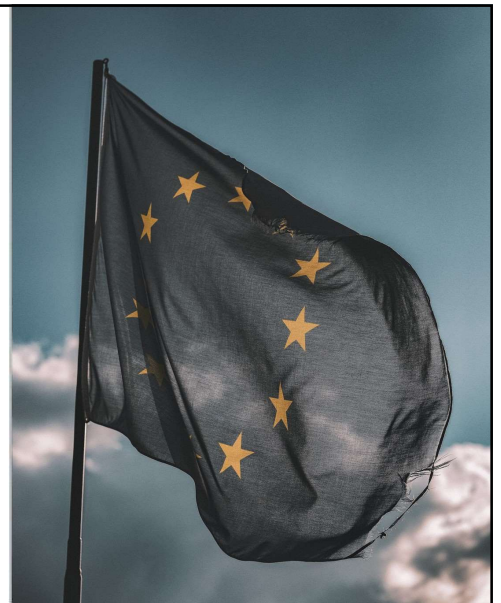


CONCEPTOS CLAVE DEL DERECHO DE LA UE EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO



Esta sesión de formación está financiada por el "Programa de Derechos, Igualdad y Ciudadanía 2014-2020" de la Comisión Europea



Derecho de la UE en materia de igualdad de género

Barcelona, 25 y 26 de abril de 2022

Dra. Raphaële Xenidis, iCourts, Universidad de Copenhague / Universidad de Edimburgo

ESQUEMA

- 1** DISCRIMINACIÓN DIRECTA
- 2** DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y
- 3** ACOSO SEXISTA Y ACOSO SEXUAL
- 4** OTROS CONCEPTOS
 - Discriminación por asociación
 - Discriminación múltiple e interseccional
 - Victimización

1 Discriminación directa

- Art. 2(a) Directiva 2004/113 (bienes y servicios)
- Art. 2(1)(a) Directiva 2006/54 (empleo y ocupación)

"la situación en la que una persona sea, haya sido o pudiera ser *tratada, por razón de sexo, de manera menos favorablemente que en otra situación comparable*



3 criterios

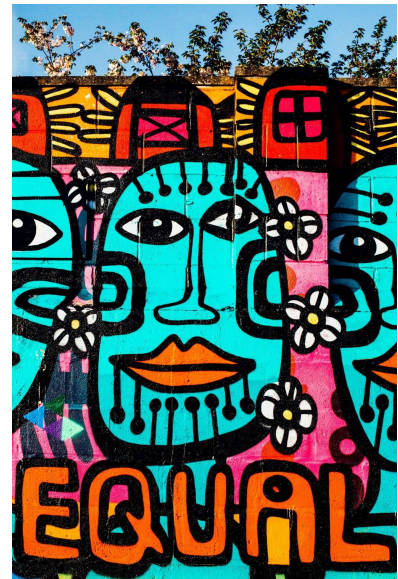
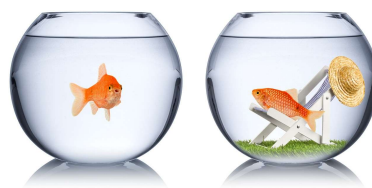


Foto de [Oliver Cole](#) en [Unsplash](#)

1.1 Tratamiento diferenciado



Ejemplo: C-450/18 *WA* contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social

Un complemento de pensión contributiva de la Seguridad Social concedido a las madres y no a los padres es discriminatorio por razón de sexo.



Considera cómo este trato diferenciado perpetúa los estereotipos de género en los roles sociales: mujer cuidadora/ hombre sustentador.



