

Discriminación por motivos raciales y de orientación sexual: características principales y jurisprudencia del TJUE

«APLICANDO LAS LEYES DE LA UE CONTRA LA DISCRIMINACIÓN»
SEMINARIO DE LA ERA PARA MIEMBROS DEL PODER JUDICIAL
Barcelona, 4-6 de mayo de 2016

Anna Śledzińska-Simon, Máster en Derecho, Doctora en Ciencias Jurídicas.
Universidad de Breslavia



Este seminario está financiado por el Programa «Derechos, Igualdad y Ciudadanía 2014-2020» de la Comisión Europea.

¿Qué tienen en común la raza y la orientación sexual?

La historia de opresión, estigmatización e intolerancia en contra de las personas pertenecientes a minorías raciales o sexuales:

- Racismo => segregación y discriminación racial.
- Delitos con móvil racial e incitación al odio.
- Protección de la moralidad pública => legislación penal sobre sodomía.
- Homofobia => discriminación en base a la orientación sexual.
- Delitos de homofobia e incitación al odio.
- Protección del matrimonio tradicional y de la familia => denegación de protección equitativa por parte de la ley a parejas del mismo sexo.
- Legislaciones propagandísticas anti-gay (Federación Rusa y varios países de Europa).

Resultado: un hombre blanco heterosexual estableciendo el patrón de protección jurídica.

¿Qué tienen en común la raza y la orientación sexual?

- Características personales inalterables

Raza:

- Visibilidad.
- Suele implicar también origen nacional y étnico.
- En algunas ocasiones se cruza con la religión.
- Posición problemática del derecho a la autoidentificación con respecto a la raza y al origen nacional y étnico.
- Más recientemente: objetivos de políticas y leyes antiterroristas.

Orientación sexual:

- Moralidad.
- Puntos de vista controvertidos - ver, por ejemplo, las enseñanzas de la Iglesia Católica Romana, diferencia entre homosexualidad y actos homosexuales, trastorno curable (?).
- La homosexualidad no es una enfermedad mental (se retiró en 1974 del Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales de la American Psychiatric Association).
- Más recientemente: relevancia para el derecho de familia y derecho de asilo.
- «Merece» protección frente a la discriminación.
- Solo la raza y el origen étnico se consideran factores que justifican trato preferente (medidas positivas/discriminación positiva).
- Tanto la raza como la orientación sexual constituyen un fundamento prohibido en virtud de la legislación de la UE contra la discriminación.

Protección en múltiples niveles contra la discriminación.

NACIONES UNIDAS

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) + denuncia individual ante el Comité de Derechos Humanos.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965) + denuncia individual ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
- otros tratados de la ONU: CEDAW, CRPD, CRC, etc.
- Sin tratado especial con respecto a la protección contra la discriminación e intolerancia por motivos religiosos.
- Sin tratado especial con respecto a la protección contra la discriminación con respecto a la orientación sexual.

CONSEJO DE EUROPA

- Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950).
- Protocolos adicionales al Convenio, incluyendo el protocolo n.º 12 (2000) + denuncia individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Carta Social Europea (1996). + denuncia colectiva ante el Comité de Derechos Sociales.

Legislación de la UE en contra de la discriminación.

- Artículo 10 del TFUE,
que combate la discriminación con respecto al sexo, **al origen racial y étnico, a la religión y a las creencias**, a la discapacidad, a la edad y a la **orientación sexual** en todas las políticas de la UE.
- Artículo 19 del TFUE,
competencia para realizar acciones que combatan la discriminación en base a los motivos anteriores y para **armonizar las legislaciones** de los Estados miembros en el área de la lucha contra la discriminación.
- Art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales,
que prohíbe la discriminación basada **en cualquier razón como** sexo, raza, color, origen étnico o social, características genéticas, idioma, religión o creencia, opinión política o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, propiedad, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.
- Art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales.
El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

Directivas de la UE contra la discriminación con respecto a la raza y a la orientación sexual

- **Directiva «Igualdad racial»** - Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- **Directiva marco** - 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.
- Pendiente:
- Propuesta de una directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre personas independientemente de su religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM (2008) 426.

Directiva «Igualdad racial» 2000/43/CE

- Discriminación directa e indirecta
- Acoso, incitación a la discriminación.
- Ámbito de aplicación - muy amplio - acciones públicas y privadas.
- Requisitos profesionales esenciales y determinantes.
- **Acciones positivas (medidas)**
- Requisitos mínimos a nivel nacional.
- Recursos efectivos.
- Cambio en la carga de la prueba.
- Prohibición de represalias.
- Establecimiento de un organismo de igualdad.

Directiva «Igualdad racial» 2000/43/CE

Ámbito de aplicación:

- Condiciones de acceso al empleo, autoempleo y ocupación, incluyendo criterios de selección y condiciones de contratación.
- Acceso a formación vocacional.
- Condiciones de empleo y de trabajo.
- Pertenencia a organizaciones sindicales.
- Protección social, seguridad social y atención médica.
- Ventajas sociales.
- Educación.
- Acceso a bienes y servicios disponibles al público, incluida la vivienda.

