

LA APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA POR LOS TRIBUNALES ORDINARIOS:

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

GUÍA DE TRABAJO¹

Índice de contenidos

Parte I: El ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea	1
Parte II: Las técnicas de interacción judicial	4
Parte III: El derecho a la no discriminación	6
I. Marco normativo	6
II. Organismos para la igualdad (<i>equalitybodies</i>).....	8
III. El papel del artículo 21 CDFUE	9
Parte IV: Prohibición de discriminación en las relaciones laborales (Grupo de trabajo 1)	9
I. Igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo: categorías sospechosas.....	9
II. La doctrina del TJUE sobre igualdad y no discriminación en los contratos de duración determinada.....	12
Parte V: Prohibición de discriminación: los delitos y discurso del odio (Grupo de Trabajo 2)	12
I. Delitos de odio (<i>hate crimes</i>).....	12
II. Discurso del odio (<i>hate speech</i>)	15

Parte I: El ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Desde el 1 de diciembre de 2009, la Unión Europea tiene su propia declaración de derechos jurídicamente vinculante, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). La CDFUE no se limita a codificar la jurisprudencia pre-Lisboa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la

¹ Elaborada por Aida Torres Pérez (coord.), Maribel González Pascual, Marcela Priego, y Joan Solanes Mullor, sobre la base del *ACTIONES Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter – GENERAL MODULES and MODULE 4 – NON-DISCRIMINATION*, en el marco del Proyecto "Active Charter Training through Interaction Of National ExperienceS" (ACTIONES), financiado por el Programa de Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión Europea.

UE (DUE), sino que abarca una amplia gama de derechos civiles, políticos, sociales y económicos, así como derechos propios de los ciudadanos de la UE. Contiene disposiciones que se corresponden con los derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en ocasiones actualizando la formulación de tales disposiciones; e incluso otorgando una protección más amplia.

Ahora bien, el ámbito de aplicación de la CDFUE a los Estados Miembros es limitado. Entender los límites del ámbito de aplicación de la CDFUE es un requisito previo esencial para determinar si la CDFUE es vinculante y debe ser aplicada en el caso concreto, o en caso contrario, puede utilizarse como parámetro interpretativo de las fuentes nacionales o internacionales aplicables.

El artículo 51 de la Carta, titulado “Ámbito de aplicación”, establece:

“1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.

2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados.”

Así, del artículo 51 podemos extraer las siguientes conclusiones:

- La CDFUE vincula a las instituciones de la UE
- La CDFUE vincula a los Estados únicamente cuando apliquen el Derecho de la UE
- La Carta no amplía las competencias de la UE

En resumen, la cuestión que un juez nacional debe abordar para entender si tiene la obligación legal de resolver un caso en el marco de la Carta es: “¿Existe una norma del derecho de la UE, que no sea una disposición de la CDFUE, aplicable al caso?”

En palabras del juez del TJUE Alan Rosas (escribiendo en su capacidad académica):

"La Carta únicamente es aplicable si el caso hace referencia no solamente a una disposición de la Carta, sino también a otra norma del Derecho de la Unión Europea. Debe existir una norma o principio del derecho originario o derivado que sea directamente relevante para el caso. Esta es, de hecho, la primera conclusión que puede extraerse: el problema no hace referencia en primer

término a la aplicabilidad de la Carta por ella misma, sino más bien a la relevancia o conexión con otras normas del Derecho de la Unión Europea."²

De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, existen tres grandes grupos de situaciones en las que los derechos fundamentales de la UE son aplicables a los Estados:

- Casos relativos a medidas nacionales adoptadas en aplicación del DUE, lo que incluye: medidas nacionales adoptadas en aplicación del derecho originario de la UE, de Reglamentos (*Wachauf*³) o Directivas (*Booker Aquacultur*⁴, *Association de médiation sociale*⁵). También se incluyen medidas nacionales que pueden considerarse por razón de la materia regulada medidas de implementación de Directivas, aunque no se hayan adoptado específicamente con ese propósito (*Kücükdeveci*)⁶ o medidas nacionales que en cualquier caso tienen el efecto de cumplir con una obligación de los Estados Miembros impuesta por el Derecho de la Unión, incluso en el caso de que la medida sea adoptada con anterioridad (*Akerberg Fransson*)⁷.
- Casos relativos a medidas nacionales que introducen excepciones al DUE, expresamente previstas por el derecho originario o derivado (e.j. artículos 45.3, 51, 52, 62 TUE; *Pfleger*⁸); o que pueden considerarse justificadas por razones imperiosas de interés general, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (*Familiapress*)⁹; o cuando se trata de medidas nacionales que persiguen exceptuar la aplicación del DUE para proteger un derecho fundamental (*Schmidberger*¹⁰; *Omega*¹¹).
- Casos relativos a ciudadanos de la UE cuando las medidas nacionales puedan tener como efecto la "privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que les confiere el estatuto de ciudadano de la Unión", lo que ha sido interpretado como aquellas situaciones en las que los ciudadanos de la UE se pudieran ver obligados a abandonar el territorio de la UE (*Rendón Marín*)¹².

² A. Rosas, *When is the EU Charter of Fundamental Rights applicable at the national level?*, 2012, https://www.mruni.eu/upload/iblock/b32/002_rosas.pdf

³ *Wachauf* C-5/88 [1989] ECLI:EU:C:1989:321.

⁴ *Booker Aquacultur* C-20/00 [2003] ECLI:EU:C:2003:397.