Discriminación directa ≠ discriminación intencionada

No se requiere una intención discriminatoria: C-177/88 *Dekker*, párrafo 24:
"si la responsabilidad de un empresario por la violación del principio de igualdad de trato estuviera subordinada a la prueba de que ha cometido un acto ilícito [...] la eficacia de esos principios resultaría considerablemente menoscabada"

1.2 Por razón de una categoría protegida

- ▶ "Por razón" del sexo: por ejemplo en C-451/16 *MB*, párrafo. 37-38 el Tribunal indicó que una diferencia entre personas cis y transexuales con vistas a la concesión de una pensión está "basada en el sexo"
- ▶ Esto incluye características "inseparables":
 - C-177/88 *Dekker*: la discriminación por embarazo es una discriminación directa por razón de sexo
 - C-356/09 *Kleist*: una diferencia basada en el derecho a la pensión de jubilación es una discriminación directa por razón de sexo cuando la edad de jubilación es diferente para hombres y mujeres

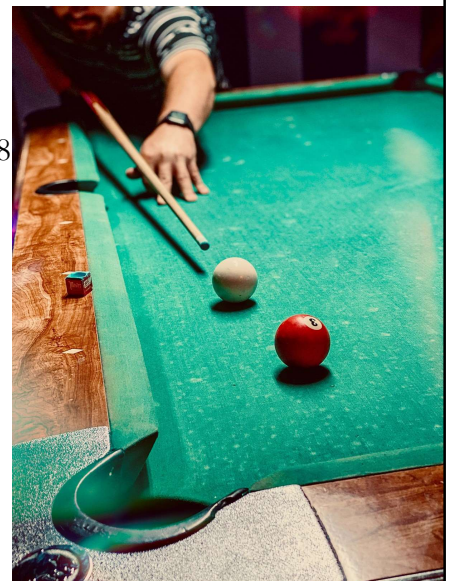


Foto de [David Herron](#) en [Unsplash](#)

13. La prueba de comparación

➔ C-451/16 MB, párrafo. 41-42

- "la exigencia del carácter comparable de las situaciones *no requiere que las situaciones sean idénticas*, sino que basta con que sean análogas
- El carácter comparable de las situaciones no debe evaluarse de forma global y abstracta, sino de un *modo específico y concreto* teniendo en cuenta todos los elementos que las caracterizan

➔ en MB "la situación de una persona que ha cambiado de sexo después de haberse casado es comparable a la situación de una persona que ha conservado su sexo de nacimiento y está casada " " en vista del objeto y de los requisitos para conceder esta pensión de jubilación " [44].



14. Discriminación directa: un régimen cerrado de justificaciones

En principio no es justificable, pero hay algunas excepciones:

- **Requisito profesional esencial y determinante**

Art. 14(2) de la Directiva 2006/54: "cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado."

—
Ejemplo: una actriz para interpretar un papel femenino en una película (véase la lista de ejemplos en el asunto C-248/83 *Comisión contra Alemania*) o una unidad de combate de comandos específica para hombres (C-273/97 *Sirdar*; contraste con C-285/98 *Kreil*)

Discriminación directa: un régimen cerrado de justificaciones

Acción positiva: Art. 3 Directiva 2006/54; Art. 157(4) TFUE;
Art. 6 Directiva 2004/113

Disposiciones especiales relativas a la protección de la mujer, en particular en lo que respecta al embarazo y la maternidad:
Artículo 28(1) Directiva 2006/54

Ejemplo: Opinión del AG, en C-450/18 *WA v Instituto Nacional de la Seguridad Social*, para. 98:

Muchas de las desventajas que sufren las mujeres emanan del rol socialmente establecido que se les atribuye, y es probable que una interpretación amplia de la excepción de «maternidad» que abarque la «condición de madre» perpetúe y petrifique aún más esas funciones, lo que va en contra del objetivo mismo de la acción positiva. (contraste con C-463/19 *Syndicat CFTC*)

15. Una valoración crítica de la doctrina de la discriminación directa

La misma línea de salida...

- Igualdad formal: la fórmula aristotélica según la cual "los semejantes deben ser tratados por igual" es "tautológica" y "circular" en ausencia de un punto de referencia normativo externo (Westen 1982)
- La lógica de la igualdad/diferencia controla el "acceso a las demandas de igualdad"
- (MacKinnon 1990) Simetría: versión asimilacionista de la igualdad (Fredman 2016)

...pero diferentes vehículos

- ¿Poder de definición de normas?
- ¿Ajustes de las diferencias?
- ¿Eliminación de desventajas?



