

A sanción efectiva, proporcionada e disuasoria  
en caso de discriminación baseada na  
orientación sexual. Comentario á Sentenza do  
Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 25  
de abril de 2013 no asunto C-81/12

*Effective, Proportionate and Dissuasive Sanctions in the Event  
of Discrimination Based on Sexual Orientation. Comment to  
a Judgement of the Court of Justice of the European Union  
on April 25th 2013 [C-81/12].*

---

LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

Maxistrado especialista da Sala do Social do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia e  
doutor en Dereito

## Resumo

Este comentario trata dunha recente sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea que analiza a aplicación da igualdade de tratamento no emprego e a ocupación (Directiva 2000/78) en relación cunhas declaracións xornalísticas do propietario dun club de fútbol de Romanía en que afirmaba que xamais contrataría un xogador homosexual. O Alto Tribunal entende que a Directiva é aplicable a situacións relativas a declaracións que versan sobre as condicións de acceso ao emprego, incluídos os criterios de selección, e salienta que as especificidades da contratación de futbolistas profesionais carecen de incidencia a este respecto, xa que a práctica do deporte como actividade económica si que está comprendida no ámbito do dereito da Unión. Alén diso, o Tribunal considera que non é aceptable a existencia dunha normativa nacional por mor da cal, en caso de se revelar unha discriminación baseada na orientación sexual, sexa posible exclusivamente pronunciar unha «amoestación» se esta sanción non é efectiva, proporcionada e disuasoria.

**Palabras chave:** igualdade de tratamento, fútbol profesional, prohibición da discriminación baseada na orientación sexual, sanción.

## Abstract

*This comment is on a recent judgement of the Court of Justice of the European Union that analyzes the application of the equal treatment in employment and occupation (Directive 2000/78), in relation to a media statement of the owner of a football club in Romania who declared that he would never hire a homosexual player. The High Court means that the Directive is applicable to situations relating to statements that deal with the conditions of access to employment, including selection criteria, and highlights that the specificities of the hiring of professional footballers have no implication in this regard, since the practice of sport as an economic activity falls within the scope of the Union law. In addition, the Court considers unacceptable the existence of national provisions whereby, in case of discrimination based on sexual orientation, it is possible only to pronounce an «admonition», if this sanction is not effective, proportionate and dissuasive.*

**Keywords:** Equal treatment, Professional football, Prohibition of discrimination based on sexual orientation, Sanction.

**1.** A sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea (TXUE) ditada o 25 de abril de 2013 no asunto C-81/12 veu derivada dunha cuestión prexudicial consistente na interpretación dos artigos 2, punto 2, letra a); 10, punto 1; e 17 da Directiva 2000/78/CE do Consello, do 27 de novembro de 2000, relativa ao establecemento dun marco xeral para a igualdade de tratamento no emprego e a ocupación<sup>1</sup>. Tal petición foi presentada no marco dun litixio entre Asociația ACCEPT (Asociación ACCEPT) e o Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (Consello Nacional contra a Discriminación) romanés a propósito dunha resolución deste último pola cal se desestimaba parcialmente unha denuncia presentada a raíz dunhas declaracións públicas emitidas por quen se presenta como o directivo dun club de fútbol profesional –e así é percibido pola opinión pública–, en que excluía a contratación polo devandito club dun futbolista a quen se presumía homosexual. O marco fáctico en que se desenvolveu o litixio principal en que se formula a cuestión prexudicial era relativamente sinxelo:

a) Nunha entrevista sobre o posible traspaso do futbolista profesional X e a suposta orientación sexual deste último, o Sr. Becali, directivo do SC Fotbal Club

---

<sup>1</sup> Artigo 2.2.a) da Directiva 2000/78/CE:

Artigo 2. Concepto de discriminación

(...)

2. Para os efectos do disposto no punto 1:

a) existirá discriminación directa cando unha persoa sexa, fose ou puidese ser tratada de xeito menos favorable que outra en situación análoga por algún dos motivos mencionados no artigo 1; (...).

Artigo 10.1 da Directiva 2000/78/CE:

Artigo 10. Carga da proba

1. Os estados membro adoptarán, de acordo co seu ordenamento xurídico nacional, as medidas necesarias para garantir que corresponda á parte demandada demostrar que non houbo vulneración do principio de igualdade de tratamento, cando unha persoa que se considere prexudicada pola non-aplicación, no que a ela se refire, do devandito principio alegue, ante un tribunal ou outro órgano competente, feitos que permitan presumir a existencia de discriminación directa ou indirecta.

