

**MANUAL**

# Manual de legislación europea contra la discriminación



© Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2010.  
Consejo de Europa, 2010.

Este manuscrito fue finalizado en Julio de 2010.

Reproducción autorizada, excepto para fines comerciales, siempre y cuando se cite la fuente bibliográfica.

***Europe Direct es un servicio que le ayudará a encontrar respuestas  
a sus preguntas sobre la Unión Europea***

**Número de teléfono gratuito (\*):  
00 800 6 7 8 9 10 11**

(\*) Algunos operadores de telefonía móvil no autorizan el acceso a los números 00 800  
o cobran por ello.

Fotografía (Cubierta e interior): © iStockphoto

Más información sobre la Unión Europea, en el servidor Europa de Internet (<http://europa.eu>).

Al final de la obra figura una ficha catalográfica.

Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011

ISBN 978-92-871-9986-7 (CdE)

ISBN 978-92-9192-668-8 (FRA)

doi:10.2811/12396

Impreso en Luxemburgo por Imprimerie Centrale

IMPRESO EN PAPEL BLANQUEADO SIN CLORO ELEMENTAL (ECF)

Este manual fue redactado en inglés. La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no se responsabilizan de la calidad de las traducciones a otros idiomas. Las opiniones expresadas en este manual no vinculan al TEDH. El manual incluye una selección de comentarios y de otros manuales sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TEDH no se responsabiliza de su contenido. Su inclusión en esta lista no supone aprobación alguna de dichas publicaciones. La página web de la biblioteca del TEDH hace referencia a otros manuales sobre el Convenio ([echr.coe.int/Library/](http://echr.coe.int/Library/)).



# Manual de legislación europea contra la discriminación



# Preámbulo

En enero de 2010 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea decidieron colaborar en la elaboración de este Manual sobre la jurisprudencia europea en materia de no discriminación, que ahora tenemos el placer de presentar, fruto de este trabajo conjunto.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea adquirió carácter jurídicamente vinculante. El Tratado de Lisboa prevé también la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, la profundización del conocimiento de los principios comunes desarrollados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sólo resulta deseable, sino, en la práctica, esencial para la correcta aplicación nacional de un aspecto clave de la legislación europea de derechos humanos: las normas contra la discriminación.

El año 2010 se cumplió el 60 aniversario del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece una prohibición de la discriminación en su artículo 14, y el décimo aniversario de la adopción de dos textos fundamentales en la lucha contra la discriminación en el ámbito de la Unión Europea: las directivas sobre igualdad racial y sobre igualdad en el empleo. El importantísimo corpus jurisprudencial desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de la no discriminación hacía conveniente ofrecer un manual asequible, acompañado de un CD-ROM, para los profesionales del derecho de los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa, entre otros, como los jueces, los fiscales, los abogados y los responsables de la aplicación de la ley. Desde su posición de primera línea en la protección de los derechos humanos, estos profesionales deben conocer los principios de no discriminación para poder aplicarlos de forma efectiva, pues es en el ámbito nacional donde estas disposiciones adquieren sentido real y se hacen visibles estos retos.

## **Erik Fribergh**

Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## **Morten Kjaerum**

Director de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea



# Índice

PREÁMBULO .....	3
ABREVIATURAS .....	9
<b>1. INTRODUCCIÓN A LA LEGISLACIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN: CONTEXTO, EVOLUCIÓN Y PRINCIPIOS BÁSICOS.....</b>	<b>11</b>
1.1. Contexto y antecedentes de la legislación europea contra la discriminación .....	12
1.1.1. El Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	12
1.1.2. La Unión Europea y las directivas contra la discriminación.....	14
1.2. Evolución actual y futura de los mecanismos europeos de protección.....	15
1.2.1. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....	15
1.2.2. Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas.....	16
1.2.3. La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	17
Puntos clave.....	18
Bibliografía recomendada .....	19
<b>2. CLASES Y JUSTIFICACIONES DE LA DISCRIMINACIÓN .....</b>	<b>21</b>
2.1. Introducción.....	21
2.2. Discriminación directa .....	22
2.2.1. Trato menos favorable.....	23
2.2.2. Referencia comparativa.....	23
2.2.3. Los motivos protegidos.....	26
2.3. Discriminación indirecta .....	29
2.3.1. Una disposición, criterio o práctica neutros.....	29
2.3.2. Efectos sustancialmente más perjudiciales para un grupo protegido .....	30
2.3.3. Referencia comparativa.....	31
2.4. El acoso y las órdenes de discriminar .....	32
2.4.1. El acoso y las órdenes de discriminar en las directivas de la UE contra la discriminación .....	32
2.4.2. El acoso y las órdenes de discriminar en el CEDH .....	35
2.5. Medidas especiales o específicas .....	36
Puntos clave.....	43
2.6. Causas de justificación del trato menos favorable en la legislación europea contra la discriminación .....	44
2.6.1. Introducción .....	44
2.6.2. Análisis detallado de la causa de justificación general.....	45

2.6.3. Aplicación de la causa de justificación general.....	46
2.6.4. Causas de justificación específicas en la legislación de la UE.....	47
2.6.4.1. Requisito profesional esencial.....	48
2.6.4.2. Instituciones religiosas.....	51
2.6.4.3. Excepciones por motivos de edad.....	53
Puntos clave.....	55
Bibliografía recomendada .....	56
<b>3. ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN .....</b>	<b>59</b>
3.1. Introducción.....	59
3.2. ¿Quién es el destinatario de la protección de la legislación europea contra la discriminación?.....	60
3.3. Ámbito de aplicación del Convenio Europeo: el artículo 14 y el Protocolo 12.....	62
3.3.1. Naturaleza de la prohibición de la discriminación establecida en el Convenio.....	62
3.3.1.1. Derechos reconocidos en el Convenio .....	62
3.3.1.2. Ámbito de aplicación de los derechos reconocidos en el Convenio .....	63
3.3.1.3. El Protocolo 12 .....	66
3.4. Ámbito de las directivas de la UE contra la discriminación.....	67
3.4.1. Empleo.....	67
3.4.1.1. Acceso al empleo.....	67
3.4.1.2. Condiciones de empleo, incluidos el despido y la retribución.....	68
3.4.1.3. Acceso a la orientación y formación profesional.....	70
3.4.1.4. Organizaciones de trabajadores y empleadores .....	71
3.4.1.5. El Convenio Europeo y el contexto del empleo.....	71
3.4.2. Acceso al sistema de bienestar y otras formas de seguridad social .....	72
3.4.2.1. Protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria.....	72
3.4.2.2. Ventajas sociales.....	73
3.4.2.3. Educación.....	74
3.4.2.4. El Convenio Europeo y el contexto del bienestar social y la educación.....	75
3.4.3. Acceso al suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda .....	76
3.4.3.1. El Convenio Europeo y el contexto de los bienes y servicios, incluida la vivienda .....	79
3.4.4. Acceso a la justicia .....	80
3.4.4.1. El Convenio Europeo y el contexto del acceso a la justicia .....	81



3.5. Aplicación del Convenio con carácter adicional a la legislación de la UE.....	82
3.5.1. El ámbito «personal»: vida privada y familiar, adopción, domicilio y matrimonio.....	82
3.5.2. Participación política: libertad de expresión, reunión y asociación y elecciones libres.....	84
3.5.3. Aplicación de la ley.....	85
3.5.4. Asuntos penales.....	87
Puntos clave.....	88
Bibliografía recomendada.....	89
<b>4. CARACTERÍSTICAS PROTEGIDAS.....</b>	<b>91</b>
4.1. Introducción.....	91
4.2. Género.....	92
4.3. Orientación sexual.....	100
4.4. Discapacidad.....	103
4.5. Edad.....	106
4.6. Raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional.....	108
4.7. Nacionalidad u origen nacional.....	111
4.8. Religión o creencia.....	116
4.9. Lengua.....	119
4.10. Origen social, nacimiento y propiedad.....	121
4.11. Opiniones políticas o de otra índole.....	122
4.12. «Otras características».....	123
Puntos clave.....	124
Bibliografía recomendada.....	125
<b>5. ASPECTOS PROBATORIOS DE LA LEGISLACIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.....</b>	<b>129</b>
5.1. Introducción.....	129
5.2. Reparto de la carga de la prueba.....	130
5.2.1. Factores que no requieren demostración.....	133
5.3. Papel de las estadísticas y otros datos.....	135
Puntos clave.....	140
Bibliografía recomendada.....	141
<b>JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>143</b>
Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.....	143
Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	143
Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	147
Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales.....	150

Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos .....	151
Jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales .....	151
<b>TEXTOS LEGALES .....</b>	<b>153</b>
Instrumentos internacionales .....	153
Instrumentos de la Unión Europea .....	154
<b>DOCUMENTOS ADICIONALES DISPONIBLES EN CD-ROM .....</b>	<b>155</b>
<b>FUENTES EN LÍNEA .....</b>	<b>157</b>
<b>NOTA SOBRE LAS CITAS .....</b>	<b>159</b>

# Abreviaturas

<b>CdE</b>	Consejo de Europa
<b>CDH</b>	Comité de Derechos Humanos
<b>CDN</b>	Convención sobre los Derechos del Niño
<b>CDPD</b>	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
<b>CEDAW</b>	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer
<b>CEDH</b>	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
<b>CEDR</b>	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
<b>CETS</b>	Colección de los Tratados del Consejo de Europa
<b>CIEDR</b>	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
<b>CIJ</b>	Corte Internacional de Justicia
<b>ECRI</b>	Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia
<b>ETS</b>	Colección de los Tratados Europeos
<b>FRA</b>	Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<b>NTP</b>	Nacionales de Terceros Países
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>PIDESC</b>	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<b>Rec.</b>	Recopilación de Jurisprudencia (TJUE)
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>UE</b>	Unión Europea



# 1

## Introducción a la legislación europea contra la discriminación: contexto, evolución y principios básicos

En este capítulo introductorio se exponen los orígenes de la legislación europea contra la discriminación, así como los cambios actuales y futuros en la legislación sustantiva y en los procedimientos de protección.

Debe resaltarse desde el primer momento que los jueces y fiscales están obligados a aplicar las medidas de protección previstas en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y en las directivas de la Unión Europea (UE) contra la discriminación, con independencia de que las partes del procedimiento las invoquen. Los órganos jurisdiccionales y los administradores de justicia nacionales no quedan circunscritos a las argumentaciones legales aportadas por las partes y deben, por el contrario, determinar la normativa aplicable a los hechos planteados por estas, lo cual significa, básicamente, que las partes pueden determinar, en la práctica, el enjuiciamiento de una reclamación en materia de no discriminación a través de los argumentos y las pruebas que plantean. Esto es consecuencia de los principios jurídicos aplicables en cada ordenamiento jurídico; por ejemplo, el efecto directo de la legislación de la Unión en sus 27 Estados miembros y la aplicación directa reconocida al CEDH, que obliga a su cumplimiento en todos los Estados miembros de la UE y el Consejo de Europa. No obstante, existe una limitación importante a su aplicación: los plazos de prescripción. Antes de analizar la aplicación de las medidas de protección contra la discriminación, los profesionales del derecho deben conocer los plazos de prescripción aplicables en la jurisdicción en cuestión y determinar si el órgano jurisdiccional en cuestión puede tramitar el asunto.

En la práctica, esto significa que los profesionales del derecho pueden invocar, en su caso, los instrumentos y la jurisprudencia aplicables en materia de no discriminación ante los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales.

Y esto, a su vez, obliga a los profesionales a conocer los sistemas actualmente vigentes en materia de no discriminación, su aplicabilidad y su aplicación en casos concretos.

## 1.1. Contexto y antecedentes de la legislación europea contra la discriminación

Aunque el término «legislación europea contra la discriminación» parece indicar la existencia de un sistema normativo paneuropeo en materia de no discriminación, en realidad es resultado de la combinación de diversos marcos. Este Manual se basa principalmente en las normativas derivadas del CEDH y de la UE, dos sistemas con orígenes temporales y conceptuales diferentes.

### 1.1.1. El Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Consejo de Europa (CdE) es una organización intergubernamental constituida tras la Segunda Guerra Mundial para promover, entre otras cosas, el estado de Derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social (véanse el Preámbulo y el artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa). Para contribuir a la consecución de estos fines, los Estados miembros del Consejo de Europa adoptaron el CEDH, primero de los modernos tratados de derechos humanos derivados de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. El CEDH impone a sus miembros la obligación jurídicamente vinculante de garantizar una lista de derechos humanos a todas las personas (no sólo a sus ciudadanos) que se hallen bajo su jurisdicción. El órgano encargado de velar por el cumplimiento del CEDH es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (inicialmente asistido por una Comisión), que conoce de las reclamaciones interpuestas contra los Estados miembros. El Consejo de Europa tiene actualmente 47 miembros, y los Estados que deseen incorporarse deben adherirse también al CEDH.

Desde su aprobación en 1950, el CEDH ha sufrido modificaciones y adiciones a través de los denominados «Protocolos». El cambio procedimental más importante del CEDH fue el Protocolo 11 (1994), que convirtió el Tribunal Europeo de Derechos

Humanos (TEDH) en un órgano permanente con funcionamiento a tiempo completo y suprimió la Comisión. Este Protocolo fue diseñado para hacer frente al aumento de los casos planteados al amparo del CEDH desde los Estados de Europa Oriental incorporados al Consejo de Europa tras la caída del Muro de Berlín y la descomposición de la antigua Unión Soviética.

La prohibición de la discriminación está recogida en el artículo 14 del CEDH,<sup>1</sup> que garantiza la igualdad de trato en el goce de los restantes derechos y libertades reconocidos en el Convenio. El Protocolo 12 (2000) al CEDH, aún no ratificado por todos los Estados miembros de la UE,<sup>2</sup> amplía el alcance de la prohibición de la discriminación, al garantizar la igualdad de trato en el disfrute de todos los derechos (incluidos los derivados de la legislación nacional). En la Exposición de Motivos se explica que la adopción del Protocolo responde al deseo de reforzar la protección contra la discriminación, considerada un elemento fundamental de la garantía de los derechos humanos. El Protocolo surgió en el marco del debate sobre el modo de reforzar la igualdad racial y de género, en particular.

Aunque no es objeto principal de este Manual, el lector debe tener en cuenta que el principio de no discriminación es un principio rector de numerosos documentos del Consejo de Europa. La versión de 1996 de la Carta Social Europea incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y la protección contra la discriminación por razón de género.<sup>3</sup> Otras normas de protección frente a la discriminación se derivan del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales,<sup>4</sup> el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos,<sup>5</sup> y el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Oficiales. El Protocolo al Convenio sobre la Ciberdelincuencia incluye también una protección contra la promoción de la discriminación. La cuestión de la no discriminación ha influido de forma clara en la configuración de la normativa del Consejo de Europa y se considera una libertad fundamental sujeta a protección.

---

1 Puede encontrarse una guía formativa, con formato de presentación de Powerpoint, sobre la aplicación del artículo 14 del CEDH en el sitio web de Formación en materia de derechos humanos para los profesionales del derecho del Consejo de Europa: [www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1](http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1).

2 El número de Estados miembros de la UE que ya han ratificado el Protocolo 12 puede consultarse en: [www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG](http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ENG).

3 Véanse los artículos 20 y E de la Parte V de la Carta Social Europea.

4 Véanse los artículos 4, 6(2) y 9 del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.

5 Véase el artículo 2(1) del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

## 1.1.2. La Unión Europea y las directivas contra la discriminación

La Unión Europea (UE), que inicialmente era una organización intergubernamental, tiene actualmente personalidad jurídica propia y está integrada por 27 Estados miembros. Es el resultado de la evolución de tres organizaciones intergubernamentales (OIG) creadas en la década de 1950 en materia de seguridad energética y libre comercio (las «Comunidades Europeas»), cuya finalidad básica era promover el desarrollo económico mediante la libre circulación de bienes, capital, personas y servicios. Con el fin de establecer unas condiciones de igualdad entre los Estados miembros, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica original (1957) incluía una prohibición de la discriminación por razón de género en materia de empleo, para evitar que un Estado miembro pudiera obtener una ventaja competitiva frente a otros ofreciendo menores sueldos o condiciones menos favorables de trabajo a las mujeres. Aunque este cuerpo legal evolucionó considerablemente para incluir áreas como las pensiones, el embarazo y los regímenes legales de seguridad social, hasta el año 2000 la legislación de la UE contra la discriminación sólo era de aplicación en el ámbito del empleo y la seguridad social, y únicamente por razones de género.

Durante la década de 1990, los grupos de interés público presionaron con fuerza en favor de la ampliación de la prohibición de la discriminación a otras áreas como la raza y el origen étnico, así como la orientación sexual, las creencias religiosas, la edad y la discapacidad. Los temores al resurgimiento del nacionalismo extremista en algunos Estados miembros de la Unión estimularon la voluntad política de los dirigentes hacia la modificación del Tratado de la Comunidad Europea para conferir a la Comunidad competencia legislativa en estas áreas.

En 2000 se adoptaron dos directivas: la Directiva de igualdad en el empleo prohibía la discriminación por motivos de orientación sexual, creencias religiosas, edad y discapacidad en el área del empleo; la Directiva de igualdad racial prohibía la discriminación por motivos de raza y origen étnico en el ámbito del empleo, pero también en el acceso al sistema de bienestar social y a la seguridad social, así como a los bienes y servicios. Esta importante ampliación del alcance de la legislación de la UE contra la discriminación responde a la convicción de que para que las personas puedan desarrollar todo su potencial en el mercado de trabajo, resulta también esencial garantizar la igualdad de acceso en áreas como la salud, la educación y la vivienda. En 2004, la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios amplió el ámbito de la discriminación por razón de género al área de los bienes y servicios. No obstante, la protección por motivos de



género no alcanza el grado de protección reconocido en la Directiva de igualdad racial, pues la Directiva de igualdad entre hombres y mujeres en materia de seguridad social garantiza la igualdad de trato únicamente en relación con la seguridad social y no con el sistema general de bienestar social, como la protección social y el acceso a la asistencia sanitaria y la educación.