16. Justificación de la doctrina de la discriminación indirecta

Daño resultante de "la aplicación de la misma norma a

- situaciones diferentes" o del "tratamiento igualitario de situaciones diferentes" (Tobler 2005)

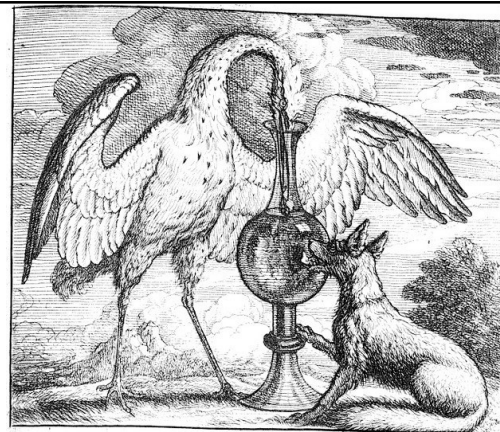
Objetivo: dismantelar la discriminación estructural, es

- decir determinadas pautas de organización de la sociedad y determinadas opciones que reproducen y amplifican la desigualdad existente

- Igualdad sustantiva: completar el principio de igualdad de trato
- De un enfoque centrado en el agresor a otro centrado en el efecto discriminatorio de una medida o práctica
- Más allá del paradigma individual: justicia de grupo y daño colectivo
- Asimetría: tratar de forma diferente a los distintos grupos

2 Discriminación indirecta

- Art. 2(b) Directiva 2004/113 (bienes y servicios)
- Art. 2(1)(b) Directiva 2006/54 (empleo)



"la situación en que una disposición, criterio o práctica *aparentemente neutros* sitúan a las personas de un sexo determinado en una *desventaja particular con respecto a* las personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda *justificarse objetivamente* con una *finalidad legítima* y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean *adecuados y necesarios*".

21. Una disposición, medida o práctica aparentemente neutral



=formulado por referencia a otros criterios no relacionados con una característica protegida

Ejemplos:

- C-409/16 *Kalliri*, párr. 31: requisitos de altura mínima para entrar en una escuela de policía

La discriminación indirecta se produce cuando una medida nacional, aunque formulada en términos neutros, perjudica a muchas más mujeres que hombres!"

- C-274/18 *Schuch-Ghannadan*: normas que perjudican a los trabajadores a tiempo parcial que afectan a una mayor proporción de mujeres

22. Una desventaja particular

- "Particular" = desproporcionada
- Pero no hay una cuantificación o un umbral prescrito
- Evaluación contextual del impacto sobre el grupo protegido
- Criterio abierto
- Puede establecerse por cualquier medio, incluidas las estadísticas



Ejemplo: C- 274/18 *Schuch-Ghannadan*, párrafo. 45

La existencia de una desventaja particular puede establecerse, por ejemplo, si se demuestra que la legislación [...] perjudica a una proporción significativamente mayor de individuos de un sexo en comparación con los individuos del otro sexo".

23. La prueba de comparación

C-223/19 *YSv NK*, Opinión del AG Kokott, [64]: las comparaciones absolutas entre los grupos afectados por la medida darían "una imagen distorsionada" y "sólo ilustrarían las condiciones sociales de la época

contexto: desequilibrio "a lo sumo vinculado a un estado de desigualdad ya existente
uso cuidadoso de las pruebas estadísticas: uso de porcentajes/umbrales entre individuos desfavorecidos y no desfavorecidos por las reformas dentro de cada grupo afectado

Asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19 *WABE* y C- 157/15 *Achbita*: el desacuerdo entre AG Sharpston y Kokott/Rantos muestra la falta de consenso sobre cómo delimitar el grupo de comparación correcto

AG Sharpston: trabajadores cuya religión "obliga" a llevar ropa religiosa

AG Kokott/Rantos: todos los trabajadores religiosos

24. Discriminación indirecta: un régimen de justificación abierto

Una prueba de proporcionalidad de tres puntas:

(1) Objetivo legítimo

Por ejemplo, C-409/16 *Kalliri*, [36]: "el interés en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios policiales constituye un objetivo legítimo

(2) Una medida objetiva adecuada

Por ejemplo, ¿todas las funciones policiales requieren fuerza física? No siempre, p. ej. "auxilio a los ciudadanos o control del tráfico" [38] + "aptitud física" no "necesariamente relacionada con tener una determinada altura mínima" [39].

