

LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. BREVE COMPARACIÓN CON LA LABOR DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

DRA. Susana Sanz Caballero

Catedrática de derecho internacional público UCH CEU; Juez ad hoc del TEDH

RESUMEN

El trabajo presenta las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) relevantes en materia de no discriminación, especialmente el artículo 14 CEDH y el Protocolo 12, explicando el test que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para determinar si ha habido discriminación en un asunto. Seguidamente, el trabajo define los conceptos de discriminación directa e indirecta y compara el modo en que el TEDH y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) enfocan estos dos tipos de discriminación.

INTRODUCCIÓN

El principio de no discriminación resulta clave para poder disfrutar de todos los derechos humanos. Sin embargo, tratar los principios de igualdad y de no discriminación no es fácil, son conceptos muy elusivos y complejos y siempre es un reto enfrentarse a ellos.

A lo largo de las siguientes páginas: 1) se presentarán las disposiciones del CEDH relevantes en materia de no discriminación, 2) se explicará el test que aplica el TEDH para determinar si ha habido discriminación en un asunto y 3) se comparará el modo de enfrentar la jurisprudencia en esta área de TEDH y TJUE.

LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL SISTEMA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (CEDH)

Para dar un panorama completo del principio de no discriminación en el CEDH es necesario hacer referencia en primer lugar al art. 14 CEDH y en segundo lugar al Protocolo 12 CEDH sobre el principio de no discriminación¹.

¹ Para exponer todas las referencias del sistema del CEDH al principio de igualdad, conviene tener en cuenta también el Protocolo 7 en su artículo 5 que contiene un derecho especial de igualdad en materia matrimonial, esto es, en relaciones de carácter privado y en las relaciones con sus hijos y tanto mientras esté constante el matrimonio como si este se disuelve.

1. Caracteres del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

El CEDH no contiene una cláusula general de igualdad sino solo una disposición que prohíbe la discriminación, entendiendo ésta como dar un tratamiento diferenciado a dos personas cuando sus circunstancias son similares, o viceversa, dar el mismo tratamiento a personas cuyas circunstancias difieran, y en ambos casos sin justificación. La base principal de trabajo para el TEDH en este ámbito es el art. 14 del CEDH, una disposición que, a diferencia de lo que ocurre con los demás artículos que reconocen derechos en el CEDH, no tiene una existencia independiente². Por el contrario, tiene un carácter auxiliar porque enuncia el derecho a no ser discriminado pero solo para el goce “de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio”.

El propio TEDH ha sido extremadamente claro y siempre ha dicho que el art. 14 complementa otras disposiciones normativas del CEDH y no prohíbe la discriminación como tal sino solo la discriminación en el disfrute de los demás derechos del CEDH, de los que depende. De alguna manera, el artículo 14 es parte integrante de los otros derechos del CEDH. O, como han indicado McCrudden y Prechal: el artículo 14 esencialmente protege los otros derechos humanos del CEDH³. Esto a efectos prácticos se traduce en que no prosperará una demanda ante el TEDH si la víctima solo invoca el art. 14, o sea, si indica simplemente “he sido discriminada”, porque será inadmitida. Tendrá que añadir que ha sido discriminada en su derecho a la vida (art. 2), o en su derecho a un juicio justo (art. 6), o en su derecho a la libertad de expresión (art. 10), o en su derecho a la propiedad (art. 1 Prot. 1), etc. Los Estados parte en el CEDH deben abstenerse de garantizar los derechos del Convenio de forma discriminatoria, razón por la que se califica al artículo 14 como un artículo de segunda⁴ o, como dice el TEDH, un precepto “accesorio”. Pero que se configure como un artículo conexo, accesorio o auxiliar no significa que necesariamente su aplicación tenga que llevar aparejada la violación del otro artículo del CEDH junto con el que se invoca. En este sentido, aunque parezca paradójico, tiene una existencia autónoma y el TEDH puede declarar su competencia para dar curso a una demanda derivada del artículo 14 en relación con otro derecho del CEDH, que llamaremos derecho sustantivo, incluso si el TEDH determina que ese derecho sustantivo no ha sido violado.

Como indica el TEDH: “El tribunal reitera que el art. 14 CEDH protege a las personas que se encuentran en una situación similar de ser tratadas de un modo distinto sin justificación en el goce de sus derechos y libertades. Esta disposición no tiene existencia independiente ya que solo tiene efecto en relación con los derechos y libertades

² Grief, N.: “Non-discrimination under the European convention on human rights: a critique of the U.K. government’s refusal to sign and ratify Protocol 12”, *European Law Review*, 27, pp. 3-18, p. 3.

³ McCrudden, C. y Prechal, S.: *The concepts of equality and non-discrimination in Europe: A practical approach*, 2019, European Commission, p. 21.

⁴ Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G.: “Prohibición de discriminación”, en *Temas Laborales*, 2018, nº 145, pp. 327-370.

protegidos por otra disposición sustantiva del convenio o de sus protocolos. Sin embargo, la aplicación del art. 14 no presupone una violación de una o más de esas disposiciones y en ese sentido es autónoma. Para que el art. 14 sea aplicable, basta con que los hechos del caso entren en el ámbito de otra disposición sustantiva del convenio o de sus protocolos⁵. O, a *contrario sensu*, “aunque la aplicación del art. 14 no presupone la violación de otro de los derechos del CEDH no hay tampoco razón para su aplicación si los hechos no entran dentro del ámbito de uno o más de esos derechos del CEDH”⁶.

Esta relativa autonomía del art. 14 ha llevado al TEDH a usar distintas metodologías cuando enfoca un caso: Hay ocasiones en las que el TEDH en un principio estudia si ha habido violación de ambos derechos de manera conjunta, o sea, del art. 14 en conexión con el otro derecho invocado. En este supuesto o bien después renuncia a estudiar si hay violación del derecho sustantivo aisladamente o bien luego estudia si también, o si al menos, hay violación del derecho principal de modo separado.

En cambio, otras veces el TEDH lo que hace desde el principio es estudiar si se ha violado o no el artículo sustantivo del CEDH invocado por separado y después analiza (o no) si se violó el 14 en relación con ese artículo principal. En este segundo supuesto, en ocasiones ha considerado que no existía violación del derecho principal pero sí del art. 14 en relación con ese mismo derecho, como ocurrió en *Sommerfeld/Alemania*⁷, sobre la negativa de las autoridades a conceder a un padre soltero derechos de visita sobre su hijo. En este asunto el TEDH no vio violación del art. 8, es decir, la ausencia de derechos de visita no violaba su derecho a la vida familiar tomado aisladamente, pero sí vio después violación del art. 14 en relación con el art. 8 por la diferencia de trato que había entre padres solteros y padres divorciados a la hora de garantizar el acceso a los hijos. Pero también en este segundo supuesto, otras veces el TEDH renuncia a estudiar si se violó el art. 14 y analiza solamente la eventual violación del derecho principal, como ocurrió en el caso *Dudgeon/Reino Unido*⁸ sobre la penalización de las relaciones homosexuales entre adultos, donde vio violación del art. 8 separadamente y no consideró necesario estudiar si había violación del art. 14 en conexión con el artículo 8.

Para que el art. 14 sea aplicable es suficiente con que los hechos entren dentro del ámbito de un artículo del CEDH en sentido amplio ya que el ámbito de aplicación del art. 14 no se reduce al ámbito de aplicación material de la cláusula sustantiva en cuestión. El TEDH hace una interpretación amplia del alcance de los derechos del CEDH porque considera que para que se aplique el art. 14 basta que los antecedentes tengan relación con cuestiones relacionadas con los derechos del CEDH. Por tanto, el TEDH puede

⁵ TEDH: *Sidabras y Dziutas/Lituania*, demandas 55480/00 et 59330/00 de 27 de julio de 2004, pág. 38.

⁶ TEDH: *Karlheinz Schmidt/Alemania*, demanda 13580/88 de 18 de julio de 1994, pág. 22.

⁷ TEDH: *Sommerfeld/Alemania*, demanda 31871/96 de 8 de julio de 2003.