Aunque la orientación sexual, las creencias religiosas, la discapacidad y la edad sólo son motivos protegidos en el ámbito del empleo, las instituciones de la Unión están analizando actualmente una propuesta (conocida como la «Directiva Horizontal») para ampliar la protección por estos motivos al ámbito del acceso a los bienes y servicios.

## 1.2. Evolución actual y futura de los mecanismos europeos de protección

### 1.2.1. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Los tratados originales de las Comunidades Europeas no incluían ninguna referencia a los derechos humanos y su protección, pues no se consideraba que la creación de un área de libre comercio en Europa pudiera tener repercusiones relevantes en materia de derechos humanos. Sin embargo, a medida que comenzaron a plantearse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea asuntos en los que se alegaban incumplimientos de los derechos humanos por parte de la legislación comunitaria, el Tribunal desarrolló un corpus jurisprudencial conocido como los «principios generales» del Derecho Comunitario.<sup>6</sup> Según el Tribunal, estos principios generales reflejan el contenido de la protección de los derechos humanos de las constituciones nacionales y los tratados de derechos humanos, en particular el CEDH. El TJUE manifestó su voluntad de garantizar el ajuste del Derecho de la Unión a estos principios.

Reconociendo que sus políticas pueden afectar a los derechos humanos y con el propósito de hacer que los ciudadanos se sientan más «próximos» a la UE, ésta y sus Estados miembros promulgaron en 2000 la Carta de Derechos Fundamentales

<sup>6</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se denomina actualmente «Tribunal General», tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa. No obstante, en este manual continuará aludiéndose al «Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (TJEU) para evitar confusiones, pues la mayoría de la literatura empleada por los profesionales del Derecho se publicó antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009.

de la Unión Europea, que contiene una lista de derechos humanos inspirada en los derechos incluidos en las constituciones de los Estados miembros, el CEDH y los tratados universales de derechos humanos, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. En la versión aprobada en 2000, la Carta era de carácter meramente «declarativo» y, por tanto, jurídicamente no vinculante, aunque la Comisión Europea (el principal órgano encargado de proponer nueva legislación de la Unión) manifestó que sus propuestas legislativas se ajustarían a ella.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 2009, la Carta modificó su naturaleza y adquirió carácter jurídicamente vinculante, lo que obliga a cumplirla a las instituciones de la Unión y también a los Estados miembros, si bien, en el caso de estos últimos, únicamente al aplicar la legislación de la Unión. Un protocolo a la Carta adoptado en relación con la República Checa, Polonia y el Reino Unido ratifica de forma expresa esta limitación. El artículo 21 de la Carta prohíbe la discriminación por diversos motivos, que se analizarán más adelante en este Manual. Esto significa que las personas pueden reclamar si consideran que la legislación de la Unión o la legislación estatal de aplicación de la primera no respetan la Carta de Derechos Fundamentales. Los órganos jurisdiccionales nacionales pueden solicitar orientación sobre la correcta interpretación de la normativa de la Unión al TJUE, a través del procedimiento de cuestión prejudicial previsto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

## 1.2.2. Tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas

Los mecanismos de protección de los derechos humanos no son, por supuesto, exclusivos de Europa. Al igual que otros instrumentos regionales en América, África y Oriente Medio, existe un importante corpus de derecho internacional de derechos humanos generado a través de las Naciones Unidas (ONU). Todos los Estados miembros de la UE son parte de los siguientes tratados de derechos humanos de la ONU, todos los cuales incluyen la prohibición de la discriminación: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),<sup>7</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),<sup>8</sup> la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CIEDR),<sup>9</sup> la Convención sobre

---

7 999 UNTS 171.

8 993 UNTS 3.

9 660 UNTS 195.

la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW),<sup>10</sup> la Convención Contra la Tortura<sup>11</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).<sup>12</sup> El último tratado de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos es la Convención de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).<sup>13</sup> Aunque, tradicionalmente, los tratados de derechos humanos sólo han estado abiertos a la participación de los Estados, a medida que éstos cooperan en mayor medida a través de organizaciones intergubernamentales, en las que delegan importantes poderes y responsabilidades, se hace muy necesario garantizar que estas últimas se comprometan también a cumplir las obligaciones de derechos humanos de sus Estados miembros. La CDPD es el primer tratado de derechos humanos de la ONU abierto a la participación de organizaciones de integración regional, y la UE ha ratificado en diciembre del 2010.

La CDPD incluye una amplia lista de derechos de las personas con discapacidad, con la finalidad de garantizar la igualdad en el disfrute de sus derechos, así como de imponer al Estado una serie de obligaciones de acción positiva. Al igual que la Carta, esta Convención vincula a las instituciones de la UE, así como a los Estados miembros al aplicar la normativa de la Unión. Algunos de ellos están también en curso de adhesión a la CDPD por derecho propio, lo cual les impondrá obligaciones directas. La CDPD se convertirá, probablemente, en un punto de referencia para la interpretación de la legislación de la UE y del TEDH en materia de discriminación por razones de discapacidad.

### 1.2.3. La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos

Las normativas de la UE y el CEDH están actualmente estrechamente vinculadas. Todos los Estados miembros de la Unión se han incorporado al Convenio y, como ya se ha indicado, el TJUE se inspira en el CEDH para determinar el alcance de la protección de derechos humanos con arreglo a la normativa de la Unión. La Carta

---

10 1249 UNTS 13.

11 1465 UNTS 85.

12 1577 UNTS 3. Algunos Estados miembros son también parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Doc. ONU A/61/611, 13 de diciembre de 2006) y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Doc. ONU A/61/488, 20 de diciembre de 2006); sin embargo, ninguno de ellos es aún parte de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Doc. ONU A/RES/45/158, 1 de julio de 2003).

13 Doc. ONU A/61/611, 13 de diciembre de 2006.

de Derechos Fundamentales refleja también la gama de derechos del Convenio (aunque no se limita a ellos). Por tanto, aunque la UE no es propiamente miembro del CEDH, su normativa se ajusta en gran medida al Convenio. No obstante, si una persona desea formular una reclamación en materia de incumplimiento de los derechos humanos por parte de la UE, no puede llevarla ante el TEDH, sino que debe optar entre acudir a los tribunales nacionales, que podrán remitir posteriormente el caso al TJUE a través del procedimiento de cuestión prejudicial, o reclamar indirectamente contra la UE ante el TEDH, demandando a un Estado miembro.

El Tratado de Lisboa contiene una disposición que obliga a la UE a incorporarse como parte por derecho propio al CEDH, cuyo Protocolo 14 modifica el Convenio para hacer posible esta incorporación. Aunque no está aún claro cuál será el efecto práctico de esto y, en particular, cuál será la relación futura entre el TJUE y el TEDH, pues las negociaciones para la adhesión de la UE pueden durar varios años, al menos permitirá a las personas demandar directamente a la UE ante el TEDH por el incumplimiento del CEDH.

## Puntos clave

- La protección contra la discriminación en Europa puede encontrarse tanto en la normativa de la Unión como en el CEDH. Aunque estos dos sistemas son complementarios en gran medida y se refuerzan mutuamente, existen algunas diferencias, que los profesionales del Derecho deben conocer.
- El CEDH protege a todas las personas situadas bajo la jurisdicción de sus 47 Estados parte, mientras que las directivas de la UE contra la discriminación sólo ofrecen protección a los ciudadanos de los 27 Estados miembros.
- El artículo 14 del CEDH prohíbe la discriminación únicamente en relación con el ejercicio de otros derechos reconocidos en el tratado. El Protocolo 12 confiere carácter independiente a la prohibición de la discriminación.
- En la normativa de la UE contra la discriminación, la prohibición de la discriminación es de naturaleza autónoma, pero está limitada a ámbitos concretos, como el empleo.
- Las instituciones de la UE están jurídicamente obligadas a cumplir la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, incluidas sus disposiciones sobre no discriminación. Los Estados miembros de la Unión deben cumplir también la Carta al aplicar el derecho de la UE.
- La UE va a incorporarse a la CDPD y al CEDH, lo que la situará bajo la supervisión de organismos externos de control y permitirá a los particulares reclamar directamente ante el TEDH el incumplimiento del CEDH por parte de la UE.

## Bibliografía recomendada

Bamforth, Malik y O'Connell. *Discrimination Law: Theory and Context*. Londres, Sweet and Maxwell, 2008. Capítulo 1 «Key Issues and Questions in Discrimination Law». Capítulo 2 «Sources and Scope of Domestic Discrimination Law».

Barnard. *EC Employment Law*. Oxford University Press, 2006 (3ª ed.). Capítulo 1 «The Evolution of «EC» Social Policy».

Besson. «The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution», *Human Rights Law Journal*, 6 (2006), pág. 323.

Butler. «A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms», *University of Queensland Law Journal*, 23 (2004), pág. 22.

Chalmers (*et al*). *European Union Law: Text and Materials*. Cambridge University Press, 2010 (2ª ed.). Capítulo 1 «European Integration and the Treaty on European Union». Capítulo 2 «EU Institutions». Capítulo 6 «Fundamental Rights».

Costello. «The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe», *Human Rights Law Review*, 6.1 (2006), pág. 87.

Craig y de Burca. *EU Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press, 2008 (4ª ed.). Capítulo 1 «The Development of European Integration». Capítulo 11 «Human Rights in the EU».

Eicke. «The European Charter of Fundamental Rights – Unique Opportunity or Unwelcome Distraction», *European Human Rights Law Review*, 3 (2000), pág. 280.

Ellis. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford University Press, 2005. Capítulo 1 «Introduction».

Equinet. *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*. Tomos I-IV. Disponibles en: [www.equineteurope.org/equinetpublications.html](http://www.equineteurope.org/equinetpublications.html).

Fitzpatrick (*et al*). «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article», *Industrial Law Journal*, 25.4 (1996), pág. 320.

Guliyev. «Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de «second rang»? CourEDH, Gde Ch., Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009», *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 31 (2010).

Heringa y Verhey. «The EU Charter: Text and Structure», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 8 (2001), pág. 11.

Llorente. «A Charter of Dubious Utility», *International Journal of Constitutional Law*, 1.3 (2003), pág. 405.

Martin. «Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 69 (2007).

Quesada Segura. «La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, (2008) extraordinary number.

Royer. *The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe*. Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010/2009.

Sadurski. «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments», *Human Rights Law Review*, 9.3 (2009), pág. 397.

Syrpis. «The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?», *Industrial Law Journal*, 37.3 (2008), pág. 219.

Tulkens. «L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en: Carlier (ed.), *L'étranger face au droit*. Bruselas, Bruylant, 2010.

# 2

## Clases y justificaciones de la discriminación

### 2.1. Introducción

La finalidad de la legislación contra la discriminación es ofrecer a todas las personas posibilidades equitativas y justas de acceder a las oportunidades sociales. Diariamente realizamos elecciones sobre cuestiones como con quién nos relacionamos, dónde compramos y dónde trabajamos. Preferimos ciertas cosas y ciertas personas a otras. Aunque expresar nuestras preferencias subjetivas es algo normal y habitual, en ocasiones ejercitamos funciones que nos sitúan en una posición de autoridad o nos permiten adoptar decisiones que pueden afectar de forma directa a las vidas de otras personas, ya seamos empleados públicos, encargados de tiendas, empleadores, propietarios de inmuebles o médicos que ejercitan poderes públicos o deciden sobre el modo de ofrecer bienes y servicios privados. En estos contextos no personales, la normativa contra la discriminación afecta a nuestras decisiones de dos formas:

En primer lugar, establece que las personas que se hallan en situación similar deben recibir un trato similar y no menos favorable por el simple hecho de tener una determinada característica «protegida». Esto es lo que se conoce como discriminación «directa». En el marco del CEDH, la discriminación directa está sujeta a la causa de justificación general denominada justificación objetiva; En cambio, en la legislación de la UE, las causas de justificación frente a la discriminación directa son limitadas.

En segundo lugar, la normativa contra la discriminación establece que las personas que se hallan en situaciones diferentes deben recibir un trato diferente, en la medida necesaria para que puedan disfrutar de oportunidades concretas

La legislación contra la discriminación prohíbe los supuestos en los que determinadas personas o grupos de personas en situación idéntica reciban un trato diferente o personas o grupos de personas en situación diferente reciban un trato igual.<sup>14</sup>

del mismo modo que los demás. Por tanto, estos mismos «motivos protegidos» deben tenerse en cuenta al realizar determinadas prácticas o crear normas concretas. Esto es lo que se conoce como discriminación «indirecta». Todas las formas de discriminación indirecta están sujetas a la causa de justificación por justificación objetiva, con independencia de que la reclamación se realice al amparo del CEDH o de la legislación de la UE.

En este capítulo se analiza de forma más detallada el significado de la discriminación directa e indirecta, algunas de sus manifestaciones concretas, como el acoso y las órdenes de discriminar, y su funcionamiento en la práctica a través de la jurisprudencia. A continuación, se analiza el funcionamiento de las causas de justificación frente a la discriminación.

## 2.2. Discriminación directa

Existirá discriminación directa cuando:

- una persona sea tratada de manera menos favorable
- de lo que haya sido o vaya a ser tratada otra persona en situación comparable
- debido a una característica concreta de esta persona incluida entre los «motivos protegidos».

El CEDH y la legislación de la UE definen de modo similar la discriminación directa. El artículo 2(2) de la Directiva de la UE sobre la igualdad racial establece que «existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable».<sup>15</sup> El TEDH establece que debe existir una «diferencia de trato entre personas que se hallen en situaciones análogas o notablemente similares», y ello «a partir de características identificables».<sup>16</sup>

14 Véase, por ejemplo, TEDH, *Hoogendijk contra los Países Bajos* (dec.) (n.º 58641/00), 6 de enero de 2005.

15 Asimismo: Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2(2)(a); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(a); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2(a).

16 TEDH, *Carson y otros contra el Reino Unido* [GC] (n.º 42184/05), 16 de marzo de 2010; párr. 61. Asimismo, TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 175; TEDH, *Burden contra el Reino Unido* [GC] (n.º 13378/05), 29 de abril de 2008, párr. 60.



### 2.2.1. Trato menos favorable

El núcleo de la discriminación directa es la diferencia de trato sufrida por una persona. Por lo tanto, el primer elemento de la discriminación directa es la prueba del trato menos favorable, que puede resultar relativamente fácil de identificar, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la discriminación indirecta, donde suelen requerirse datos estadísticos (véase lo expuesto más adelante). Estos son algunos ejemplos tomados de casos citados en el Manual: denegación de la entrada en restaurantes y tiendas; percepción de menores pensiones o remuneraciones; abusos verbales y violencia; denegación de paso en un control; mayor o menor edad de jubilación; exclusión de determinadas profesiones; denegación de derechos de herencia; exclusión del sistema educativo general; deportación; prohibición de portar símbolos religiosos; denegación o retirada de asignaciones de seguridad social.

### 2.2.2. Referencia comparativa

La existencia de discriminación requiere un trato menos favorable respecto a otra persona que se halle en situación similar. Una reclamación por «baja» remuneración sólo lo será por discriminación si se demuestra que la remuneración es inferior a la de otro empleado del mismo empleador que realice una tarea similar. Se requiere, por tanto, una «referencia comparativa»: es decir, una persona que se halle en circunstancias sustancialmente iguales y cuya principal diferencia respecto a la otra persona sea un «motivo protegido». Los casos analizados en este Manual muestran que la acreditación de la referencia comparativa no resulta, con frecuencia, controvertida, y en ocasiones ni las partes del conflicto ni el tribunal la analizan explícitamente. A continuación se exponen algunos casos en los que el órgano decisor plantea expresamente la cuestión de la demostración de la referencia comparativa.

Ejemplo: en el asunto *Moustaquim contra Bélgica*,<sup>17</sup> un ciudadano marroquí condenado por varios delitos y pendiente, por ello, de deportación, alegó que esta última medida suponía un trato discriminatorio. La persona alegó discriminación por razón de nacionalidad, señalando que los belgas no sufrían la deportación al ser condenados por la comisión de delitos. El TEDH consideró que el reclamante no se hallaba en situación similar a los ciudadanos belgas, pues, con arreglo al CEDH, un Estado no puede expulsar a sus propios ciudadanos, por lo que su deportación no constituía un trato discriminatorio. Aunque el TEDH aceptó que la persona se hallaba en situación comparable a los nacionales de

<sup>17</sup> TEDH, *Moustaquim contra Bélgica* (N.º 12313/86), 18 de febrero de 1991.

otros Estados miembros de la UE (que no podían ser deportados por la normativa de la UE en materia de libertad de circulación), consideró que la diferencia de trato estaba justificada.

Ejemplo: en el asunto *Allonby*,<sup>18</sup> la reclamante trabajaba como profesora en una universidad. La universidad no renovó su contrato y ella empezó a trabajar para una empresa que proporcionaba profesores a centros educativos, la cual la envió a trabajar a su antigua universidad, realizando las mismas funciones anteriores, pero a cambio de una remuneración inferior a la que anteriormente percibía del centro. La profesora alegó discriminación por razón de género, afirmando que los profesores que trabajaban para la universidad percibían una remuneración superior. El TJUE consideró que los profesores contratados por la universidad no estaban en una situación comparable, pues el centro no era responsable de la determinación de la remuneración de la reclamante, empleada de una empresa externa, lo que impedía considerar que las circunstancias fueran suficientemente comparables.

Ejemplo: en el asunto *Luczak contra Polonia*,<sup>19</sup> un granjero francés que vivía y trabajaba en Polonia reclamó contra la denegación de su incorporación al régimen especial de seguridad social de los granjeros polacos, que no estaba abierto a los ciudadanos de otros países. El TEDH consideró que el solicitante estaba en situación comparable a los granjeros polacos que se beneficiaban de este régimen, pues tenía residencia permanente en el país, pagaba los mismos impuestos y, por tanto, contribuía a la financiación del régimen de seguridad social y había estado ya incorporado al régimen general.