⁵ *Association de médiation sociale* C-176/12 [2014] ECLI:EU:C:2014:2.

⁶ *Kücükdeveci* C-555/07 [2010] ECLI:EU:C:2010:21.

⁷ *Akerberg Fransson* C-617/10 [2013] ECLI:EU:C:2013:105.

⁸ *Pfleger* C-390/12 [2014] ECLI:EU:C:2014:281.

⁹ *Familiapress* C-368/95 [1997] ECLI:EU:C:1997:325.

¹⁰ *Schmidberger* C-112/00 [2003] ECLI:EU:C:2003:333.

¹¹ *Omega* C-36/02 [2004] ECLI:EU:C:2004:614.

¹² *Rendón Marín*, C-165/14 [2016] ECLI:EU:C:2016:675.

Finalmente, si la CDFUE no es vinculante para los poderes públicos estatales porque el caso concreto no se encuentra en el ámbito de aplicación del DUE, no significa que la CDFUE no tenga ninguna virtualidad. De acuerdo con el artículo 10.2 CE, los derechos reconocidos en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por España, lo que incluye a la CDFUE. Por lo tanto, la CDFUE es parámetro de interpretación de los derechos constitucionales.

Parte II: Las técnicas de interacción judicial

Este módulo tiene como objetivo discutir brevemente el valor añadido de las dimensiones de las interacciones judiciales para la aplicación de la Carta. Se centrará en un diálogo tridimensional:

- 1) entre los jueces nacionales y el TJUE (interacción judicial vertical);
- 2) entre jueces nacionales de los mismos Estados miembros (interacción judicial interna horizontal); y
- 3) entre jueces nacionales de distintos Estados miembros (interacción judicial transnacional).

A los fines de este módulo, el término "técnicas de interacción judicial" se refiere a las diversas técnicas utilizadas por tribunales y jueces para resolver cuestiones de incompatibilidad de interpretación normativa o judicial, de manera que aseguren la coherencia y coordinación entre diferentes sistemas jurídicos en la defensa de los derechos humanos que están protegidos por los diversos niveles de gobernanza (los niveles normativos nacional, internacional y supranacional).

Las técnicas de interacción judicial son particularmente importantes cuando un caso debe ser juzgado teniendo en cuenta no sólo la legislación nacional, sino también una o más de las fuentes supranacionales: UE, CEDH o derecho internacional. Con frecuencia los casos en que se plantean cuestiones relativas a la protección de los derechos fundamentales ante un tribunal de un Estado miembro de la UE. La existencia de múltiples sistemas supranacionales de protección de los derechos fundamentales (CEDH y derecho de la UE), que se solapan parcialmente en los ámbitos de aplicación y diferentes normas de interpretación normativa y jerarquía, impone un complejo mandato a los jueces nacionales. A éstos se les asigna el papel de jueces naturales tanto de la legislación de la UE como del CEDH. Por lo tanto, cada vez que son llamados a pronunciarse sobre los derechos fundamentales, necesitan:

- (i) entender si las fuentes supranacionales de protección de los derechos fundamentales se aplican al caso concreto y, en caso afirmativo, cuáles;

- (ii) determinar el alcance, significado y nivel de protección de los derechos fundamentales supranacionales, teniendo en cuenta la jurisprudencia de al menos un tribunal supranacional relevante (CJUE/TEDH);
- (iii) asegurar la aplicación efectiva de la(s) normativa(s) supranacional(es), que podría exigir resolver los conflictos entre la normativa europea y la legislación nacional;
- (iv) llevar a cabo una operación de equilibrio entre los diferentes derechos fundamentales y/o los intereses generales. Si el caso entra en el ámbito de aplicación del derecho de la UE y del CEDH, el análisis anterior se multiplica y los jueces nacionales también deben abordar la compleja cuestión de las relaciones entre ambos sistemas (y sus tribunales).

Los tribunales nacionales tienen a su disposición una serie de técnicas de interacción judicial para garantizar la primacía del derecho de la UE y de la Carta: el deber de interpretar de conformidad del derecho nacional con el derecho de la UE; la obligación de elevar cuestiones prejudiciales ante el TJUE, bajo determinadas condiciones; el principio de proporcionalidad; el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales extranjeras; el método comparativo con la legislación nacional y la jurisprudencia de otro Estado miembro; y la inaplicación de la legislación nacional por violación de normas de la UE. Cada una de estas técnicas de interacción judicial tiene su propia idiosincrasia, y comporta un valor añadido a la hora de aplicar e interpretar la Carta.

La primera técnica de interacción judicial que puede ser utilizada por los tribunales nacionales con el fin de subsanar las discrepancias entre la legislación nacional y la legislación de la UE (en la que debemos siempre incluir la Carta) es la interpretación conforme.

Al aplicar el derecho nacional en el ámbito de aplicación del derecho de la UE, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz del texto y del propósito del derecho comunitario y de la Carta aplicables.

La interpretación conforme impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de utilizar esta técnica incluso antes de que expire el plazo de transposición de la Directiva.

La segunda técnica, en este caso de interacción judicial directa, es la cuestión prejudicial (Art. 19.3.b del TUE y Art. 267 TFUE). Su objetivo es lograr una interpretación uniforme del derecho de la UE por todos los tribunales nacionales y contribuir a la protección judicial efectiva de las personas. Todos los tribunales nacionales, cualquiera que sea su nivel en la jerarquía judicial nacional, pueden

entrar en diálogo directo con el TJUE y enviar cuestiones prejudiciales sobre la correcta interpretación o validez del derecho de la UE.