⁸ TEDH: *Dudgeon/Reino Unido*, demanda 7525/76 de 22 de octubre de 1981.

conocer reclamaciones por violación del art. 14 simplemente con que se plantee una cuestión de discriminación relacionada con una de las áreas cubiertas por un derecho reconocido en el CEDH⁹.

Así, una reclamación por discriminación entrará dentro del alcance de un determinado derecho sustantivo, aunque el caso no esté relacionado con un aspecto concreto reconocido por el CEDH, bastando que el asunto esté relacionado en términos generales con cuestiones protegidas por el Convenio. Si tomamos como ejemplo una disposición sustantiva del CEDH como el artículo 8, este artículo reconoce el derecho al goce de la vida privada y familiar pero no habla del derecho de una persona a adoptar, ni tampoco del derecho a disfrutar de baja de paternidad. Sin embargo, el TEDH ha estimado su competencia para estudiar casos sobre adopción y también casos sobre bajas de paternidad. Y lo ha hecho desde la perspectiva del artículo 14, en asuntos que ha estimado que involucraban al artículo 14 combinado con el art. 8. Lo que el TEDH ha hecho en estos asuntos es que ha estimado que, si un Estado va más allá de sus obligaciones *ex art. 8 CEDH* y garantiza por ejemplo el derecho de adoptar (que es un derecho que no está en el CEDH) a personas solteras como lo hacía Francia o si un Estado, sin estar obligado a ello, garantiza el derecho a disfrutar de baja de maternidad (derecho que tampoco está en el CEDH) como hacía Rusia, eso *per se* permite al Tribunal estudiar si es justo que ese Estado rehúse garantizar ese mismo derecho a adoptar a personas solteras homosexuales, o que rehúse garantizar esa misma baja a un padre que además, era el único progenitor¹⁰, es decir, le permite estudiar si el Estado aplica ese derecho o esa baja de modo justo o de modo discriminatorio.

Del mismo modo, aunque el derecho al agua potable no aparece como tal en ningún artículo del CEDH, el TEDH lo estudió por su cercanía con el art. 3, que incluye el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes, y también al art. 8, debido a la posible discriminación hacia la población gitana que se producía en el acceso a la red de agua y de saneamiento, es decir, por discriminación por razón de origen étnico en el caso *Hudorovic y otros/Eslovenia*¹¹.

En el mismo sentido, también el TEDH entendió que, aunque el CEDH no incluye el derecho a una pensión de jubilación, dado que el Reino Unido y también Ucrania, garantizaban el derecho a cobrar una pensión de retiro, el art. 14 en conexión con el derecho de propiedad del Protocolo 1 daban título al Tribunal para estudiar si el Estado había discriminado al revisar al alza las pensiones a los jubilados residentes en esos dos Estados, pero no a los que residían en el extranjero. Esto ocurrió en el caso *Carson y otros/Reino Unido* de 2010¹² y en el caso *Pichkur/Ucrania*¹³. En ambos, el TEDH indica que

⁹ FRA: Manual de legislación europea contra la discriminación, 2018, p. 31.

¹⁰ TEDH: *E.B./Francia* de 2008, pár. 43 y *Konstantin Markin/Rusia*, 2012, pár. 130.

¹¹ TEDH: *Hudorovič and others v. Slovenia*, demandas 24816/14 and 25140/14, 7 de marzo de 2020

¹² TEDH: *Carson y otros/Reino Unido*, demanda 42184/05 de 16 de marzo de 2010.

la prohibición de discriminación del artículo 14 se extiende más allá del disfrute de los derechos y libertades que el Convenio y los protocolos exigen garantizar a los Estados parte del CEDH, aplicándose también a derechos adicionales que entren dentro del ámbito general de cualquier artículo del convenio: *"It applies [article 14] also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide"* (par. 63, caso *Carson*).

Así, para que se pueda aplicar el artículo 14 basta con que los hechos entren dentro del ámbito de uno o más derechos del CEDH. Una discriminación en un derecho que, estrictamente hablando, no esté en el CEDH podría acabar siendo analizada por el TEDH y el derecho podría acabar siendo protegido colateralmente por su cercanía con otros derechos que sí lo estén¹⁴, es decir, por su relación en términos generales con cuestiones protegidas en el CEDH en situaciones que puedan resultar discriminatorias¹⁵. La conclusión clara es que ese otro artículo del CEDH que necesariamente habrá que citar para poder alegar el art. 14, funciona más bien como la llave que abre la puerta para poder aplicar la garantía anti-discriminación del CEDH.

Además, el TEDH ha reconocido un efecto horizontal al art. 14 porque también lo aplica a situaciones privadas, por ejemplo, cuando un contrato o un testamento son discriminatorios. Así, entendió que el Estado era responsable por faltar a sus obligaciones positivas ex art 8 en relación con el artículo 14 al permitir la existencia de un testamento en el que el padre excluía a sus hijos adoptivos de la sucesión (*Pla y Puncernau/Andorra*)¹⁶ o al permitir a una empresa discriminar a los trabajadores que se sindicaban (*Danilenkov y otros/Rusia*)¹⁷. Por tanto, tiene un efecto directo horizontal.

Lo que sí que es cierto es que el TEDH exige que la discriminación se produzca en relación con los criterios mencionados en el art. 14 - sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Así, aunque esos criterios no sean un *numerus clausus* y por tanto quepan más que los mencionados en el propio artículo 14 (como de hecho implica la coetilla final de "o cualquier otra situación"), el TEDH sí establece que cualquier diferencia de trato se debe basar en características identificables, objetivas o personales o en situaciones por las que las personas o grupos de personas sean distinguibles de otras¹⁸.

2. Caracteres del Protocolo 12 CEDH

¹³ TEDH: *Pichkur/Ucrania*, demanda 10447/06 de 7 de noviembre de 2013.

¹⁴ Deop Madinateitia, X: "De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: El Protocolo adicional nº 12 al CEDH", en *SYIL*, 2000, nº 16, p. 369.

¹⁵ Al Hasani Maturano, A.: "La prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH: ¿mera declaración de principios o norma imperativa?", en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 2020, p. 9.

¹⁶ TEDH: *Pla y Puncernau/Andorra*, demanda 69498/01 de 13 de julio de 2004, pár. 59

¹⁷ TEDH: *Danilenkov y otros/Rusia*, demanda 67336/01, de 30 de julio de 2009.

¹⁸ TEDH: *Cliff/Reino Unido*, demanda 7205/07, de 13 de julio de 2010, pár. 55.

Consciente de las limitaciones del art. 14, el Protocolo 12 del CEDH de 4 de noviembre de 2000 establece (este ya sí) una exigencia general en su art. 1¹⁹. Parafraseando el primer párrafo del artículo 1 del Protocolo, el goce de todos los derechos reconocidos *por la ley* ha de ser asegurado sin discriminación alguna, es decir, toda persona debe recibir un trato igual ante la ley y toda la legislación debe ser aplicada a todas las personas que están bajo la jurisdicción del Estado sin discriminación. Por tanto, el Protocolo 12 establece un *freestanding right*, que no necesita apoyarse en ningún otro derecho del CEDH para ser invocado, asegurando que nadie será objeto de discriminación por ninguna causa ni por ninguna autoridad.

Pero el Protocolo 12 tampoco consagra el principio de igualdad como tal o en sí. Lo que hace es que prohíbe la discriminación de modo general, pero sin el límite de que se tenga que basar solo en los derechos garantizados por el CEDH o por sus protocolos. En este sentido, el Protocolo 12 mejora la protección respecto al art. 14 porque en su primer párrafo permite alegar discriminación en relación a cualquier derecho reconocido por la ley, es decir, cualquier derecho reconocido por la legislación yendo su segundo párrafo incluso más lejos al disponer que nadie puede ser objeto de discriminación a manos de una autoridad pública. Este artículo consagra un derecho autónomo a no sufrir discriminación.