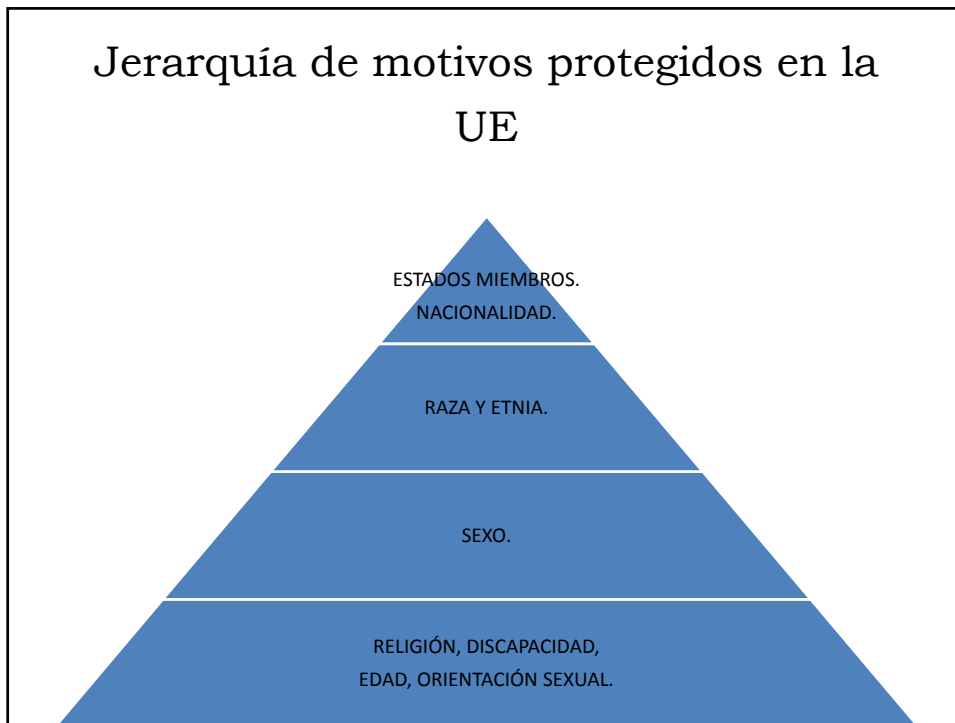
Directiva marco 2000/78/CE

- Discriminación directa e indirecta.
- Acoso, incitación a la discriminación.
- Ámbito de aplicación - reducido, pero abarca acciones públicas y privadas.
- Requisitos profesionales esenciales y determinantes.
- Acciones positivas (medidas).
- Requisitos mínimos a nivel nacional.
- Recursos efectivos.
- Cambio en la carga de la prueba.
- Prohibición de la represalias.

Directiva marco 2000/78/CE

- Prohibición de la discriminación con respecto a la religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual.
- Ámbito de aplicación:
 - Condiciones de acceso al empleo, autoempleo y ocupación, incluyendo criterios de selección y condiciones de contratación.
 - Acceso a formación vocacional.
 - Condiciones de empleo y de trabajo.
 - Pertenencia a organizaciones sindicales.
- Ningún avance con respecto a la Directiva horizontal (!)

Jerarquía de motivos protegidos en la UE



Jerarquía de motivos protegidos

| | EMPLEO | SEGURIDAD SOCIAL | BIENES Y SERVICIOS | EDUCACIÓN. |
|---|------------|------------------|--------------------|------------|
| RAZA Y ÉTNIA. | 2000/43/CE | 2000/43/CE | 2000/43/CE | 2000/43/CE |
| SEXO. | 2006/54/CE | 79/7/CEE | 2004/113/CE | |
| RELIGIÓN. DISCAPACIDAD. EDAD. ORIENTACIÓN SEXUAL | 2000/78/CE | | | |

Consecuencias de la jerarquía de motivos protegidos sobre la legislación nacional

- Si la legislación nacional adopta solo los estándares mínimos exigidos por las directivas de la UE, no existe protección contra la discriminación con respecto a religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos de:
 - Protección social, seguridad social y atención médica.
 - Ventajas sociales.
 - Educación.
 - Acceso a bienes y servicios disponibles al público, incluida la vivienda.
- en dicho Estado miembro a menos que los tribunales nacionales deriven pautas adecuadas a partir de la Constitución.
- La novedad de la legislación de la UE contra la discriminación que falta en el caso de una aplicación fragmentada de las directivas de la UE, se refiere a la mejora de la protección de las víctimas en el acceso a la justicia (ver normas sobre la carga de la prueba y la prohibición de represalias).

Disposiciones del CEDH contra la discriminación

- Artículo 14 del CEDH.
El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
- Protocolo nº. 12
El goce de cualesquiera derechos y libertades reconocidos en la legislación ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Origen racial y étnico

Origen racial y étnico

- No hay definición de origen racial y étnico en la legislación de la UE.
- El origen racial y étnico podría solaparse con el origen nacional, el idioma y la religión.
- Definición de raza y etnicidad utilizada por el TEDH (*Timishev contra Rusia*, 2005)
- «Etnicidad y raza son conceptos relacionados y que se solapan. La noción de raza tiene sus raíces en la idea de una clasificación biológica de los seres humanos en subespecies de acuerdo con características morfológicas, tales como el color de la piel o características faciales, mientras que la etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por la nacionalidad común, la pertenencia a tribus, fes religiosas, idiomas compartidos o trasfondos y orígenes culturales y tradicionales.»
- **Fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43/CE**
- distinto trato basado en la nacionalidad con respecto a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y su acceso al empleo y ocupación (artículo 3, apartado 2 y considerando 13 del preámbulo).

