

Derecho de la UE de anti-discriminación: Definiciones de los conceptos clave

Prof Dr Christa Tobler, LL.M.

Institutos Europeos de las Universidades de Basilea (Suiza) y Leiden (Países Bajos)

Seminar ERA sobre el Derecho de la UE de anti-discriminación
9 November 2020



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

– Prof. Dr. Christa TOBLER, LL.M.
christa.tobler@unibas.ch r.c.tobler@law.leidenuniv.nl

Universidades de Basilea (Suiza) y Leiden (Países Bajos)
http://www.europa.unibas.ch http://www.europainstituut.leidenuniv.nl

ERA_Key concepts_2020
.ppt

Introducción: material de referencia

Jurisprudencia del TJUE; gráficos sobre el derecho de la UE

- Jurisprudencia del TJUE:
 - La presentación se refiere a la jurisprudencia sobre la discriminación por sexo (o género) y sobre otros tipos de discriminación
 - Razón: básicamente los mismos conceptos en diferentes campos.
- Gráficos:
 - La presentación incluye referencias a gráficos (ver materiales del seminario).
 - Fuente:
Christa Tobler & Jacques Beglinger,
Essential EU Law in Charts, 5th, post-Brexit edition,
Budapest: HVG-ORAC 2020; www.eur-charts.eu.

ERA_Key concepts_2020
.ppt

Introducción: cómo proceder en la práctica

Análisis de los casos de discriminación

- Primer paso en cada caso:
Determinar **la legislación relevante** (motivo de la discriminación, ámbito de aplicación) - véase la hoja siguiente.
- A continuación, paso a paso el análisis de:
 - **Forma de discrimination.**
 - Posible justificación de un trato diferente:
 - Difiere según el motivo de la discriminación y la forma de discriminación.
 - Incluyendo, entre otros, la **acción positiva.**
 - En caso de constatación de discriminación: sanciones.

La legislación relevante a nivel de la UE

Derecho de la UE de anti-discriminación

- **Diferentes niveles** dentro del derecho comunitario:
 - Carta de los Derechos Fundamentales./ principios generales.
 - TFUE: Art. 157(1) y (2).
 - Varias directivas con ámbitos de aplicación diferentes; véase **gráfica 10/8** (también **gráfica 10/9**, discriminación múltiple).
- Relevancia y relación:
 - *Bauer and Broßonn* (2018): directiva para casos verticales y Carta/principios generales para casos horizontales.
 - *Egenberger* (2018): Art. 21 Carta tiene efecto directo horizontal.
 - *Popławski* (2019): Primacía del derecho UE no es suficiente para individuos.

Tipos de discriminación (1)

Desarrollo: discriminación directa e indirecta

- Originalmente:
 - El TJUE interpretó las disposiciones de no discriminación del Tratado de la CEE en un sentido solamente: prohibición del trato desigual basado explícitamente en el criterio mencionado en la ley.
 - Esto se corresponde (parcialmente) al concepto actual de discriminación directa.
- Posteriormente, el TJUE ha desarrollado también el concepto de discriminación indirecta, que formalmente está vinculado a un criterio diferente.

Véase el **Gráfico10/10**

Tipos de discriminación en la legislación europea actual (2)

Derecho derivado de la UE

- Posteriormente, el derecho derivado comenzó a **hablar** de discriminación directa e indirecta (ley del mercado interior, ley social). Primera **definición legal** de discriminación indirecta en la Directiva sobre la carga de la prueba (1980).
- A partir de 2000 surge una nueva generación de directivas que incluyen cuatro tipos de discriminación, tres de ellas definidas legalmente:
 - Discriminación directa;
 - Discriminación indirecta;
 - Acoso (un nuevo concepto en virtud de la legislación europea);
 - Orden de discriminar (sin definición jurídica)

Base para las definiciones

Legislación

- **Definiciones jurídicas** en la mayoría de las Directives; pero no se incluye una distinción/definición explícita en:
 - Directiva 79/7 (discriminación por razón de sexo: regímenes obligatorios de seguridad social);
 - Art. 157 TFUE.
 - Arts. 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales.
- TJUE tiende a usar la misma definición en todas partes; *MB* (2018) en relación a la Directiva 79/7; *Praxair* (2019) en relación al Art. 157 TFUE.
- [A modo de comparación: no hay definiciones legales en las disposiciones básicas del derecho del mercado interno.]

Discriminación directa (1)

A primera vista, un concepto sencillo ...

- **Definición jurisprudencial** encontrada en *Dekker* (1990) sobre la cuestión de si la negativa del empleo puede considerarse como discriminación directa por razón de sexo:

"La respuesta depende de si la razón fundamental de la negativa del empleo se aplica indistintamente a los trabajadores de ambos sexos o, por el contrario, se aplica exclusivamente a uno de los sexos."