Pero de todas formas también hay grandes similitudes entre el art. 14 y el Protocolo 12, como recuerda el TEDH en el párrafo 27 del caso *Zornic/Bosnia-Herzegovina*: “*The Court further reiterates that the same term “discrimination” from Article 14 was used in Article 1 of Protocol No. 12 as well. Notwithstanding the difference in scope between those provisions, the meaning of this term in Article 1 of Protocol No. 12 was intended to be identical to that in Article 14*”²⁰. De hecho, resulta interesante mencionar que el Protocolo reproduce, uno por uno, los mismos motivos de discriminación prohibidos del artículo 14, es decir, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Llamativamente el Protocolo, pese a ser de 2000, no añade nuevas causas prohibidas de discriminación a las que la sociedad actual es muy sensible, como podría ser la orientación sexual, la identidad de género, la discapacidad o la edad. ¿Significa eso que no se puedan alegar ante el TEDH? Por supuesto que sí que se pueden invocar, porque el listado no es un *numerus clausus* y, de hecho, ambas disposiciones terminan con la cláusula abierta de que está prohibida la discriminación

¹⁹ “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”.

²⁰ TEDH: *Zornic/Bosnia-Herzegovina* demanda 3681/06 de 15 de julio de 2014.

por “cualquier otra situación”²¹. Es más, la generosidad del TEDH al interpretar el ámbito de aplicación del art. 14 CEDH entendiéndolo que casi cualquier hecho tiene algún tipo de conexión con algún derecho del Convenio, permite que el escrutinio del TEDH (incluso sobre aquellos Estados que no han ratificado el Protocolo 12) sea bastante estricto en relación a la prohibición de no discriminar.

Por lo demás, obviamente el Protocolo 12 amplía la protección. Y así, el 4 de noviembre de 2000 el Consejo de Europa publicó un informe explicativo sobre el mismo. En él aclara las 4 situaciones a las que se aplica la protección de este artículo, es decir, hasta dónde alcanza la protección cuando una persona es discriminada:

- en el disfrute de todo derecho otorgado específicamente a un individuo por el derecho nacional
- en el disfrute de todo derecho derivado de obligaciones claras que tengan las autoridades públicas según el derecho nacional, es decir, cuando las autoridades estén obligadas por el derecho nacional a conducirse de una determinada manera
- por las autoridades públicas en el ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, a la hora de otorgar ciertas subvenciones)
- por cualquier otro acto u omisión de las autoridades públicas (por ejemplo, el comportamiento de los responsables de la aplicación de leyes para sofocar disturbios).

Evidentemente, el Protocolo conlleva claras obligaciones positivas para las autoridades, incluso a la hora de evitar discriminaciones provocadas por particulares.

EL TEST DE IGUALDAD DEL TEDH

Como ha indicado el TEDH, no siempre una diferencia de trato va a ser discriminatoria. De hecho, hay un margen de apreciación para los Estados que puede ser mayor o menor según sean las circunstancias, el tipo de discriminación reportado y el grado de consenso que suscite esa materia entre los Estados parte del CEDH²². Cuanta más diversidad de opiniones haya a nivel europeo en una cuestión, más margen de apreciación tendrá el Estado para decidir, porque se considera que las autoridades del Estado están mejor posicionadas que los jueces del TEDH para saber lo que más conviene en ese territorio. En cambio, cuanto más consenso haya en un ámbito (y por ejemplo en materia de igualdad de género o de discriminación racial hay mucho

²¹ Aunque esa situación, como hemos dicho, tenga que ser objetiva e identificable o personales o en situaciones por las que las personas o grupos de personas sean distinguibles de otras.

²² TEDH: *Stubbings/Reino Unido*, demanda 22083/93 de 22 de octubre de 1996.

consenso tras décadas de lucha), menos margen de apreciación tendrá el Estado y mucho más estrictamente tendrán que justificarse las diferencias de trato, que constituirán una discriminación si no responden a un objetivo razonable y no son proporcionales. En cambio, por ejemplo, el margen de apreciación suele ser muy amplio para los Estados a la hora de determinar el interés público en materia socioeconómica y de tomar medidas en este campo, como indicó el TEDH en el asunto *Manzanas Martín* sobre cotizaciones a la seguridad social: *“Del mismo modo, se reconoce un amplio margen de apreciación al Estado para tomar medidas de carácter general en materia económica o social. Gracias al conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran, en principio, en mejor posición que el juez internacional para determinar cuál es el interés público en materia económica o en materia social. El Tribunal respeta, en principio, la manera en que el Estado define las exigencias del interés público, salvo si su decisión se revela “manifiestamente carente de un fundamento razonable”²³.*

Por tanto, las diferencias de trato no están prohibidas como tales. Lo que está prohibido es que no estén justificadas²⁴. Para saber si una diferencia de trato a personas situadas en situación análoga es realmente discriminatoria hay que tener en cuenta que lo serán solo las que estén desprovistas de una justificación objetiva y razonable. Como ha aclarado el TEDH en el párrafo 26 de la sentencia *Zornic*: *“Discrimination means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in similar situations. “No objective and reasonable justification” means that the distinction in issue does not pursue a “legitimate aim” or that there is not a “reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”...The scope of a Contracting Party’s margin of appreciation in this sphere will vary according to the circumstances, the subject matter and the background”.*

El TEDH ha ideado un test de igualdad muy completo para comprobar si ha habido o no violación del principio de no discriminación que se basa en responder a varias preguntas:

1. ¿Ha habido una diferencia de trato entre personas que estaban en un situación análoga o comparable (o no se ha dado el trato diferenciado exigible a personas que estaban en situaciones sensiblemente distintas)?
2. Si la respuesta es sí a la primera proposición (o no a la segunda), ¿la diferencia de trato (o la ausencia de un trato diferenciado): ¿tenía un fin legítimo?
3. Si la respuesta a lo anterior es sí, ¿existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se quiere alcanzar?

²³ TEDH: *Manzanas Martín/España*, demanda 17966/10, de 3 de abril de 2012, p. 51.

²⁴ Petersen, N.: “The principle of non-discrimination in the European Convention of Human Rights and in EU fundamental rights law”, *Contemporary Issues in Human Rights Law*, Nukanishi, Y. (ed.), 2018, p. 1.

El caso Santos Couto resume los requisitos de este test: “Une telle distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. L'étendue de cette marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte²⁵.”

Brevemente sobre estos requisitos:

--El primero es comprobar que no se ha cumplido la exigencia de tratar de modo igual a los iguales o de modo desigual a los desiguales. Para ello hay que tener un elemento de comparación con otra persona o grupo. Y esas personas deben estar en situaciones análogas o comparables. Obviamente ese análisis será específico y tendrá que hacerse dentro del contexto del caso. Esa supuesta discriminación podrá provenir de actos públicos o privados. Por ejemplo, al TEDH se le han hecho llegar casos de trato diferenciado en:

- El derecho a heredar, con una diferencia de trato entre hijos adulterinos y matrimoniales porque los primeros solo podían recibir la mitad de los bienes (*Fabris/Francia*)²⁶.
- El derecho de adopción, con una diferencia de trato entre personas solteras que querían adoptar según fueran heterosexuales u homosexuales (*E.B./Francia*)²⁷.
- El derecho a subrogarse en el contrato de alquiler de la pareja fallecida, donde había una diferencia de trato si habías estado casado o hubieses sido pareja de hecho registrada (cosa que solo podía ocurrir con heterosexuales) y las parejas homosexuales a las que se les negaba el matrimonio y el registro como pareja (*Kozak/Polonia*)²⁸.
- El derecho de residencia permanente en el país, negado a los extranjeros seropositivos en Rusia (*Novruk y otros/Rusia*)²⁹.
- El derecho al matrimonio, negado a los transexuales que querían casarse con alguien de su mismo sexo cromosómico pero distinto sexo aparente (*Goodwin/Reino Unido*)³⁰.

²⁵ TEDH: *Santos Couso/Portugal*, demanda no 31874/07 de 21 de septiembre de 2010, pár. 37.

²⁶ TEDH: *Fabris/Francia*, demanda 16574/08, 7 de febrero de 2013.

²⁷ TEDH: *E.B./Francia*, demanda 43546/02 de 22 de enero de 2008.

²⁸ TEDH: *Kozak/Polonia*, demanda 13102/02 de 2 de marzo de 2010.

²⁹ TEDH: *Novruk y otros/Rusia*, demandas 31039/11, 48511/11, 76810/12, de 15 de marzo de 2016.