Decisión marco sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia

- Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo
- Los siguientes actos intencionados son punibles mediante sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias de entre uno y tres años de prisión:
- **Incitación pública a la violencia** o al odio dirigida contra un grupo de personas o hacia un miembro de un grupo de ese tipo definido en base a la raza, el color, la ascendencia, la religión o creencia, o el origen nacional o étnico.
- **Diseminación o distribución pública** de pistas, imágenes u otros materiales que contengan expresiones de racismo y xenofobia.
- **La apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra** tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y los crímenes definidos en el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo

Acciones positivas (medidas)

- Directiva «Igualdad racial» 2000/43/CE
- Acción positiva del artículo 5
- 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 el origen racial o étnico.
- Preámbulo, considerando 17
- 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 un origen racial o étnico determinado y dichas medidas pueden permitir la existencia de organizaciones de personas de un origen racial o étnico concreto cuando su finalidad principal sea promover las necesidades específicas de esas personas.
- Ver también: «Medidas de acción positiva. La experiencia de los organismos de igualdad», Informe de Equinet 2014 (disponible en línea).

Acciones positivas (medidas)

- La Estrategia marco de la UE para los planes nacionales de integración de los romaníes, adoptada por la Comisión Europea en 2011, invita a los Estados miembros a adoptar acciones positivas en cuatro sectores clave: empleo, alojamiento, educación y atención sanitaria.
- Recomendación del Consejo sobre las medidas efectivas de integración de los romaníes en los Estados miembros, adoptada el 9 de diciembre de 2013.
- Los Estados miembros, «con el fin de promover la igualdad total de los romaníes en la práctica, adoptarán medidas políticas efectivas para garantizar su tratamiento igualitario y el respeto de sus derechos fundamentales, incluyendo la igualdad en el acceso a la educación, el empleo, la atención sanitaria o la vivienda».
- «Esta meta podría lograrse bien por medio de medidas generales o bien mediante medidas determinadas, incluyendo medidas específicas que eviten o compensen las desventajas, o bien mediante una combinación de ambas, prestando una especial atención a la dimensión de género.»

Directiva «Igualdad racial» en la práctica

- Escaso conocimiento de los derechos entre las víctimas potenciales de la discriminación racial.
- Presentación insuficiente de denuncias.
- Obstaculización del acceso a la justicia.
- Cometido limitado de los organismos de igualdad (ausencia de funciones judiciales).
- Normas estrictas para la participación en procedimientos judiciales por parte de organizaciones sociales.
- Ausencia de efecto disuasorio en las sanciones (obsérvese que las directivas contra la discriminación excluyen sanciones simbólicas - ver, por ejemplo, C-81/12 - ACCEPT).
- Ausencia de enfoque preventivo que complemente al enfoque reactivo frente a la discriminación racial (obsérvese las obligaciones positivas estipuladas en algunas legislaciones nacionales - Irlanda, Reino Unido).
- Obsérvese que las obligaciones adicionales más allá de las directivas de la UE recaen en el CERD.
- Ausencia de datos estadísticos relativos a la discriminación con respecto a la raza y a la etnicidad (datos sensibles) - ausencia de obligación de recoger datos relevantes establecidos en las directivas de la UE (importantes para la preparación de políticas, pero también para demostrar la discriminación indirecta).
- Eliminación de estereotipos a través de la educación y de los medios de comunicación.

C-54/07 *Feryn* (2008)

- Primera decisión prejudicial relativa a la directiva 2000/43/CE
- *Actio popularis* - el organismo Belga de igualdad - Centro para la igualdad de oportunidades y para la lucha contra el racismo - puede iniciar procedimientos legales en casos de discriminación real o potencial, incluso si no existe demandante identificable.
- Rechazo público a la contratación de inmigrantes - discriminación directa.
- Declaraciones discriminatorias - presunción de una política discriminatoria.
- Recae en el empleador demostrar que la práctica de contratación real no se corresponde con la declaración.

Feryn

- **El hecho de que un empleador declare públicamente que no contratará a trabajadores de determinado origen étnico o racial constituye una discriminación directa en la contratación**, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, ya que declaraciones de esa clase pueden disuadir firmemente a determinados candidatos de solicitar el empleo y, por tanto, dificultar su acceso al mercado de trabajo.
- **Las declaraciones públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria**, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43. Incumbe en tal caso a ese empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato. Puede hacerlo demostrando que la práctica real de contratación de su empresa no corresponde a esas declaraciones. Compete al tribunal remitente verificar que los hechos imputados a ese empleador están demostrados, y apreciar si son suficientes los elementos que dicho empleador aporte en apoyo de sus afirmaciones de que no ha vulnerado el principio de igualdad de trato.
- **El artículo 15 de la Directiva 2000/43 exige que el régimen de las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales establecidas para la adaptación a dicha Directiva cuando no haya víctima identificable sea efectivo, proporcionado y disuasorio.**

Feryn - sanciones

- «Esas sanciones pueden consistir en su caso, y si ello resulta apropiado para la situación considerada en el litigio principal, en la declaración de la discriminación por el tribunal o la autoridad administrativa competente, acompañada del grado de publicidad adecuado, cuyo coste en tal caso asuma la parte demandada. Pueden también consistir en la conminación al empleador, según las reglas del Derecho nacional, a cesar en la práctica discriminatoria declarada, en su caso junto con una multa coercitiva. Pueden consistir además en la concesión de una indemnización al organismo que haya promovido el procedimiento.» (apartado 39).