Ejemplo: en el asunto *Richards*,<sup>20</sup> la reclamante se había sometido a cirugía de cambio de sexo de hombre a mujer y reclamaba su pensión al cumplir los 60 años, edad de jubilación de las mujeres en el Reino Unido. El gobierno denegó la pensión, afirmando que la reclamante no había recibido un tratamiento menos favorable que las personas que se hallaban en situación similar y alegando que la referencia comparativa pertinente eran los «hombres», pues la reclamante había vivido su vida como un hombre. El TJUE consideró que si la legis-

18 TJUE, *Allonby contra Accrington & Rossendale College y otros*, Asunto C-256/01 [2004] TJUE I-873, 13 de enero de 2004.

19 TEDH, *Luczak contra Polonia* (n.º 77782/01), 27 de noviembre de 2007; véase también, TEDH, *Gaygusuz contra Austria* (n.º 17371/90), 16 de septiembre de 1996.

20 TJUE, *Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, Asunto C-423/04 [2006] Rec. I-3585, 27 de abril de 2006.

lación nacional permitía el cambio de sexo, la referencia comparativa debían ser las mujeres, por lo que la imposición de una edad de jubilación superior suponía para la reclamante un trato menos favorable que el de otras mujeres.

Ejemplo: en el asunto *Burden contra el Reino Unido*,<sup>21</sup> dos hermanas que habían vivido juntas durante 31 años poseían conjuntamente un inmueble y se habían legado mutuamente sus respectivas partes del mismo en sus testamentos. Las reclamantes alegaban que al exceder el valor del inmueble del mínimo exento, en caso de fallecimiento de una de ellas, la otra tendría que pagar el impuesto de sucesiones, lo cual consideraban una injerencia discriminatoria en su derecho a la propiedad, pues las parejas casadas y las parejas de hecho registradas estaban exentas del impuesto. EL TEDH consideró, no obstante, que las reclamantes, en su calidad de hermanas, no podían compararse con las parejas casadas o de hecho, que constituyen relaciones libre y deliberadamente adquiridas para crear derechos y obligaciones contractuales, mientras que la relación de las solicitantes se derivaba de su consanguinidad y era, por tanto, radicalmente diferente.

Ejemplo: en el asunto de *Carson y otros contra el Reino Unido*, los reclamantes alegaban que el gobierno no aplicaba el mismo incremento a las pensiones de los jubilados residentes en el extranjero que a los residentes en el Reino Unido.<sup>22</sup> De acuerdo con la legislación británica, los incrementos sólo se aplicaban a estos últimos, excepto a los ciudadanos británicos jubilados en países con los que el Reino Unido tuviera un convenio recíproco de seguridad social. Los reclamantes, que no vivían en un país con tal convenio, alegaban una discriminación por el lugar de residencia. El TEDH discrepó de los reclamantes, quienes afirmaban hallarse en situación similar a los jubilados residentes en el Reino Unido o los ciudadanos británicos jubilados en países con un convenio recíproco, considerando que, aunque estos distintos grupos habían contribuido a los ingresos del Estado mediante el pago de las cuotas de la seguridad social, ello no constituía un fondo de pensiones, sino una fuente general de ingresos públicos para financiar diversas partidas de gasto público, y que la obligación del Estado de aplicar incrementos se derivaba del aumento del coste general de la vida en el Reino Unido, por lo que los reclamantes no se hallaban en una situación comparable a estos otros grupos y no habían sufrido, por tanto, un trato discriminatorio.

21 TEDH, *Burden contra el Reino Unido* [GC] (n.º 13378/05), 29 de abril de 2008.

22 TEDH, *Carson y otros contra el Reino Unido* [GC] (n.º 42184/05), 16 de marzo de 2010.

La obvia excepción a la exigencia de una «referencia comparativa» adecuada, al menos en el marco de la normativa de la UE en materia de empleo, corresponde a la discriminación por embarazo. Una larga jurisprudencia del TJUE, iniciada con el importantísimo asunto *Dekker*, establece claramente que si el perjuicio sufrido por una persona se debe a su embarazo, la situación se califica como discriminación directa, sin necesidad de referencia comparativa.<sup>23</sup>

### 2.2.3. Los motivos protegidos

En el capítulo 4 se analizan los distintos «motivos protegidos» existentes en la legislación europea contra la discriminación: el género, la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico y nacional, la religión y las creencias. En este apartado se analiza la necesidad de un nexo causal entre el trato menos favorable y el motivo protegido. Para cumplir este requisito basta formular una sencilla pregunta: ¿hubiera recibido la persona un trato menos favorable si hubiera tenido distinto género, raza o edad o hubiera ocupado otra posición en alguno de los restantes motivos protegidos? Si la respuesta es afirmativa, el trato menos favorable se debe claramente al motivo en cuestión.

La disposición o práctica aplicada no ha de hacer necesariamente referencia explícita al «motivo protegido», siempre que mencione otro factor indisoluble de éste. Básicamente, para determinar si existe una discriminación directa, se analiza si el trato menos favorable se debe a un «motivo protegido» indisoluble del factor concreto objeto de reclamación.

Ejemplo: en el asunto de *James contra el Eastleigh Borough Council*,<sup>24</sup> el Sr. James debía pagar una tasa para entrar a la piscina de Eastleigh, mientras que su mujer, la Sra. James, estaba exenta de ella. Ambos tenían 61 años de edad. La entrada gratuita se concedía únicamente a la Sra. James porque estaba jubilada, mientras que el Sr. James no lo estaba aún, dado que en el Reino Unido los hombres se jubilan a los 65 y las mujeres, a los 60. Aunque la regla de la gratuidad de acceso a la piscina se basaba en la condición de jubilado o no, el derecho a la jubilación dependía de la condición de hombre o mujer. La Cámara

23 TJUE, *Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Asunto C-177/88 [1990] Rec. I-3941, 8 de noviembre 1990. Igualmente, TJUE, *Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd*, Asunto C-32/93 [1994] Rec. I-3567, 14 de julio de 1994.

24 Cámara de los Lores del Reino Unido, *James contra Eastleigh Borough Council* [1990] UKHL 6, 14 de junio de 1990.

de los Lores consideró que si el Sr. James hubiera sido del sexo contrario, hubiera recibido un tratamiento igual al recibido por su esposa, y que la motivación y el propósito subyacentes a este trato eran irrelevantes, pues la atención debía centrarse únicamente en el trato recibido.

Ejemplo: en el asunto *Maruko*,<sup>25</sup> una pareja homosexual vivía como «pareja de hecho». La pareja del reclamante había fallecido y este último reclamaba una «pensión de viudedad» a la compañía que gestionaba el plan de pensiones laborales del fallecido. La empresa denegó la solicitud, alegando que las pensiones de viudedad están reservadas a los cónyuges, y el reclamante no había estado casado con el fallecido. El TJUE admitió que la denegación de la pensión constituía un trato menos favorable respecto a la referencia comparativa de las parejas «casadas». El TJUE consideró que la institución de la «pareja de hecho» en Alemania creaba para los miembros de la pareja muchos de los mismos derechos y las obligaciones que para los cónyuges, especialmente en materia de planes de pensiones públicas, por lo que estimó que en este caso, los miembros de la pareja se encontraban en situación similar a los cónyuges y que el hecho constituía una discriminación por razón de la orientación sexual. Por tanto, el hecho de que no pudieran casarse era indisoluble de su orientación sexual.

Ejemplo: en el asunto *Aziz contra Chipre*,<sup>26</sup> el reclamante denunciaba haber sido privado del derecho de voto por su origen étnico turco-chipriota. La ley de Chipre sólo permitía a los turco-chipriotas y a los greco-chipriotas votar a candidatos de sus respectivas comunidades étnicas en las elecciones parlamentarias, pero desde la ocupación turca del Norte de Chipre, la gran mayoría de la comunidad turca había abandonado el territorio y su participación en el parlamento se había suspendido, por lo que ya no había listas de candidatos a quienes el reclamante pudiera votar. Aunque el gobierno alegó que la imposibilidad de votar se debía al hecho de que no hubiera candidatos disponibles, el TEDH consideró que el estrecho vínculo entre las normas electorales y la pertenencia a la comunidad turco-chipriota, unido a la falta de ajuste de aquéllas a la nueva situación por parte del gobierno, convertía el caso en un supuesto de discriminación directa por razón del origen étnico.

25 TJUE, *Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Asunto C-267/06 [2008] Rec. I-1757, 1 de abril de 2008.

26 TEDH, *Aziz contra Chipre* (n.º 69949/01), 22 de junio de 2004.

Los tribunales han interpretado de forma amplia el alcance de los «motivos protegidos», admitiendo la «discriminación por asociación» en los supuestos en que la víctima de la discriminación no sea la propia persona que posee la característica protegida, así como la interpretación abstracta del motivo concreto. Esto obliga a los profesionales del Derecho a analizar detalladamente las argumentaciones subyacentes al trato menos favorable y buscar pruebas de que el motivo protegido sea, directa o indirectamente, la causa de dicho trato.

Ejemplo: en el asunto *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*,<sup>27</sup> una madre alegaba haber sido objeto de un trato menos favorable en el trabajo por la discapacidad de su hijo, que la hacía llegar tarde en ocasiones al trabajo y por la que había solicitado una baja para atender a las necesidades del niño. La solicitud fue denegada y la reclamante recibió amenazas de despido y comentarios insultantes sobre el estado de su hijo. El TJUE aceptó como referencia comparativa a sus compañeros de puestos similares y con hijos y observó que se les concedían condiciones de flexibilidad cuando lo solicitaban, por lo que consideró que el caso constituía un supuesto de discriminación y acoso por la discapacidad del hijo.

Ejemplo: en el asunto *Weller contra Hungría*,<sup>28</sup> una mujer rumana estaba casada con un húngaro, con quien había tenido cuatro hijos, pero no tenía derecho a la prestación de maternidad por nacimiento por no ser de nacionalidad húngara. Su marido trató de reclamar la prestación, que le fue denegada porque sólo tenían derecho a percibirla las madres. El TEDH consideró que el marido había sido objeto de discriminación por razón de paternidad (no de género), pues los padres y los tutores adoptivos varones tenían derecho a la prestación, excluida para los padres biológicos. También se presentó una reclamación en nombre de los hijos, alegando discriminación por la denegación de la prestación a su padre, la cual fue también admitida por el TEDH, apreciando una discriminación por razón de la situación de su padre como padre biológico.

Ejemplo: en el asunto *P. contra S. y Cornwall County Council*,<sup>29</sup> la reclamante estaba en curso de cambio de sexo de hombre a mujer en el momento de su despido por el empleador. El TJUE consideró que el despido constituía un trato desfavorable. Con respecto a la referencia comparativa, el TJUE señaló que «despedir a una persona por tener intención de someterse o haberse sometido a una

27 TJUE, *Coleman contra Attridge Law y Steve Law*, Asunto C-303/06 [2008] Rec. I-5603, 17 de julio de 2008.

28 TEDH, *Weller contra Hungría* (n.º 44399/05), 31 de marzo de 2009.

29 TJUE, *P. contra S. y Cornwall County Council*, Asunto C-13/94 [1996] Rec. I-2143, 30 de abril de 1996.

operación de cambio de sexo es darle un trato desfavorable frente a las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de la citada operación». En cuanto al motivo, aunque no pudiera acreditarse que la reclamante recibiera un trato diferente por el hecho de ser un hombre o una mujer, sí se acreditó que la diferencia de trato giraba en torno al concepto de su identidad sexual.

## 2.3. Discriminación indirecta

Tanto la normativa de la UE como el CEDH reconocen que la discriminación puede existir no sólo cuando se trata de modo diferente a personas en situaciones similares, sino también cuando se trata de forma idéntica a personas en situaciones diferentes. Esta última forma de discriminación se denomina «indirecta» porque no es el trato lo que difiere, sino sus efectos, que afectan de distinto modo a personas con características diferentes. El artículo 2(2)(b) de la Directiva de la igualdad racial establece que «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas».<sup>30</sup> El TEDH se ha basado en esta definición de la discriminación indirecta en algunos de sus últimos fallos, señalando que «la diferencia de trato puede consistir en unos efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política o medida general que, pese a estar formulada de modo neutro, discrimine a un determinado grupo».<sup>31</sup>

Los elementos de la discriminación indirecta son:

- una disposición, criterio o práctica
- que afecta de modo sustancialmente más perjudicial a un grupo definido por un «motivo protegido»
- en comparación con otras personas en situación similar.

### 2.3.1. Una disposición, criterio o práctica neutros

El primer elemento identificable es una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros. En otras palabras, debe haber algún tipo de requisito aplicable a todas las personas. A continuación se exponen dos casos ejemplificativos. Pueden encontrarse más ejemplos en el capítulo 5, sobre los aspectos probatorios y el papel de las estadísticas.

30 Igualmente: Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2(2)(b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2(b).

31 TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 184; TEDH, *Opuz contra Turquía* (n.º 33401/02), 9 de junio de 2009, párr. 183; TEDH, *Zarb Adami contra Malta* (n.º 17209/02), 20 de junio de 2006, párr. 80.

Ejemplo: en el asunto *Schönheit*,<sup>32</sup> las pensiones de los empleados a tiempo parcial se calculaban utilizando una tarifa diferente a la de los empleados a tiempo completo, que no estaba basada en la diferencia del tiempo trabajado, de modo que los empleados a tiempo parcial percibían una pensión menor que los empleados a tiempo completo, incluso teniendo en cuenta las diferencias en el tiempo trabajado, lo que en la práctica significaba una menor remuneración. Aunque esta disposición neutral sobre el cálculo de las pensiones se aplicaba igualmente a todos los empleados a tiempo parcial, dado que en torno al 88% de ellos eran mujeres, el efecto de la norma perjudicaba desproporcionadamente a las mujeres respecto a los hombres.

Ejemplo: en el asunto *D.H. y otros contra la República Checa*<sup>33</sup> se empleaban una serie de pruebas para determinar la inteligencia y la idoneidad de los alumnos con el fin de decidir si debían ser apartados de la educación general y adscritos a escuelas especiales, diseñadas para personas con discapacidades intelectuales u otras dificultades de aprendizaje. Aunque se aplicó la misma prueba a todos los alumnos considerados susceptibles de adscripción a las escuelas especiales, en realidad había sido diseñada basándose en la población general checa, de modo que los estudiantes gitanos tenían intrínsecamente mayor probabilidad de obtener malos resultados, como efectivamente ocurrió, con la consecuencia de que entre el 80 y el 90 por ciento de ellos se educaron fuera del sistema educativo general. El TEDH consideró que se trataba de un caso de discriminación indirecta.

### 2.3.2. Efectos sustancialmente más perjudiciales para un grupo protegido

El segundo elemento característico es que la disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a un «grupo protegido» en desventaja particular. Ésta es la diferencia entre la discriminación indirecta y la discriminación directa, el desplazamiento de la atención desde el trato diferente hacia la diferencia en los efectos.

Al analizar las pruebas estadísticas del efecto desproporcionadamente perjudicial respecto a otras personas en situación similar, el TJUE y el TEDH buscarán muestras de que una proporción especialmente grande de los perjudicados pertenezca al

32 TJUE, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main* y *Silvia Becker contra Land Hessen*, Asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02 [2003] Rec. I-12575, 23 de octubre de 2003.

33 TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 79.



«grupo protegido». Esta cuestión se analiza de forma más detallada en el capítulo 5, relativo a los aspectos probatorios. Por lo que ahora respecta, nos remitimos a la recopilación de expresiones utilizadas por el TJUE que aparecen en las Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto *Nolte* con respecto a la discriminación sexual:

«[P]ara que se considere discriminatoria, la medida debe afectar a «un número muy superior de mujeres que de hombres» [Rinner-Kühn<sup>34</sup>], a «un número considerablemente inferior de hombres que de mujeres» [Nimz,<sup>35</sup> Kowalska<sup>36</sup>] o a «muchas más mujeres que hombres» [Roks, Sra. de De Weerd, y otros<sup>37</sup>].»<sup>38</sup>

### 2.3.3. Referencia comparativa

Al igual que en el caso de la discriminación directa, el tribunal deberá encontrar una referencia comparativa para determinar si el efecto de una determinada disposición, criterio o práctica es sustancialmente más perjudicial que el experimentado por otras personas en situación similar. El planteamiento de los tribunales no difiere a este respecto del adoptado respecto a la discriminación directa.

34 TJUE, *Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Asunto 171/88 [1989] Rec. 2743, 13 de julio de 1989.

35 TJUE, *Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C-184/89 [1991] Rec. I-297, 7 de febrero de 1991.

36 TJUE, *Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C-33/89 [1990] Rec. I-2591, 27 de junio de 1990.

37 TJUE, *Roks, Sra. de De Weerd, y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros*, Asunto C-343/92 [1994] Rec. I-571, 24 de febrero de 1994.

38 Conclusión del Abogado General Léger de 31 de mayo de 1995, párrs. 57-58, en TJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, Asunto C-317/93 [1995] Rec. I-4625, 14 de diciembre de 1995. Véase un ejemplo de un planteamiento similar con arreglo al CEDH en TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007 (analizado en el capítulo 5.2.1).

## 2.4. El acoso y las órdenes de discriminar

### 2.4.1. El acoso y las órdenes de discriminar en las directivas de la UE contra la discriminación

Conforme a las directivas contra la discriminación, el acoso constituirá discriminación cuando:

- se produzca un comportamiento no deseado relacionado con un motivo protegido;
- que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona;
- y/o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.<sup>39</sup>

La prohibición del acoso y las órdenes de discriminar en el marco de la legislación de la UE contra la discriminación es relativamente reciente y tiene por finalidad lograr una protección más integral.

Con arreglo a las directivas, el acoso es un tipo concreto de discriminación. Previamente considerado como un caso particular de discriminación directa, su tratamiento específico en un epígrafe propio responde más a la importancia de singularizar esta forma especialmente dañina de trato discriminatorio que a un cambio conceptual.

Las directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres establecen también específicamente el acoso sexual como un tipo concreto de discriminación, cuando el comportamiento no deseado «verbal, no verbal o físico» es de naturaleza «sexual».<sup>40</sup>

Conforme a esta definición, no es necesaria una referencia comparativa para demostrar el acoso, como corresponde al hecho de que el acoso es intrínsecamente malo por la forma que adopta (abuso verbal, no verbal o físico) y por su efecto potencial (atentar contra la dignidad humana).