Artigo 17 da Directiva 2000/78/CE:

Artigo 17. Sancións

Os estados membro establecerán o réxime de sancións aplicables en caso de incumprimento das disposicións nacionais adoptadas en aplicación desta directiva e adoptarán todas as medidas necesarias para garantir o seu cumprimento. Tales sancións, que poderán incluír a indemnización á vítima, serán efectivas, proporcionadas e disuasorias.

Steaua București SA, fixera unhas declaracións de que semella desprenderse, en particular, que preferiría recorrer a un xogador da canteira no canto de contratar un futbolista presentado como homosexual; de feito, a contratación deste xogador frustrouse.

- b) A pesar de que as declaracións do Sr. Becali foron difundidas polos medios de comunicación, o club de fútbol do cal era directivo en ningún momento se distanciou delas e o consello do FC Steaua confirmou que esa era a política practicada polo club en materia de contratación de xogadores.
- c) A organización non governamental ACCEPT, cuxo obxecto consiste en promover e protexer os dereitos de lesbianas, gays, bisexuais e transexuais presentou unha denuncia contra o Sr. Becali e o FC Steaua por violación do principio de igualdade de tratamento en materia de contratación de persoal.
- d) O Consello Nacional contra a Discriminación considerou, para o que interesa, que a situación do litixio principal non entraba no ámbito de aplicación dunha posible relación laboral, porque as declaracións do Sr. Becali non podían considerarse pronunciadas por un empresario ou polo seu representante legal, nin por alguén encargado da contratación de persoal, aínda cando o Sr. Becali tivese a condición de accionista do FC Steaua.
- e) A pesar diso, entendeu que esas declaracións eran constitutivas de discriminación en forma de acoso e sancionouno cunha amoestación, única sanción posible naquel momento de acordo coa lexislación nacional romanesa.
- f) A decisión foi recorrida por ACCEPT ante a Curtea de Apel București (Tribunal de Apelación de Bucarest), que formula ao TXUE as cuestións prexudiciais seguintes: primeira, se os «feitos que permiten presumir a existencia de discriminación» poden emanar de quen, sen dispor xuridicamente da capacidade para vincular un club de fútbol ou representalo en materia de contratación de persoal, se presenta a si mesmo e é percibido nos medios de comunicación e na sociedade como o principal directivo do devandito club; segunda, se nos «feitos que permiten presumir a existencia de discriminación» baseada na orientación sexual na contratación de xogadores por un club de fútbol profesional, a carga da proba tal como está modificada no artigo 10.1 da

Directiva 2000/78 pode ou non levar a esixir unha proba imposible de achegar sen violar o dereito de respecto á vida privada; e, finalmente, se, cando se constata a existencia de discriminación baseada na orientación sexual, é posible acordar unha amoestación, ao teren prescrito os feitos, ou iso implica que tal discriminación non se sanciona en condicións de fondo e de procedemento que confiran á sanción carácter efectivo, proporcionado e disuasorio.

2. As tres cuestións son resoltas polo TXUE, que vén afondar no que xa apuntara con anterioridade<sup>2</sup>, porque se deixara no aire a cuestión concernente ás declaracións, actuacións ou comportamentos discriminatorios provenientes de quen non está legalmente facultado para vincular a sociedade que contrata o persoal, mais que, dada a súa estreita relación coa dita sociedade, podería influír de xeito determinante na decisión desta ou, cando menos, podería ser percibido como alguén que o podería facer.

De entrada, o órgano xudicial aclara que non valora a existencia ou non de discriminación baseada na orientación sexual, porque non axuíza o fondo do litixio principal, onde se formula a cuestión prexudicial<sup>3</sup> e, despois, lembra a inversión da carga da proba nas discriminacións, tendo en conta que, segundo di, a apreciación duns feitos que permiten presumir a existencia de discriminación corresponde aos órganos xudiciais nacionais ou outros órganos competentes, de acordo co dereito nacional ou coas prácticas nacionais<sup>4</sup>, mais –conforme o mecanismo do artigo 10, epígrafe 1, da Directiva 2000/78/CE– se tales feitos se acreditan, corresponderá á parte demandada, nun segundo momento, demostrar ante tal órgano xurisdiccional que, a pesar desa aparencia de discriminación, non houbo violación do principio de igualdade de tratamento no sentido do artigo 2, epígrafe 1, da mesma directiva.

---

<sup>2</sup> Cfr. a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 10 de xullo de 2008, asunto Feryn (C-54/07, Rec. p. I-5187).

<sup>3</sup> Véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 30 de marzo de 2006, asunto Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941, epígrafe 69). O motivo é que en virtude do artigo 267 do Tratado de funcionamento da UE, o TXUE non é competente para apreciar os feitos do asunto principal nin para aplicar a medidas ou a situacións nacionais as normas que interpretara, xa que tales cuestións son competencia exclusiva dos órganos xurisdiccionais nacionais.