C-394/11 Belov (2013) – opinión de AG Kokott

- **Para que exista una discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2000/43 no es necesario que se produzca una violación de derechos o intereses establecidos legalmente.** Es suficiente cualquier conducta que represente un trato menos favorable a una persona frente a otra por razón de su raza u origen étnico o que pueda causar una desventaja especial para personas que pertenezcan a una raza o a un grupo étnico.
- **Las disposiciones nacionales que hagan depender la existencia de una discriminación de que se violen derechos o intereses establecidos legalmente no son compatibles con la Directiva 2000/43.** A tal efecto, el juez nacional debe interpretar el Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión y, de no ser posible, abstenerse de aplicar las disposiciones nacionales que sean contrarias a la prohibición de discriminación consagrada como derecho fundamental.
- **Para la inversión de la carga de la prueba con arreglo al artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43 es suficiente con que las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación del principio de igualdad de trato aleguen hechos que acrediten una primera apariencia de discriminación.**
- Cuando con carácter general se pone a disposición de los consumidores contadores gratuitos y se colocan de un modo accesible para la inspección visual de sus indicadores, en el interior o exterior de los edificios, mientras que dichos contadores, en zonas en que viven principalmente personas pertenecientes al grupo de población gitana, se colocan en postes de alta tensión, a una altura de 7 metros y por tanto inaccesibles, **existe una primera apariencia de una discriminación indirecta por razón del origen étnico** en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), en relación con el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2000/43.
- **Una medida de estas características puede estar justificada si sirve para evitar fraudes y abusos y contribuye a asegurar la calidad del suministro eléctrico en interés de todos los usuarios,** siempre que
- con un gasto económicamente razonable no puedan tomarse otras medidas igualmente adecuadas para alcanzar dichos objetivos y con efectos menos perjudiciales para la población de los barrios afectados, y
- la medida adoptada no suponga un perjuicio excesivo para los habitantes de los barrios afectados, debiéndose tomar adecuadamente en consideración tanto el riesgo de estigmatización de un grupo étnico como el interés de los consumidores en hacer un seguimiento de su consumo individual de electricidad, efectuando regularmente una inspección visual de sus contadores.

Belov

- TJUE:
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2013.
- Valeri Hariev Belov y CHEZ Elektro Bulgaria AD y otros.

- Ausencia de competencia para decidir sobre una cuestión prejudicial planteada por un organismo de igualdad sin funciones judiciales (Comisión para la protección contra la discriminación en Bulgaria).

C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria contra Nikolova

- Procedimiento prejudicial de referencia planteado por el Tribunal Administrativo de Sofía (17 de febrero de 2014).
- 1) El significado de la expresión «origen étnico» (romaníes locales - ciudadanos búlgaros).
 - 2) El significado de la expresión «situación comparable».
 - 3) El significado de la expresión «trato menos favorable» en el contexto de los hechos del asunto.
 - 4) ¿Es admisible que para la aplicación de la Directiva 2000/43/CE sea necesario que la discriminación suceda solo si se ha infringido un derecho reconocido o un interés legítimo?
 - 5) El significado de la expresión «práctica aparentemente neutral» en el contexto del asunto.
 - 6) ¿Existe discriminación indirecta si la acción o la práctica solo afecta a romaníes?
 - 7) El significado de la expresión «una posición particularmente menos favorable» y «una posición más desfavorable».
 - 8) ¿Está justificada objetivamente la práctica en este asunto por un objetivo legítimo (de proporcionar seguridad a la red eléctrica y al registro correcto del consumo eléctrico) y a la luz del derecho de los consumidores a tener un libre acceso a las lecturas de sus contadores eléctricos?

CHEZ contra Nikolova (2015)

- El concepto de discriminación por razones de origen étnico se aplica también a los casos en los que, independientemente de si esa medida colectiva afecta a personas que tengan un origen étnico concreto o a aquellas que, sin tenerlo, sufran, junto con las primeras, el trato menos favorable o la desventaja concreta resultante de dicha medida.
- La protección contra la discriminación establecida en la Directiva 2000/43/CE excluye las leyes nacionales en las que se establece que la discriminación consiste en el perjuicio a derechos o intereses legítimos.
- Corresponde al órgano jurisdiccional remitente el establecer que se demuestra que la medida se ha introducido o mantenido por razones relativas al origen étnico común de la mayoría de los habitantes del distrito pertinente.

