejo de Europa
- Corte Suprema de los Estados Unidos
- Emancipación prevista en las legislaciones nacionales



Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Límites, fracasos y perspectivas de las Directivas de Igualdad de 2000 de la UE

• Raza

- Poco número de casos en el CJEU sobre la directiva de igualdad racial
- Confusión entre discriminación por "nacionalidad" y "raza/origen étnico" en la jurisprudencia del CJEU;
- A menudo la interseccionalidad en la discriminación racial es difícil de captar dentro de la lectura estricta de la Directiva de igualdad racial;
- Número insignificante y de condición social subordinada de los demandantes activos procedentes de grupos étnicos desfavorecidos;
- Desigualdad de estatus y actitud proactiva de los organismos de igualdad (en el marco de la Directiva de igualdad racial) en los Estados miembros;
- Cuestiones que afectan a la carga de la prueba, la discriminación indirecta y el acceso a reparaciones

• Orientación sexual

- Ámbito material limitado de la Directiva marco;
- Resistencia de los Estados miembros a aplicar adecuadamente la Directiva marco y la Directiva de ciudadanía;
- Ocultación de la sexualidad por parte de los demandantes en los Estados miembros en los que predomina la homofobia, que pone de manifiesto una vergüenza social apremiante para los individuos y los grupos que promueven la emancipación sexual y un clima de violencia física y verbal.
- Desigualdad de estatus y actitud proactiva de los organismos de igualdad (en el marco de la Directiva de igualdad racial) en los Estados miembros;
- Cuestiones que afectan a la carga de la prueba, la discriminación indirecta y el acceso a reparaciones

Uladzislau Belavusau (2019)

"Raza" y "sexualidad"	Derecho derivado	Jurisprudencia TJUE	Límites, fracasos, perspectivas
-----------------------	------------------	---------------------	---------------------------------

Gràcies per la seva atenció!



u.belavusau@asser.nl DIFUNDE LA PALABRA-

u.belavusau@uva.nl DIFUNDE LA PALABRA-

Para más referencias, véase:

Ulad Belavusau y Kristin Henrard (eds.),
[*EU Anti-Discrimination Law Beyond Gender*](#),
 Hart (Oxford, 2018)