Gran parte de las directrices sobre el acoso en el ámbito de la UE se derivan de la Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido el Código práctico encaminado a combatir el acoso

39 Véase: Directiva sobre igualdad racial, artículo 2(3); Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2(3); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2(c); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(c).

40 Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2(d); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(d).

sexual.<sup>41</sup> La normativa de la UE adopta un enfoque flexible objetivo/subjetivo. En primer lugar, para determinar la existencia del acoso se emplea la percepción del trato de la víctima. En segundo lugar, no obstante, aunque la víctima no perciba efectivamente los efectos del acoso, éste podrá apreciarse aún, siempre que el reclamante sea el objeto del comportamiento en cuestión.

Las cuestiones de hecho relativas a si una conducta constituye o no acoso suelen determinarse en el ámbito nacional, antes de remitir los asuntos al TJUE. Por este motivo, los siguientes casos ilustrativos proceden de las jurisdicciones nacionales.

Ejemplo: en un asunto ante el Tribunal de Apelación de Suecia,<sup>42</sup> el reclamante había tratado de comprar un cachorro, pero cuando el vendedor observó que era homosexual, se negó a realizar la venta para proteger el bienestar del perro, afirmando que los homosexuales realizan actos sexuales con animales. El Tribunal de Apelación de Suecia consideró que la negativa a vender el cachorro constituía una discriminación directa en el ámbito del acceso a los bienes y servicios y un supuesto de acoso por razón de la orientación sexual.

Ejemplo: en un asunto ante la Autoridad de Igualdad de Trato húngara,<sup>43</sup> se formuló una reclamación relativa a ciertos profesores que habían dicho a los estudiantes gitanos que se había comunicado su mal comportamiento en el colegio a la «Guardia Húngara», una organización nacionalista conocida por sus actos de extrema violencia contra los gitanos. Se consideró que los profesores habían respaldado implícitamente las opiniones racistas de la Guardia y habían creado un clima de miedo e intimidación constitutivo de acoso.

41 Declaración del Consejo, de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido el Código práctico encaminado a combatir el acoso sexual, DO C 27, 4 de febrero de 1992, pág. 1; Recomendación 92/131/CEE de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, DO L 49, 24 de febrero de 1992, pág. 1.

42 Tribunal de Apelación de Svea (Suecia), *El Defensor del pueblo frente a la discriminación por razón de orientación sexual contra A.S.*, Asunto n.º T-3562-06, 11 de febrero de 2008. Resumen en inglés disponible en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), pág. 69.

43 Autoridad de Igualdad de Trato (Hungría), Decisión n.º 654/2009, 20 de diciembre de 2009. Resumen en inglés disponible a través de la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, «News Report»: [www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU\\_harassment\\_of\\_Roma\\_pupils\\_by\\_teachers.pdf](http://www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf).

Aunque todas las directivas contra la discriminación establecen también que las «órdenes de discriminar» constituyen una «discriminación»,<sup>44</sup> ninguna de ellas ofrece una definición de este término. Para que resulte de utilidad en la lucha contra las prácticas discriminatorias, no debe restringirse únicamente a las órdenes de carácter imperativo, sino ampliarse a las situaciones en las que se exprese una preferencia o se anime a tratar a personas menos favorablemente por uno de los motivos protegidos. Ésta es un área que puede evolucionar a través de la jurisprudencia de los tribunales.

Aunque las directivas contra la discriminación no obligan a los Estados miembros a utilizar el derecho penal para sancionar los actos de discriminación, una Decisión Marco del Consejo Europeo obliga a todos los Estados miembros a establecer sanciones penales por la incitación a la violencia o el odio por razones de raza, color, ascendencia, religión o creencias, origen nacional o étnico, así como por la divulgación de materiales racistas o xenófobos y por la apología, la negación y la trivialización de actos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad dirigidos contra estos grupos.<sup>45</sup> Los Estados miembros están también obligados a considerar los fines racistas y xenófobos como una circunstancia agravante.

Resulta bastante probable, por tanto, que los actos de acoso y de incitación a la discriminación, además de constituir una discriminación, puedan caer también en el ámbito del derecho penal nacional, especialmente si guardan relación con la raza o el origen étnico.

Ejemplo: En un asunto ante los tribunales búlgaros,<sup>46</sup> un miembro del parlamento había realizado varias declaraciones verbales contra las comunidades gitana, judía y turca, así como contra los «extranjeros» en general, afirmando que impedían a los búlgaros gestionar su propio Estado, cometían delitos de forma impune y privaban a los búlgaros de una asistencia sanitaria adecuada, por lo que llamaba al pueblo a impedir que el país se convirtiera en una «colonia» de estos diversos grupos. El Tribunal Regional de Sofía consideró el caso constitutivo de acoso y de órdenes de discriminar.

44 Artículo 2(4) de la Directiva de igualdad en el empleo; Artículo 4(1) de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de acceso a bienes y servicios; Artículo 2(2)(b) de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición); Artículo 2(4) de la Directiva de igualdad racial.

45 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, DO L 328, 6 de diciembre de 2008, pág. 55.

46 Tribunal Regional de Sofía (Bulgaria), Decisión n.º 164 en el Asunto Civil n.º 2860/2006, 21 de junio de 2006. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 11-1.

## 2.4.2. El acoso y las órdenes de discriminar en el CEDH

Aunque el CEDH no prohíbe específicamente el acoso y las órdenes de discriminar, recoge ciertos derechos en este campo. De este modo, el acoso puede caer en el ámbito del derecho al respeto a la vida privada y familiar, protegido en el artículo 8 del CEDH, o el derecho a no ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes del artículo 3, mientras que las órdenes de discriminar pueden caer en el ámbito de otros artículos, como la libertad de religión y de reunión y asociación de los artículos 9 y 11, dependiendo del contexto. Si estos actos constituyen un motivo de discriminación, el TEDH analizará los supuestos incumplimientos de estos artículos, en relación con el artículo 14, que prohíbe la discriminación. A continuación se exponen algunos ejemplos de casos basados en hechos similares a los anteriormente expuestos, en el ámbito del CEDH.

Ejemplo: en el asunto *Bączkowski y otros contra Polonia*,<sup>47</sup> el alcalde de Varsovia realizó ciertas declaraciones públicas de carácter homófobo, señalando que no autorizaría una manifestación para concienciar sobre la discriminación por razón de la orientación sexual. Cuando se planteó la decisión ante el órgano administrativo competente, éste denegó la autorización por otros motivos, como la necesidad de evitar enfrentamientos entre los manifestantes. El TEDH consideró que las declaraciones del alcalde podrían haber influido en la decisión de las autoridades competentes y que la decisión estaba basada en motivos de orientación sexual y, por tanto, constituía una vulneración del derecho a la libertad de reunión y de asociación, en relación con el derecho a no sufrir discriminación.

Ejemplo: en el asunto *Paraskeva Todorova contra Bulgaria*,<sup>48</sup> los tribunales nacionales, al condenar a una persona de origen gitano, denegaron expresamente la recomendación del fiscal de suspender la sentencia, manifestando que entre la minoría gitana existía un hábito de impunidad y que debía darse un ejemplo con esta persona concreta. El TEDH consideró que esto vulneraba el derecho del reclamante a un juicio justo, en relación con el derecho a no sufrir discriminación.

47 TEDH, *Bączkowski y otros contra Polonia* (n.º 1543/06), 3 de mayo de 2007.

48 TEDH, *Paraskeva Todorova contra Bulgaria* (n.º 37193/07), 25 de marzo de 2010.

## 2.5. Medidas especiales o específicas

Como se ha señalado anteriormente, en los casos de discriminación indirecta, el motivo por el que se aprecia la discriminación es la aplicación de la misma disposición a todas las personas sin tener en cuenta las diferencias sustanciales. Para corregir y evitar este tipo de situaciones, los gobiernos, los empleadores y los prestadores de servicios deben asegurarse de adoptar medidas para ajustar sus disposiciones y prácticas con el fin de tener en cuenta estas diferencias; es decir, deben hacer algo para adaptar sus políticas y medidas vigentes. En el ámbito de la ONU, se denominan «medidas especiales», mientras que en el derecho de la UE se habla de «medidas específicas» o de «acción positiva». Con estas medidas especiales, los gobiernos puede asegurar la «igualdad sustantiva», es decir, la igualdad en el disfrute de las oportunidades de acceder a los beneficios disponibles en la sociedad, en lugar de la mera «igualdad formal». Si los gobiernos, los empleadores y los prestadores de servicios no tienen en cuenta la pertinencia de adoptar medidas especiales, aumentan el riesgo de que incurrir en disposiciones y prácticas constitutivas de discriminación indirecta.

El TEDH ha señalado que «el derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos reconocidos en el CEDH se vulnera también si los Estados [...] no dan un trato diferenciado a las personas que se hallen en situaciones sustancialmente diferentes».<sup>49</sup> Del mismo modo, las directivas de la UE contra la discriminación prevén expresamente la posibilidad de adoptar medidas positivas, señalando que: «[c]on el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a [un motivo protegido]».<sup>50</sup>

El artículo 5 de la Directiva de igualdad en el empleo contiene plasmaciones concretas de la regla general de las medidas específicas en relación a las personas con discapacidad, que obligan a los empleados a realizar «ajustes razonables» para que las personas con discapacidad física o mental disfruten de las mismas oportunidades en el empleo. Estos ajustes razonables se definen como «medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las

49 TEDH, *Thlimmenos contra Grecia* [GC] (n.º 34369/97), 6 de abril de 2000, párr. 44. Igualmente, TEDH, *Pretty contra el Reino Unido* (n.º 2346/02), 29 de abril de 2002, párr. 88.

50 Directiva sobre igualdad racial, artículo 5; Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 7; Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 6; y también, con una formulación ligeramente diferente: Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 3.

personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario». Estas medidas pueden incluir la instalación de un elevador, una rampa o un inodoro para personas con discapacidad que permitan el acceso en silla de ruedas.

Ejemplo: en el asunto *Thlimmenos contra Grecia*, la legislación nacional prohibía a los condenados por delitos ejercer la profesión de censor jurado de cuentas, porque el delito implica una falta de la honradez y la fiabilidad necesarias para desempeñar estas funciones. En este asunto, el reclamante había sido condenado penalmente por negarse a prestar el servicio militar obligatorio debido a que era miembro del grupo religioso pacifista de los Testigos de Jehová. El TEDH consideró que no había motivos para excluir del ejercicio de la profesión a personas condenadas por delitos no relacionados con la fiabilidad o la honradez. El gobierno había discriminado al solicitante al no incluir una excepción a la regla general para estos casos, vulnerando el derecho a la manifestación de las creencias religiosas (conforme al artículo 9 del CEDH), en relación con la prohibición de la discriminación.

Ejemplo: en un asunto ante el Organismo de la Igualdad de Chipre,<sup>51</sup> el reclamante, que sufría una deficiencia visual, participó en un examen para acceder al empleo público. Tras solicitar un tiempo adicional para completar el examen, se le concedieron 30 minutos más, pero este tiempo se dedujo del descanso al que todos tenían derecho. El Organismo de la Igualdad consideró que no había un procedimiento normalizado de examen con ajustes razonables para los candidatos con circunstancias especiales y que, con arreglo a los hechos, no se había hecho lo suficiente para establecer circunstancias que le permitieran competir en condiciones de igualdad con los demás candidatos. El Organismo de la Igualdad recomendó la constitución por el Estado de un equipo de expertos, en el marco de un procedimiento normalizado de análisis de estos casos que requieren ajustes razonables concretos.

51 Comisión de la Igualdad (Chipre), Ref. A.K.I. 37/2008, 8 de octubre de 2008. Resumen en inglés disponible en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), pág. 43.

Ejemplo: una persona en silla de ruedas demandó ante los tribunales franceses al Ministerio de Educación por no ser adscrito a un determinado puesto.<sup>52</sup> Su solicitud había obtenido el tercer lugar en la lista de los candidatos, pero cuando los dos primeros declinaron el puesto, la oferta se trasladó al cuarto, en lugar de al demandante, a quien se ofreció un puesto en otro departamento que había sido adaptado para el acceso en silla de ruedas. El Estado justificó la decisión alegando que no era de interés público invertir fondos para realizar cambios en las instalaciones con el fin de cumplir la obligación de realizar ajustes razonables. El tribunal consideró que el Ministerio de Educación no había cumplido su obligación de realizar ajustes razonables para las personas con discapacidades, que no podían atenuarse por consideraciones administrativas.

En ocasiones se incluye en el término «medidas especiales» el supuesto de que el trato diferenciado favorezca (en lugar de desfavorecer) a determinadas personas por razón de sus motivos protegidos. Por ejemplo, la elección de una mujer con preferencia a un hombre para un determinado puesto por su condición de mujer, al tener el empleador una política de corrección de la infrarrepresentación de la mujer en su personal. La terminología empleada para describir estos supuestos varía enormemente, desde la discriminación «positiva» o «inversa» hasta el «trato preferente», las «medidas especiales temporales» y la «acción positiva»,<sup>53</sup> que reflejan su función aceptada como medios excepcionales a corto plazo para combatir los prejuicios contra personas normalmente objeto de discriminación, así como para crear modelos que inspiren a otras personas que compartan estas características.

La posibilidad de adoptar medidas positivas en favor de grupos desfavorecidos queda aún más reforzada por las directrices de varios de los órganos de control encargados de interpretar los tratados de derechos humanos de la ONU, los cuales han resaltado que estas medidas deben ser de carácter temporal y no prolongarse más

52 Tribunal Administrativo de Rouen (Francia), *Boutheiller contra Ministère de l'éducation*, Sentencia n.º 0500526-3, 24 de junio de 2008. Resumen en inglés disponible en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), pág. 45.

53 Por ejemplo, CEDR, «Recomendación General n.º 32: Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial», Doc. ONU CERD/C/GC/32, 24 de septiembre de 2009; CDESC, «Observación General n.º 13: El derecho a la educación», Doc. ONU E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999; CEDCM, «Recomendación General n.º 25: El párrafo 1 del artículo 4 de la Convención (medidas especiales de carácter temporal)», Doc. ONU A/59/38(SUPP), 18 de marzo de 2004; CDH, «Observación General n.º 18: No discriminación», Doc. ONU A/45/40(Vol.I.)(SUPP), 10 de noviembre de 1989; CEDR, «Recomendación General n.º 30: Sobre la discriminación contra los no ciudadanos», Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 de mayo de 2005.



allá de lo necesario para resolver la desigualdad en cuestión.<sup>54</sup> Según el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), para que sean admisibles, estas medidas deben tener como única finalidad la eliminación de las desigualdades existentes y la prevención de futuros desequilibrios.<sup>55</sup> El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDCM) ha detallado que estas «medidas especiales de carácter temporal» pueden incluir el «trato preferencial, el reclutamiento, contratación y promoción dirigidos a determinadas personas y los sistemas de cuotas».<sup>56</sup> Conforme a la jurisprudencia del TJUE, posteriormente analizada, debe comprobarse estrictamente la proporcionalidad de esas medidas.

Los tribunales han tendido a tratar la discriminación en este contexto no como una forma particular de discriminación, sino como una excepción a la prohibición de la discriminación. En otras palabras, reconocen que se ha producido un trato diferenciado, pero puede estar justificado por el interés de corregir una desventaja previa, como la infrarrepresentación de determinados grupos en el lugar de trabajo.

Los Estados han reconocido en distintos momentos la justificación del trato diferencial. Esta figura puede contemplarse desde dos ángulos diferentes. Desde el punto de vista del beneficiario, el trato más favorable responde a una característica protegida, en comparación con otras personas en situación similar. Desde el punto de vista de la víctima, el trato menos favorable se debe a que no posee la característica protegida. Son ejemplos típicos de esto la reserva de puestos para las mujeres en ámbitos laborales dominados por los hombres o para las minorías étnicas en los servicios públicos, como la policía, con el fin de reflejar mejor la composición de la sociedad. En ocasiones se etiqueta como discriminación «inversa», porque el trato discriminatorio tiene por fin favorecer a una persona que previsiblemente recibiría un trato menos favorable con arreglo a las tendencias sociales anteriores. En otras ocasiones se califica como acción «positiva», porque son acciones específicamente dirigidas a corregir desventajas anteriores promoviendo la participación de grupos tradicionalmente desfavorecidos; en este sentido, responde a un propósito benéfico, y no a perjuicios contra determinados grupos.

54 *Ibid.*

55 CEDR, «Recomendación General n.º 32: Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial», Doc. ONU CERD/C/GC/32, 24 de septiembre de 2009, párrs. 21-26.

56 CEDCM, «Recomendación General n.º 25: El párrafo 1 del artículo 4 de la Convención (medidas especiales de carácter temporal)», Doc. ONU A/59/38(SUPP), 18 de marzo de 2004, párr. 22.

El concepto aparece escasamente en la jurisprudencia del TEDH, pero ha recibido mayor consideración en el ámbito de la normativa de la UE, en el que el TJUE ha conocido asuntos en el área del empleo. Las medidas específicas aparecen como una causa de justificación por derecho propio con arreglo a las directivas contra la discriminación y la jurisprudencia del TJUE, así como en la causa de justificación específica de «requisitos profesionales esenciales», como se analizará en el apartado 2.6.4.1.

Los principales asuntos del TJUE en materia de medidas especiales se han planteado en el marco de la igualdad de género; concretamente, los asuntos *Kalanke*,<sup>57</sup> *Marschall*<sup>58</sup> y *Abrahamsson*,<sup>59</sup> que, en conjunto, definen los límites de las medidas especiales que pueden adoptarse para compensar desventajas anteriores sufridas durante años por, en estos casos concretos, las mujeres trabajadoras.