CHEZ contra Nikolova

- El concepto de discriminación indirecta según la Directiva 2000/43/CE
- se opone a una disposición nacional que prevé que, para que exista una discriminación indirecta basada en el origen racial o étnico, la desventaja particular debe haber sido causada por motivos de origen racial o étnico;
- - el concepto de disposición, criterio o práctica «aparentemente neutros» en el sentido de esa disposición se refiere a una disposición, criterio o práctica formulados o aplicados en apariencia de manera neutra, es decir, en atención a factores diferentes de la característica protegida y no equivalentes a ésta;
- - el concepto de «desventaja particular» en el sentido de esa misma disposición no designa un caso especialmente relevante, evidente y grave de desigualdad, sino que significa que la disposición, criterio o práctica considerados desfavorecen particularmente a las personas de un origen racial o étnico concreto;
- - en el supuesto de que una medida como la descrita en el punto 1 del presente fallo no constituya una discriminación directa en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra a), de la referida Directiva, esa medida puede constituir, en principio, una práctica aparentemente neutra que da lugar a una desventaja particular para las personas de un origen étnico concreto con respecto a otras personas, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b);
- - esa medida sólo puede justificarse objetivamente con el propósito de garantizar la seguridad de la red de transporte de electricidad y un seguimiento apropiado del consumo de electricidad a condición de que dicha medida no exceda de los límites de lo que es apropiado y necesario para realizar esos objetivos legítimos y de que los inconvenientes causados no sean desmesurados en relación con los objetivos perseguidos por ese medio. No sería así si se apreciara, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente, que existen otros medios apropiados y menos restrictivos que permiten lograr esos objetivos, o bien, en defecto de esos otros medios, que esa práctica perjudica en grado desmesurado el interés legítimo de los usuarios finales de electricidad que habitan en el barrio afectado, poblado principalmente por personas de origen gitano, en tener acceso al suministro de electricidad en condiciones que no tengan carácter ofensivo o estigmatizador y que les permitan controlar regularmente su consumo de electricidad.

Discriminación racial ante el TEDH

Timishev contra Rosja (2005)

- No existe justificación objetiva posible para diferencias en el trato que se basen exclusivamente o en una medida decisiva en el origen étnico de una persona.

Nachova y otros contra Bulgaria (2005), *Fedorchenko y Lozenko contra Ucrania* (2012)

- Violación del artículo 2 junto con el artículo 14 del CEDH, debido a la ausencia de investigación eficaz sobre la motivación racial del asesinato de un romaní por parte de un agente de la policía militar / como resultado de que el oficial superior de policía prendiera fuego a una casa romaní.

Abdu contra Bulgaria (2014)

- Violación del artículo 3 junto con el artículo 14 del CEDH relativa a la ausencia de investigación eficaz referente a un ataque violento y motivado por factores raciales contra un refugiado sudanés y de la decisión, motivada por factores raciales, de interrumpir la investigación.

Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina (2009)

- La inhabilitación para presentarse a las elecciones viola el artículo 14 junto con el artículo 1 y los protocolos 1 (elecciones parlamentarias) y 12 (elecciones presidenciales).

Segregación racial de los romaníes ante el TEDH

D.H. y otros contra la República Checa (2007); *Orsus contra Croacia* (2010)

- Segregación en colegios con arreglo a pruebas de admisibilidad o de dominio del idioma - discriminación indirecta.
- «En estas circunstancias, el Tribunal considera que cuando se trata de evaluar el impacto de una medida o práctica en un individuo o grupo, las estadísticas que en un análisis crítico parecen ser fiables y significativas son suficiente para constituir la prueba que, en primera apariencia, se solicita al candidato que produzca. No obstante, esto no significa que la discriminación indirecta no se pueda demostrar sin pruebas estadísticas.» (apartado 188).

Horváth i Kiss contra Hungría (2013)

- Ubicación indebida de un niño romaní en un colegio para niños con discapacidad mental umieszczeniu w szkole specjalnej.

Sampanis y otros contra Grecia (2012); *Lavida y otros contra Grecia* (2013)

- Organizar un colegio solo para romaníes viola el artículo 14, junto con el artículo 2, del protocolo nº. 1.

Discriminación de los romaníes

Nachova y otros contra Bulgaria (2005)

- Violación del artículo 14 junto con el artículo 2 (aspecto procesal) al no investigar los motivos raciales de un asesinato .

Stoica contra Rumanía (2008)

- *Se alegó que el maltrato por parte de la policía y la decisión de no procesar tuvieron su base en prejuicios raciales.*
- *Violación del artículo 3 (aspectos materiales y procesales) y del artículo 14 (investigación con prejuicios raciales).*

Paraskeva Todorova contra Bulgaria (2010)

- Violación del artículo 14 junto con el artículo 6, apartado 1 debido al rechazo del tribunal de suspender la sentencia de una mujer romaní de cara a evitar la impunidad de impunidad entre los romaníes.

Koky y otros contra Rumanía (2012)

- Violación del artículo 3 (aspecto procesal) al no investigar los motivos raciales de una agresión.

Ausencia de discriminación de los romaníes (?)

Esterilización de mujeres romaníes

- *V.C. contra Eslovaquia* (2011) – violación de los artículos 3 y 8 del CEDH.
- *K.H. contra Eslovaquia* (2009) – violación de los artículos 8 y 6, apartado 1 del CEDH.
- Ausencia de discriminación
- *A.S. contra Hungría, CEDAW* (2004) – la esterilización sin consentimiento equivale a discriminación sexual.

Rechazo a vivir en caravanas en terreno propio.

- *Buckey contra Reino Unido* (1996), *Chapman y otros contra Reino Unido* (2001).
- Justificación objetiva y razonable.
- Ausencia de violación del artículo 1, protocolo nº. 1 y ausencia de discriminación.