³⁰ TEDH: *Goodwin e l/Reino Unido*, demanda 28957/95 de 11 de julio de 2002.

- El derecho a la custodia de los hijos de divorciados, que diferenciaba entre progenitores Testigos de Jehová y los de la confesión mayoritaria del país (*Hoffmann/Austria*³¹).

Pero el hecho de que el TEDH detecte la diferencia de trato no significa que haya violación del CEDH aún. Diferencias de trato puede haber muchas absolutamente justificadas: por ejemplo, que un alto cargo cobre más que un asalariado no cualificado, que un persona con discapacidad disfrute de una prestación social y no quien no la padece, que un menor de edad no pueda alistarse en el ejército pero un adulto sí, que solo los niños tengan garantizado el derecho a la educación, que para ejercer como dentista haya que haber estudiado odontología, que para tener una pensión de jubilación debas dejar de trabajar y tener cierta edad, que para poder conducir debas sacarte el carnet o que para poder representar en juicio a una persona tengas que ser abogado. Estamos rodeados de diferencias de trato lógicas y justificadas.

--Lo siguiente que hace el TEDH tras detectar una diferencia de trato es estudiar si persigue un fin legítimo. La cuestión a probar es si ese fin es suficientemente importante como para justificar la limitación a un derecho humano. Debe haber un vínculo entre la consecución de ese fin y la diferencia de trato o el trato igualatorio que debería haber sido diferente. De nuevo aquí el análisis es caso por caso, aunque los hay claros y clásicos como el orden público, la salud pública o la seguridad nacional. Otros que también han sido declarados por el TEDH han sido, a modo de ejemplo:

- El interés superior del niño

Este argumento se usó en *A.H. y otros/Rusia* de 17 de enero de 2017³², un caso cuyo origen está en la prohibición de la *duma rusa* a la adopción por parte de ciudadanos de EEUU, que afectó de modo retroactivo a unos ciudadanos americanos a los que ya ligaban lazos emocionales con sus futuros hijos, tras haberlos visitado y haber iniciado los trámites de adopción. El argumento ruso era que la prohibición se hacía en favor del interés superior del niño porque las adopciones internacionales eran procesos muy largos y era mejor que los niños se quedaran en el país. Sin embargo, el TEDH entendió unánimemente que subyacía al caso una tensión política y discriminación por razón de nacionalidad dado que la prohibición no se aplicaba a ciudadanos de otras nacionalidades.

- La lucha contra la pederastia

*Santos Couto/Portugal*³³ es un asunto en el que el demandante alega que Portugal le está discriminando por su condena por actividades homosexuales, que considera

³¹ TEDH: *Hoffmann/Austria*, demanda 12875/87 23 de junio de 1993.

³² TEDH: *A.H. y otros/Rusia*, demandas 6033/13, 8927/13, 10549/13 de 17 de enero de 2017.

³³ TEDH: *Santos Couto/Portugal*, demanda 31874/07 de 21 de septiembre de 2010.

discriminatoria y basada en su orientación sexual. En cambio, el TEDH no consideró violado el CEDH y estimó que no se le había tratado de modo distinto a como se trataría a un heterosexual que tuviera relaciones sexuales con menores.

– El restablecimiento de la paz

Hay dos casos en los que fue alegado el restablecimiento de la paz para tratar de modo distinto a personas en situación análoga. Los dos se refieren a Bosnia-Herzegovina y los dos tienen en su centro la Constitución de este país, que es un producto de los acuerdos internacionales de Dayton de 1995 que pusieron fin a la limpieza étnica y al conflicto de los Balcanes. El segundo asunto es consecuencia de que el Estado no enmendara su Constitución tras la primera condena.

El restablecimiento de la paz es el fin legítimo que justificó que la Constitución de Bosnia estableciera que para presentarse a las elecciones presidenciales el candidato o candidata debía ser de origen bosniaco, croata o serbio. La mención a los tres grupos étnicos en la Constitución se hizo con la mejor intención, para evitar que ninguno de ellos fuera discriminado en las decisiones que se tomaran sobre el futuro del país. Sin embargo, años después, este fin ya no pasó el filtro del test de no discriminación cuando personas con otros orígenes étnicos comprobaron que no podían concurrir a las elecciones por no pertenecer a ninguno de los tres grupos étnicos principales que se habían enfrentado durante la guerra.

En 2009 en el caso *Sejdic y Finci/Bosnia-Herzegovina*³⁴ el TEDH entiende que viola tanto el art. 14 CEDH en relación con el artículo 3 del Protocolo 1 sobre el derecho a elecciones libres, como el Protocolo 12, la imposibilidad de una persona gitana y una judía de presentarse como candidatos a la jefatura del Estado. Además, en este asunto el TEDH también entendió violado el Protocolo 12. Por un lado, el TEDH indica que si a los hechos no llega a ser aplicable el Protocolo 1 y, por tanto, hubiera sido inaplicable también el artículo 14 -que dependía del anterior-, aun así hubiese sido aplicable el Protocolo 12 porque este no tiene las restricciones del art. 14. Pero es que, por otro lado, tras comprobar que los hechos sí entran dentro del ámbito del art. 3 Protocolo 1 y por tanto, comprobar que sí es aplicable el art. 14 y tras además detectar la violación del art. 14, el TEDH concluye: *"...the notions of discrimination prohibited by Article 14 and by Article 1 of Protocol No. 12 are to be interpreted in the same manner. It follows that the constitutional provisions which render the applicants ineligible for election to the Presidency must also be considered discriminatory and a breach of Article 1 of Protocol No. 12"*.

A esta conclusión en este asunto conviene añadir un caso similar pero no totalmente igual que apela de nuevo al carácter discriminatorio de la originalmente bienintencionada disposición constitucional que permite solo a bosniacos, croatas y

³⁴ TEDH: *Sejdic y Finci/Bosnia-Herzegovina*, demandas 27996/06 y 34836/06 de 22 de diciembre de 2009, párs. 55 y 56.

serbios presentarse a la jefatura del Estado. Se trata del caso *Zornic* de 2014, presentado por una dirigente bosnia, que se niega a declarar su pertenencia a ninguno de los tres grupos étnicos constituyentes y solo se declara bosnia. Se trata de una mujer que quiere preservar la información sobre su origen para sí. Y dice ser discriminada en su acceso a la jefatura del Estado por ello.

Ante las alegaciones del Estado diciendo que la promulgación de la Constitución no fue decisión solo de Bosnia sino de la comunidad internacional, el TEDH considera que, aunque es cierto, 18 años después sí es responsabilidad de Bosnia enmendar su Constitución. Respecto al argumento del Estado demandado de que está en manos de la demandante el declararse en cualquier momento como perteneciente a uno de los tres pueblos constituyentes y así poder concurrir a las elecciones, el TEDH responde al Estado que no tiene por qué hacerlo y que además si declarara no ser de ninguno de los tres pueblos constituyentes que se enfrentaron durante la guerra, sería vetada como candidata.

De este modo, el TEDH reitera que Bosnia incumple tanto el art. 14 en relación con el art. 3 del Protocolo 1 como el Protocolo 12, pero considera innecesario estudiar si además se viola el art. 3 del Protocolo 1 de modo separado. El TEDH llega a aducir que las razones eventualmente esgrimibles por esta mujer para no hacer público su origen pueden ser muchas, incluido, por ejemplo, el que esté casada con alguien de otro grupo étnico, pero que en realidad son irrelevantes. La realidad es que es discriminada por no declararse de ninguno de los grupos privilegiados en la Constitución³⁵. Es especialmente interesante que el TEDH indique que es irrelevante cómo se clasifique a sí misma esta mujer y que priorice el resultado (que no es otro que finalmente es discriminada) por lo que el fin u objetivo que lleva a la diferencia de trato -o sea, el privilegiar a las personas pertenecientes a tres etnias concretas en las elecciones para preservar la paz- no está bien razonado según los estándares del CEDH.