- En el caso *Dekker*:
 - Negativa a contratar al solicitante en última instancia, debido a su embarazo.
 - TJUE: discriminación directa, ya que solamente se quedan embarazadas las mujeres.

Discriminación directa (2)

Definición legal

- Por ejemplo, Art. 2(2)(a) de la Directiva 2000/43/CE:
"[...] existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que se trate a otra, haya sido o pudiera ser tratada en una situación comparable por razón de origen racial o étnico [...].« Aunque solamente será así en caso de no haber justificación; véase el **Gráfico 10/13**.
- Aún así parece ser simple - se centra en el uso de un criterio prohibido. Sin embargo, se ha cualificado en una jurisprudencia posterior (ver más adelante).

Discriminación directa (3)

Algunos ejemplos (1)

- Un ejemplo histórico - Elizabeth von Arnim, en su novela "Elizabeth y su jardín alemán", de 1875:
 - Relacionado con el pago a los jornaleros en la finca del marido de la autora.
 - "[Los hombres] reciben entre una marca y media y dos marcas al día y todas las patatas que puedan comer. Las mujeres reciben menos, no porque trabajen menos, sino porque son mujeres y no se les debe motivar".
- Cada vez más excepcional en la jurisprudencia del TJUE, con excepción de:
 - Casos algo especiales como *Feryn* (2008) y *ACCEPT* (2013), en relación a declaraciones.
 - Casos relacionados con la discriminación por edad, donde es frecuente; por ejemplo *Kücükdeveci* (2010) y *Prigge* (2011).

Discriminación directa (4)

Algunos ejemplos (2): *Feryn* (2008)

- El director de una empresa belga dedicada a las instalaciones de seguridad declara públicamente que no va a emplear a inmigrantes/marroquíes (declaración). Una asociación emprende acciones legales.
- TJUE:
 - Se trata de un caso de discriminación directa: como la declaración "tiene el firme objetivo de disuadir a determinados candidatos de solicitar el empleo y, por lo tanto, dificulta su acceso al mercado laboral, constituye un caso de discriminación directa en la contratación, [...]»
 - «La existencia de tal discriminación directa no depende de la identificación de un demandante que afirme haber sido víctima».

Discriminación directa (5)

Algunos ejemplos (3): *Prigge* (2011)

- Lufthansa despide a los pilotos cuando cumplen 60 años (mecanismo automático previsto en un convenio colectivo). Tres pilotos de la empresa demandan a la empresa.
- TJUE:
 - Trato desigual por razón de edad:
"Dicho piloto se encuentra en una situación comparable a la de un piloto más joven que realiza la misma actividad en beneficio de la misma compañía aérea y/o bajo el mismo convenio colectivo. El primer piloto cuyo contrato de trabajo rescinde automáticamente cuando alcanza los 60 años de edad recibe un trato menos favorable, por razón de su edad, que el segundo piloto".
 - El TJUE concluye que no existe una justificación (ver siguiente diapositiva)

Discriminación directa (6)

Algunos ejemplos (4) *Prigge (2011)* - Justificación

- En teoría, existen tres motivos de justificación posibles.
- Pero ninguno de ellos se puede aplicar en el caso que nos ocupa:
 - Ni el Art. 2(5) sobre seguridad pública (en este caso con respecto a la seguridad en aviación): No es necesario realizar una prohibición de la actividad
 - Ni tampoco el Art. 4(1) sobre una característica que constituye un requisito profesional esencial y determinante: El límite de edad es desproporcionado.
 - Tampoco el Art. 6(1) en un objetivo legítimo, incluyendo la política de empleo legítimo, del mercado laboral y de la formación profesional: Solamente el objetivo de política social, no vinculado con el caso en cuestión.

Véase el **Gráfico 10/13**

Discriminación indirecta (1)

Para casos menos obvios

- Casos principales: *Sotgiu (1974)*, *Bilka (1986)* y *O'Flynn (1996)*.
- Definición legal incluida en el Art. 2(2)(b) de la Directiva 2000/43/CE:
- *"existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un origen racial o étnico en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios "*.

Véanse **Gráfico 10/10** y **Gráfico 10/11**

Discriminación indirecta (2)

Algunos ejemplos

- Jurisprudencia del TJUE, caso *O'Flynn* (1996):
 - Reglamento en el Reino Unido, según la cual los necesitados pueden acudir al Estado para una contribución financiera para los gastos de entierro de un pariente.
 - Condición: el entierro debe llevarse a cabo en el Reino Unido - supone una desventaja para los trabajadores inmigrantes.
 - Sin justificación.
- Trabajo a tiempo parcial, por ejemplo *Bilka* (1986), *Villar Láiz* (2019):
 - A menudo, principalmente mujeres; pueden operar de manera discriminatoria.
 - Nota: existe ahora una Directiva específica 97/81, que prohíbe la discriminación directa de los trabajadores a tiempo parcial.