Trato desigual de los romaníes - UE / CEDS / TEDH

- UE: ausencia de acciones legales en respuesta a los desahucios y expulsiones en Francia - ausencia de violación de la Directiva «Igualdad Racial» y de la Directiva sobre Derechos del Ciudadano (?)
- CEDS:
 - *Centro de Derecho de Vivienda y Desahucios contra Francia* (2011) – La política francesa de tolerancia cero hacia los romaníes del este de Europa que viven en campamentos ilegales, en violación de la Carta Social Europea.
 - *Centro de Derecho de Vivienda y Desahucios contra Italia* (2010) – encontró «violaciones graves» en asunto de segregación con respecto a alojamiento de romaníes, desahucios forzosos en los que no se ofrecía alojamiento alternativo o no se ofrecía uno adecuado, y expulsión de los romaníes de Italia.
- TEDH: Desahucios de romaníes - violación del artículo 8 del Convenio.
- *Connors contra Reino Unido* (2004); *Yordanova y otros contra Bulgaria* (2012); *Winterstein contra Francia* (2013).

Orientación sexual

Protección contra la discriminación con respecto a la orientación sexual.

- Ausencia de protección antes de la adopción de la Directiva marco.
- C-249/96 *Grant v South-West Trains Ltd.* (1998) – denegación de facilidades de desplazamiento a parejas de hecho del mismo sexo.
- C-122/99 *P* y C-125/99 *P. Reino de Suecia / D contra Consejo de la Unión Europea* (2001) – denegación de asignación familiar a una pareja de hecho inscrita en virtud de los Estatutos de Personal.
- Actualmente: protección fragmentada - centrada en el empleo (ver C-528/13 *Léger* (2015)).
- Ver también: Krzysztof Śmiszek y Dorota Pudzianowska, *Combating Sexual Orientation Discrimination in the Euroean Union*, 2014, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/sexual_orientation_en.pdf

C-267/06 *Tadao Maruko* (2008)

- Directiva 2000/78/CE
- Las parejas del mismo sexo tienen el mismo derecho a los beneficios relacionados con el trabajo que los matrimonios.
- Las prestaciones de supervivencia otorgadas en virtud de un régimen profesional de pensiones constituyen una «remuneración» y entran en el ámbito de aplicación de la Directiva.
- En Alemania «la pareja inscrita, sin ser idéntica al matrimonio, sitúa a las personas del mismo sexo en una situación comparable a la de los cónyuges en lo relativo a la prestación de supervivencia tratada en el procedimiento principal». (apartado 69).
- «El Sr. Maruko y la Comisión estiman que la negativa a otorgar la prestación de supervivencia tratada en el procedimiento principal a los miembros supervivientes de las parejas inscritas constituye una discriminación indirecta a efectos de la Directiva 2000/78, en la medida en que dos personas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio en Alemania y, por tanto, no pueden percibir esta prestación, la cual se reserva a los cónyuges supervivientes. En su opinión, los cónyuges y los miembros de la pareja inscrita se hallan en una situación jurídica comparable que justifica otorgar dicha prestación a los miembros supervivientes de las parejas inscritas.» (apartado 63).
- «Suponiendo que el órgano jurisdiccional remitente decida que los cónyuges supervivientes y los miembros de una pareja inscrita se hallan en una situación comparable en lo relativo a esa misma prestación de supervivencia, debe considerarse, en consecuencia, que una normativa como la tratada en el procedimiento principal constituye **una discriminación directa por motivos de orientación sexual**, en el sentido de los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78.» (apartado 72).

C-147/08 *Römer* (2011)

- Directiva 2000/78/CE
- Las pensiones complementarias constituyen una «remuneración» y entran en el ámbito de aplicación de la Directiva.
- Los artículos 1 y 2 de la Directiva 2000/78, en relación con el artículo 3, apartados 1, letra c) de la misma, se oponen a una disposición nacional (...), en virtud de la cual el beneficiario que ha constituido una pareja estable inscrita percibe una pensión complementaria de jubilación de cuantía inferior a la que se reconoce al beneficiario casado que no viva permanentemente separado, si
- en el Estado miembro en cuestión el matrimonio se reserva exclusivamente a personas de sexo diferente y coexiste con el régimen de pareja estable inscrita (...), régimen reservado exclusivamente a las personas del mismo sexo, y
- **existe una discriminación directa por motivos de orientación sexual, debido al hecho de que, en el Derecho nacional, la mencionada pareja estable inscrita se encuentra en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada a los efectos de la pensión de que se trata.** La apreciación de si existen situaciones análogas es competencia del órgano jurisdiccional remitente y debe centrarse en los derechos y obligaciones respectivos de los cónyuges y de las personas que constituyan una pareja estable inscrita, tal como se regulan en el marco de las correspondientes instituciones, que sean pertinentes habida cuenta del objeto y de las condiciones de reconocimiento de la prestación en cuestión.

C-267/12 *Frédérick Hay*

- Directiva 2000/78/CE
- Rechazo a otorgar los días de permiso especial y la bonificación por matrimonio otorgados a plantilla que contrajo matrimonio a un empleado que se unió en pacto civil de solidaridad (PACS).
- Decisión prejudicial: ¿Constituye discriminación indirecta el rechazo a otorgar a la plantilla beneficios? y ¿El hecho de que la legislación nacional solo permita el matrimonio entre personas de distinto sexo constituye un fin legítimo, apropiado y necesario como para justificar dicha discriminación?
- Consulta prejudicial reformulada por el TJUE:
- ¿Excluyen las disposiciones de la Directiva marco un acuerdo colectivo en virtud del cual un empleado que suscriba un pacto civil de solidaridad con una persona del mismo sexo no tenga derecho a obtener los mismos beneficios, como días de permiso especial y bonificación salarial, que aquellos que se conceden a empleados por contraer matrimonio, cuando las normas nacionales del Estado miembro relevante no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo?