Ejemplo: en el asunto *Kalanke*, el TJUE adoptó un enfoque estricto frente a la concesión de un trato preferente para corregir la infrarrepresentación de la mujer en determinados puestos. El caso hacía referencia a una normativa de ámbito regional que concedía prioridad automática a las candidatas a ciertos puestos y ascensos. A igualdad de cualificación entre los candidatos masculinos y femeninos, estas últimas debían tener preferencia si las trabajadoras estaban infrarrepresentadas en el sector. Se consideraba que existía infrarrepresentación si las trabajadoras no representaban al menos la mitad del personal del puesto en cuestión. En este caso, el candidato rechazado, el Sr. Kalanke, alegó discriminación por razón de género ante los tribunales nacionales, los cuales remitieron el asunto al TJUE, consultando si la disposición era compatible con el artículo 2(4) de la Directiva de igualdad de trato de 1976 (el antecedente del artículo 3 de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres sobre la «acción positiva»), que establecía que «la presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres».<sup>60</sup>

57 TJUE, *Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen*, Asunto C-450/93 [1995] Rec. I-3051, 17 de octubre de 1995.

58 TJUE, *Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen*, Asunto C-409/95 [1997] Rec. I-6363, 11 de noviembre de 1997.

59 TJUE, *Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist*, Asunto C-407/98 [2000] Rec. I-5539, 6 de julio de 2000.

60 Directiva sobre igualdad de trato 76/207/CEE, DO L 39, 14 de febrero de 1976, pág. 40.

El TJUE consideró que el artículo 2(4) estaba diseñado para permitir medidas que «aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social».<sup>61</sup> Se acepta que la disposición tenía la finalidad legítima de eliminar desigualdades existentes en el trabajo. Por tanto, en principio, las medidas que otorgan a las mujeres ventajas específicas en el trabajo, incluidos los ascensos, pueden ser aceptables si tienen por finalidad mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo sin esta discriminación.

No obstante, el Tribunal señala también que todas las excepciones al derecho a la igualdad de trato deben interpretarse de modo estricto, considerando que el otorgamiento por la disposición en cuestión de «prioridad absoluta e incondicional a la mujer para los nombramientos y ascensos» resultaría en la práctica desproporcionado para conseguir el fin de eliminar la desigualdad en relación con el derecho a la igualdad de trato, por lo que el trato preferencial no estaría justificado en este caso.

No obstante, otros casos posteriores han mostrado que las medidas específicas pueden ser aceptables si la disposición no impone una prioridad automática e incondicional.

Ejemplo: aunque el asunto *Marschall* hacía referencia a una normativa similar a la del caso *Kalanke*, la disposición en cuestión establecía que las mujeres igualmente cualificadas debían tener prioridad «a menos que razones específicas de un candidato masculino concreto inclinaran la balanza a su favor». El Sr. Marschall, rechazado para un puesto a favor de otra candidata, impugnó la validez de la disposición ante los tribunales nacionales, los cuales remitieron el caso al TJUE, planteando nuevamente si la disposición era compatible con la Directiva de igualdad de trato. El TJUE consideró que una disposición de esta naturaleza no era desproporcionada al fin legítimo de eliminar la desigualdad, siempre que «garantice, en cada caso particular, a los candidatos masculinos con igual capacitación que las candidatas femeninas, que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a la persona de los candidatos de ambos sexos e ignore la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino». En consecuencia, la discrecionalidad

61 Esta terminología se ha adoptado en gran medida en el preámbulo de las directivas contra la discriminación: párr. 21 de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición); párr. 26 de la Directiva de igualdad en el empleo; párr. 17 de la Directiva de igualdad racial.

incluida en la disposición evita que la prioridad sea absoluta y, por tanto, resulta proporcional para la consecución del fin de corregir la desigualdad en el trabajo.

Ejemplo: el caso *Abrahamsson* hacía referencia a la validez de la legislación sueca, situada entre la prioridad incondicional de la disposición del caso *Kalanke* y la discrecionalidad del asunto *Marschall*. La disposición establecía que los candidatos de un sexo infrarrepresentado que tuvieran cualificación suficiente para desempeñar el puesto debían recibir prioridad, a menos que «la diferencia entre (las cualificaciones de) los candidatos» fuera tan grande que se quebrara el requisito de la objetividad en la designación». El TJUE consideró que la legislación concedía en la práctica automáticamente prioridad a los candidatos del sexo infrarrepresentado y que el hecho de que la disposición sólo lo excluyera en el caso de existir diferencias importantes de cualificación no era suficiente para evitar que la disposición tuviera efectos desproporcionados.

Estos casos ponen de manifiesto que el TJUE ha sido generalmente cauto en su planteamiento de admitir medidas específicas que prevalezcan sobre el principio de justicia. Sólo en casos limitados, cuando las medidas específicas no son incondicionales y absolutas, permite que las disposiciones nacionales queden incluidas en la excepción del artículo 2(4).

Ante cuestiones relativas a medidas específicas al amparo de las directivas de la UE contra la discriminación, los profesionales del derecho deben prestar especial atención a las «medidas» aplicadas para favorecer a determinados grupos de personas. Las medidas específicas son claramente el último recurso, como muestra la jurisprudencia del TJUE anteriormente expuesta. Los profesionales del derecho y funcionarios judiciales que conozcan de asuntos relativos a medidas específicas deben asegurarse de que todos los candidatos examinados por el empleador en cuestión, incluidos aquellos a los que no estén dirigida la disposición sobre las medidas especiales, sean valorados de forma objetiva y justa para el puesto en cuestión. Las medidas especiales sólo pueden utilizarse si la evaluación objetiva muestra que existen varios candidatos, entre los cuales haya personas de un grupo destinatario de la disposición, igualmente capacitados para desempeñar la función. Sólo en estos casos puede seleccionarse a un miembro de un grupo objetivo, debido a la discriminación histórica anterior en el lugar de trabajo, antes de una persona no perteneciente a dicho grupo.

El TJUE no ha tenido aún la oportunidad de analizar en profundidad los casos de las medidas especiales, pero sí lo ha tenido en cuenta un pequeño número de casos.

Ejemplo: en el caso *Wintersberger contra Austria*,<sup>62</sup> el TEDH emitió una decisión sobre la admisibilidad de una demanda. El demandante, una persona discapacitada, había sido despedido de su empleo por el Estado. Conforme a la legislación nacional, las personas con discapacidad tenían protección especial frente al despido, consistente en su aprobación previa por un comité especial. Si el empleador no tenía conocimiento de la discapacidad, la aprobación podía concederse retroactivamente. La aprobación no era necesaria en el caso de las personas sin discapacidad. El demandante alegó que el hecho de que la aprobación pudiera concederse retroactivamente para personas con discapacidad, pero no para personas sin discapacidad, suponía una discriminación. El TEDH consideró que la disposición beneficiaba en la práctica a las personas con discapacidad y estaba, por tanto, justificada como ejemplo de discriminación inversa, y desestimó la reclamación.

## Puntos clave

- La discriminación es una situación en la que una persona se encuentra de alguna forma en desventaja debido a una «característica protegida».
- La discriminación adopta diversas formas: discriminación directa, discriminación indirecta, acoso y órdenes de discriminar.
- La discriminación directa se caracteriza por un trato diferenciado: debe acreditarse que la supuesta víctima ha recibido un trato menos favorable por tener una característica incluida entre los «motivos protegidos».
- El trato menos favorable se determina por comparación entre la supuesta víctima y otra persona en situación similar que no posea la característica protegida.
- El «motivo protegido» puede no ser la razón expresa del trato diferenciado, basta que ésta sea indisoluble del citado «motivo protegido».
- El TJUE y los tribunales nacionales han aceptado la noción de discriminación por asociación, en la que una persona recibe un trato menos favorable debido a su asociación con otra que posee una «característica protegida».
- El acoso es una manifestación particular de la discriminación directa, aunque la normativa de la UE lo regula de forma independiente.
- La discriminación indirecta se caracteriza por la existencia de una repercusión o unos efectos diferenciados: hay que acreditar que un grupo resulta desfavorecido por una decisión respecto a otro grupo de referencia.

62 TEDH, *Wintersberger contra Austria* (dec.) (n.º 57448/00), 27 de mayo de 2003.

- Para acreditar la discriminación indirecta, la persona debe aportar pruebas de que quienes comparten la característica protegida sufren, como grupo, efectos o repercusión diferenciados respecto a quienes carecen de esta característica.
- Para asegurar la igualdad de todas las personas en el disfrute de los derechos, los gobiernos, los empleadores y los prestadores de servicios deben adoptar medidas especiales o específicas para adaptar sus disposiciones y prácticas a las personas con características diferentes.
- Los términos «medidas especiales» y «medidas específicas» incluyen la compensación de desventajas anteriormente sufridas por quienes poseen una característica protegida. Esto puede justificar la discriminación, siempre que se haga de forma proporcionada.

## 2.6. Causas de justificación del trato menos favorable en la legislación europea contra la discriminación

### 2.6.1. Introducción

En algunos casos, los tribunales consideran aceptable la existencia de un trato diferenciado. La forma de plantear las causas de justificación en la legislación de la UE difiere de la del TEDH, pese a su estrecha similitud de fondo.

En la normativa europea contra la discriminación, la causa de justificación puede formularse en términos generales o en términos específicos más limitados. El planteamiento del TEDH es la aplicación de una causa de justificación formulada de modo general, en el ámbito de la discriminación tanto directa como indirecta. Por el contrario, la legislación de la UE sólo prevé causas de justificación específicas limitadas para la discriminación directa y únicamente establece una causa de justificación general en el caso de la discriminación indirecta. Dicho de otro modo, con arreglo a las directivas contra la discriminación, la discriminación directa sólo puede justificarse cuando responde a determinados fines expresamente fijados en las directivas.

En estas directivas, las causas de justificación específicas pueden situarse en el contexto más amplio de la causa de justificación general reconocida por el TEDH y se corresponden con la forma de aplicación de la causa de justificación general en la jurisprudencia. Básicamente, las causas de justificación específicas en las directivas contra la discriminación son plasmaciones particulares de la causa de justificación general concretadas y adaptadas al ámbito específico del empleo.

## 2.6.2. Análisis detallado de la causa de justificación general

Como ya se ha señalado, en el CEDH, la causa de justificación general es de aplicación tanto a la discriminación directa como a la indirecta, mientras que en la legislación de la UE contra la discriminación sólo es de aplicación a la discriminación indirecta. De acuerdo con el TEDH:

*«[L]a diferencia de trato a personas en situaciones sustancialmente similares [...] es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido.»<sup>63</sup>*

Las directivas de la UE contra la discriminación emplean términos similares en relación con la discriminación indirecta. La Directiva de igualdad racial establece que:

*«[e]xistirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.»<sup>64</sup>*

Los términos empleados por el TEDH y por las directivas contra la discriminación muestran que no se trata de una causa de justificación de la discriminación en sentido estricto, sino de una justificación del trato diferenciado que impide apreciar la existencia de discriminación. No obstante, si no en la forma, en el fondo, los tribunales tratan estas justificaciones como causas de justificación de la discriminación.

Para justificar la diferencia de trato debe acreditarse:

- que la disposición o práctica en cuestión persigue una finalidad legítima;
- que los medios empleados para la consecución de esta finalidad (es decir, las medidas generadoras de la diferencia de trato) sean proporcionados y necesarios.

63 TEDH, *Burden contra el Reino Unido* [GC] (n.º 13378/05), 29 de abril de 2008, párr. 60.

64 Directiva sobre igualdad racial, artículo 2(2)(b); Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 2(2)(b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 2 (b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 2(1)(b).

Para determinar si el trato diferente es proporcionado, el tribunal debe comprobar que:

- no existe ningún otro medio de conseguir la finalidad perseguida que provoque menos interferencias con el derecho a la igualdad de trato. Dicho de otro modo, que la desventaja sufrida representa el perjuicio mínimo necesario para conseguir esa finalidad;
- la finalidad perseguida es suficientemente importante como para justificar este grado de interferencia.

Ejemplo: El TJUE ofreció un análisis en profundidad del concepto de justificación objetiva en el asunto *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*,<sup>65</sup> en el que los empleados a tiempo parcial alegaban que su exclusión del plan de pensiones laborales de Bilka (unos grandes almacenes) constituía una discriminación indirecta contra las mujeres, las cuales representaban la gran mayoría de los trabajadores a tiempo parcial. El TJUE consideró que el caso constituiría un supuesto de discriminación indirecta, a menos que la diferencia de derechos estuviera justificada, para lo cual debía acreditarse que «las [...] medidas elegidas por Bilka corresponden a una necesidad real de la empresa, son adecuadas para conseguir los objetivos perseguidos y son necesarias para tal fin».

Bilka alegó que la finalidad de la diferencia de trato era desincentivar el trabajo a tiempo parcial e incentivar el trabajo a tiempo completo, debido a que los trabajadores a tiempo parcial solían ser reacios a trabajar hasta tarde y los sábados, lo que hacía más difícil mantener una dotación adecuada de personal. El TJUE consideró que esto podía constituir una finalidad legítima, pero no respondió a la cuestión de si la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del plan de pensiones era proporcionada para su consecución. La exigencia de que las medidas adoptadas sean «necesarias» implica que debe acreditarse la inexistencia de otros medios razonables que pudieran causar menores interferencias con el principio de igualdad de trato. La aplicación de la ley a los hechos del caso se remitió a los tribunales nacionales.

### 2.6.3. Aplicación de la causa de justificación general

En el ámbito del empleo, el TJUE ha sido reacio a aceptar un trato diferente por razones de gestión relacionadas con los intereses económicos de los empleadores y se ha mostrado más dispuesto a aceptarlo por objetivos más amplios de política social y de empleo con implicaciones fiscales. En los asuntos relativos a estas

<sup>65</sup> TJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*, Asunto 170/84 [1986] Rec. 1607, 13 de mayo de 1986.



últimas consideraciones, el TJUE concede a los Estados un amplio «margen de discrecionalidad». En el ámbito del CEDH, el TEDH es menos proclive a aceptar un trato diferente en materias consideradas fundamentales para la dignidad personal, como la discriminación por motivos de raza y origen étnico, vivienda y vida privada y familiar, y se muestra más dispuesto a aceptarlo en relación con consideraciones más amplias de política social, especialmente cuando tienen repercusiones fiscales. El TEDH emplea la terminología del «margen de apreciación», que hace referencia a la esfera de discrecionalidad del Estado para determinar si el trato diferente está justificado. Cuando este margen se considera «estrecho», el Tribunal realiza un análisis más estricto.

## 2.6.4. Causas de justificación específicas en la legislación de la UE

Como ya se ha indicado, las directivas contra la discriminación establecen un conjunto específico de causas de justificación que permiten justificar un trato diferente en una serie limitada de circunstancias. La causa de justificación de los «requisitos profesionales esenciales» aparece en todas las directivas (excepto en la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, que no hace referencia al empleo) y permite a los empleadores diferenciar entre las personas por motivos protegidos cuando éstos tienen relación intrínseca con la capacidad de desempeñar un determinado trabajo o las cualificaciones necesarias para el mismo.<sup>66</sup> Las otras dos causas de justificación sólo aparecen en la Directiva de igualdad en el empleo. En primer lugar, la admisibilidad de la discriminación por religión o creencias por parte de los empleadores que sean organizaciones basadas en la religión o las convicciones.<sup>67</sup> En segundo lugar, la admisibilidad de la discriminación por edad en ciertas circunstancias.<sup>68</sup> El planteamiento estricto del TJUE sobre la interpretación de las causas de justificación del trato diferente indica que las posibles excepciones se interpretarán de forma restrictiva, en la medida que resalta la importancia de los derechos reconocidos a las personas en la legislación de la UE.<sup>69</sup>

66 Artículo 14(2) de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición); Artículo 4 de la Directiva de igualdad racial; Artículo 4(1) de la Directiva de igualdad en el empleo.

67 Artículo 4(2) de la Directiva de igualdad en el empleo.

68 Artículo 6 de la Directiva de igualdad en el empleo.

69 Véase, por ejemplo, TJUE, *Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Asunto 222/84 [1986] Rec. 1651, 15 de mayo de 1986, párr. 36.

### 2.6.4.1. Requisito profesional esencial

De acuerdo con las directivas contra la discriminación, en la medida en que hacen referencia al ámbito del empleo:

*«los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado.»<sup>70</sup>*

Esta causa de justificación permite a los empleadores diferenciar entre personas por una característica protegida directamente relacionada con la idoneidad o capacidad para desempeñar las funciones de un determinado puesto.

Hay trabajos ya claramente incluidos en la excepción de los requisitos profesionales esenciales: en el asunto de la *Comisión contra Alemania*,<sup>71</sup> el TJUE, basándose en un estudio de la comisión en el ámbito de la excepción en relación con la discriminación de género, señaló ciertas profesiones en las que la causa de justificación podía probablemente aplicarse, prestando especial atención a las profesiones artísticas que pueden requerir características especiales inherentes a las personas, como las que precisa una cantante para encajar con un determinado estilo de actuación, un joven actor para representar un papel, una persona con cualidades físicas para bailar o los hombres y las mujeres para actuar como modelos de moda, aunque sin tratar de establecer una lista exhaustiva. Otros ejemplos pueden ser el empleo de personas de origen étnico chino en restaurantes chinos para mantener la autenticidad o el empleo de mujeres en clubes de *fitness* reservados a mujeres.

Ejemplo: en el asunto de la *Comisión contra Francia*,<sup>72</sup> el TJUE consideró que en ciertas circunstancias no sería ilegal reservar puestos de trabajo principalmente para candidatos masculinos en prisiones de hombres y para candidatas femeninas en prisiones de mujeres, aunque esta excepción sólo podría aplicarse en relación con los puestos que implicaran actividades en las que fuera relevante la pertenencia a un determinado sexo. En este caso, las autoridades francesas

70 Artículo 14(2) de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición); Artículo 4 de la Directiva de igualdad racial; Artículo 4(1) de la Directiva de igualdad en el empleo.