Discriminación indirecta (2)

Algunos ejemplos

- Antigüedad, ejemplo *Cadman* (2006):
 - Puede dar lugar a una desventaja particular con respecto a las mujeres.

“Dado que, por regla general, la utilización del criterio de la antigüedad es idónea para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas, el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto.”
- Un ejemplo experimentado por el ponente:
 - Conferencia de la Comisión Europea sobre discriminación en 2005.
 - Visita al famoso Castelo do São Jorge, donde los residentes de Lisboa no tienen pagar tarifa de entrada.

Delimitación (1)

Traslado de la línea divisoria en la aplicación práctica

- *Nikoloudi* (2005):
 - Los trabajadores a tiempo parcial sólo podían integrarse en el personal estatutario si previamente habían trabajado a tiempo completo durante dos años.
 - Según el Estatuto General, la contratación de trabajadores del servicio de limpieza a tiempo parcial estaba reservada a las mujeres.
- Discriminación por razón de sexo, directa o indirecta? TJUE:
 - Excluir la posibilidad de formar parte del personal estatutario haciendo referencia, de modo aparentemente neutro en cuanto al sexo del trabajador, a una categoría de trabajadores que, en virtud de una normativa nacional, esté integrada exclusivamente por mujeres, constituye una discriminación directa por razón de sexo
 - Si también se emplearan hombres: discriminación indirecta.

Delimitación (2)

Traslado de la línea divisoria (continuación):

- Ejemplo: caso *Maruko* (2008):
 - Al cónyuge sobreviviente de una pareja homosexual registrada en Alemania se le negó una pensión por viudedad porque no estaba casado con su pareja.
 - En Alemania, solamente pueden casarse las parejas heterosexuales.
- ¿Se trata de discriminación indirecta por razón de la orientación sexual? TJUE: discriminación *directa*, sin más explicaciones.
- Mismo planteamiento, por ejemplo, en el caso *Römer* (2011)
- Clarificación en *Hay* (2013)

Delimitación (3)

Explicación en el caso fundamental de *Hay* (2013)

- Hechos:
 - Un empleador en Francia le niega los beneficios del matrimonio a una pareja registrada del mismo sexo por no estar casados.
 - En Francia, la denominada PACS (asociación registrada) está –abierta a las parejas tanto del mismo sexo como del sexo opuesto.
 - Las parejas del mismo no podían casarse en ese momento.
- ¿Se trata de discriminación indirecta o indirecta por razón de la orientación sexual? Nota: se había argumentado que cuando una forma de asociación está abierta a ambos sexos, no puede haber discriminación directa.
- TJUE: discriminación *directa* (que por esa razón puede justificarse solamente en base a un principio de justificación legal).

Delimitación (4)

Explicación en *Hay* (2013)

- TJUE:
 - "El hecho de que la relación registrada denominada PACS [...] no esté restringida solamente a las parejas homosexuales es irrelevante y, en particular, no cambia la naturaleza de la discriminación contra las parejas homosexuales que, a diferencia de las parejas heterosexuales, no podía, en la fecha de los hechos del asunto principal, contraer matrimonio legalmente".
 - "La diferencia de trato basada en el estado civil de los empleados y no expresamente en su orientación sexual sigue siendo discriminación directa, ya que solamente las personas de distinto sexo pueden casarse y los empleados homosexuales son, por tanto, incapaces de cumplir la condición necesaria para la obtención de los beneficios reclamados.
- Efecto: claramente, ¡los límites han cambiado!

Delimitación (5)

Más tarde también Nikolova (2015)

- Hechos:
Instalación de medidores de electricidad demasiado altos para ser legibles en las zonas urbanas pobladas predominantemente por miembros del grupo étnico romaní. El denunciante no era romaní, pero tenía un negocio en un distrito romaní.
- Discriminación por motivos de origen étnico? TJUE:
 - *Discriminación directa* si el motivo de la diferencia de trato es el origen étnico. A señalar aquí: estereotipos y prejuicios.
 - En caso contrario, discriminación indirecta, en cuyo caso una justificación objetiva no puede estigmatizar.

Véase gráfico **10/12**

Comparabilidad

¿Enfoque aristotélico en ambos casos?

- Antecedentes - la definición general del TJUE, por ejemplo, en el caso C-253/09 *Comisión vs Hungría*, párr. 50:
"[...] es jurisprudencia reiterada que la discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes [...]."
- Definiciones legales de discriminación directa e indirecta:
 - Discriminación directa: la definición anterior se aplica claramente, véase el texto de la definición.
 - ¿También para la discriminación indirecta?
 - Disputado entre los académicos, ya que no se menciona en la definición.
 - Relevante aquí también en mi opinión, ver ejemplo *Wipfel* (2004). También *Kenny* (2013) sobre retribución.