(3) El requisito de necesidad

Por ejemplo, "El objetivo perseguido [...] podría alcanzarse con medidas que no perjudiquen tanto a las mujeres, como una preselección de candidatos [...] basada en pruebas específicas que permitan verificar su capacidad física. [42]

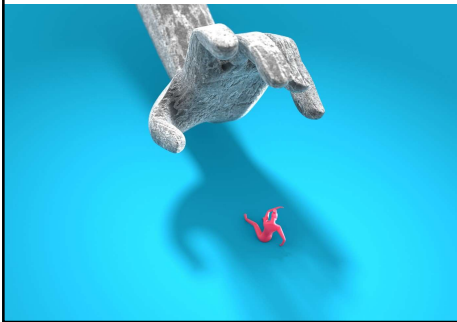


→ **Variación contextual de la prueba:** C-223/19 *YSv NK*, Opinión del AG Kokott, [76]: no se trata de un agravamiento de la desigualdad económica existente entre los sexos " por lo que "los requisitos para la justificación de una eventual discriminación indirecta serán, en consecuencia, menos exigentes.

3 Acoso y acoso sexual

➔ Art. 2(c) y (d) y 2(1)(c) y (d) de las Directivas 2004/113 y 2006/54

- Acoso: "la situación en que se produce un *comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*".
- Acoso sexual: "a situación en que se produce *cualquier forma de 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*".



- Condiciones acumulativas:
 - daño basado en la dignidad: subordinación (rol del poder)
 - "entorno": es probable que no capte un solo suceso
- No se necesita un comparador
- Por ejemplo, C-303/06 *Coleman*: insultos, amenazas de despido...

4 Otros conceptos

4.1 Discriminación por asociación:

C-303/06 *Coleman*, [66]:

"la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando se demuestre que el comportamiento no deseado constitutivo del acoso del que es víctima un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad está relacionado con la discapacidad de un hijo suyo, al que el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal comportamiento resulta contrario a la prohibición del acoso

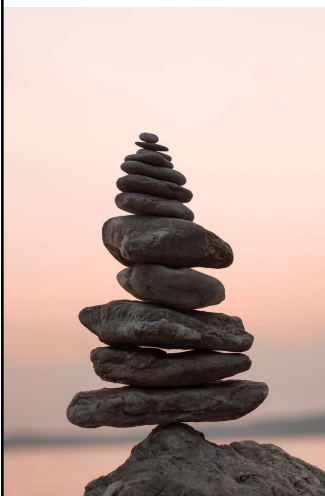


Foto de Bekir Dönmez en Unsplash

4 Otros conceptos

4.2. Discriminación múltiple e interseccional:

- C-363/12 Z. : se deniega el permiso de maternidad a una trabajadora con discapacidad relacionado con su útero porque no ha dado a luz sino que su hijo biológico ha nacido por gestación subrogada
- C-443/15 *Parris*, Opinión del AG Kokott, [153]:

'La interacción de dos o más motivos de diferencia de trato constituye un supuesto especial que, en un caso como el presente, adquiere una nueva dimensión y debe ser tenido debidamente en cuenta al efectuar la apreciación con arreglo al Derecho de la Unión.'



4 Otros conceptos

4.3. Victimización/represalias:

- Art. 10 de la Directiva 2004/113 y 24 de la Directiva 2006/54
- "el despido u otro trato desfavorable por parte del empresario como reacción a una reclamación efectuada en la empresa o a cualquier acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato



C-404/18 *Hakelbracht*, párrafo. 34:

la efectividad de la protección [...] no quedaría garantizada si aquella no cubriera las **medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran declarado como testigos en su favor**. En efecto, esos trabajadores, ..., podrían verse desalentados de intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales, ..., lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54, reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo.'