La tercera técnica es la inaplicación de la norma nacional. De acuerdo con la doctrina *Simmenthal*, los tribunales nacionales están obligados a no aplicar disposiciones contradictorias de la legislación nacional. Esto sólo es necesario si la interpretación conforme del derecho interno resulta imposible. El derecho de la UE obliga a los jueces a buscar la "interpretación conforme" del derecho interno que no contravenga el derecho de la UE. Cuando no sea posible tal interpretación y la norma de la UE satisfaga los requisitos de efecto directo (es decir, crea una obligación clara, precisa e incondicional), el juez debe dejar de lado la norma interna y aplicar en su lugar la norma de la Unión Europea, para garantizar su eficacia.

En cuarto lugar podemos hablar tanto de las técnicas que conlleva el reconocimiento de decisiones judiciales y la confianza mutua, como otras formas de interacción judicial horizontal y transnacional. Respecto de la primera el TFUE prevé la interacción judicial entre los Estados Miembros - que se encuentra bajo el título de cooperación judicial en materia civil y penal que se aplicará en el ámbito del ELSJ. Esta interacción ha llevado a muchos jueces y tribunales a tomar en consideración los principios y valores seguidos por los jueces de los diferentes Estados Miembros, así como el TEDH y el TJUE. Asimismo, los tribunales nacionales pueden utilizar el método comparativo para inspirarse en la práctica extranjera relativa a las mismas obligaciones supranacionales.

Parte III: El derecho a la no discriminación

I. Marco normativo

La prohibición de no discriminación es un principio fundacional del Derecho de la Unión Europea (DUE). Asimismo, a nivel de los ordenamientos nacionales, se configura como un principio o derecho constitucional (véase el artículo 14 CE en el caso de España). Además, los Estados han ratificado numerosos tratados internacionales en materia de derechos humanos, el más importante el CEDH, hecho que obliga a adecuar a estos Tratados tanto el DUE como el Derecho nacional.

A) Derecho de la Unión Europea

a. Normas de derecho originario: los Tratados

- Artículos 2 y 3 TEU: la prohibición de discriminación es un valor fundacional de la UE.
- Artículo 10 TFUE: en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la UE luchará contra la discriminación en 6 supuestos (sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual).

- Artículo 18 TFUE: prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (debe leerse en conjunción con el artículo 45 TFUE respecto a la libertad de circulación de trabajadores).
- Artículo 19 TFUE: competencia del Consejo para adoptar derecho derivado en 6 supuestos de prohibición de discriminación (sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual)
- Artículo 157 TFUE: prohibición de discriminación por razón de sexo.

b. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)*

- Artículos 21-23 CDFUE: prohibición de discriminación en general y por razón de sexo en particular.

c. *Principio general del DUE: desarrollo jurisprudencial del TJUE*

- En un principio, el TJUE relacionó el principio de no discriminación con las cuatro libertades de la UE y lo circunscribió al mercado interior. Sin embargo, con el tiempo lo ha ido aplicando más allá del mercado interior y lo ha reconocido como un principio general del DUE sobre la base de la prohibición de no discriminación por razón de edad (véase *Mangold*,¹³ sobre la base de los artículos de los Tratados en materia de no discriminación y *Kücükdeveci*,¹⁴ sobre la base del artículo 21 CDFUE). En *Dansk Industri*,¹⁵ el TJUE fue más allá y si bien reconoció que la Directiva en cuestión no era aplicable al caso – se trataba de un caso entre particulares, sin que la Directiva tuviera efecto horizontal- sí que lo era el principio de prohibición de discriminación como principio general del DUE (efecto directo y horizontal como principio general aplicable a conflictos entre particulares).

d. *Normas de derecho derivado*

- Directiva 2000/43/CE: prohibición de discriminación por razón de raza u origen étnico (es de aplicación a beneficios sociales y de empleo, así como al acceso a bienes y servicios).
- Directiva 2000/78/CE: prohibición de discriminación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (solamente de aplicación en las relaciones laborales).
- Directiva 2006/54/CE: prohibición de discriminación por razón de sexo (es de aplicación a relaciones laborales y acceso a bienes y servicios, pero no a beneficios sociales y de empleo).
- Directiva 2012/29/UE: apoyo y protección de las víctimas de delitos.
- Otras normas de derecho derivado: Directiva 2010/41/UE (prohibición de discriminación por razón de género para los trabajadores autónomos); Directiva 2004/113/CE (prohibición de discriminación por razón de sexo en acceso a bienes y servicios); Directiva 79/7/CEE (consecución progresiva de igualdad por razón de sexo en seguridad social).
- Derecho derivado sobre prohibición de no discriminación en el ámbito penal: véase Parte III de la Guía de Trabajo.

Relaciones laborales	Sindicatos y asociación	Protección social	Protección social	Beneficios	Educación	Acceso a bienes
----------------------	-------------------------	-------------------	-------------------	------------	-----------	-----------------

¹³*Werner Mangold c. Rüdiger Helm* C-144/04 [2005] ECLI:EU:C:2005:709.

¹⁴*Kücükdeveci c. Swedex* C-555/07 [2010] ECLI:EU:C:2010:21.

