

CRÓNICA DEL SEMINARIO «CURRENT REFLECTIONS ON EU ANTI-DISCRIMINATION LAW»

Mónica García Goldar

Investigadora predoctoral de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

TITLE: *Review of the seminar «Current reflections on EU anti-discrimination law»*

RESUMEN: A finales del pasado mes de mayo tuvo lugar un interesante seminario titulado «Current reflections on EU anti-discrimination law», organizado por la Academia de Derecho Europeo (ERA, por sus siglas en alemán) y celebrado en el lugar en el que radica su sede principal, en Trier, Alemania. En esta recensión resaltaremos brevemente los principales puntos tratados en dicho seminario.

ABSTRACT: *At the end of May, a very interesting seminar entitled «Current reflections on EU anti-discrimination law» was organized by the Academy of European Law (ERA) and held at its main headquarters in Trier, Germany. In this review we will briefly highlight the main points discussed in this seminar.*

PALABRAS CLAVE: Derecho europeo, Derecho antidiscriminatorio, igualdad de género, Directiva Igualdad Racial, Directiva Igualdad en el Empleo.

KEY WORDS: *European law, Antidiscrimination law, gender equality, Race Equality Directive, Employment Equality Directive.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SESIÓN DE LUNES 29 DE MAYO POR LA MAÑANA. 3. SESIÓN DE LUNES 29 DE MAYO POR LA TARDE. 4. SESIÓN DE MARTES 30 DE MAYO POR LA MAÑANA.

1. INTRODUCCIÓN

La Academia de Derecho Europeo (ERA) es una fundación pública destinada a promover el aprendizaje, comprensión y buena práctica del Derecho europeo. Para la consecución de tal meta, la ERA organiza diferentes congresos y seminarios a lo largo del año y en diversas ciudades europeas, destinados a jueces, abogados, profesores universitarios, funcionarios o trabajadores de ONG europeos. Justo este año se cumplen 25 años de su entrada en funcionamiento.

En esta ocasión, y durante el día y medio que duró este seminario, los allí presentes pudimos embebernos en el rico y vasto debate que se originó tras cada ponencia, pues en ella se dieron cita académicos, expertos y doctorandos de prácticamente toda

Europa que no dudaron en compartir sus dudas, preguntas y curiosidades en cuanto se abría el turno de debate. Fue precisamente por la alta participación de los asistentes, así como por la calidad de los ponentes y del mismo tema en sí —Derecho antidiscriminatorio—, que esta actividad resultó especialmente gratificante.

2. SESIÓN DE LUNES 29 DE MAYO POR LA MAÑANA

La persona encargada de inaugurar el seminario fue Miriam Kullmann, profesora asistente en la Universidad de Maastricht e investigadora en la Universidad de Leiden. Durante su intervención, titulada «Discrimination in the on-demand economy», la ponente comentó cuán transformadoras son las nuevas tecnologías, especialmente en lo que atañe al mercado laboral, en el que cada vez son más frecuentes las plataformas *crowdwork* que ponen en contacto a clientes y trabajadores, entre otras. Resulta bastante evidente que algunas de estas situaciones actuales no parecen encuadrar bien dentro de la histórica dualidad trabajador por cuenta propia o trabajador por cuenta ajena, y por ello Kullmann se preguntaba con acierto cómo es que el Derecho europeo va a proteger a los trabajadores de estas plataformas, no sólo desde la perspectiva laboral, sino también desde el prisma del Derecho antidiscriminatorio. Kullmann dedicó parte de su ponencia a ilustrar brevemente acerca del funcionamiento de la plataforma Uber, que pone en contacto a conductores y clientes, y comentó que el sistema automático de susodicha plataforma puede decidir qué conductores serán suspendidos (o descartados) por no aceptar suficientes portes o por la baja puntuación de los clientes-viajeros. En definitiva, Kullmann quiso advertir con su ponencia que los algoritmos de algunas de estas plataformas pueden ofrecer resultados que se asemejan bastante a la discriminación, y que esto representa una situación frente a la que el Derecho europeo debería reaccionar.