--Seguidamente, el tercer punto consiste en el test de proporcionalidad: Una vez se pueda demostrar que hay un objetivo legítimo para la diferencia de trato, aún hace falta un requisito más, a saber, que la actuación haya sido proporcionada, es decir, que haya un equilibrio justo entre el interés común y el derecho en cuestión. El TEDH exige que haya una relación razonable entre los medios y el fin a conseguir. ¿Los medios usados para limitar ese derecho o esa libertad son solo los necesarios para alcanzar el objetivo? Aquí es donde el TEDH aplica la teoría del margen de apreciación, por la que considera que las autoridades nacionales en principio están en mejor lugar que el juez internacional para determinar si las diferencias entre unas situaciones que, en principio, parecen análogas, justificarían una diferencia de trato jurídico. Sin embargo, la amplitud

³⁵ "While it is not clear what the present applicant's reasons are, the Court considers them in any case irrelevant. The applicant should not be prevented from standing for elections for the House of Peoples on account of her personal self-classification" (pár. 31).

del margen de apreciación variará mucho en función de cuál sea el motivo de discriminación y el grado de consenso que haya en la sociedad sobre esa materia, y ese margen de apreciación también evoluciona con el tiempo y se adapta a la sociedad.

Por ejemplo, donde en los 80 y 90 el TEDH consideraba que el margen de apreciación en materia de trato a personas trans era muy amplio porque los Estados europeos no tenían una opinión clara ni común al respecto, con el tiempo fue cambiando de parecer, a medida que evolucionaba la sociedad y a medida que los conocimientos médicos han ido avanzando y también los conocimientos de psicología sobre la existencia de un sexo cerebral junto al físico y gonádico³⁶. La sociedad también ha evolucionado y hay hoy una mayor sensibilidad hacia el drama que sufren los transexuales, quienes sienten que viven en un cuerpo que no consideran suyo. Así, en 2002 el TEDH llegó a considerar que si un país permite el cambio de sexo pero no permite a la persona cambiar después sus documentos de identidad para hacerlos coincidir con su nuevo sexo, ni tampoco le deja casarse con alguien de su mismo sexo cromosómico, está violando el art. 14 en relación con el art. 8 (*Goodwin e I* de 2002 y *Rana/Hungría* de 2020)³⁷.

También en materia de orientación sexual, de igualdad de género e igualdad racial, el TEDH ha entendido que el margen de apreciación actual es muy limitado para los Estados porque hay mucho consenso en estos ámbitos y por tanto es fácil que, con sus decisiones diferenciando situaciones similares, los Estados estén discriminando, y que incluso aunque puedan estar buscando un fin legítimo hay riesgo de que no sea proporcional. En materia de orientación sexual, se puede citar el asunto *Beizaras y Levickas/Lituania* de 2020³⁸, sobre falta de investigación en casos de violencia contra homosexuales y discurso homófobo. El asunto se originó en los comentarios que recibió una foto en Facebook de las dos víctimas besándose y la falta de investigación de la fiscalía, que justificó los ataques y el hostigamiento que sufrieron indicando que la sociedad lituana defendía los valores de la familia tradicional, un objetivo que no es considerado suficientemente legítimo por el TEDH ni la actuación suficientemente proporcionada ni razonable.

En materia de discriminación racial también el TEDH ha indicado el estrecho margen de apreciación del que dispone Estado dado el amplio consenso europeo que existe. Hay un caso asunto dramático y abominable causado por la decapitación de un militar armenio y las heridas que sufrió otro a manos de un militar de Azerbaiján, cuando los tres asistían en Hungría a un curso de la OTAN y mientras dormían en instalaciones de

³⁶ Sobre la saga de casos en que el TEDH veía un consenso muy amplio: TEDH: *Rees/Reino Unido*, demanda 9532/81 de 17 de octubre de 1986, *Cossey/Reino Unido*, demanda 10843/84 de 27 de septiembre de 1990, *Sheffield and Horsham/Reino Unido*, demandas 22985/93 y 23390/94 de 30 de julio de 1998.

³⁷ Todo esto lo estableció en dos casos, el primero sobre un inglés y el segundo un iraní, ambos transgénero. El iraní había obtenido asilo en Hungría pero ahora Hungría no le permitía cambiar sus datos de identidad alegando que el certificado de nacimiento estaba en Irán (*Rana/Hungría* demanda 40888/17 de 16 de julio de 2020).

³⁸ TEDH: *Beizaras y Levickas/Lituania*, demanda 41288/15 de 14 de enero de 2020.

esta organización. El autor confeso de los hechos indicó que lo había hecho por odio hacia los armenios y por el conflicto que enfrenta a los dos países en Nagorno-Karabaj. Lo que más agrava las circunstancias es que Hungría extraditó al convicto a su país de origen sin exigir garantías de que seguiría encarcelado. Nada más aterrizar no solo recibió honores militares sino también el perdón presidencial. Además, fue ascendido como asistente del ministro de defensa, ensalzado, condecorado y glorificado como héroe con todo tipo de manifestaciones y declaraciones oficiales de apoyo y cariño. El TEDH consideró que había habido violación del art. 14 en relación con el 2 e indicó que: *"...no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures"*³⁹.

EL CUERPO JURÍDICO DE LA UE EN LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

En la UE lo más básico en materia de lucha contra la discriminación es la existencia del art. 2 TUE -que expresamente menciona la no discriminación y el principio de igualdad como valores de la UE-, y la existencia desde 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, obligatoria desde 2009 tras la reforma de Lisboa, que dedica todo un capítulo a la igualdad. De la Carta vale la pena comentar que solo tiene virtualidad en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE⁴⁰. Un ejemplo trágico de esto se dio en el caso *Bartsch*, en el que al TJUE no le quedó más remedio que declarar que, pese a que detectaba un comportamiento discriminatorio por razón de la edad en relación al derecho a una pensión de viudedad, no podía sancionar esa discriminación porque el fallecimiento del cónyuge había ocurrido antes de que expirara el plazo para la transposición de la directiva que, a partir del momento en que entrara en vigor, prohibiría justamente ese comportamiento, consistente en que una empresa excluía del derecho a pensión de viudedad al cónyuge supérstite que se llevara más de 15 años del trabajador fallecido⁴¹.

El artículo 20 de la Carta recuerda que todos somos iguales ante la ley. El art. 21 contiene una cláusula general de no discriminación con un *numerus apertus* de motivos pero a diferencia del art. 14 CEDH y a semejanza, en cambio, del Protocolo 12, este

³⁹ TEDH: *Makuchyan y Minasyan/Azerbaijan y Hungría*, demanda 17247/13 de 12 de octubre de 2020, pág. 210.

⁴⁰ Artículo 51. Ámbito de aplicación:

"1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del 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 y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados".

⁴¹ TJUE: c-427/06, *Birgit Bartsch/Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, de 23 de septiembre de 2008.

derecho es independiente y puede alegarse sin necesidad de depender de otro derecho de la Carta, es decir, se aplica a situaciones que no necesitan estar cubiertas por ningún otro artículo de la Carta. La Carta también introduce en su art. 22 la obligación de respetar la diversidad cultural, lingüística y religiosa y el art. 23 establece el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Los siguientes artículos del capítulo III se ocupan de proteger a colectivos especialmente vulnerables como los niños (art. 24), los mayores (art. 25) y las personas con discapacidad (art. 26).

Las directivas antidiscriminación protegen contra la discriminación racial y étnica en el acceso al mercado laboral, en el sistema de bienestar y los bienes y servicios; contra la discriminación por razón de sexo en el acceso al mercado laboral, en la seguridad social y en los bienes y servicios y protegen contra la discriminación por razón de orientación sexual, discapacidad, religión, creencias y edad pero estas últimas solo en el contexto del acceso al mercado laboral⁴².