¹⁵*Dansk Industri c. Estate of Karsten Eigil Rasmussen* C-441/14 [2016] ECLI:EU:C:2016:278.

	s y es formación laboral	empresari ales	(incluye segurid ad social)	(incluye sanidad)	social s	y servici os público s (includ e viviend a)	
Raza u origen étnico	Dir. 2000/43	Dir. 2000/43	Dir. 2000/43	Dir. 2000/43	Dir. 2000/4 3	Dir. 2000/4 3	Dir. 2000/4 3
Sexo	Dir. 2006/54 Dir. 2010/41	Dir. 2006/54	Dir. 79/7 Dir. 2006/54				Dir. 2004/1 13
Orientación sexual	Dir. 2000/78	Dir. 2000/78					
Religión o creencias	Dir. 2000/78	Dir. 2000/78					
Discapaci dad	Dir. 2000/78	Dir. 2000/78					
Edad	Dir. 2000/78	Dir. 2000/78					

B) CEDH

- a. Artículo 14 CEDH: es el precepto central del CEDH, pero no tiene una aplicación autónoma, debe siempre aplicarse en conjunción con otro derecho sustantivo del CEDH.
- b. Protocolo nº 12 CEDH (2000): la prohibición de no discriminación se convierte en un derecho autónomo y sustantivo. Sin embargo, solamente 7 Estados Miembros de la Unión lo han ratificado a día de hoy, entre los que se encuentra España.

II. Organismos para la igualdad (*equalitybodies*)

El derecho derivado de la UE establece la obligación de configurar organismos para la igualdad. En concreto, esta obligación viene configurada en las Directivas 2000/43/CE (prohibición de discriminación por raza u origen étnico) y 2006/54/CE y 2004/113/CE (prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales y acceso a bienes y servicios). Los organismos para la igualdad pueden ser de dos tipos: de carácter promocional o quasi-judiciales. Los Estados Miembros han establecido uno u otro tipo o los dos.

En el caso de España, los organismos para la igualdad en cumplimiento del derecho derivado de la UE son el Instituto de la Mujer (a efectos de las Directivas 2006/54/CE y 2004/113/CE) y el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (a efectos de la Directiva 2000/43/CE). Ambos organismos son de carácter promocional,

no tienen naturaleza jurisdiccional y dependen del Gobierno (están adscritos al Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e igualdad). Sus funciones son asistir en las reclamaciones a las víctimas de discriminación, elaborar informes y estudios y proponer recomendaciones en materia de igualdad.

III. El papel del artículo 21 CDFUE

Artículo 21 CDFUE: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.”

La aplicación del artículo 21 CDFUE se limita al ámbito de aplicación del DUE –tal y como se define en el artículo 51 CDFUE. Por tanto, la existencia de derecho derivado de la UE es determinante para que la CDFUE pueda ser aplicada. Esto significa que para los tribunales el artículo 21 CDFUE solamente será relevante cuando normas de derecho derivado de la UE sean aplicables o cuando su validez sea cuestionada, o pueda considerarse que los Estados actúan en el ámbito de aplicación del DUE. En este sentido, cuando las Directivas sobre prohibición de discriminación sean aplicables, el artículo 21 CDFUE tiene valor interpretativo o de apoyo, pero en muchas ocasiones, como se verá a continuación, las Directivas son suficientes por sí solas para el juez nacional. En caso de que no sean aplicables las Directivas sobre prohibición de discriminación, pero sí otras normas sustantivas o sectoriales del DUE, el artículo 21 CDFUE cobra su mayor relevancia como parámetro interpretativo o de validez.

Finalmente, cabe destacar que, a partir de los casos *Mangold*, *Kücükdeveciy* *DanskIndustri*, el TJUE ha desarrollado la prohibición de discriminación como un principio general del DUE. Como tal, también será de aplicación cuando el caso frente al juez nacional tenga conexión con el derecho de la UE –de la misma manera que la CDFUE.

Parte IV: Prohibición de discriminación en las relaciones laborales (Grupo de trabajo 1)

I. Igualdad y no discriminación en las relaciones de trabajo: categorías sospechosas

El artículo 21.1 CDFUE prohíbe la discriminación por una serie de motivos, que incluyen: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Estas características o circunstancias se consideran categorías sospechosas y en principio una norma que utilice estos criterios para distinguir entre grupos de personas será considerada discriminatoria.

Por su parte, el artículo 14 de la Constitución española, prohíbe la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El TC ha sostenido que la lista motivos o razones por los que se prohíbe la discriminación en el artículo 14 no es exhaustiva.

A su vez, el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores amplía los motivos prohibidos de discriminación en relación con el artículo 14 CE, aunque no incluye todos los supuestos del artículo 21.1 CDFE: "Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español."

Por lo tanto, el artículo 21.1 CDFUE puede ser utilizado por los tribunales internos como parámetro interpretativo sobre la base del artículo 10.2 CE, o como un artículo directamente aplicable en tanto que parte del derecho originario de la UE, cuando el Estado actúe en el ámbito de aplicación del derecho de la UE (art. 51.1 CDFUE).

Las categorías sospechosas no implican una prohibición absoluta, sino que su utilización puede estar justificada siempre que se cumplan determinadas condiciones. ¿De acuerdo con el DUE, qué condiciones deben cumplirse para que una distinción basada en alguna de las razones o motivos establecidos en el artículo 21.1 CDFUE esté justificada? ¿Cuál ha sido la interpretación del TJUE? ¿De qué modo los tribunales ordinarios pueden utilizar el DUE y la jurisprudencia del TJUE para la resolución de casos concretos? En este grupo de trabajo se analizarán casos resueltos por tribunales españoles en relación con tres categorías sospechosas-edad, sexo y religión-, desde la perspectiva de la aplicación del derecho de la UE y las técnicas de interacción judicial.