71 TJUE, *Comisión contra Alemania*, Asunto 248/83 [1985] Rec. 1459, 21 de mayo de 1985.

72 TJUE, *Comisión contra Francia*, Asunto 318/86 [1988] Rec. 3559, 30 de junio de 1988.

deseaban reservar un porcentaje de puestos para candidatos masculinos por la posibilidad de que fuera necesario utilizar la fuerza para reducir a posibles alborotadores y otras funciones únicamente realizables por hombres. Aunque el TJUE aceptó en principio los argumentos, las autoridades francesas no cumplieron los requisitos de transparencia en relación con las actividades concretas que debían realizar únicamente candidatos masculinos, no siendo suficientes las generalizaciones sobre la idoneidad de género.

Ejemplo: en el caso *Johnston*, una mujer policía que trabajaba en Irlanda del Norte reclamó por la no renovación de su contrato. El Jefe de Policía lo justificó porque las agentes de sexo femenino no estaban formadas en el manejo de armas de fuego, considerando que «en una situación caracterizada por graves disturbios internos, el hecho de que las agentes lleven armas de fuego puede crear riesgos adicionales de que sean asesinadas y, por tanto, puede resultar contrario a las necesidades de la seguridad pública». El TJUE consideró que, aunque debe tenerse en cuenta la amenaza para la seguridad, ésta afecta igualmente a hombres y mujeres, sin que estas últimas se hallen ante un riesgo superior. A menos que la justificación haga referencia a factores biológicos específicos de la mujer, como la protección de los hijos durante el embarazo, el trato diferente no está justificado por la razón de que la opinión pública demande la protección de las mujeres.

Ejemplo: en el asunto *Mahlberg*,<sup>73</sup> la reclamante, embarazada, fue rechazada para un puesto fijo como enfermera porque una parte importante del trabajo debía realizarse en quirófano, alegando el perjuicio que podría causarse al niño por la exposición a sustancias peligrosas. El TJUE consideró que dado el carácter fijo del puesto, resultaba desproporcionado excluir a la reclamante, cuya incapacidad para trabajar en el quirófano era meramente temporal. Aunque las restricciones a las condiciones de trabajo de las mujeres embarazadas son admisibles, deben circunscribirse estrictamente a las funciones perjudiciales, sin constituir una exclusión general del trabajo.

73 TJUE, *Mahlberg contra Land Mecklenburg-Vorpommern*, Asunto C-207/98 [2000] Rec. I-549, 3 de febrero de 2000.

El párrafo 18 del preámbulo de la Directiva de igualdad en el empleo recoge una articulación más concreta de la causa de justificación relativa a los requisitos profesionales esenciales en relación con ciertos servicios públicos en materia de seguridad. Esto no constituye en sí mismo una causa de justificación independiente, sino la especificación de una de las consecuencias de la causa de justificación relativa al requisito profesional esencial en un determinado contexto:

*«La presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.»<sup>74</sup>*

Normalmente, esto puede aplicarse a situaciones de denegación de ciertos puestos considerados físicamente exigentes para las personas de cierta edad o con discapacidad. A este respecto, el artículo 3(4) de la Directiva permite a los Estados miembros excluir expresamente la aplicación de sus disposiciones a las fuerzas armadas. Aunque esta disposición no figura en la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), puede apreciarse cómo operaría analizando dos casos de discriminación sexual en las fuerzas armadas analizados a la luz del artículo 2(2) de la Directiva de igualdad de trato, que contenía la causa de justificación del «requisito profesional esencial», ahora incluida en el artículo 14(2) de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición).

Ejemplo: en el asunto *Sirdar*,<sup>75</sup> la demandante, cocinera en una unidad de comando, había sido despedida tras los recortes de gasto militar, que introdujeron el principio de «interoperabilidad» de las unidades de comando, en virtud del cual todas las personas debían ser capaces de realizar funciones de combate, dadas las carencias de personal. El TJUE aceptó que las unidades de comando íntegramente masculinas estaban justificadas para garantizar la eficacia de combate y que el principio de interoperabilidad excluía, por tanto, a las mujeres, debido a que los comandos eran pequeñas fuerzas especializadas normalmente situadas en primera línea de ataque, por lo que el TJUE consideró esta disposición necesaria para la consecución de la finalidad de asegurar la eficacia de combate.

74 Directiva de igualdad en el empleo 2000/78/CE, DO L 303, 2 de diciembre de 2000, pág. 16.

75 TJUE, *Sirdar contra The Army Board y Secretary of State for Defence*, Asunto C-273/97 [1999] Rec. I-7403, 26 de octubre de 1999.

Ejemplo: en el asunto *Kreil*,<sup>76</sup> la reclamante solicitó trabajar como ingeniero eléctrico en las fuerzas armadas, pero le fue denegado el puesto porque las mujeres estaban excluidas de todos los puestos militares que implicaran el uso de armas y sólo podían participar en servicios médicos y musicales del ejército. El TJUE consideró que la exclusión era demasiado amplia, pues se aplicaba a prácticamente todos los puestos militares simplemente porque en ellos las mujeres podrían tener que utilizar armas en algún momento, y cualquier justificación debe estar más estrechamente relacionada con las funciones normalmente desempeñadas en los puestos concretos. La credibilidad de la justificación del gobierno se cuestionó también porque en los puestos abiertos a las mujeres, éstas estaban también obligadas a realizar la formación básica de armas para fines de autodefensa y de defensa de otras personas, por lo que la medida no era proporcionada para la consecución de su finalidad. Por otra parte, no deben realizarse distinciones entre hombres y mujeres por el hecho de que éstas requieran mayor protección, a menos que hagan referencia a factores específicos de las circunstancias de las mujeres, como la necesidad de protección durante el embarazo.

La justificación de la discriminación sexual por referencia a la eficacia o la eficiencia de determinados servicios de seguridad o de emergencia resultará probablemente cada vez más difícil, a medida que evolucionan los roles de género y las actitudes sociales, por lo que los Estados miembros deberán reconsiderar periódicamente las medidas restrictivas.<sup>77</sup>

### 2.6.4.2. Instituciones religiosas

La directiva de igualdad en el empleo permite expresamente a las organizaciones basadas en la «religión» o las «convicciones» imponer determinadas condiciones a sus empleados. El artículo 4(2) establece que las disposiciones de la Directiva se entenderán sin perjuicio de «el derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones [a] exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización». Los empleadores relacionados con organizaciones religiosas pueden quedar también incluidos en el ámbito de la causa de justificación del «requisito profesional esencial» que permite un trato diferente por los principios religiosos de la organización en cuestión.

<sup>76</sup> TJUE, *Kreil contra Bundesrepublik Deutschland*, Asunto C-285/98 [2000] Rec. I-69, 11 de enero de 2000.

<sup>77</sup> Artículo 31(3) de la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición).

Los artículos 4(1) y 4(2) permiten, por tanto, a organizaciones como las iglesias negarse, por ejemplo, a contratar mujeres como sacerdotes, pastores o ministros, cuando ello contraviene la ética de su religión. Aunque el TJUE no ha tenido aún la oportunidad de fallar sobre su interpretación, esta disposición se ha aplicado ya en el ámbito nacional. A continuación se exponen dos casos en los que se alegó esta causa de justificación para justificar el trato diferente por razón de la orientación sexual.

Ejemplo: en un asunto ante los tribunales finlandeses,<sup>78</sup> la Iglesia Evangélica Luterana de Finlandia denegó el nombramiento como capellán (adjunto al párroco) de una persona que mantenía una relación con otra del mismo sexo. El Tribunal Administrativo de Vaasa anuló la decisión porque la heterosexualidad no podía considerarse como un requisito profesional esencial del puesto. Se tuvo en cuenta la falta de mención de la orientación sexual en las normas internas de la Iglesia sobre la designación de párrocos y capellanes.

Ejemplo: en el caso *Amicus*,<sup>79</sup> se planteó ante los tribunales del Reino Unido la compatibilidad con la Directiva de igualdad en el empleo de las normas nacionales de trasposición de la causa de justificación del requisito profesional esencial en el contexto de los empleadores religiosos. Se resaltó que las excepciones al principio de igualdad de trato deben interpretarse restrictivamente. Los términos de la normativa nacional permitían un trato diferente cuando el empleo «es para fines de una religión organizada», subrayándose que esto resultaría mucho más restrictivo que «para los fines de una organización religiosa». El tribunal admitió las alegaciones del gobierno, según las cuales esta excepción se aplicaría a un número muy limitado de puestos relacionados con la promoción o la representación de la religión, como los ministros religiosos, y no se permitiría a las organizaciones religiosas, como los colegios y las residencias confesionales, alegar que el puesto de profesor (cuya finalidad es la educación) o enfermera (cuya finalidad es la asistencia sanitaria) forman parte de «los fines de una religión organizada».

78 Tribunal Administrativo de Vaasa (Finlandia), Asunto 04/0253/3, 27 de agosto de 2004. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 187-1.

79 Tribunal Superior del Reino Unido, *Amicus MSF Section, R (sobre la aplicación de) contra Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860 (Admin), 26 de abril de 2004. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 273-1.

### 2.6.4.3. Excepciones por motivos de edad

El artículo 6 de la Directiva de igualdad en el empleo establece dos justificaciones independientes de la diferencia de trato por razón de edad.

El artículo 6(1) permite la discriminación por motivos de edad que persiga «objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional», siempre que cumpla el criterio de proporcionalidad. Se ofrecen un número limitado de ejemplos en los que puede estar justificada la diferencia de trato: el artículo 6(1)(b) permite «el establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo». No obstante, esta lista no pretende ser exhaustiva, por lo que puede ampliarse en casos concretos.

El artículo 6(2) permite la discriminación por razón de edad para beneficiarse de prestaciones profesionales de seguridad social u optar a las mismas sin necesidad de superar una prueba de proporcionalidad.

Ejemplo: en el asunto *Palacios de la Villa*,<sup>80</sup> el TJUE tuvo la primera oportunidad de analizar el ámbito del artículo 6, al plantearsele su aplicación en el ámbito de las edades de jubilación obligatoria. Tras considerar que la edad obligatoria de jubilación caía en el ámbito del artículo 6, el TJUE analizó si podía estar objetivamente justificada. El TJUE consideró relevantes las siguientes cuestiones:

- en primer lugar, la medida original tenía por fin crear oportunidades en el mercado de trabajo en un marco económico caracterizado por un elevado desempleo;
- en segundo lugar, se había acreditado que la medida transitoria se adoptó a iniciativa de los sindicatos y las organizaciones empresariales para promover una mejor distribución del trabajo entre las generaciones;
- en tercer lugar, la Ley 14/2005 se promulgó nuevamente con la colaboración de los sindicatos y las organizaciones empresariales, esta vez con el requisito expreso de que la medida deberá «vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo»;
- en cuarto lugar, la cláusula de jubilación obligatoria del convenio colectivo declaraba responder a la finalidad de «promover el empleo».

<sup>80</sup> TJUE, *Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA*, Asunto C-411/05 [2007] Rec. I-8531, 16 de octubre de 2007.

Teniendo en cuenta estos factores, el TJUE consideró que «situada en su contexto, la [...] norma transitoria tiene por objeto regular el mercado nacional de trabajo con el fin, en particular, de reducir el desempleo». Sobre esta base, el TJUE decidió que el convenio colectivo cumplía una finalidad legítima. Aceptada la legitimidad de la finalidad perseguida, el TJUE debía analizar si la medida era «adecuada y necesaria» para conseguirla. El TJUE reiteró que los Estados miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad en el área de la política de seguridad social y de empleo y que de ello se deriva que «las disposiciones concretas pueden variar en función de la situación de cada Estado miembro». El Tribunal consideró fundamental el requisito de que los trabajadores afectados tengan acceso a la pensión de jubilación, «cuyo nivel no pueda considerarse inadecuado». También resultó fundamental el hecho de que las disposiciones en cuestión fueran fruto de un convenio colectivo entre los sindicatos y las organizaciones empresariales, incorporando al proceso un grado de flexibilidad que permitió tener en cuenta en la decisión sobre la jubilación el mercado de trabajo afectado y las necesidades concretas de trabajo. Por lo expuesto, el TJUE consideró que la medida transitoria que afectaba al Sr. Palacios y el convenio colectivo estaban objetivamente justificados y eran, por tanto, compatibles con la normativa europea. El planteamiento defendido por el TJUE es que el artículo 6 debe contemplarse del mismo modo que la justificación objetiva en los otros motivos de protección contra la discriminación anteriormente analizados.

Ejemplo: en el caso del Reino Unido *MacCulloch*,<sup>81</sup> se plantearon ante el tribunal regímenes retributivos que incluían mayores indemnizaciones de despido en función de la edad y la antigüedad, con el obvio efecto de que los empleados de mayor edad y con mayor antigüedad de empleo tenían derecho a indemnizaciones más cuantiosas que los nuevos empleados más jóvenes. El tribunal de apelación del Reino Unido admitió que, en principio, la medida podría estar objetivamente justificada como medio de recompensar la fidelidad de los trabajadores de mayor edad, concederles mayor retribución por razón de su mayor vulnerabilidad en el mercado de trabajo y favorecer que dejaran sitio a empleados más jóvenes, y señaló también algunas directrices sobre el planteamiento de la justificación objetiva, indicando que antes de formular conclusiones sobre ella debe realizarse un análisis detallado de la cuestión de la proporcionalidad.

81 Tribunal de Apelación Laboral del Reino Unido, *MacCulloch contra Imperial Chemical Industries plc* [2008] IRLR 846, 22 de julio de 2008.



Ejemplo: en el asunto *Hütter*, se planteó ante el TJUE una ley austríaca que excluía la consideración de la experiencia laboral previa a los 18 años para fines de determinar la remuneración. Hütter y otro compañero eran aprendices de TUG y, al terminar esta fase, se les ofreció un contrato de tres meses. De acuerdo con la legislación en cuestión, al Sr. Hütter, que acababa de cumplir los 18 años de edad, se le asignó una remuneración en función de sus 6,5 meses de experiencia laboral, mientras que a su compañero, 22 mayor, se le fijó la remuneración en función de sus 28,5 meses de experiencia. Esto daba lugar a una diferencia en la remuneración mensual, pese a tener ambos niveles similares de experiencia.

El Sr. Hütter alegó que la norma era más favorable a las personas que obtenían su experiencia una vez cumplidos los 18 años de edad. El TJUE aceptó que la finalidad principal de la norma podía considerarse legítima: (1) para no situar en desventaja a las personas que hubieran cursado la educación secundaria respecto a aquéllas con formación profesional y (2) para evitar hacer más costoso el aprendizaje en la empresa y, por tanto, promover la integración de los jóvenes que hubieran realizado este tipo de formación en el mercado de trabajo. Pese a admitir que el Estado miembro tenía un amplio margen de discrecionalidad para determinar si la finalidad legítima era adecuada necesaria, el TJUE consideró que no se había establecido adecuadamente una justificación objetiva, pues tenía una repercusión desproporcionada sobre los trabajadores más jóvenes, especialmente en los casos de igual experiencia, y la edad del solicitante afectaba al valor de la remuneración, como en este caso.

Debe tenerse en cuenta que este planteamiento se corresponde también con el del TEDH, que analizó la cuestión de las distintas edades de las pensiones en el ámbito del CEDH, como se expone en el marco del asunto *Stec y otros*, en el capítulo 4.2. En este sentido, las excepciones relativas a la edad se corresponden con los planteamientos de los tribunales respecto a las justificaciones en materia de empleo y seguridad social.

## Puntos clave

- El CEDH establece una causa de justificación general de la discriminación directa. La legislación de la UE prevé causas de justificación específicas de la discriminación directa, adaptadas al ámbito del empleo.
- La discriminación indirecta está sujeta a una causa de justificación general por justificación objetiva tanto en la legislación de la UE como en el CEDH.

- El trato diferente puede estar justificado cuando persigue una finalidad legítima y los medios para conseguirla son adecuados y necesarios.
- Además de la causa de justificación general de la discriminación indirecta en la legislación de la UE contra la discriminación, existen otras causas de justificación más específicas: (i) requisitos profesionales esenciales; (ii) excepciones relativas a instituciones religiosas y (iii) excepciones particulares para la discriminación por razón de la edad.
- La discriminación por razón de la edad es el único motivo protegido en la UE en el que puede justificarse objetivamente la discriminación directa.

## Bibliografía recomendada

Bamforth, Malik y O’Cinneide. *Discrimination Law: Theory and Context*. Londres, Sweet and Maxwell, 2008. Capítulos 4, 5, 6 y 8.

Barnard. *EC Employment Law*. Oxford University Press, 2009. Capítulos 6, 7, 8, 9 y 10.

Bercusson. *European Labour Law*. Cambridge University Press, 2009. Capítulos 10, 11 y 22.

Dubout. «L’interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l’homme: rénovation ou révolution? Epilogue dans l’affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l’homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007», *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 75 (2008).

Ellis. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford University Press, 2005. Capítulo 6.

ERRC/Interights/MPG. *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice*. Nottingham, Russell Press, 2004. Anexo 5.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field [Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación]. *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2008.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field [Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación]. *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2007. También disponible en francés y alemán.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field [Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación]. *Age Discrimination and European Law*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2005. También disponible en francés y alemán.

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field [Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación]. *Religion and Belief in Employment*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2006. También disponible en francés y alemán.

Fredman. *Discrimination Law*. Oxford University Press, 2002. Capítulo 4.

Heyden y von Ungern-Sternberg. «Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, (2009).

Interights. *Non-Discrimination in International Law*. Londres, Interights, 2005. Capítulos 3 y 4.

Marguénaud. «L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie: Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 78 (2009).

Mowbray. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford, Hart Publishing, 2004. Capítulo 7.

Schiek, Waddington y Bell (eds.). *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Oxford, Hart Publishing, 2007. Capítulos 2, 3 y 7.