La segunda ponencia fue ofrecida por Lilla Farkas, miembro del Migration Policy Group en Hungría y actualmente doctoranda en el Instituto Universitario Europeo (Florencia). En su presentación, titulada «The European silence about race: from Timishev to Jyske Finans», Farkas teorizó acerca del concepto «raza», señalando a tal efecto que es una construcción social que difiere notablemente de la idea de origen étnico, a pesar de que ambas constituyan una categoría única. La ponente se mostró un tanto crítica acerca de la utilización de la noción «origen étnico», pues apuntó que no es un

concepto orgánico europeo (no aparece en los textos previos a la segunda Guerra Mundial, cuando se introdujo por influencia de los Estados Unidos). Además, y para enfatizar el silencio del TJUE sobre la discriminación por razones raciales, Farkas hizo un barrido de varias sentencias (*Timishev, Feryn, Chez, Biao, Jyske Finans*) cuyo nexo de unión es, precisamente, la discriminación por esta idea de origen étnico.

La tercera ponencia de la sesión de la mañana la ofreció Ulad Belavusau, Investigador del T.M.C. Asser Institute en La Haya, titulada «Fighting hate speech through EU law». Durante su intervención, Belavusau manifestó que el concepto de «hate speech» es un término relativamente reciente, y que constituye una de las restricciones introducidas en derecho continental a la libertad de expresión. También comentó un caso en el que se aprecia claramente la presencia de «hate speech»: el caso *ACCEPT (C-81/12)*. La asociación ACCEPT, que tiene por cometido defender los derechos del colectivo LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales) reclamó frente a la CNCD (institución cuyas siglas corresponden a Consejo nacional contra la discriminación, en rumano) por unas declaraciones públicas que el señor Becali, «patrón» del club de Fútbol Steaua Bucuresti SA había realizado, en las que admitía que bajo ningún concepto aceptaría al jugador profesional «X» en su club por ser homosexual. Como apuntó Belavusau, este caso resultó especialmente interesante porque el TJUE fijó doctrina importante en el ámbito del Derecho discriminatorio, a saber: no es necesario para reclamar contra un caso de discriminación directa en el ámbito de trabajo que exista demanda por la propia víctima, sino que una asociación como ACCEPT está perfectamente legitimada para ello.

3. SESIÓN DE LUNES 29 DE MAYO POR LA TARDE

La encargada de comenzar la sesión del lunes por la tarde fue Dagmar Schiek, profesora de la Universidad Queen's Belfast, con su ponencia «Uses, abuses and non-uses of intersectionality before the CJEU (a journey from *Ring* and *Skoube Werge* to *Parris, Achbita* and *Bougnaoui*)». Durante su intervención, Schiek teorizó sobre el concepto de interseccionalidad y su importancia en derecho, señalando que constituye una herramienta analítica que permite detectar algunas limitaciones o deficiencias del sistema normativo. Para Schiek, aun cuando no existe definición legal de discriminación múltiple o interseccional, el derecho europeo puede y debe ser interpretado de

acuerdo con las desigualdades interseccionales. Y para muestra, un botón: el caso *Parris* (C-443/15). Este caso trata sobre la normativa irlandesa, que establece que sólo existe derecho a pensión para la pareja sobreviviente si la relación civil (para nosotros, pareja de hecho) se constituyó antes del 60º cumpleaños del miembro en cuestión. Hasta aquí todo normal, salvo por el hecho de que en Irlanda no se legalizó la pareja de hecho homosexual hasta el 2011, año en el que Parris ya contaba con más de 60 años, y razón por la cual, el Trinity College Dublin le denegó la solicitud de pensión a favor de su pareja civil para cuando falleciese. Pues bien, ¿qué resolvió la corte europea en este caso? Que no existía discriminación por orientación sexual y que la discriminación por razón de edad estaba justificada. Para Schiek es claro que en este caso no se tuvo en cuenta la interseccionalidad (la suma de discriminación por orientación sexual y edad), pues de haberse tenido en cuenta, la solución a la que se habría llegado sería distinta.

