



La discriminación por motivos de orientación sexual: *Elementos característicos y Jurisprudencia del CJEU*

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

Dr. Uladzislau Belavusau
Martes, 27 de abril 2021



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

Uladzislau Belavusau (2021)

1

Hoy



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

Uladzislau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

2

“Orientación sexual” como motivo de 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 (2021)

“Sexualidad”

Derecho derivado

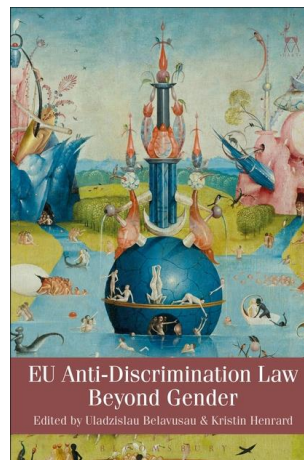
Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

3

“Orientación sexual” como motivo 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 (2021)

“Sexualidad”

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

4

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 (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

5

Formas de discriminación

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

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



Uladzislau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

6

Ámbito material desigual de las Directivas de Igualdad del 2000

Motivos	Raza	Religión	Discapacidad	Edad	Orientación sexual	Sexo
Empleo y formación profesional	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Educación	Sí	No	No	No	No	No
Bienes y Servicios	Sí	No	No	No	No	Sí
Protección Social	Sí	No	No	No	No	Sí

Uladzisiau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

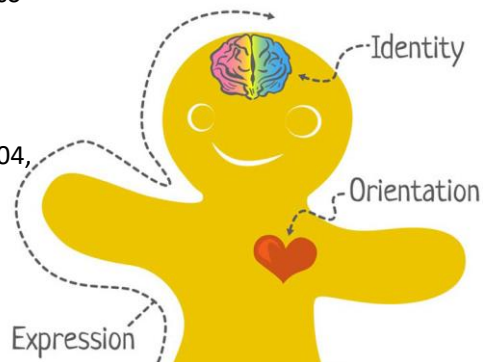
Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

7

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



Uladzisiau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

8

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)

La pareja transexual no tiene derecho a una pensión de supervivencia pagada únicamente al cónyuge superviviente;

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

Denegación de concesiones de viaje a parejas del mismo sexo.

Uladzislau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

9

¿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 (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

10

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.

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Uladzislau Belavusau (2021)

11

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.

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

Uladzislau Belavusau (2021)

12

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

Marzo de 2010



=> Acoso; Advertencia por escrito



=> Discriminación directa

Uladzislau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

13

La trilogía de Luxemburgo

Tres sentencias del Tribunal de Justicia sobre asuntos similares relacionados con declaraciones racistas/homofóbicas similar a la discriminación directa en el contexto laboral



© Uladzislau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

14

La trilogía de Luxemburgo

1	2	3	
<p>C-54/07 <i>Feryn</i> (2008)</p> <ul style="list-style-type: none"> No hay ningún demandante involucrado El vendedor/instalador belga de puertas declaró públicamente que no emplearía a personas de origen marroquí El Tribunal de Justicia considera que este "acto de habla" puede disuadir a determinados candidatos de presentar su candidatura y, por tanto, obstaculiza su acceso al mercado laboral discriminación directa en materia de contratación Discriminación directa constatada en ausencia de un denunciante interesado de la minoría afectada 	<p>C-81/12 <i>Asociația ACCEPT</i> (2013)</p> <ul style="list-style-type: none"> El "patrón" del club de fútbol Steaua dice que nunca aceptará a un jugador homosexual El Tribunal declaró que una entidad puede ser responsable de que su <u>representante no de jure</u> cometa una discriminación directa Se establece que las ONG pueden invocar demandas por discriminación 	<p>C507/17, <i>NH v. Associazione Avvocatura per I Diritti LGBTI - Rete Lenford</i> (2020)</p> <ul style="list-style-type: none"> Un abogado senior de un bufete italiano declaró que no contrataría/trabajaría con un colega homosexual (<u>no había vacantes en ese momento</u>) Cuestión de si una organización local LGBTI (una asociación de abogados) estaba legitimada para interponer una demanda por daños y perjuicios El Tribunal concluyó que estaba permitido en virtud de la Directiva Basándose en <i>Feryn</i> y <i>Asociația ACCEPT</i>, el Tribunal constata una discriminación directa, ya que las declaraciones discriminatorias influyeron en las solicitudes y en el acceso al mercado de trabajo 	
"Sexualidad"	Derecho derivado	Jurisprudencia del TJUE	Límites, fracasos, perspectivas

© Vladislav Belausau (2021)

15

Principios rectores: ¿cuándo las declaraciones discriminatorias presentan un vínculo suficiente con el "acceso al empleo" de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal?

- Hay que examinar el estado y la capacidad de la persona que hace las declaraciones.
- Hay que tener en cuenta la naturaleza y el contenido de las declaraciones realizadas.
- El contexto en el que se hicieron las declaraciones también es relevante.
- Por último, es importante considerar hasta qué punto la naturaleza, el contenido y el contexto de las declaraciones realizadas pueden desanimar a las personas pertenecientes al grupo protegido a solicitar un empleo en ese empleador.



"Sexualidad"	Derecho derivado pertinente	Jurisprudencia relevante del TJUE	Límites, fracasos, perspectivas
--------------	-----------------------------	-----------------------------------	---------------------------------

16

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

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



Uladzislau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

17

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 (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

18

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 (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

19

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

Para un análisis detallado, véase D. Kochenov & U. Belavusau, [After the Celebration: Marriage Equality in EU Law Post-Coman in Eight Questions and Some Further Thoughts](#), *Maastricht J. of Eur. & Comp. Law*, 27(5), 2020. 549-572.



Uladzislau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

20

C-490/20 V.M.A. contra Stolichna Obsthina, Rayon "Pancharevo"

- Un caso pendiente que se refiere a un niño nacido en España de una pareja del mismo sexo con ciudadanía búlgara y británica
- El niño no puede obtener la nacionalidad española o británica debido a las leyes de ciudadanía y se le niega la ciudadanía búlgara ya que las autoridades se niegan a expedir un certificado de nacimiento con dos padres del mismo sexo
- Por lo tanto, el bebé Sara ha sido privado de la ciudadanía búlgara y europea y corre el riesgo de ser apátrida
- Constituye una violación de los principios fundamentales de la UE: viola el derecho a la libre circulación, el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la no discriminación...



© Uładzisiau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado
pertinente

Jurisprudencia relevante
del TJUE

Límites, fracasos,
perspectivas

21

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

- **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

Uładzisiau Belavusau (2021)

"Sexualidad"

Derecho derivado

Jurisprudencia TJUE

Límites, fracasos, perspectivas

22

Gracias!



u.belavusau@asser.nl

u.belavusau@uva.nl

Para más referencias, véase:

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

Ulad Belavusau, [Legislative and Judicial Politics of LGBT Rights in the European Union](#), in Don Haider-Markel (ed.), *Oxford Encyclopedia of LGBT Politics and Policy*, Oxford University Press, 2020. 1-14.