<sup>4</sup> Véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 19 de abril de 2012, asunto Meister (C-415/10, Rec. p. I-0000, epígrafe 37).

Pois ben, neste ámbito non inflúe a circunstancia, sinalada no marco do procedemento principal, de que o sistema para contratar futbolistas profesionais non se basee nunha oferta pública nin nunha negociación directa logo dun proceso de selección que presupón a presentación de candidaturas e unha preselección destas en función do interese que presenten para o empregador. En efecto, segundo xurisprudencia consolidada do TXUE, por mor dos obxectivos da UE, a práctica do deporte só está regulada polo seu dereito na medida en que constitúa unha actividade económica<sup>5</sup> e tal é o caso da actividade de xogadores de fútbol profesionais ou semiprofesionais, posto que estes exercen unha actividade por conta allea ou efectúan prestacións de servizos retribuídas<sup>6</sup>. Resolto isto, chégase á solución que só implica levar ás súas consecuencias derivadas a citada sentenza *Feryn*, posto que non é imprescindible que o/a autor/a das declaracións discriminatorias teña a capacidade para definir a política de contratación ou para vincular ou representar o club de fútbol; é máis, chégase a afirmar –nunha choscadela á globalización– que «a percepción do público ou dos medios de que se trata poden constituír indicios pertinentes para a apreciación global das declaracións controvertidas no litixio principal»<sup>7</sup>. Todo o cal leva o TXUE a unha resposta afirmativa á primeira das cuestións prexudiciais.

**3.** No que atinxe á segunda cuestión, parte xa se adiantou na alínea anterior, porque se reitera a doutrina da inversión da proba: acreditado un indicio de discriminación (presunción), invértese a carga da proba e corresponderá ao que sostén que non a demostrou. Isto é evidente no dereito español, dado que «o dereito consagrado no art. 24.1 da CE non só se satisfai mediante a actuación de xuíces e tribunais, senón tamén a través da garantía de indemnidade, o cal significa que do exercicio da acción xudicial ou dos actos preparatorios ou previos a este non poden seguirse consecuencias prexudiciais no ámbito das relacións públicas ou privadas para

---

<sup>5</sup> Véxanse, en particular, as sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 14 de xullo de 1976, asunto Donà (13/76, Rec. p. 1333, epígrafe 12); e do 16 de marzo de 2010, asunto Olympique Lyonnais (C-325/08, Rec. p. I-2177, epígrafe 27).

<sup>6</sup> Cfr. Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 15 de decembro de 1995, asunto Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, epígrafe 73).

<sup>7</sup> Cfr. Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 25 de abril de 2013 (C-81/12, epígrafe 51).

a persoa que os protagoniza»<sup>8</sup>; ao que pode engadirse que o Convenio 158 da Organización Internacional do Traballo no seu artigo 5.c) dispón que non poderá darse por rematada a relación de traballo por ter presentado unha queixa ou un procedemento contra o empregador por vulneracións legais, mesmo as supostas ou que non poidan ser comprobadas finalmente<sup>9</sup>. De aí que nos casos de alegada discriminación ou vulneración de dereitos fundamentais, acreditada esta de forma indiciaria, se inverte a carga da proba<sup>10</sup>. Porén, ese indicio «non consiste na mera alegación da vulneración constitucional, senón que debe permitir deducir a posibilidade da lesión»<sup>11</sup>. E «terán aptitude probatoria tanto os feitos que sexan claramente indicativos da probabilidade da lesión do dereito substantivo como aqueles que, a pesar de non xeraren unha conexión tan patente e resultar por tanto máis facilmente neutralizables, sexan, no entanto, de entidade suficiente para abrir razoablemente a hipótese da vulneración do dereito fundamental. Isto é, noutras palabras, son admisibles diversos resultados de intensidade na achega da proba que concirne á parte actora, pero deberá superarse inescusablemente o limiar mínimo daquela conexión necesaria, pois doutro modo, se se funda a demanda en alegacións simplemente retóricas ou falta a acreditación de elementos cardinais para que a conexión mesma poida distinguirse, facendo verosímil a inferencia, non se poderá pretender o desprazamento do *onus probandi* ao demandado»<sup>12</sup>.

4. Finalmente, polo que se refire á última cuestión prexudicial, relativa á sanción, o Tribunal reitera a necesidade de que as lexislacións dos estados membro fagan efectiva a igualdade e a proscripción da discriminación, neste caso, debida á orientación sexual, ao afirmar rotundamente –en relación coa amoestación que se impuxo ao club de fútbol pola actuación do que se cualifica como «patrón»– que «en ningún caso pode considerarse compatible coa execución correcta e eficaz da

---

<sup>8</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Constitucional 54/1995, do 24 de febreiro, F. 3; 55/2004, do 19 de abril, F. 2; 87/2004, do 10 de maio, F. 2; e 138/2006, do 8 de maio, F. 5.