# 3

## Ámbito de la legislación europea contra la discriminación

### 3.1. Introducción

Aunque la legislación europea contra la discriminación prohíbe la discriminación directa e indirecta, únicamente lo hace en ciertos ámbitos. La normativa contra la discriminación se introdujo en la UE con el fin de facilitar el funcionamiento del mercado interno, por lo que ha estado tradicionalmente restringida al ámbito del empleo. Con la aparición de la Directiva de igualdad racial en 2000, este ámbito se amplió para incluir el acceso a los bienes y servicios y al sistema público de bienestar, considerando que para garantizar la igualdad en el mercado de trabajo resulta igualmente necesario garantizarla en otras áreas que afectan al empleo. La Directiva de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios se adoptó con el fin de ampliar el alcance de la igualdad por razones de género al acceso a los bienes y servicios. Sin embargo, la Directiva de igualdad en el empleo, de 2000, que prohíbe la discriminación por razón de la orientación sexual, la discapacidad, la edad y la religión o las creencias, sólo es de aplicación en el ámbito del empleo. Como se expone en el capítulo 1.1.2, actualmente se está estudiando la ampliación de la protección de estos motivos al ámbito del acceso a los bienes y servicios y al sistema de bienestar.

A diferencia de esto, el artículo 14 del CEDH garantiza la igualdad en relación con el disfrute de los derechos sustantivos reconocidos en el propio Convenio; y el Protocolo 12 al CEDH, que entró en vigor en 2005, amplió el ámbito de la prohibición de la discriminación a la protección de todos los derechos reconocidos en el ámbito nacional, aunque no estén incluidos en el ámbito de los derechos amparados por el CEDH. No obstante, el Protocolo sólo ha sido ratificado por 17 de los 47 Estados

miembros del Consejo de Europa, entre ellos 6 Estados miembros de la UE. Esto significa que los Estados miembros de la UE tienen distintas obligaciones derivadas de la legislación europea contra la discriminación.

En este capítulo se analiza el ámbito de aplicación de la normativa europea contra la discriminación, empezando por una descripción general del alcance del artículo 14 y el Protocolo 12 del CEDH y el método adoptado por el TEDH para determinar su ámbito de aplicación, para analizar, a continuación, áreas sustantivas concretas de las directivas contra la discriminación, indicando su correspondencia con ámbitos también regulados por el artículo 14. El capítulo concluye con una perspectiva general de las áreas de aplicación del CEDH que caen fuera del contexto concreto de la legislación de la UE, como los ámbitos de la aplicación de la ley y la «esfera personal».

## 3.2. ¿Quién es el destinatario de la protección de la legislación europea contra la discriminación?

Una cuestión previa a analizar es la de los destinatarios de la protección derivada de la legislación de la UE y el CEDH. El ECHR protege a todas las personas situadas bajo la jurisdicción de un Estado miembro, sean o no ciudadanos de éste y se hallen o no dentro de su territorio nacional, siempre que se encuentran en áreas situadas bajo el control efectivo del Estado (como los territorios ocupados).<sup>82</sup> Por el contrario, la protección derivada de la legislación de la UE tiene un ámbito de aplicación más limitado. La prohibición de la discriminación por razón de nacionalidad en la legislación de la UE se aplica en el marco de la libre circulación de personas y únicamente a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión. Por otra parte, las directivas contra la discriminación contienen varias exclusiones de la aplicación a los nacionales de terceros países (NTP), es decir, los ciudadanos de Estados que no sean miembros de la UE.

Las directivas contra la discriminación excluyen expresamente su aplicación a la discriminación por nacionalidad, regulada en la Directiva de libertad de circulación,<sup>83</sup> que sólo reconoce el derecho a entrar y residir en otros Estados miembros de la UE a los ciudadanos de alguno de los Estados miembros de la Unión. Tras un período de

82 TEDH, *Loizidou contra Turquía* (n.º 15318/89), 18 de diciembre de 1996.

83 Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DO L 158, 30 de abril de 2004, pág. 77.

cinco años de residencia legal en otro Estado miembro de la UE, los ciudadanos de la Unión adquieren un derecho de residencia permanente con derechos equivalentes a los de la categoría de los «trabajadores». Esto no significa, por supuesto, que los ciudadanos de otros Estados miembros no estén protegidos por las directivas contra la discriminación. Así, un homosexual alemán despedido de su trabajo en Grecia por razón de su orientación sexual podrá ampararse en la Directiva de igualdad de trato en el empleo. Simplemente, al formular una reclamación de discriminación por razón de nacionalidad, la víctima deberá tratar de plantearla en el ámbito de la raza o el origen étnico o bien invocar la Directiva de libertad de circulación.

Tanto la Directiva de igualdad racial como la Directiva de igualdad en el empleo resaltan que no conceden ningún derecho de igualdad de trato para los nacionales de terceros países (NTP) en relación con las condiciones de entrada y de residencia. La Directiva de igualdad en el empleo declara igualmente que no concede ningún derecho de igualdad de trato a los NTP en relación con el acceso al empleo y la ocupación. La Directiva de igualdad racial establece también que no afecta a «cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas». No obstante, esto no permite a los Estados miembros excluir totalmente de la protección a los NTP, a quienes el preámbulo declara protegidos por la directiva, salvo en relación con el acceso al empleo. La Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios no excluyen la protección de los NTP.

En cualquier caso, los NTP disfrutarán del derecho a la igualdad de trato en prácticamente las mismas áreas cubiertas por las directivas contra la discriminación si reúnen los requisitos de los «residentes de larga duración» con arreglo a la Directiva de los nacionales de terceros países (que exige, entre otras cosas, un período de residencia legal de cinco años).<sup>84</sup> La Directiva de reagrupación familiar permite también, con ciertas condiciones, la reagrupación de los familiares de los NTP con residencia legal en un Estado miembro.<sup>85</sup>

Por supuesto, estas disposiciones de la legislación de la UE no impiden a los Estados miembros establecer condiciones más favorables en su derecho interno. Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH, analizada en el capítulo 4.7, muestra que aunque un Estado puede considerar que los nacionales y los no nacionales no están en si-

84 Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DO L 16, 23 de enero de 2004, pág. 44.

85 Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DO L 251, 3 de octubre de 2003, pág. 12.

tuación comparable (y, por tanto, considerar admisible un trato diferente en ciertas circunstancias), en principio todos los derechos reconocidos en el CEDH deben garantizarse igualmente a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción. A este respecto, el TEDH impone a los Estados miembros obligaciones en relación con los NTP que en algunas áreas van más allá de las establecidas en la legislación de la UE.

## **3.3. Ámbito de aplicación del Convenio Europeo: el artículo 14 y el Protocolo 12**

### **3.3.1. Naturaleza de la prohibición de la discriminación establecida en el Convenio**

El artículo 14 garantiza la igualdad en «el goce de [...] los derechos y libertades» reconocidos en el Convenio. Por tanto, el TEDH no será competente para conocer de las reclamaciones por discriminación fuera del ámbito de alguno de los derechos protegidos en el CEDH.

Siempre que el TEDH analiza una supuesta vulneración del artículo 14, lo hace en relación con algún derecho sustantivo. Los reclamantes suelen alegar una vulneración de un derecho sustantivo y, además, la violación de un derecho sustantivo en relación con el artículo 14; es decir, que la interferencia en sus derechos, además de incumplir las obligaciones derivadas del derecho sustantivo, resulta también discriminatoria por no afectar la desventaja en cuestión a otras personas en situación comparable. Como se indica en el capítulo 4, una vez que el TEDH aprecia una vulneración de un derecho sustantivo, con frecuencia no pasa a analizar la reclamación por discriminación si considera que ello supondría revisar nuevamente una cuestión prácticamente idéntica.

En este apartado se exponen brevemente en primer lugar los derechos reconocidos por el CEDH y, a continuación, se analiza la interpretación del ámbito de aplicación del Convenio realizada por el TEDH a los efectos de la aplicación artículo 14.

#### **3.3.1.1. Derechos reconocidos en el Convenio**

Dado que el artículo 14 se aplica exclusivamente a la discriminación en relación con alguno de los derechos sustantivos reconocidos en el CEDH, es preciso conocer cuáles son estos derechos. El Convenio contiene una lista de derechos principalmente «civiles y políticos», aunque también protege algunos derechos «económicos y sociales».



Los derechos sustantivos incluidos en el CEDH cubren un campo excepcionalmente amplio, desde el derecho a la vida, hasta el derecho al respeto de la vida privada y familiar y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

El TEDH conoce de las reclamaciones por vulneración del artículo 14 cuando se plantea una cuestión de discriminación en relación con una de las áreas cubiertas por un derecho reconocido en el Convenio.

Esta es una diferencia de enorme importancia entre la legislación de la UE y el CEDH, pues este último protege frente a la discriminación en cuestiones no reguladas por la normativa de la Unión. Aunque la Carta de Derechos Fundamentales de la UE obliga a ésta a no interferir en los derechos humanos en las medidas que adopte (incluida la prohibición de la discriminación), sólo es de aplicación a los Estados miembros en los actos de aplicación del derecho de la Unión, una limitación derivada del simple hecho de que la UE no tiene realmente una maquinaria administrativa en los Estados miembros para aplicar la normativa de la Unión y son las administraciones de los propios Estados las que desempeñan esta función. Por tanto, la Carta no tiene efecto en aquellas áreas en las que los Estados miembros no han delegado poderes en la Unión.

Aunque la diferencia en el ámbito de aplicación de la protección derivada del CEDH y de las directivas se ha reducido desde la aprobación de las directivas contra la discriminación y la ampliación de la protección al acceso a los bienes y servicios y el sistema de bienestar, algunas áreas del Convenio proporcionan una protección adicional a la de la normativa de la Unión, como se analiza a continuación.

### 3.3.1.2. **Ámbito de aplicación de los derechos reconocidos en el Convenio**

En su aplicación del artículo 14, el TEDH ha realizado una interpretación amplia del alcance de los derechos reconocidos en el CEDH:

- en primer lugar, ha establecido con claridad su competencia para conocer de las reclamaciones derivadas del artículo 14 en relación con un derecho sustantivo, aunque no se haya producido una vulneración del propio derecho;<sup>86</sup>

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, TEDH, *Sommerfeld contra Alemania* [GC] (n.º 31871/96), 8 de julio de 2003.

- en segundo lugar, ha considerado que el ámbito de aplicación del CEDH excede de la carta concreta de derechos garantizados, de modo que basta que los hechos del caso estén relacionados en términos generales con cuestiones protegidas en el Convenio.

Ejemplo: en el asunto *Zarb Adami contra Malta*,<sup>87</sup> el reclamante alega una discriminación por razón de género por el número desproporcionadamente alto de hombres convocados para actuar en jurados, cuando el artículo 4(2) del CEDH prohíbe el trabajo forzado, aunque el artículo 4(3)(d) establece que las «obligaciones cívicas normales» no tienen la consideración de «trabajo forzado». El TEDH estimó que, aunque las «obligaciones cívicas normales» no caen en el ámbito de este artículo (es decir, que el CEDH no reconoce el derecho a no tener que desempeñar las funciones de jurado), los hechos del caso sí están incluidos en el ámbito de aplicación del derecho, dado que estas «obligaciones cívicas normales» pueden resultar «anormales» si se aplican de modo discriminatorio.

Ejemplo: en el asunto *E.B. contra Francia*,<sup>88</sup> las autoridades nacionales denegaron la solicitud de adopción de una mujer lesbiana que vivía con su pareja. La reclamante alegó el incumplimiento del artículo 8, en relación con el artículo 14. El TEDH resaltó que no se le estaba pidiendo que analizara si se había vulnerado el propio artículo 8, lo cual resultaba importante, dado que este artículo no reconocía en sí mismo el derecho a fundar una familia ni a la adopción, pero remarcó también que una reclamación por discriminación podía considerarse incluida en el ámbito de un determinado derecho aunque el asunto en cuestión no estuviera relacionado con una facultad concreta reconocida por el Convenio. El TEDH estimó que, dado que Francia había reconocido en su legislación nacional el derecho a adoptar, los hechos del caso caían incuestionablemente en el ámbito del artículo 8, y que, a la luz de los hechos del caso, la orientación sexual de la solicitante había sido un factor determinante de la denegación de la adopción por las autoridades, lo cual constituía un trato discriminatorio respecto a otras personas solteras facultadas para adoptar con arreglo a la normativa nacional.

87 TEDH, *Zarb Adami contra Malta* (n.º 17209/02), 20 de junio de 2006.

88 TEDH, *E.B. contra Francia* [GC] (n.º 43546/02), 22 de enero de 2008.

Ejemplo: en el asunto *Sidabras y Džiautas contra Lituania*,<sup>89</sup> los reclamantes alegaban una interferencia en su derecho al respeto a la vida privada y familiar por parte del Estado, debido a la prohibición de acceso al empleo público y a ciertos aspectos del empleo privado. Aunque el ECHR no reconoce el derecho al empleo, el TEDH consideró el caso incluido en el ámbito del artículo 8, pues «afecta a su capacidad de desarrollar relaciones con el mundo exterior en un grado muy sustancial y les ha creado graves dificultades para ganarse la vida, con obvias repercusiones sobre el disfrute de sus vidas privadas».<sup>90</sup>

Ejemplo: en el asunto *Carson y otros contra el Reino Unido*,<sup>91</sup> los reclamantes alegaban que el gobierno les había discriminado por razón de residencia, al denegarles la revisión al alza de sus pensiones en los mismos términos aplicados a los pensionistas residentes en el Reino Unido o en los países con los que éste hubiera celebrado acuerdos bilaterales al respecto. El TEDH consideró que, aunque el CEDH no reconoce el derecho a la seguridad social ni a las pensiones, en el caso de que el Estado sí lo reconozca, se crea un derecho de propiedad protegido por el artículo 1 del Protocolo 1.

El TEDH ha considerado, igualmente, en muchos otros casos que cuando existe el derecho a percibir cualquier clase de prestación del Estado, ello cae en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1<sup>92</sup> (por considerarlo una propiedad)<sup>93</sup> o del artículo 8 (por afectar a la vida privada o familiar),<sup>94</sup> a los efectos de la aplicación del artículo 14. Esto reviste especial importancia en relación con la discriminación por razón de nacionalidad, ya analizada en el apartado 3.1.2, pues la legislación de la UE es mucho más restrictiva en este aspecto.

89 TEDH, *Sidabras y Džiautas contra Lituania* (n.º 55480/00 y 59330/00), 27 de julio de 2004.

90 *Ibid.*, párr. 48.

91 TEDH, *Carson y otros contra el Reino Unido* [GC] (n.º 42184/05), 16 de marzo de 2010

92 El análisis completo del artículo 1 del Protocolo 1 puede encontrarse en el sitio web del Consejo de Europa de Formación en Derechos Humanos para Profesionales del Derecho: Grgić, Mataga, Longar y Vilfan, *The Right to Property under the ECHR*, Human Rights Handbooks, n.º 10, 2007, disponible en: [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123).

93 Por ejemplo, TEDH, *Stec y otros contra el Reino Unido* [GC] (n.º 65731/01 y 65900/01), 12 de abril de 2006 (pensiones y prestaciones de invalidez); TEDH, *Andrejeva contra Latvia* [GC] (n.º 55707/00), 18 de febrero de 2009 (pensiones); TEDH, *Koua Poirrez contra Francia* (n.º 40892/98), 30 de septiembre de 2003 (prestación por discapacidad); TEDH, *Gaygusuz contra Austria* (n.º 17371/90), 16 de septiembre de 1996 (prestación por desempleo).

94 Por ejemplo, TEDH, *Weller contra Hungría* (n.º 44399/05), 31 de marzo de 2009 (una prestación económica de seguridad social para apoyar a las familias con hijos).

### 3.3.1.3. El Protocolo 12

El Protocolo 12 prohíbe la discriminación en relación con «el goce de los derechos reconocidos por la ley», por lo que su ámbito de aplicación es mayor que el del artículo 14, exclusivamente relativo a los derechos reconocidos en el CEDH. El Comentario sobre el significado de estos términos en el Informe Explicativo del Consejo de Europa señala que esta disposición hace referencia a la discriminación:

- i. en el disfrute de cualquier derecho específicamente reconocido a una persona por la legislación nacional;
- ii. en el disfrute de cualquier derecho derivado de una obligación clara de una autoridad pública con arreglo a la ley nacional, es decir, cuando una autoridad pública está obligada, en virtud de la ley nacional, a actuar de un modo determinado;
- iii. por una autoridad pública en el ejercicio de facultades discrecionales (por ejemplo, la concesión de ciertos subsidios);
- iv. por cualquier otro acto u omisión de una autoridad pública (por ejemplo, la actuación de los responsables de la aplicación de la ley al controlar unos disturbios).<sup>95</sup>

El Comentario señala también que, aunque el Protocolo protege principalmente a las personas frente a la discriminación del Estado, también hace referencia a aquellas relaciones entre los particulares que el Estado normalmente regula, como, «por ejemplo, la denegación arbitraria del acceso al trabajo, a los restaurantes y a los servicios ofrecidos al público por particulares, como la asistencia médica o los suministros como el agua y la electricidad».<sup>96</sup> En términos generales, el Protocolo 12 prohíbe la discriminación fuera del ámbito estrictamente personal, cuando las personas desempeñan funciones que les colocan en situación de decidir sobre el modo de ofrecer bienes y servicios a disposición del público.

En el único caso estudiado por el TEDH en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 12, *Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina*, analizado en el capítulo 4.6, el Tribunal consideró que este instrumento «introduce una prohibición general de la discriminación» y que el análisis de los casos de discriminación sería idéntico al establecido por el TEDH en el contexto del artículo 14.

<sup>95</sup> Protocolo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (ETS n.º 177), Informe explicativo, párr. 22. Disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

<sup>96</sup> *Ibid.*, párr. 28.

## 3.4. Ámbito de las directivas de la UE contra la discriminación

La prohibición de la discriminación en las directivas de la UE contra la discriminación cubre tres áreas: el empleo, el sistema de bienestar y el acceso a los bienes y servicios. Actualmente, la Directiva de igualdad racial se aplica en las tres áreas; la Directiva de igualdad en el empleo sólo se aplica en el ámbito del empleo, aunque se está debatiendo la legislación que lo ampliará a estas tres áreas; y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) y la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios se aplican en el ámbito del empleo y del acceso a los bienes y servicios, pero no del acceso al sistema de bienestar.