El segundo de los ponentes fue Jens M. Scherpe, Profesor de la Universidad de Cambridge, con la presentación titulada «The legal status of transsexual and transgender persons». La primera parte de su intervención la dedicó al estatus de las personas transexuales, señalando que este no es un caso de discriminación por orientación sexual, pues la orientación sexual trata sobre cómo uno se siente sobre otros, mientras que la transexualidad trata sobre cómo uno se siente sobre sí mismo. Para Scherpe, dos son los retos que el Derecho europeo debe afrontar: en primer lugar, el género que nos toca al nacer no puede ser inmutable, pues el transexual no cambia su género —siempre ha pertenecido al mismo—, sino el género legal que le han otorgado. Segundo, conviene repensar la simple reducción de géneros a hombre-mujer, pues las cosas, aseveró, a menudo no son tan simples. Respecto de las personas transgénero, Scherpe considera absurdo que se fije una edad mínima para la operación. Además, cree que el Derecho europeo tampoco resuelve adecuadamente los problemas que surgen cuando la persona que desea operarse está casada, pues tanto el matrimonio como la identidad sexual son derechos dignos de protección y por tanto no debería permitirse la disolución del matrimonio por el mero hecho de que uno de los cónyuges decida cambiar su género. Esta cuestión es ciertamente controvertida, pues Scherpe se pregunta sabiamente qué ocurrirá en el futuro cuando una persona que ha cambiado su género legal decida ser madre/padre, ya que esto conducirá a que existan hombres que den a luz, y mujeres que no. ¿Cómo llamaremos al hombre que da a luz: padre o madre? ¿Cómo trataremos estas situaciones? Porque, por ejemplo, en

Reino Unido los padres sólo tienen dos semanas de permiso de paternidad, tiempo totalmente insuficiente para recuperarse de un parto. Es por todas estas cuestiones que el ponente propone que repensemos los dualismos hombre-mujer, y padre-madre. Scherpe cree que para ser inclusivos de verdad, en lugar de admitir el matrimonio hombre-mujer, mujer-mujer, y hombre-hombre, debería admitirse el matrimonio persona-persona, pues en tal caso el género no sería importante. Y en lugar de padre-madre, Scherpe propone el modelo parent1-parent2 (en inglés). Por último, el ponente reconoció que existe cierto margen para el abuso y fraude de derecho, esto es: para que ciertas personas decidan cambiar su género legal simplemente para tener más privilegios. Pero, según su opinión, este margen para el abuso no es siquiera comparable con otras situaciones como la de los matrimonios por conveniencia.

La tercera ponente de la sesión fue Aileen McColgan, del King's College London, con su presentación titulada «Possible impact of Brexit for equality law», quien lamentó durante toda su intervención la salida de la Unión Europea por parte del Reino Unido. McColgan, después de admitir que su intervención se basaba en meras conjeturas, estimó que dicha salida puede ser nefasta respecto de los derechos de los colectivos más vulnerables. Pero no todo fue pesimismo, pues McColgan también destacó que ya existía legislación doméstica sobre igualdad anterior a las directivas europeas, y que, por lo tanto, el Brexit no acarreará perder todo referente de Derecho antidiscriminatorio. Sin embargo, reconoció que existen muchos peros (buts) a esta visión parcialmente optimista. Uno de ellos es que se ha reducido drásticamente el presupuesto para la Equality and Human Rights Commission. Otro, que recientemente se han establecido tasas para presentar una demanda por discriminación. McColgan señaló que estas tasas han sido oportunamente puestas en tela de juicio por desincentivar la presentación de demandas por discriminación, pero que de momento se había desestimado todo intento de supresión de las mismas porque o bien no había estadísticas suficientes o éstas eran demasiado recientes como para formar un juicio exacto sobre la cuestión.