<sup>9</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Constitucional 14/1993, do 18 de xaneiro, F. 2; e 54/1995, do 24 de febreiro, F. 3.

<sup>10</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Constitucional 114/2002, do 20 de maio; 5/2003, do 20 de xaneiro, F. 6; 38/2005, do 28 de febreiro, F. 3; 342/2006, do 11 de decembro, F. 4; e 74/2008, do 23 de xuño F. 2.

<sup>11</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Constitucional 30/2002, do 11 de febreiro, F. 5; 41/2002, do 25 de febreiro, F. 3; 48/2002, do 25 de febreiro F. 5; 84/2002, do 22 de abril F. 3, 4 e 5; 5/2003, do 20 de xaneiro; 617/2003, do 30 de xaneiro; 151/2004, do 20 de setembro; e 326/2005, do 12 de decembro, F. 6.

<sup>12</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal Constitucional 17/2003, do 30 de xaneiro; e 151/2004, do 20 de setembro.

Directiva 2000/78 unha sanción meramente simbólica»<sup>13</sup>. Ora ben, iso non quere dicir que a sanción deba ser necesariamente económica, posto que o simple feito de que unha sanción non o sexa esencialmente, non significa de xeito necesario que teña aquel carácter simbólico. Noutras palabras, unha cousa é a sanción inocua e outra é que as partes que non teñan contido económico o sexan, porque –en caso de carecer del– se van acompañadas do grao de publicidade adecuado, non resultan inanes do todo, dado que, deste xeito e no marco de posibles accións de responsabilidade civil, facilitarán a proba dunha discriminación no sentido da citada directiva para esixila. O Alto Tribunal considera que a sanción nos supostos de discriminación no emprego e na ocupación, debida á orientación sexual (ou a calquera outra circunstancia protexida pola Directiva 2000/78/CE), debe ter carácter efectivo, proporcionado e disuasorio, porque en caso contrario se vulneraría o dereito comunitario.

5. Esta sentenza do TXUE supón un impulso ás políticas de persecución da discriminación en todos os ámbitos, incluído o do fútbol profesional, que o sitúa tamén –a pesar da percepción popular– dentro das regras de xogo. Ademais, corta de raíz tanto as declaracións en roldas de prensa ou doutro tipo como as medidas mornas –indulxentes ou, directamente, comprensivas– que poidan ser concibidas polas lexislacións nacionais para desactivar aquel obxectivo, tendo en conta que o réxime de sancións establecido para transpor o artigo 17 da Directiva 2000/78/CE no ordenamento xurídico interno dun estado membro debe garantir –de acordo coa doutrina do TXUE– «unha protección xurídica efectiva e eficaz dos dereitos que se derivan dela<sup>14</sup> (...) A gravidade das sancións deberá adecuarse á gravidade das infraccións que castigan, garantindo, en particular, un efecto realmente disuasorio<sup>15</sup>, respectando o principio xeral de proporcionalidade»<sup>16 17</sup>. En definitiva, o órgano

---

<sup>13</sup> Cfr. ap. 64 da sentenza comentada.

<sup>14</sup> Véxase a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 22 de abril de 1997, asunto Draehmpaehl, (C-180/95, Rec. p. I-2195, apartados 24, 39 e 40).

<sup>15</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 8 de xuño de 1994, asunto Comisión/ Reino Unido (C-383/92, Rec. p. I-2479, epígrafe 42); e 22 de abril de 1997, asunto Draehmpaehl (epígrafe 40).

<sup>16</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 6 de novembro de 2003, asunto Lindqvist (C-101/01, Rec. p. I-12971, apartados 87 e 88), e do 5 de xullo de 2007, asunto Ntioniok e Pikoulas (C-430/05, Rec. p. I-5835, epígrafe 53).

<sup>17</sup> Cfr. ap. 63 da sentenza comentada.



xurisdiccional nacional está obrigado, ao aplicar o seu dereito nacional, a interpretalo na medida do posible á luz da letra e da finalidade da directiva para acadar o resultado que esta persegue<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Véxanse as sentenzas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 10 de abril de 1984, asunto von Colson e Kamann (14/83, Rec. p. 1891, apartados 26 e 28); 13 de novembro de 1990, asunto Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135, epígrafe 8); 10 de marzo de 2005, asunto Nikoloudi (C-196/02, Rec. p. I-1789, epígrafe 73); e 28 de xaneiro de 2010, asunto Uniplex (UK) (C-406/08, Rec. p. I-817, apartados 45 e 46).