A) Discriminación por razón de edad

El TJUE reconoció la no discriminación por razón de edad como principio general del derecho de la UE y le otorgó eficacia directa horizontal en *Mangold y Kücükdeveci*. En *AMS*,¹⁶ el TJUE confirmó que el artículo 21.1 CDFUE es suficiente por sí mismo para conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal. Por otro lado,

En este contexto, la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación prohíbe en concreto la discriminación tanto directa como indirecta por motivo de edad. A su vez, establece que los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica prohibida no tendrá carácter discriminatorio cuando, "debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado" (art. 4.1) Además, el artículo 6 regula específicamente la justificación de diferencias de trata por razón de edad.

- STS 2185/2011, 21 de marzo de 2011, sobre la exclusión en el acceso al Cuerpo Nacional de Policía por razón de edad

¹⁶*Association de médiation sociale (AMS)*C-176/12 [2014] ECLI:EU:C:2014:2

- Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 1 de Santander, 46/2015, 11 de marzo de 2015, sobre la exclusión del proceso de selección en la Policía Local por razón de edad¹⁷
- TSJ de Madrid, 375/2015, 10 de abril de 2015, sobre exclusión del proceso de selección en la Guardia Civil por razón de edad
- STS 299/2016, de 1 de febrero de 2016, sobre exclusión del proceso de selección en la Guardia Civil por razón de edad
- TSJ Cataluña, 784/2014, de 24 de octubre de 2014, sobre la cancelación por ley de la autorización para extender la edad de jubilación
- STC 66/2015, de 13 de abril sobre despido colectivo de trabajadores cercanos a la edad de jubilación

B) Discriminación por razón de sexo: discriminación indirecta

La Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, define la discriminación indirecta como "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a 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" (art. 2.1.b). A su vez, el TJUE, contempla la posibilidad de que este tipo de medidas puedan considerarse justificadas cuando exista un fin legítimo, y la medida sea necesaria y proporcionada al objetivo perseguido.¹⁸

- TJUE *Elbal Moreno*, C-385/11 [2012]
- Juzgado de lo Social Núm. 33 de Barcelona, 517/2012, de 30 de noviembre de 2012
- STC 61/2013, de 14 de marzo

C) Discriminación por razón de religión

El TJUE se ha pronunciado recientemente sobre el derecho a la no discriminación por razón de religión en el marco de las relaciones de trabajo en dos sentencias de gran relevancia sobre el uso del velo islámico: *Achbita*¹⁹ y *Bougnaoui*²⁰.

- Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca, 31/2017, de 6 de febrero de 2017, sobre la prohibición del uso del velo islámico por parte de una trabajadora de Acciona en el aeropuerto de Palma.

¹⁷Ver Vital Pérez C-416/13 [2014] ECLI:EU:C:2014:2371

¹⁸*Bilka Kaufhaus* C-170/84 [1986] ECLI:EU:C:1986:204, para. 35; *Brachner* C-123/10 [2011] ECLI:EU:C:2011:675, para. 70.

¹⁹ *Achbita* C-157/15 [2017] ECLI:EU:C:2017:203.

²⁰ *Bougnaoui* C-188/15 [2017] ECLI:EU:C:2017:204.

II. La doctrina del TJUE sobre igualdad y no discriminación en los contratos de duración determinada

En esta sesión, se analizará la reciente jurisprudencia del TJUE sobre contratos de duración determinada en respuesta a tres cuestiones prejudiciales elevadas por tribunales ordinarios españoles: *Diego Porras v. Ministerio de Defensa*, C-596/14; *Martínez Andrés*, C-184/15, 197/15; y *Pérez López*, C-15/16.²¹

Parte V: Prohibición de discriminación: los delitos y discurso del odio (Grupo de Trabajo 2)

I. Delitos de odio (*hate crimes*)

Aproximación a los delitos de odio

Un delito de odio puede calificarse como una conducta tipificada penalmente en la que, además de la conducta típica común –homicidio, lesión, injurias, etc.- concurre un elemento motivacional o subjetivo que es la motivación discriminatoria. Este elemento subjetivo puede apreciarse en la selección de la víctima, escogida por razón de su raza, religión, origen étnico, género, identidad de género, orientación sexual, discapacidad u otra condición cuya discriminación se encuentre prohibida. La cuestión clave en los delitos del odio es recoger una suficiente carga probatoria del elemento subjetivo. Para recabar esta carga probatoria se puede recurrir a testimonios, declaraciones de los agresores –en el lugar del crimen o por redes sociales-, perfil de los agresores y sus antecedentes o pertenencias a grupos xenófobos, la percepción de la propia víctima. Son los denominados indicadores de los delitos de odio que, tomados y valorados en su conjunto, determinan la concurrencia de una motivación discriminatoria en la realización de la conducta criminal.

Desde 2008, el artículo 4 de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, exige a los Estados Miembros que consideren, cuando concurra, la motivación racista o xenófoba como una circunstancia agravante del delito o que, en todo caso, los jueces la tengan en cuenta cuando impongan las penas correspondientes.

Por su parte, el TEDH ha consolidado una jurisprudencia abundante en materia de delitos de odio sobre la base del artículo 14 CEDH en relación con otros derechos sustantivos del CEDH (en especial, los derechos comprendidos en los artículos 2 y 3 CEDH). Si bien no ha exigido la aprobación de legislación específica a los Estados Parte, sí que exige a las autoridades una investigación exhaustiva de aquellos casos en los que haya indicios que concurra una motivación discriminatoria en los delitos cometidos. El TEDH ha exigido este deber de investigación en supuestos de motivaciones racistas²², por razón de religión²³, opiniones políticas²⁴ y orientación sexual²⁵. Asimismo, ha enfatizado el uso de indicadores de discriminación para identificar delitos de odio y la obligación de los Estados de utilizarlos en su deber de

²¹Véanse los materiales anexos.