Podríamos decir que hoy día la UE está bastante bien equipada en la lucha contra la discriminación y que, además, cuenta con la inestimable y activa actividad judicial del TJUE

LA DISTINCIÓN ENTRE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA EN LOS TRIBUNALES EUROPEOS

La discriminación directa se deriva de la necesidad de que las personas que están en una situación análoga sean tratadas de la misma manera. Discriminación directa sería tratar de manera diferente a personas que están en una situación comparable en base a una determinada característica identificable protegida. Así, la discriminación directa se produce cuando una persona recibe un trato menos favorable por alguno de los motivos protegidos, por comparación entre la supuesta víctima y otra persona que no tiene esa característica protegida pero que se encuentra en una situación similar. En cambio, en la discriminación indirecta lo que habría es una práctica, criterio, decisión o norma aparentemente neutros pero que perjudica especialmente a un grupo de personas. En la discriminación indirecta se trata igual a desiguales, siendo los criterios aparentemente objetivos pero resultando más desfavorables para una persona o grupo de personas por alguna característica concreta de esa persona o grupo. Es importante señalar que quizá el objetivo no sea discriminar y puede que ni la práctica, criterio, decisión o norma tenga mala fe, pero el resultado final perjudica desproporcionalmente

⁴² Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (5 de julio de 2006); Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (13 de diciembre de 2004); Directiva 2000/78/CE del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (27 de noviembre de 2000); Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (29 de junio de 2000).

más a un colectivo que a otro. También tratar igual lo que es diferente puede llevar a discriminación si no hay una justificación objetiva y si los medios para conseguir ese fin no son proporcionales ni adecuados.

Una diferencia entre el sistema del CEDH y el de la UE⁴³ es que en la UE es habitual la distinción entre discriminación directa e indirecta, mientras que el uso de estos vocablos es algo más ajeno al sistema del CEDH, al menos a nivel de uso de los términos. No es habitual que el TEDH emplee la terminología de discriminación directa e indirecta, aunque de la jurisprudencia del TEDH se colige que realmente sí distingue ambas pero no teoriza tanto como el TJUE a la hora de darles nombre. Lo cierto es que en ambos tribunales se ve en la práctica esa distinción entre la discriminación directa y la indirecta.

En un caso en el que se alegaba discriminación hacia las personas de origen gitano, el TEDH declaró que: "Social groups such as the Roma may need assistance in order to be able effectively to enjoy the same rights as the majority population. As the Court has stated in the context of Article 14 of the Convention, that provision not only does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct "factual inequalities" between them but, moreover, in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of Article 14"⁴⁴. El TJUE ha expresado claramente la existencia de estos dos tipos de discriminación recientemente: "According to settled case-law of the Court of Justice, the principle of non-discrimination requires that comparable situations must not be treated differently and different situations must not be treated alike unless such treatment is objectively justified"⁴⁵.

1. La discriminación directa en los tribunales europeos:

El sistema del CEDH y el sistema de la UE entienden de modo similar la discriminación directa estimándose que es cuando se trata de modo menos favorable a alguien que está en una situación comparable a partir de características similares. Por tanto, tanto en el TEDH como en el TJUE la base para identificar una discriminación directa es:

1. El trato menos favorable (por ejemplo, dar menos sueldo, denegar la entrada en un establecimiento, excluir unos hijos de la herencia, impedir una actividad...). Lo primero es comprobar la diferencia de trato.
2. Lo segundo es la referencia comparativa, es decir, hay que identificar a otra persona en situación similar pero en la que no concurra un motivo protegido -aunque hay que

⁴³ Tobler, C.: "Equality and non-discrimination under the ECHR and the EU Law", en *ZaöRV*, 2014, n. 74, p. 531.

⁴⁴ TEDH: *Hudorovič y otros/Eslovenia*, demandas 24816/14 and 25140/14, 7 de marzo de 2020, par. 142.

⁴⁵ TJUE: c- Case T-433/18, *Annemieke Bax*, residing in Frankfurt (Germany), represented by L. Levi and A. Champetier, lawyers/ European Central Bank (ECB), de 23 de septiembre de 2020, pár. 54.

decir que el TEDH suele insistir menos que el TJUE en la necesidad de encontrar un comparador real o hipotético.

3. Lo tercero es la causalidad, es decir, el nexo causal que debe producirse entre el trato menos favorable y el motivo protegido.

Ambos tribunales han tenido ocasión de ocuparse de este tipo de discriminación. Empezando por el TEDH, en la mayoría de las ocasiones no dirá expresamente que esté ante un caso de discriminación directa, y usará indistintamente las expresiones "*relevantly similar situations*", "*analogous situations*" y/o "*comparable situations*".

Hay un caso ante el TEDH en el que éste entendió que el trato era menos favorable para las víctimas pero que el referente comparativo fallaba, y por tanto las demandantes finalmente no se encontraban en una situación comparable. Se trata del caso *Burden/Reino Unido*⁴⁶, en el que dos hermanas convivientes octogenarias se creían discriminadas. En concreto, se quejaban de no poder gozar de los beneficios que los matrimonios o las parejas de hecho en el momento del fallecimiento a efectos de heredar y del pago de impuestos. En este caso el TEDH vio la diferencia de trato pero la justificó porque entendió que la situación de dos hermanas que viven juntas no es comparable a la de las parejas casadas o de hecho. Los lazos que se crean al querer dos personas formar una comunidad de derechos y obligaciones como las que representan el matrimonio o las uniones civiles son distintos a los lazos de consanguinidad.

Un caso en el que el TEDH insistió en buscar un elemento comparador real es *Carvalho Pinto de Sousa Morais/Portugal*, asunto en el que el hecho de que la situación de la demandante pudiera ser comparada con la de otros dos individuos más mayores que ella y varones, que habían recibido un trato de favor respecto al suyo, ayudó a establecer el caso de discriminación⁴⁷. Este es un caso sobre una mujer que, por una negligencia quirúrgica, pierde la capacidad de mantener relaciones sexuales y a la que Portugal no dio una satisfacción adecuada alegando que tenía más de 50 años, que ya tenía hijos mayores, que a esa edad la sexualidad ya no es tan relevante y que básicamente lo que le quedaba en la vida era cuidar de su marido. Más allá de la lamentable argumentación del tribunal portugués, interesa indicar que en dos casos previos Portugal sí había dado una satisfacción adecuada a dos varones, mucho más mayores que la demandante, a los que otras negligencias médicas convirtieron en impotentes.

Otro caso interesante de discriminación directa ante el TEDH es el asunto *Molla Sali/Grecia*⁴⁸, que afectó a la viuda de un ciudadano griego musulmán. El fallecido había hecho testamento en favor de su esposa según las reglas del código civil griego, pero sin

⁴⁶ TEDH: *Burden/Reino Unido*, demanda 13378/05 de 29 de abril de 2008.

⁴⁷ TEDH: *Carvalho Pinto de Sousa Morais/ Portugal*, demanda 17484/15 de 25 julio de 2017, pár. 55.

⁴⁸ TEDH: *Molla Sali/Grecia*, demanda 20452/14 de 19 de diciembre de 2018.

embargo Grecia la dejó sin herencia a instancias de los hermanos del fallecido en aplicación de la sharía. Hay que añadir que Grecia ha incorporado la ley musulmana a su Derecho para los practicantes de dicha religión, incluso en materia de sucesiones. El TEDH sin embargo vio aquí un caso claro de discriminación porque la demandante era beneficiaria de un testamento otorgado de acuerdo con el Código civil griego, y por tanto estaba en una situación similar a la de cualquier otro heredero no musulmán de acuerdo con el código civil griego. La mujer había sido tratada de modo diferente en base a la religión del testador. Además, el TEDH hace referencia al Derecho de la UE. En concreto, cita en apoyo de su argumentación el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE sobre no discriminación, así como dos casos resueltos por el TJUE sobre igualdad (casos c-306/06 y c-83/14), lo cual es un interesante ejemplo de referencia cruzada y de diálogo judicial.

Pasando al ámbito de la UE, el TJUE en la cuestión prejudicial *Wolfgang Glatzel*⁴⁹ comprobó que había habido un trato menos favorable para una persona por sus problemas visuales en uno de sus ojos. Esta persona quería obtener el carnet de conducir de vehículos pesados. El TJUE usó la referencia comparativa con las personas que obtienen el carnet de conducir para vehículos ligeros, a quienes no se exigía tanta agudeza visual. Sin embargo, el TJUE entendió que la situación de ambas categorías de aspirantes era distinta por la mayor responsabilidad de quien conduce un vehículo pesado, lo cual justificaría que se exigiera una mejor vista y por eso la normativa no violaría el art. 20 de la Carta, es decir, el derecho a la igualdad ante la ley. Por tanto, el Tribunal percibió diferencia de trato, pero no discriminación directa.