Hay

- La existencia de discriminación presupone que las situaciones que se comparan sean análogas, no idénticas.
- el examen de la comparabilidad no debe efectuarse de manera global y abstracta, sino de un modo específico y concreto, a la vista de la prestación de que se trate - se deduce de *Maruko* y *Römer* que esas autoridades nacionales deben comparar las situaciones con arreglo a un análisis centrado en los derechos y obligaciones de los cónyuges y de la pareja inscrita tal y como se derivan de las disposiciones nacionales aplicables, las cuales sean relevantes teniendo en cuenta el propósito y las condiciones para la concesión del beneficio controvertido en el procedimiento principal, y no debe consistir en el examen de si la legislación nacional trata de manera general y específica a las parejas inscritas como equivalentes legales al matrimonio.
- Así, las diferencias entre matrimonio y PACS en cuanto a la propiedad, la sucesión o la paternidad son irrelevantes en este caso.
- El rechazo a conceder los beneficios a empleados que suscribieron el PACS constituye discriminación directa con respecto a la orientación sexual, ya que el derecho nacional reserva los beneficios solo a los cónyuges.
- La discriminación directa no está sujeta a justificación (además el fin legítimo no se presentó en el transcurso de los procedimientos nacionales).

C- 81/12 ACCEPT (2013)

- Declaración pública con respecto a una política de no aceptación de homosexuales en la selección de jugadores de fútbol para el equipo nacional por parte del accionista principal.
- *Probatio diabolica* si el club tiene que demostrar que la selección real contradice la declaración.
- Hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal pueden calificarse de «hechos que permiten presumir la existencia de discriminación» respecto de un club de fútbol profesional, cuando las declaraciones de que se trate emanen de quien, sin disponer necesariamente desde el punto de vista jurídico de la capacidad para vincularlo o representarlo en materia de contratación de personal, se presenta a sí mismo y es percibido en los medios de comunicación y en la sociedad como el principal directivo de dicho club.
- En caso de que hechos como aquellos de los que trae causa el litigio principal sean calificados de «hechos que permiten presumir la existencia de discriminación» basada en la orientación sexual en la contratación de jugadores por un club de fútbol profesional, **la carga de la prueba tal como está modificada en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva 2000/78 no lleva a exigir una prueba imposible de aportar sin violar el derecho de respeto a la vida privada.**
- El artículo 17 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual, cuando se constata la existencia de discriminación basada en la orientación sexual, en el sentido de dicha Directiva, una vez expirado el plazo de prescripción de seis meses desde la fecha en que tuvieron lugar los hechos, sólo cabe pronunciar una amonestación como la tratada en el litigio principal si, con arreglo a la misma normativa, tal discriminación no se sanciona en condiciones de fondo y de procedimiento que confieran a la sanción carácter efectivo, proporcionado y disuasorio. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar si ello es así con respecto a la normativa en cuestión en el litigio principal y, en su caso, interpretar el Derecho nacional en todo lo posible a la luz del texto y de la finalidad de dicha Directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue.

C-199/12, C-200/12, C 201/12 - X, Y, Z (2013)

- Procedimiento prejudicial planteado por el Consejo de Estado neerlandés:
- Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.
- La existencia de una legislación penal cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a considerar que tales personas constituyen un grupo social.
- La mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye en cuanto tal un acto de persecución, aunque el riesgo de una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales constituye un acto de persecución.
- A la hora de examinar una solicitud destinada a obtener el estatuto de refugiado, las autoridades nacionales no pueden razonablemente esperar que, para evitar el riesgo de persecución, el solicitante de asilo oculte su homosexualidad o actúe con discreción al vivir su orientación sexual.

C-148/13, 149/13, 150/13 – A, B, C. (2014)

- Procedimiento prejudicial del Consejo de Estado neerlandés
- El artículo 4, apartado 3, letra e), de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, y el artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, deben interpretarse **en el sentido de que se oponen a que, en el marco del examen, por las autoridades nacionales competentes, que actúan bajo control judicial, de los hechos y circunstancias referentes a la orientación sexual declarada de un solicitante de asilo, cuya solicitud se basa en el temor a ser perseguido por razón de dicha orientación, las declaraciones de ese solicitante y las pruebas documentales o de otro tipo presentadas para apoyar su solicitud sean objeto de apreciación, por dichas autoridades, mediante interrogatorios basados únicamente en conceptos estereotipados relativos a los homosexuales.**
- El artículo 4 de la Directiva 2004/83, a la luz del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a que, en el marco de dicho examen, las autoridades nacionales competentes lleven a cabo interrogatorios detallados sobre las prácticas sexuales de un solicitante de asilo.**
- El artículo 4 de la Directiva 2004/83, a la luz del artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a que, en el marco de dicho examen, las referidas autoridades acepten pruebas como la práctica de actos homosexuales por el solicitante de asilo de que se trate, su sometimiento a «exámenes» para demostrar su homosexualidad o la presentación por dicho solicitante de grabaciones en video de tales actos.**
- El artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/83 y el artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85 deben interpretarse en el sentido de que **se oponen a que, en el marco de ese mismo examen, las autoridades nacionales competentes concluyan que carecen de verosimilitud las declaraciones del solicitante de asilo de que se trate por el único motivo de que éste no invocó su orientación sexual en la primera ocasión que se le ofreció de exponer los motivos de persecución.**

Solicitantes de asilo y orientación sexual

- Se ha registrado un aumento en el número de asuntos presentados por solicitantes de asilo en los que se alega persecución por motivo de la orientación sexual.
- *M.B. contra España* (15109/15) – pendiente ante el TEDH
- La solicitante, de nacionalidad camerunesa, alega que en caso de que se le devolviera a Camerún, su vida y su integridad física estarían en peligro a causa de su orientación sexual.