²²*Nachova y otros c. Bulgaria*, nº 43577/98 y 43579/98, sentencia TEDH de 6 de julio de 2005.

²³*Milanović c. Serbia*, nº 44164/07, sentencia TEDH de 20 de junio de 2011.

²⁴*Virabyan c. Armenia*, nº 40094/05, sentencia TEDH de 2 de octubre de 2002.

²⁵*M.C. y A.C c. Rumanía*, nº 12060/12, sentencia TEDH de 12 de julio de 2016.

investigación²⁶. Finalmente, el TEDH ha exigido una respuesta penal proporcionada en aquellos casos en los que concurran motivaciones racistas en las conductas penales²⁷. En definitiva, en el caso que haya indicios o indicadores que concurre una motivación discriminatoria, los Estados Parte tienen la obligación de investigar lo ocurrido y determinar si el delito ha sido motivado por razones discriminatorias.

Dentro de este marco europeo, los Estados han optado por tres soluciones distintas que pasan por considerar los delitos de odio como (1) delitos sustantivos y autónomos; (2) circunstancias agravantes específicas previstas en determinados delitos; (3) circunstancia agravante general, prevista en la parte general, aplicable a todo delito de la parte especial. Esta última opción es la preferida porque permite al juez recalificar un delito ordinario, en el caso que concorra una motivación discriminatoria, en un delito de odio. En todo caso un Estado puede optar por una combinación de soluciones.

España ha optado en general por la tercera solución y recoge en su artículo 22.4 del Código Penal una circunstancia agravante general que es aplicable a todo delito de la parte especial. La transposición de la Decisión Marco 2008/913/JAI se ha hecho adecuadamente y de manera extensiva. El artículo 22.4 del Código Penal no solamente prevé la circunstancia agravante cuando concorra un motivo discriminatorio de carácter racista o xenófobo, sino que incluye otros motivos como “la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”. Se trata de una cobertura amplia y que responde al espíritu del artículo 21 CDFUE, artículo 14 CEDH y al propio artículo 14 de la Constitución española. Cabe destacar que ya en el Código Penal de 1995 se preveían hasta 11 motivos discriminatorios que calificaban como circunstancia agravante. En 2010, una modificación del artículo 22.4 incluyó otro más –la “identidad sexual”- y ya en 2015 se añadió las “razones de género”, configurando el actual precepto hasta 13 motivos discriminatorios que califican como circunstancia agravante. Respecto a las consecuencias de aplicar la circunstancia agravante, deben tenerse en cuenta las reglas generales de aplicación de las penas previstas en el artículo 66 del Código Penal –pena en su mitad superior si concurre sola o con otra agravante o en un grado superior y en su mitad inferior cuando concorra con otras dos o más agravantes.

Los tribunales españoles han aplicado la circunstancia agravante prevista en el artículo 22.4 del Código Penal en reiteradas ocasiones y, por tanto, existe jurisprudencia abundante sobre el significado y alcance de los diferentes supuestos discriminatorios que califican como circunstancia agravante. Obviamente, tenemos menos jurisprudencia respecto al supuesto recogido en 2015 –“razones de género”-, pero existen decisiones de primera y segunda instancia que ya lo han aplicado. Parece adecuado entender como distinto al supuesto de “sexo”, referido este solamente al hecho biológico hombre-mujer, y en cambio el “género” a conductas penales que buscan la dominación de la mujer en una relación matrimonial o de pareja. En este sentido, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, puede servir de referencia para dotar de contenido este supuesto agravante. También parece adecuado, en aplicación del principio *non bis in idem*, no aplicar esta circunstancia agravante cuando el tipo penal ya incorpore en su base el género –delitos de violencia de género, véase por ejemplo el artículo 153 del Código Penal.

Conjuntamente con la introducción de esta circunstancia agravante general aplicable a todo delito, España también incorpora algunos delitos autónomos o sustantivos cuya

²⁶Balázs c. Hungría, nº 15529/12, sentencia TEDH de 20 de octubre de 2015.

²⁷Šečić c. Croacia, nº 40116/02, sentencia TEDH de 31 de julio de 2007.

base del tipo es la discriminación. Cabe destacar los delitos sobre violencia de género antes mencionados, el delito de amenazas a colectivos (artículo 170 Código Penal), delitos contra la integridad moral (artículo 173 Código Penal), delito de descubrimiento o revelación de secretos (artículo 197 Código Penal), delito de discriminación laboral (artículo 314 Código Penal), delito de denegación de prestaciones en un servicio público (artículo 511 Código Penal), delito de denegación de prestaciones en el marco de una actividad empresarial o profesional (artículo 512 Código Penal), delito de asociación ilícita (artículo 515 Código Penal).

Finalmente cabe destacar que España ha adoptado medidas complementarias a la legislación penal que buscan reforzar la prevención, persecución y sanción de los delitos de odio. Entre estas medidas destacan la publicación de estadísticas sobre la situación de los delitos de odio en España –estadísticas elaboradas por el Ministerio del Interior y que se recogen en informes anuales-, la aprobación del Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación (aprobado por la Instrucción nº 16/2014), la creación de fiscalías especiales en materia de delitos de odio o varias medidas procesales y de carácter administrativo para luchar contra las conductas discriminatorias (legislación administrativa sancionadora en materia de deporte, comunicación audiovisual, laboral, discapacidad, entre otras).