Acoso (1)

Un nuevo elemento

- Art. 2(2)(c) de la Directiva 2000/43/CE:

"El acoso constituirá discriminación en el sentido del apartado 1, cuando un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico se lleve a cabo con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

- Nota:
 - Aquí claramente no se trata de un enfoque aristotélico.
 - Antecedentes: la obra de Catalina MacKinnon (EE. UU., a partir de la década de 1970.

Véase de nuevo el **Gráfico10/10**

Acoso (2)

También: acoso sexual

- Art. 2(d) de la Directiva 2004/113:

"la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo."
- Énfasis aquí en "comportamiento de índole sexual".

Véase de nuevo el **Gráfico10/10**

Harassment (3)

Ejemplos (1): *Coleman* (2008)

- Surge por primera vez en *Coleman* (2008), sobre discapacidad.
- Hechos y resultado:
 - “Despido "Acordado" de un trabajador en última instancia debido a la grave discapacidad de su hijo.
 - Este caso es discriminación por asociación, incluyendo un caso de acoso particular (comentarios ofensivos dirigidos al empleado).
 - TJUE: "Cuando se comprueba que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un empleado que no es discapacitado en sí sino que está relacionado con la discapacidad de su hijo, de cuyo cuidado es responsable principalmente ese empleado, tal conducta es contraria al principio de igualdad de trato y, en particular, a la prohibición del acoso (...)

Acoso (4)

Ejemplos (2)

- Comparación con los estatutos de los trabajadores de la UE, donde el acoso psicológico ("mobbing") también está prohibido; Art. 12a(3) del Estatuto de los trabajadores:

"Por "acoso psicológico" se entenderá cualquier conducta abusiva que se manifieste de forma duradera, reiterada o sistemática mediante comportamientos, lenguaje hablado o escrito, gestos u otros actos de carácter intencional que atenten contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psicológica de cualquier persona. «

- Por ejemplo, Caso F-52/02:
 - Alegación de aislamiento de otras oficinas, evitando conversaciones, sin asignación de tareas, existencia de rumores negativos.
 - TJUE: No requiere ninguna mala intención.

Brevemente: acción positiva

Contexto: mismo y diferente trato

- Punto de partida en la legislación de la UE: el *mismo* trato de hombres y mujeres
- Se permite un trato diferente en determinadas circunstancias; véase el **gráfico 10/13**. Una de ellas es la acción positiva; por ejemplo, el artículo 6 de la Directiva 2004/113:
“Con objeto de garantizar la **plena igualdad en la práctica** entre hombres y mujeres, el principio de igualdad de trato no impedirá a los Estados miembros mantener o adoptar **medidas específicas destinadas a evitar o compensar las desventajas sufridas por razón de sexo.**”
- En la práctica:
Trato preferente a un grupo (generalmente mujeres).

Derogación o una forma de igualdad?

Una discusión compleja

- El CJEU tiende a tratar las medidas de acción positiva como derogaciones.
- Argumento académico (por ejemplo, por mí):
 - Debe ser visto como el "otro" lado de la igualdad ("tratar lo que no es comparable de manera diferente").
 - Muy debatido: utilidad de esas medidas.
- Jurisprudencia complicada del CJEU: Igualdad de calificaciones, no hay preferencia automática, proporcionalidad ... véase el **gráfico 10/13**.

Ejemplo

Abrahamsson (2020)

- Hechos: La Universidad de Gotemburgo desea contratar a mujeres como profesoras si están suficientemente cualificadas para el trabajo (en lugar de las más cualificadas). Esto está autorizado por la ley sueca.
- ¿Un enfoque de acción positiva aceptable? CJEU:
 - Mira el Tratado y el derecho secundario en vigor en ese momento.
 - Concluye:
 - La idea es la de la igualdad sustantiva, más que la meramente formal.
 - Aquí: la evaluación de las calificaciones de los candidatos no se basa en criterios claros e inequívocos; también es automática.
 - No está permitido.

... a considerar en el contexto del derecho internacional (CEDAW)!

Ejemplo publicaciones:

Christa Tobler, 'Going Global in Sex Equality Law. The Case of Gender Representation Rules for Company Boards'

in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber (eds), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation / Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung. Festschrift for Carl Baudenbacher*, Baden-Baden: Nomos/Bern: Stämpfli/Wien: Verlag Österreich 2007, 891-916.

Para concluir

¡Gracias por su atención!

Información de contacto:

r.c.tobler@law.leidenuniv.nl or
christa.tobler@law.leidenuniv.nl

Gráficos: www.eur-charts.eu