C-528/13 *Léger* (2015)

- El punto 2.1 del anexo III de la Directiva 2004/33/CE de la Comisión, de 22 de marzo de 2004, por la que se aplica la Directiva 2002/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a determinados requisitos técnicos de la sangre y los componentes sanguíneos, debe interpretarse en el sentido de que el criterio de exclusión permanente de la donación de sangre formulado en dicha disposición en relación con la conducta sexual cubre el supuesto en el que un Estado miembro, habida cuenta de la situación predominante en él, establezca una contraindicación permanente para la donación de sangre en el caso de los hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres, siempre que se acredite, basándose en los conocimientos y en los datos médicos, científicos y epidemiológicos actuales, que dicha conducta sexual expone a esas personas a un alto riesgo de contraer enfermedades infecciosas graves transmisibles por la sangre y que, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, no existen técnicas eficaces de detección de esas enfermedades infecciosas o, a falta de esas técnicas, métodos menos coercitivos que dicha contraindicación que garanticen un alto nivel de protección de la salud de los receptores. Corresponde al tribunal nacional verificar si, en el Estado miembro de que se trate, concurren estos requisitos.
- Obsérvese el caso que no se ha tenido en cuenta de diferencia de trato entre hombres que han tenido relaciones sexuales con otros hombres y otras categorías de gente que hayan tenido relaciones sexuales «inseguras» y que tiene como resultado la denegación permanente de donación de sangre.

Derechos de LGBT ante el TEDH

- Ausencia de derecho a contraer matrimonio (*Schalk y Kopf contra Austria*, 2010) derivado de la protección de la vida familiar, pero
- violación del Convenio si el derecho nacional prohíbe que parejas del mismo sexo contraigan matrimonio y uniones civiles (*Oliari y otros contra Italia*, 2015).
- Violación del Convenio si el derecho nacional establece las uniones civiles como exclusivas para parejas de distinto sexo (*Valianatos y otros contra Grecia*, 2013).
- Ausencia de violación del Convenio si el derecho nacional evitaba las adopciones de padrastro en casos de parejas inscritas como unión civil (*Gas y Dubois contra Francia*, 2012) - El PACS no es comparable a un matrimonio.
- Violación del Convenio si el derecho nacional prohíbe la adopción de un hijo de la pareja del mismo sexo en cohabitación, pero permite la adopción de niños en caso de parejas de distinto sexo en cohabitación (*X y otros contra Austria*, 2013).
- Violación del Convenio si las autoridades nacionales evitan la adopción en soltería exclusivamente en función de la orientación sexual (*E.B. contra Francia*, 2008).
- Violación del Convenio si las autoridades nacionales evitan la continuación del arrendamiento para la pareja superviviente (*Karner contra Austria*, 2003 y *Kozak contra Polonia*, 2010).

Parejas del mismo sexo ante el TEDH

Taddeuci y McCall contra Italia – pendiente

Denegación del permiso de residencia familiar a una pareja de hecho del mismo sexo, un nacional de un tercer Estado.

Pajić contra Croacia – pendiente

Denegación del permiso de residencia familiar a una pareja de hecho, un nacional de un tercer Estado, cuando el derecho nacional autoriza la concesión del permiso de residencia familiar a extranjeros en relaciones heterosexuales extramaritales en virtud de la reunificación familiar.

Art. 8 - El respeto por la vida familiar cubre también a las parejas de hecho del mismo sexo.

Schalk y Kopf contra Austria

- «La relación entre los solicitantes, una pareja del mismo sexo en cohabitación, viviendo en una relación de hecho estable, entra en la noción de "vida familiar" del mismo modo que lo haría una relación de una pareja de distinto sexo en la misma situación.» (Apartado 94).
- El trato distinto fundamentado en la situación matrimonial puede tener efecto discriminatorio en base a la orientación sexual cuando se prohíbe el matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Discriminación de parejas del mismo sexo en la UE

- Artículo 2, apartado 2, letra b, de la Directiva sobre Derechos del Ciudadano 2004/38/CE - derecho de autorización de entrada y residencia de familiares de ciudadanos de la UE - limitado a parejas o cónyuges *de iure*.
- Artículo 3, apartado 2, solicitud de facilitar la autorización de entrada y residencia de parejas de hecho.
- Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, [COM\(2011\)0126](#)
- Ver también: Jacqueline Gray, Pablo Quinzá Redondo, Stress-Testing the EU Proposal on Matrimonial Property Regimes: Co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession <http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/fenr/2013/11/fenr-d-13-00008/fullscreen>)

Asuntos polacos

- Denegación de un certificado de soltería.
- Denegación de un certificado de aptitud legal para contraer matrimonio.
- Denegación de entrada a una pareja del mismo sexo como familiar nacional de un tercer Estado que tiene permiso de residencia válido en otro Estado miembro.
- Ausencia de reconocimiento de la pareja inscrita del mismo sexo o del matrimonio contraído en otro Estado miembro.

¡Muchas gracias por su atención!

anna.sledzinska@gmail.com