Por su parte, la causalidad se comprueba en la cuestión prejudicial *Maruko*⁵⁰, donde la pareja homosexual de un trabajador no tuvo derecho a pensión de viudedad porque esta pensión solo la percibían los viudos o viudas de personas casadas. Dado que en ese momento la ley austriaca no permitía el matrimonio homosexual y la pareja solo estaba inscrita como pareja del mismo sexo, esto equivalía a una denegación del derecho. El TJUE entendió que había un trato menos favorable para las parejas homosexuales. El elemento o referente comparativo eran las parejas hetero, que podían decidir si casarse o no. Por lo tanto, la orientación sexual era el motivo protegido indisoluble del objeto de la reclamación.

Un caso claro y lamentablemente famoso de discriminación directa por razón de la edad ante el TJUE es el caso C-624/18 y c-625/18 de 19 de noviembre de 2019 *A. K. y Krajowa Rada Sądownictwa* (asunto C-585/18), y *entre CP* (asunto C-624/18), *DO* (asunto C-625/18) y *Sąd Najwyższy* sobre independencia judicial y sobre discriminación por razón de edad

⁴⁹ TJUE: *Wolfgang Glatzel/Freistaat Bayern* c-356/12 de 22 de mayo de 2014.

⁵⁰ TJUE: *Maruko/Veersargungsanstalt der deutschen Bünen* c-267/06 de 1 abril de 2008.

en perjuicio de algunos jueces del Tribunal Supremo polaco⁵¹. En él, además, el TJUE cita profusamente el CEDH, la jurisprudencia del TEDH y otros estándares del Consejo de Europa, amén de la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la Directiva 2000/78/CE sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En este asunto una norma retroactiva apartó forzosamente del Tribunal Supremo, de modo anticipado, a ciertos jueces incómodos con el poder ejecutivo, a los que de forma sobrevenida se prejubiló antes de la edad prevista legalmente, en contra de todos los criterios sobre separación de poderes del Consejo de Europa, que también son citados en la sentencia del TJUE.

Con lo visto hasta aquí, se comprueba que ambos tribunales identifican y sancionan la discriminación directa cuando se produce, pero sin embargo el TJUE es más prolijo expresando cuándo se encuentra ante ella y teoriza sobre la misma mientras que el TEDH parece que pasa de puntillas sobre la cuestión de la clasificación o categorización del tipo de discriminación y resuelve los casos sin dedicar mucho tiempo a explicar si está ante un caso de discriminación directa, indirecta o mixta.

2. La discriminación indirecta en los tribunales europeos

En relación con la discriminación indirecta, ambos tribunales identifican y tratan esta discriminación, conscientes de que a veces no basta para alcanzar la igualdad de hecho con prohibir las distinciones de trato entre iguales. En ocasiones ofrecer un trato igualitario, aparentemente neutro, también puede discriminar si produce como efecto una situación de ventaja para unos y de desventaja para otros. Para que haya una discriminación indirecta, en principio hace falta varios elementos:

1. Una práctica, norma, circunstancia o criterio aparentemente neutros, que en principio no se aplica solo a una persona o grupo sino a todos. El trato no es diferente sino igual para todos.
2. Lo segundo es comprobar los efectos de esa práctica, norma, circunstancia o criterio, que deben ser perjudiciales para un grupo. Son los efectos los que son diferentes, no el trato, que es igual
3. Y por último, de nuevo, como en la discriminación directa, nos hace falta el referente comparativo, es decir, hay que identificar a otra persona o grupo a los que los efectos de esa política, práctica, norma, circunstancia o criterio dé una situación de desventaja y otros a los que perjudique. El referente comparativo será a veces más complicado de identificar en la discriminación indirecta porque el grupo en desventaja puede que no esté formado al 100% por personas del grupo protegido. Por eso, aunque habrá que comparar al grupo en el que

⁵¹ Párrafos 66 y 114.

concorre un motivo protegido con lo que no lo cierto es que no siempre todos los miembros del grupo protegido se verán perjudicados y/o no siempre lo estarán todos ellos.

Por ejemplo, un caso ante el TJUE sobre discriminación indirecta o encubierta se encuentra en el caso *Isabel Eibal/INSS* de 2012⁵² en el que estaba en entredicho el modo de computar la cotización de la pensión de jubilación de los trabajadores de tiempo parcial, que impedía obtener una pensión digna a este tipo de trabajadores. Aunque la normativa afectaba a todos los trabajadores a tiempo parcial, fueran hombres o mujeres, estadísticamente hablando solo un 20% de los trabajadores en este régimen eran varones, razón por la cual al antiguo TJCE no le cupo duda sobre su carácter discriminatorio encubierto, siendo claro que el sector del trabajo femenino debía ser protegido por sus desventajas históricas.

Otro caso en el que se comprueba el manejo con maestría del concepto de discriminación indirecta por el TJUE es tristemente famoso porque afecta a la violación de los principios del estado de derecho que está teniendo lugar en otro Estado miembro de la UE, en concreto, Hungría, por el acoso que reciben las ONGs que no son complacientes con el poder ejecutivo. Se trata del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra Hungría⁵³ al establecer este país restricciones injustificadas e innecesarias respecto a las donaciones extranjeras hechas a favor de organizaciones de la sociedad civil. No deja de ser curioso que la discriminación la produjera la nueva ley de transparencia. Hungría alegaba que esta ley no era discriminatoria porque se aplicaba por igual a cualquier donación viniera de otro Estado miembro o viniera de un país tercero y porque su fin era la transparencia y la lucha contra el terrorismo, la defensa del orden público, la seguridad pública y la lucha contra el blanqueo de capitales y la delincuencia organizada.

Sin embargo, pese a que estos objetivos pudieran ser legítimos, no justificarían una norma basada en el prejuicio de que toda donación extranjera pone por sí misma en peligro los intereses nacionales y el funcionamiento sin injerencias de las instituciones del Estado. El TJUE detecta una discriminación indirecta, pese a la aparente neutralidad y objetividad de la norma, y considera que además el fin no justifica unas medidas tan desproporcionadas como son la obligación para la asociación de registrarse, de tener que aportar los nombres de sus donantes para su publicación por el gobierno, de informar sobre la cantidad económica recibida, así como el riesgo de sufrir elevadas sanciones asociadas al incumplimiento. Todo ello se asemeja más a un linchamiento y señalamiento de las ONGs y de sus donantes y tiene un efecto disuasorio en las mismas, que puede llevar hasta su disolución puesto que las organizaciones de la sociedad civil

⁵² TJUE: c-385/11 de 22 de noviembre de 2012.

⁵³ TJUE; c-78/18 *Comisión/Hungría* de 18 de junio de 2020.

necesitan donaciones para poder funcionar. La ley de transparencia húngara contiene una discriminación indirecta de la libertad de circulación de capitales cuando trata con el mismo rasero a todas las asociaciones domiciliadas en Hungría que reciben donaciones del extranjero respecto a las que solo reciben subvenciones del régimen húngaro y también dispensa un trato indirectamente discriminatorio y estigmatizante contra los donantes de las primeras que no se corresponde a diferencias objetivas en la situación de ambas. Finalmente, Hungría fue condenada por discriminación indirecta vinculada a la procedencia de los capitales. La ley no estaba basada en la existencia de una amenaza real sino en una presunción indiferenciada según la cual la ayuda económica procedente de otros Estados miembros o de países terceros y las organizaciones de la sociedad civil que reciben esa ayuda pueden constituir una amenaza, sin distinguir entre ellas ni justificar la medida.

También el TEDH ha indicado que si una diferencia de trato tiene efectos desproporcionalmente más graves para un determinado grupo aunque la medida esté formulada de modo neutro, puede indicar un caso de discriminación indirecta. Un caso representativo es *D. H. y otros/República Checa* de 2007⁵⁴ sobre la colocación de niños gitanos en escuelas especiales, que derivaba de una medida aparentemente neutra como era un test de conocimientos generales que se les hacía pasar a todos los niños y que decantaba si se iba a un colegio para niños con necesidades especiales o a los colegios del sistema ordinario de educación. El TEDH fue de la opinión que, aunque las pruebas académicas eran aparentemente objetivas, tenían un sesgo que acababa perjudicando a los niños gitanos, muchos de los cuales no hablaban checo. La prueba de la discriminación estaba en que en las escuelas especiales estaban escolarizados la inmensa mayoría de los niños gitanos mientras que la mayoría de los no gitanos no asistían a estas. Además, el Estado no había intentado corregir esta situación con medidas educativas de refuerzo en favor de los niños gitanos (par. 175).