Casos españoles

- Discriminación por razón de género: Sentencia Audiencia Provincial de León nº35/2016, de 1 de febrero (pero también sentencias diversas de otras Audiencias provinciales como las de Asturias o Valencia, condenando a hombres por lesiones u homicidio agravado por razón de género).
- Discriminación por identidad sexual: Sentencia Juzgado de lo Penal nº 6 de Barcelona nº11/14, de 13 de marzo de 2014 (condenado portero de discoteca por impedir entrada a transexuales, artículo 512 Código Penal).
- Discriminación por orientación sexual: Sentencia Juzgado de lo Penal nº1 de Gijón nº 227/2006, de 24 de junio de 2016 (condena a dos autores por lesiones a homosexual, aplicando la agravante del artículo 22.4 Código Penal por motivo discriminatorio por orientación sexual).
- Discriminación por odio a la pobreza (aporofobia): Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, nº 127/07, de 5 de noviembre de 2008 (condena por delito de asesinato con alevosía por quemar viva a una indigente en un cajero automático, no existe posibilidad de aplicar agravante del 22.4 Código Penal).
- Discriminación por ideología: Sentencia del Tribunal Supremo nº1037/2013, de 27 de diciembre de 2007 (condenados varios autores por tentativa de asesinato con los agravantes de disfraz y discriminación ideológica); Sentencia del Tribunal Supremo nº 983/2016, de 11 de enero de 2017 (caso Blanquerna, delito de desórdenes públicos e impedimento de derecho de reunión con agravante de discriminación por ideología).
- Discriminación por racismo y xenofobia: Sentencia Juzgado de lo Penal nº 1 de Barcelona, 95/2016, de 19 de enero de 2016 (condena por delito a la integridad moral con agravante de discriminación por razones de racismo y xenofobia, se trataron de vejaciones en el metro de Barcelona).
- Discriminación por discapacidad: Sentencia Juzgado de lo Penal nº1 de Palma de Mallorca, de 22 de junio de 2000 (condena por delito contra los derechos y libertades fundamentales al impedir acceso a su establecimiento de ocio a discapacitados psíquicos).

II. Discurso del odio (*hate speech*)

Aproximación al discurso del odio

No existe un acuerdo sobre qué entendemos como discurso del odio (*hatespeech*). Normalmente, la noción de discurso del odio es más amplia que las formas que son tipificadas por el derecho penal. Una manera de aproximarse al discurso del odio es definirlo como aquellos discursos, expresiones o manifestaciones que llevan aparejada, de manera inherente, una actitud discriminatoria.

Desde 2008, el artículo 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, exige que los Estados Miembros tipifiquen como delito (1) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo o miembros de un grupo por razón de la raza, color, religión, ascendencia, origen nacional o étnico; (2) la apología, trivialización o negación de crímenes de genocidio, de la humanidad y de guerra, tal y como estos crímenes se definen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y del Estatuto del Tribunal Militar Internacional adjunto al Acuerdo de Londres, de 8 de agosto de 1945.

Por tanto, de la misma manera que en el caso de los delitos de odio, el Derecho de la Unión Europea debe tenerse en cuenta en esta materia. Sin embargo, deben hacerse dos puntualizaciones que emanan de la propia Decisión Marco que dejan mucha discrecionalidad a los Estados Miembros. Por un lado, el artículo 1.2 permite que los Estados Miembros tipifiquen estas conductas solamente en el caso de que “den lugar a perturbaciones del orden público” o bien cuando sean “amenazadoras, abusivas o insultantes”, sin necesidad de que concurra la perturbación del orden público. Si los Estados optan por añadir la perturbación del orden público, el tipo penal requerirá algo más que la simple concurrencia del elemento subjetivo de un discurso con intencionalidad discriminatoria. Ahora bien, la Decisión Marco permite a los Estados tipificar el simple discurso del odio, sin necesidad de exigir perturbación del orden público. Por el otro lado, el artículo 1.4 permite al Estado Miembro tipificar como delito la negación o trivialización de los crímenes de genocidio, de la humanidad y de guerra solamente si han sido reconocidos como tales por un tribunal nacional del Estado Miembro en los que se cometieron o por un tribunal internacional.

La transposición de la Decisión Marco ha llevado a configurar en los Estados Miembros delitos sustantivos y autónomos que tipifican las conductas que reflejan discursos del odio. Sin embargo, tanto la Decisión Marco como las normas nacionales de derecho penal que la han transpuesto han tenido que ponderar el conflicto entre la penalización de este tipo de conductas y el derecho a la libertad de expresión. En esta ponderación resulta decisiva la jurisprudencia del TEDH, rica en la materia, y que de manera casuística ha ido configurando criterios de resolución en la materia partiendo de la base de que la tipificación del discurso del odio es una limitación a la libertad de expresión y, por tanto, esta está en juego. Es por este motivo que la Decisión Marco permitía cierta discrecionalidad a los Estados Miembros, especialmente dejaba abierta la posibilidad de exigir perturbación del orden público o no. El legislador europeo era consciente que la no exigencia de este elemento objetivo del tipo podía inducir a considerar la mera criminalización del discurso del odio –como mero elemento subjetivo– contraria a la libertad de expresión en algunos Estados y a la propia jurisprudencia del TEDH.