4. SESIÓN DE MARTES 30 DE MAYO POR LA MAÑANA

La encargada de iniciar la sesión del martes por la mañana fue Sophie Robin-Olivier, Profesora de Derecho de la Universidad de la Sorbonne (París), con su ponencia titulada «Freedom of religion at the workplace: the Achbita and Bougnaoui cases

before the CJEU». Ambas sentencias, fechadas de 14 de marzo de 2017, lidian con la libertad de religión en el lugar de trabajo, y si bien tienen muchos puntos en común, también se aprecian ligeras particularidades que justifican el resultado diferente. En el primero de los casos (C-188/15), la señora Bougnaoui es una ingeniera que llevaba velo islámico al trabajo, pero tras la queja por parte de un cliente, la empresa le requiere que deje de llevarlo. Ante la inobservancia de tal requerimiento, termina siendo despedida. En el segundo de los casos, (C-175/15) la señora Achbita es una recepcionista que, tras tres años en la empresa, comunica tras un período de ausencia laboral por motivos de salud que comenzará a utilizar velo islámico. Pocos días después, la empresa aprueba una modificación de las normas de trabajo, sancionando la utilización de cualquier signo visible de sus creencias religiosas, políticas o filosóficas. La señora Achbita no acata esta norma y es consecuentemente despedida. Pues bien: ¿qué resolvió la corte? Que la voluntad de un empresario de tener en cuenta los deseos de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico sí constituye un caso de discriminación directa (caso *Bougnaoui*); y que, por contra, el establecimiento de una norma interna en la empresa que prohíba llevar pañuelo islámico no es constitutivo de discriminación directa, pero sí podría serlo de discriminación indirecta, salvo que pueda justificarse por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa en las relaciones con sus clientes, cuestión que corresponderá comprobar al órgano jurisdiccional remitente (caso *Achbita*). En definitiva, para Robin-Olivier las sentencias tratan casos muy similares, pero no exactamente idénticos, y con el caso Achbita la corte europea ha fijado un marco legal en el que se pretende reconciliar la no-discriminación por religión y la libertad de empresa para dirigir un negocio «neutral».

La segunda en intervenir fue Marie Mercat-Bruns, profesora afiliada de la SciencePo Escuela de Derecho (París) con su ponencia titulada «Anti-discrimination law: a new discipline in private law?», quien dedicó toda la intervención a defender que el Derecho antidiscriminatorio bien podría convertirse en un nuevo campo del derecho o en una nueva disciplina académica. Para Mercat-Bruns, el Derecho antidiscriminatorio podría constituir un nuevo campo del Derecho, ya que presenta muchas similitudes con otros parejos como el Derecho medioambiental: ambos se destinan a dar coherencia al cuerpo del Derecho y a establecer principios, instrumentos y valores para aplicar las

normas. Respecto de la idea de que el derecho discriminatorio constituya una nueva disciplina legal, Mercat-Brunns cree que a pesar de que existan pegas, como el hecho de que podría contribuir a la construcción de grupos de víctimas estigmatizados, la respuesta afirmativa es acertada toda vez que conduciría a repensar las categorías de Derecho privado.

Por último, la ponente de la sesión del martes por la mañana, y también del seminario fue Christa Tobler, Profesora de los Institutos Europeos de las Universidades de Basilea (Suiza) y Leiden (Holanda), con su ponencia titulada «Recent anti-discrimination case law of the CJEU». En esta presentación, Tobler puso el broche de oro a unas jornadas estimulantes trayendo a colación varios casos que llegaron al TJUE (Achbita-Bouagnaoui, Jyskse Finans, Milkova, de Lange, y Parris), la mayoría ya comentados sucintamente por los ponentes predecesores.

Fecha de recepción: 15.06.2017

Fecha de aceptación: 23.06.2017