Otro caso interesante se refiere a la norma adoptada en derecho francés de prohibir el uso del velo en público que cubra el 100% de la cara para evitar problemas de orden público. Esta norma, aparentemente neutra pues se aplica a toda persona, a quien claramente más afectaba era a mujeres musulmanas, que son las que tradicionalmente cubren su cara y cuerpo (S.A.S./Francia)⁵⁵. Aquí habría una medida aplicable a todos por igual que perjudica especialmente a un grupo protegido, las mujeres de determinada religión. Dicho esto, el TEDH no estimó violado el CEDH porque había una justificación y una proporcionalidad, puesto que había otro interés más importante que proteger como es la seguridad general, por el riesgo de que se usara el cubrimiento de la cara para la comisión de actividades delictivas o terroristas.

⁵⁴ Párrafo 100.

⁵⁵ TEDH: *S.A.S./Francia*, demanda 43835/11 de 1 de julio de 2014 p. 161

El caso *Baio/Dinamarca*⁵⁶ trata sobre una supuesta discriminación por origen étnico o racial, que sin embargo el TEDH no apreció. Este es un caso polémico en el que el TEDH no identificó una violación del art. 14 en conexión con el art. 8 CEDH, aunque el demandante alegaba que sí que la había. El motivo de la supuesta discriminación era una norma danesa aparentemente neutra en materia de reunificación familiar que distinguía entre daneses que pudieran acreditar más de 28 años de nacionalidad y daneses con menos de 28 años de antigüedad en su nacionalidad. Los primeros podían disfrutar de reunificación familiar en el país aunque el esposo/a extranjero/a no tuviera arraigo en Dinamarca, mientras que los otros tenían que demostrar que el esposo o esposa tenía más arraigo en Dinamarca que en otro país. El demandante era un varón danés de origen togolés que había adquirido la nacionalidad hacía 2 años y que quería que su esposa, que era de Gana y con la que acababa de casarse, residiera en Dinamarca. El demandante alegaba que en la práctica había muchas más personas de otras razas que tenían la nacionalidad danesa desde hacía menos de 28 años que de raza blanca.

El quid de la cuestión está en que la ley trataba igual a todos los daneses en caso de reunificación familiar, sin distinción por razón de etnia o raza. Esta fue una sentencia polémica y hay una opinión disidente del juez Sajo y del juez Kuris en la que se hace un estudio muy exhaustivo sobre lo que es la discriminación indirecta. De hecho, esto ocurre a menudo ante el TEDH: que el análisis de los conceptos, y en este caso, de la expresión discriminación indirecta, es mucho más amplio y desarrollado en las opiniones separadas que en la sentencia en sí⁵⁷. En todo caso, la mayoría del TEDH vio que la norma no era discriminatoria y que buscaba un equilibrio entre los derechos de las personas y el interés del país por evitar la reunificación de personas que no se integran fácilmente en la sociedad danesa. En cambio, los jueces disidentes vieron una discriminación por razón de los años de adquisición de la nacionalidad -aunque reconocen que la ley puede ser bienintencionada y no tener la intención de discriminar.

Sin embargo, el TEDH tiende menos que el TJUE a verbalizar cuándo está ante un caso de discriminación directa o cuándo está ante un caso de discriminación indirecta. La prueba está en que a menudo el demandante o el *amicus curiae* ante el TEDH -si lo hay en ese asunto-, mencionan y alegan que hay discriminación directa o indirecta y lo explican de modo prolijo mientras que demasiado frecuentemente el TEDH en su propia argumentación jurídica, no adopta esta terminología, es decir, no entra a calificar si los

⁵⁶ TEDH: *Baio/Dinamarca*, demanda 38590/10 de 24 de mayo de 2016.

⁵⁷ «Where a purportedly neutral requirement (such as length of citizenship which, in the present case, is the criterion for the difference in treatment of Danish citizens) results in the categorisation of people into groups on the basis of origin, and one group is suffering a certain disadvantage, there are grounds to speak of indirect discrimination. This will amount to a violation of Article 14 of the Convention, unless justified. Indirect discrimination is unrelated to legislative intent, therefore in such cases there is no need to prove discriminatory intent. It exists, and it remains impermissible, even if it burdens disparately only a group that is differentiated on a specific ground. There is no way to justify discrimination, even if indirect, where it is to a "decisive extent" based on a person's ethnic or national origin».

hechos en su opinión suponen una discriminación de este tipo, tildándola simplemente de discriminación -si es que considera que realmente en el asunto ha habido discriminación.

A menudo lo que se encuentra el investigador es que es en las opiniones separadas (donde el juez o jueces que discrepan de la argumentación de la mayoría o del resultado alcanzado por la mayoría) desarrollan y elaboran más esta argumentación. Esto no significa que el TEDH ignore los tipos de discriminación ni que desprecie su tratamiento porque, cuando hace falta, argumenta muy bien casos tanto de discriminación directa como indirecta pero simplemente no los etiqueta, no les pone nombres si no es preciso. Esto ocurre por ejemplo en el caso ya citado *Hudorovic*, en el que tanto los demandantes como, sobre todo, uno de los terceros intervinientes, se explayaron explicando que había un caso de discriminación directa e indirecta del pueblo gitano e indicaban los motivos de su razonamiento, pero el TEDH no entró en esta argumentación, que solo es retomada en la opinión parcialmente disidente de los jueces Pavli y Kúris.

Esto, de nuevo se ve en el caso *Orsus/Croacia*⁵⁸ de 2010, sobre la escolarización en escuelas especiales, donde el TEDH en su sentencia apenas una sola vez menciona con estas palabras la discriminación indirecta (par. 153) pero en su argumentación se ve que claramente la trata, e indica que no siempre hace falta aportar datos estadísticos para demostrarla -en este caso, de cifras de niños gitanos sin discapacidades que están en escuelas especiales y de niños no gitanos. El caso fue decidido por la Gran Sala por un margen muy estrecho, puesto que fueron 9 votos a favor y 8 en contra y los jueces disidentes en su opinión separada son los que más elaboran, de nuevo, sobre el concepto y lo mencionan como tal, indicando además que *"it would be useful if the Court had been willing to offer more practical guidance on how to develop and apply the notion of indirect discrimination"* (par. 19 de la opinión disidente).

CONCLUSIONES

El TEDH cuenta con un aparataje suficiente en la lucha contra la discriminación, como demuestran la existencia del art. 14 CEDH como cláusula auxiliar pero autónoma y la del Protocolo 12 y la jurisprudencia, muy amplia y de larga data, en esta área. En cambio, el cuerpo jurídico de la UE en el ámbito de la lucha contra la discriminación es mucho más reciente (con la excepción del referido a la igualdad laboral y la no discriminación por razón de la nacionalidad entre Estados miembros) y mucho más limitada en su ámbito de aplicación, puesto que solo es aplicable a ámbitos en los que la UE tenga competencia.

⁵⁸ TEDH: *Orsus/Croacia*, demanda 15766/03 de 16 de marzo de 2010.

Sin embargo, la jurisprudencia referenciada acredita el compromiso de los dos tribunales europeos en la lucha contra la discriminación en los casos que les son presentados y en los que tienen competencia. En el caso del TJUE, esto ocurre tanto en cuestiones prejudiciales como en recursos de anulación y recursos por incumplimiento. Ambos tribunales llevan a cabo un test de igualdad y ambos tribunales identifican y diferencian casos de discriminación directa e indirecta.

Pero quizá el TJUE es más proclive a categorizar, otorgar nombres y hacer más pedagogía de manera que, haciendo los dos lo mismo, el TEDH parece más parco a la hora de clasificar los tipos de discriminación, sin que esto en absoluto afecte al valor ni a la calidad de su argumentación jurídica que, en todo caso, está ahí.