En España, los artículos 510 y 510 bis del Código Penal son el referente en la materia. En términos generales, puede destacarse la correcta transposición de la Decisión Marco, especialmente a partir de la modificación de estos artículos llevada a cabo por

la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Como se verá a continuación, la legislación penal española ha tenido que superar la dificultad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuanto a su interpretación sobre la compatibilidad de la tipificación de los discursos del odio y el derecho a la libertad de expresión. Pese a esta dificultad, la legislación española en muchos aspectos va más allá de lo exigido por la Decisión Marco.

En primer lugar, los supuestos de discriminación latentes en el discurso del odio se amplían respecto a la Decisión Marco. El legislador español prevé también la tipificación de discursos del odio por razón de “racismo, antisemitismo u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”. Se trata de un elenco de supuestos discriminatorios mucho mayor que la Decisión Marco (solamente supuestos de “raza, color, religión, ascendencia, origen nacional o étnico”).

En segundo lugar, el legislador español prevé dos niveles de gravedad. Por un lado, se prevé un delito más grave en el artículo 510.1 Código Penal –pena de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses- para aquellos discursos del odio que (1) públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente el odio, hostilidad, discriminación o violencia en todos aquellos supuestos anteriormente indicados; (2) nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los crímenes de genocidio, de la humanidad y de guerra, siempre que creen un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Por el otro lado, se prevé un delito menos grave en el artículo 510.2 Código Penal –pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses- para aquellos discursos del odio que lesionen la dignidad de las personas con acciones que (1) entrañen humillación, menosprecio, o descrédito en todos aquellos supuestos anteriormente indicados; o quienes (2) enaltezcan o justifiquen los crímenes de genocidio, de la humanidad y de guerra.

Véase que el legislador español ha seguido la distinción prevista en la Decisión Marco. Para los discursos del odio que entrañen gravedad, en el sentido de alteración del orden público –promoción pública del odio y clima de violencia-, se prevé el delito más grave. En cambio, el delito menos grave solamente exige la concurrencia del discurso del odio, sin necesidad de perturbación del orden público. Pero en este segundo supuesto desaparece la negación o trivialización de los crímenes de genocidio, de la humanidad y de guerra. La negación o trivialización de este tipo de crímenes solamente será conducta punible penalmente en caso de generar un “clima de violencia, hostilidad o discriminación”. Se exige, por tanto, el elemento de perturbación del orden público, sin su concurrencia no puede penalizarse, ni tan siquiera bajo el tipo penal menos grave, estas conductas.

Esta decisión del legislador penal se enmarca, por un lado, en una jurisprudencia del TEDH que enfatiza el contexto histórico, cultural y social como determinante para la tipificación penal de la negación o trivialización de los crímenes de genocidio, de la humanidad y de guerra (y, por tanto, si no concurren determinadas coordenadas contextuales que justifiquen su tipificación como por ejemplo la negación del holocausto en el contexto histórico alemán, prevalece la libertad de expresión)²⁸ y, por el otro, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional declaró incompatible con el derecho a la libertad de expresión -artículo 20 Constitución española- la tipificación como delito de la negación de los crímenes de genocidio, de la humanidad y de guerra sin que concorra incitación a la violencia o perturbación del orden

²⁸Véase *Perinçek contra Suiza*, nº 27510/08, de 15 de octubre de 2015 (especialmente, pars. 242-248).

público en términos de la Decisión Marco. Sin este elemento objetivo de gravedad, el mero discurso de negación debe ampararse bajo el derecho a la libertad de expresión.

Cabe destacar que el legislador español es consciente de que el discurso del odio puede llevarse a cabo a través de medios convencionales pero que, en uso de las nuevas tecnologías, puede causar más daño. Es por ese motivo que prevé que se aplique la mitad superior de la pena cuando las conductas se lleven a cabo a través de medios de comunicación social, internet u otras tecnologías y, de ese modo, la conducta llegue a un elevado número de personas (artículo 510. 3 Código Penal). Asimismo, el artículo 510 bis también prevé la responsabilidad de las personas jurídicas que lleven a cabo este tipo de conductas, introduciendo esta figura novedosa en nuestro derecho penal también en el caso de los delitos por discurso del odio.

Estudio de casos

- La casuística de la jurisprudencia del TEDH sobre discurso del odio
 - *Féret contra Bélgica*, nº15615/07, de 16 de julio de 2009; *Fáber contra Hungría*, nº40721/08, de 24 de octubre de 2012: a propósito de la necesidad de exigir violencia en los discursos del odio para su tipificación penal.
 - *Delfi As. contra Estonia*, nº 64569/09, de 16 de junio de 2015; *Magyar TartalomszolgáltatókEgyesülete and Index.hu Zrt contra Hungría*, nº 22947/13, de 2 de mayo de 2016: sobre la responsabilidad de medios intermedios –portales de noticias- por comentarios discriminatorios.
- Casos españoles sobre discurso del odio
 - STC 177/2015, de 22 de julio de 2015: caso quema fotos del Rey (<https://www.youtube.com/watch?v=stzExmyX7Vo>).
 - STS 843/2014, de 4 de diciembre de 2014: caso quema banderas con imágenes de presos de etarras (<https://www.youtube.com/watch?v=DH8FCDKpRBI>).
 - *Otegui Mondragón contra España*, nº 2034/07, de 15 de marzo de 2001: caso injurias a la Corona.
 - Titiriteros: <https://www.youtube.com/watch?v=mIHQz2M26Dk>.
 - Videos “mono” en campo de fútbol: <https://www.youtube.com/watch?v=zYcfHTEKMbl>.