### 3.4.1. Empleo

La protección contra la discriminación en el ámbito del empleo se extiende a los tres motivos protegidos establecidos en las directivas contra la discriminación.

#### 3.4.1.1. Acceso al empleo

El concepto de «acceso al empleo» ha sido ampliamente interpretado por el TJUE.

Ejemplo: en el asunto *Meyers contra Adjudication Officer*,<sup>97</sup> el TJUE consideró que el acceso al empleo «no se refiere únicamente a las condiciones existentes antes de que nazca una relación laboral» sino a todos los factores de influencia que una persona debe tener en cuenta antes de adoptar la decisión de aceptar o no una oferta de trabajo. En el caso *Meyers*, la concesión de una determinada prestación pública (dependiente del nivel de renta) podía caer en este ámbito, ya que el candidato se vería influido en su decisión de aceptar un puesto por la posesión o no del derecho a percibir esta prestación, por lo que esta consideración tenía una repercusión sobre el acceso al empleo.

Ejemplo: en el asunto *Schnorbus contra Land Hessen*,<sup>98</sup> la reclamante solicitó un puesto de formación en el marco de su cualificación para incorporarse a la judicatura. La legislación nacional exigía superar un examen estatal, seguido de un período de formación y un segundo examen. La reclamante había superado

97 TJUE, *Meyers contra Adjudication Officer*, Asunto C-116/94 [1995] Rec. I-2131, 13 de julio de 1995.

98 TJUE, *Schnorbus contra Land Hessen*, Asunto C-79/99 [2000] Rec. I-10997, 7 de diciembre de 2000.

el primer examen, pero se le denegó el puesto de formación por inexistencia de vacantes, por lo que se retrasó su incorporación hasta que estuviera disponible la siguiente ronda de puestos. La reclamante alegó haber sido discriminada por haberse dado preferencia a los candidatos masculinos que habían realizado el servicio militar. El TJUE consideró que la legislación nacional que regula la fecha de admisión al puesto de formación estaba incluida en el ámbito del «acceso al empleo», pues el período de formación se consideraba en sí mismo como «empleo» y como parte del proceso de obtención de un puesto en la carrera judicial.

### 3.4.1.2. Condiciones de empleo, incluidos el despido y la retribución

También en este caso, el TJUE realiza una interpretación bastante amplia del ámbito de aplicación, lo que ha llevado, en última instancia, a que cualquier circunstancia derivada de la relación laboral se considere incluida en esta categoría.

Ejemplo: en el caso *Meyers*,<sup>99</sup> la reclamante, una madre soltera, denunciaba una discriminación indirecta por razón de género debido al método empleado para calcular el derecho de los progenitores solteros a una prestación familiar («*family credit*»). El TJUE debía aclarar si la disposición relativa a esta prestación (del Estado) era meramente una cuestión de seguridad social o constituía una condición de trabajo. Para ello, el TJUE tuvo en cuenta que para tener derecho a percibir la prestación en cuestión había que cumplir los siguientes tres requisitos: que los ingresos del reclamante no sobrepasen ciertos límites; que el reclamante o su cónyuge o la persona con la que conviva ejerza una actividad retribuida y que uno u otro tengan a su cargo un miembro de la familia. El Tribunal consideró que la Directiva de igualdad de trato (ahora sustituida por la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición)) no podía estimarse inaplicable por el simple hecho de que la prestación en cuestión formara parte del sistema de seguridad social, y adoptó un planteamiento más amplio, analizando si la prestación se concedía en relación con una relación de trabajo. En este caso, para tener derecho a beneficiarse del sistema del *family credit*, el solicitante debía acreditar que él o su pareja ejercían una actividad retribuida. Este requisito de acreditar una relación de trabajo determinaba que el sistema del *family credit* quedara incluido en la categoría de condición de trabajo.

99 TJUE, *Meyers contra Adjudication Officer*, Asunto C-116/94 [1995] Rec. I-2131, 13 de julio de 1995.

La aplicación de esta definición amplia de los conceptos de empleo y de condiciones de trabajo llevó al TJUE a considerar que la prestación del servicio de guardería en el trabajo<sup>100</sup> y la reducción de la jornada de trabajo<sup>101</sup> quedaban también comprendidas en este ámbito.

El TJUE ha adoptado también un planteamiento bastante incluyente de las cuestiones del despido y la remuneración. En relación con el ámbito del despido, éste cubre todas las situaciones en las que se produce la resolución de la relación laboral y se ha considerado que incluye, por ejemplo, su extinción en el marco de un plan de cese voluntario<sup>102</sup> o por jubilación obligatoria.<sup>103</sup>

El concepto de retribución ha sido definido en el artículo 157 del Tratado de Funcionamiento de la UE como «el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo». Esto incluye una amplia variedad de prestaciones debidas a la relación de trabajo. El ámbito de esta definición ha sido analizado en diversos casos por el TJUE, que lo ha considerado extensivo a todas las prestaciones relacionadas con el trabajo, incluidos los viajes en tren,<sup>104</sup> las dietas por expatriación,<sup>105</sup> las pagas extraordinarias de Navidad<sup>106</sup> y las pensiones profesionales.<sup>107</sup> Lo que básicamente se busca para determinar si la cuestión está incluida en el término «retribución» es alguna forma de prestación derivada de la existencia de la relación de trabajo.

100 TJUE, *Lommers contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Asunto C-476/99 [2002] Rec. I-2891, 19 de marzo de 2002.

101 TJUE, *Jämställhetsombudsmannen contra Örebro läns landsting*, Asunto C-236/98 [2000] Rec. I-2189, 30 de marzo de 2000.

102 TJUE, *Burton contra British Railways Board*, Asunto 19/81 [1982] Rec. 555, 16 de febrero de 1982.

103 TJUE, *Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA*, Asunto C-411/05 [2007] Rec. I-8531, 16 de octubre de 2007.

104 TJUE, *Garland contra British Rail Engineering Limited*, Asunto 12/81 [1982] Rec. 455, 9 de febrero de 1982.

105 TJUE, *Sabbatini contra Parlamento Europeo*, Asunto 20/71 [1972] Rec. 345, 7 de junio de 1972.

106 TJUE, *Lewen contra Denda*, Asunto C-333/97 [1999] Rec. I-7243, 21 de octubre de 1999.

107 TJUE, *Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Asunto C-262/88 [1990] Rec. I-1889, 17 de mayo de 1990.

### 3.4.1.3. Acceso a la orientación y formación profesional

La definición de «orientación y formación profesional» ha sido analizada por el TJUE en el contexto de la libre circulación de personas,<sup>108</sup> adoptando una formulación amplia.

Ejemplo: en el caso *Gravier*,<sup>109</sup> un estudiante de nacionalidad francesa que deseaba estudiar arte de tiras cómicas en la Académie de Beaux-Arts de Lieja debía pagar una tasa de matriculación que no se exigía a los estudiantes del país anfitrión. El TJUE consideró que esto incluye:

« [...] toda forma de educación con vistas a la cualificación para una profesión, un oficio o un empleo dados, o que proporciona las competencias exigidas para los mismos es formación profesional, con independencia de la edad y el nivel de formación del alumno o estudiante y aunque el programa de formación incluya un elemento de educación general».

Ejemplo: esta definición se aplicó en el asunto *Blaizot*,<sup>110</sup> en el que el reclamante había solicitado un curso para estudiar veterinaria. El TJUE consideró que, en general, un título universitario está también comprendido en el sentido de la «formación profesional», aunque la cualificación final concedida al término del programa no ofrezca directamente la cualificación necesaria para una determinada profesión, oficio o empleo. Basta que el programa en cuestión proporcione los conocimientos, la formación o las capacidades necesarias para una determinada profesión, oficio o empleo. Por tanto, si un oficio concreto no requiere una cualificación formal o si el título universitario no constituye en sí mismo el requisito formal para el ejercicio de una profesión, ello no impide que el programa se considere como una «formación profesional». La única excepción son «algunos ciclos de estudios concretos que, debido a sus características propias, van dirigidos a personas deseosas de aumentar sus conocimientos generales más que de acceder a la vida profesional».

108 Conforme al artículo 7(3) del Reglamento 1612/68 sobre la libertad de circulación de los trabajadores en la Comunidad (DO L 257, 19 de octubre de 1968, pág. 2), todo trabajador «tendrá acceso a las escuelas de formación profesional y a los centros de readaptación de enseñanza» en condiciones igual de favorables que los trabajadores nacionales.

109 TJUE, *Gravier contra Ville de Liège y otros*, Asunto 293/83 [1985] Rec. 593, 13 de febrero de 1985.

110 TJUE, *Blaizot y otros contra Université de Liège y otros*, Asunto 24/86 [1988] Rec. 379, 2 de febrero de 1988.



### 3.4.1.4. Organizaciones de trabajadores y empleadores

Esto hace referencia no sólo a la pertenencia y el acceso a organizaciones de trabajadores y de empleadores, sino también a la participación de las personas en estas organizaciones. De acuerdo con las directrices de la Comisión Europea, la finalidad es garantizar la eliminación de la discriminación en la pertenencia a estas organizaciones y las prestaciones obtenidas en el ámbito de las mismas.<sup>111</sup>

### 3.4.1.5. El Convenio Europeo y el contexto del empleo

Aunque el CEDH no contiene en sí mismo un derecho al empleo, el artículo 8 se ha interpretado, en ciertos casos, como extensivo al ámbito del empleo. En el anteriormente citado asunto *Sidabras y Džiautas contra Lituania*, la prohibición del gobierno a los antiguos agentes de la KGB de acceder al empleo en el sector público y en partes del sector privado se consideró incluida en el ámbito de aplicación del artículo 8, en relación con el artículo 14, porque «afecta a su capacidad de desarrollar relaciones con el mundo exterior en un grado muy sustancial y les ha creado graves dificultades para ganarse la vida, con obvias repercusiones sobre el disfrute de sus vidas privadas».<sup>112</sup> Del mismo modo, en el asunto *Bigaeva contra Grecia* se consideró que el artículo 8 puede incluir también el ámbito del empleo, de modo que incluya el derecho de acceder a una profesión.<sup>113</sup>

El TEDH prohíbe también la discriminación por la pertenencia a un sindicato. El derecho a formar sindicatos está, además, garantizado como derecho independiente en el CEDH.<sup>114</sup>

Ejemplo: en el asunto *Danilenkov y otros contra Rusia*,<sup>115</sup> los demandantes habían sufrido acoso y un trato desfavorable de su empleador por su pertenencia a un sindicato. Sus reclamaciones civiles ante los tribunales nacionales fueron desestimadas porque la discriminación sólo podía apreciarse en procedimientos penales y el fiscal se había negado a instar un juicio penal porque el criterio de prueba obligaba al Estado a demostrar «más allá de la duda

111 Comisión Europea, «Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico», Doc. COM (1999) 566 final, 25 de noviembre de 1999.

112 TEDH, *Sidabras y Džiautas contra Lituania* (n.º 55480/00 y 59330/00), 27 de julio de 2004.

113 TEDH, *Bigaeva contra Grecia* (n.º 26713/05), 28 de mayo de 2009.

114 Por ejemplo, TEDH, *Demir y Baykara contra Turquía* (n.º 34503/97), 12 de noviembre de 2008.

115 TEDH, *Danilenkov y otros contra Rusia* (n.º 67336/01), 30 de julio de 2009.

razonable» que la discriminación había sido buscada por uno de los directivos de la empresa. El TEDH consideró que la falta de una protección judicial efectiva de la libertad de asociación sindical en la legislación nacional constituía una vulneración del artículo 11, en relación con el artículo 14.

### 3.4.2. Acceso al sistema de bienestar y otras formas de seguridad social

De entre las directivas contra la discriminación, sólo la Directiva de igualdad racial establece una protección general contra la discriminación en el acceso al sistema de bienestar y otras formas de seguridad social, incluido el acceso a prestaciones en especie mantenidas «en común» por el Estado, como la asistencia sanitaria pública, la educación y el sistema de seguridad social. No obstante, la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social establece el derecho a la igualdad de trato por razón de género en el ámbito más concreto de la «seguridad social».

#### 3.4.2.1. Protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria

El ámbito concreto de esta área es incierto, pues no se explica en la Directiva de igualdad racial y no ha sido tampoco interpretado aún por la jurisprudencia del TJUE. Como se ha indicado anteriormente, la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social establece la igualdad de trato por razón de género en relación con los «regímenes legales de seguridad social».<sup>116</sup> El artículo 1(3) los define como regímenes que prestan protección frente a enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional y desempleo, además de «ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes anteriores o a suplirlos».

No está claro el significado de la «protección social», aunque el Memorando Explicativo de la Propuesta de la Comisión para la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como los términos de la propia Directiva, implican que será un concepto más amplio que el de «seguridad social».<sup>117</sup> Dada la amplitud busca-

116 En contraposición a los «regímenes profesionales», considerados como «retribución» en la Directiva de igualdad entre hombres y mujeres (refundición).

117 Comisión Europea, «Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico», Doc. COM (1999) 566 final, 25 de noviembre de 1999.

da por la disposición, debe entenderse que cualquier forma de prestación ofrecida por el Estado, sea económica o en especie, quedará incluida en la categoría de protección social, en la medida en que no esté incluida en la seguridad social. En este sentido, es muy probable que las áreas concretas de aplicación de la Directiva de igualdad racial se solapen entre sí.

No está tampoco claro el alcance de la protección frente a la discriminación en el campo de la asistencia sanitaria, que parecería hacer referencia al acceso a la asistencia sanitaria pública en el punto de prestación del servicio, como el tratamiento ofrecido por el personal médico y administrativo. Probablemente, se aplicará también a los seguros de servicios sanitarios privados reembolsados a los pacientes a través de un régimen de seguro obligatorio. En este caso, parece que la negativa a asegurar a una persona o el cobro de una prima mayor por razones de origen racial o étnico quedarían incluidos en el ámbito de esta disposición o, en otro caso, en el del acceso a la prestación de bienes y servicios.

### 3.4.2.2. Ventajas sociales

El ámbito de las «ventajas sociales» ha sido claramente desarrollado por la jurisprudencia del TJUE en el contexto de la normativa sobre libertad de circulación de las personas, con una definición extremadamente amplia.

Ejemplo: en el asunto *Cristini*,<sup>118</sup> la reclamante era una italiana que vivía con sus hijos en Francia y cuyo difunto marido había sido un «trabajador» con arreglo a la legislación de la UE. Los ferrocarriles franceses denegaron a la Sra. Cristini los descuentos en los billetes para las familias numerosas por razón de su nacionalidad, alegando que las «ventajas sociales» a los efectos de la legislación de la UE eran sólo aquellas derivadas de un contrato de trabajo. El TJUE discrepó y consideró que el término debía incluir todas las ventajas, con independencia del contrato de trabajo, incluidos los descuentos en los billetes de tren.

El TJUE definió las «ventajas sociales» en el asunto *Even* como aquellas ventajas:

*«que, con independencia de que estén vinculadas a un contrato de trabajo o no, se reconozcan con carácter general a los trabajadores nacionales en virtud de su condición objetiva de trabajadores o por el solo hecho de residir*

118 TJUE, *Cristini contra Société nationale des chemins de fer français (SNCF)*, Asunto 32/75 [1975] Rec. 1085, 30 de septiembre de 1975.

*en el territorio nacional, y cuya extensión a los trabajadores nacionales de otros Estados miembros parezca, en consecuencia, apropiada para facilitar su movilidad dentro de la Comunidad.»<sup>119</sup>*

El término es aplicable a prácticamente todos los derechos, siempre que satisfagan la definición del caso *Even*: no hay distinción entre los derechos concedidos de forma absoluta o de forma discrecional. La definición no excluye tampoco los derechos concedidos tras la extinción de la relación de trabajo y considerados ventajas sociales, como el derecho a una pensión.<sup>120</sup> Básicamente, en el contexto de la libertad de circulación, el concepto de ventaja social hace referencia a cualquier ventaja que pueda ayudar al trabajador emigrante a integrarse en la sociedad del país anfitrión. Los tribunales han sido bastante flexibles a la hora de considerar distintos supuestos como ventajas sociales:

- la entrega de un préstamo sin intereses por nacimiento de hijos; pese a que la finalidad del préstamo era estimular la natalidad, el TJUE lo consideró una ventaja social, como vehículo para atenuar la carga económica para las familias de renta baja;<sup>121</sup>
- la concesión de una subvención en el marco de un convenio cultural para ayudar a los trabajadores nacionales que estudien en el extranjero;<sup>122</sup>
- el derecho a que se siga un proceso penal contra una persona en el idioma de su país de origen.<sup>123</sup>

### 3.4.2.3. Educación

La protección frente a la discriminación en el acceso a la educación se desarrolló inicialmente en el contexto de la libre circulación de las personas con arreglo al artículo 12 del Reglamento 1612/68, especialmente en relación con los hijos de los trabajadores. El área de la educación se solapará, probablemente, con la de la formación profesional. No es claro si incluirá también los programas de educación su-

119 TJUE, *Procedimiento penal contra Even*, Asunto 207/78 [1979] Rec. 2019, 31 de mayo de 1979, párr. 22.

120 TJUE, *Comisión contra Francia*, Asunto C-35/97 [1998] Rec. I-5325, 24 de septiembre de 1998.

121 TJUE, *Reina contra Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Asunto 65/81 [1982] Rec. 33, 14 de enero de 1982.

122 TJUE, *Matteucci contra Communauté française de Belgique*, Asunto 235/87 [1988] Rec. 5589, 27 de septiembre de 1988.

123 TJUE, *Procedimiento penal contra Mutsch*, Asunto 137/84 [1985] Rec. 2681, 11 de mayo de 1985.

perior excluidos del área de la formación profesional exclusivamente realizados con la finalidad de aumentar los conocimientos generales.

Ejemplo: en el asunto *Casagrande contra Landeshauptstadt München*,<sup>124</sup> la reclamante era hija de un italiano que trabajaba en Alemania. Las autoridades alemanas entregaban una subvención mensual de mantenimiento de los niños en edad escolar, con el fin de facilitar la «asistencia a la enseñanza». El TJUE consideró que las medidas generales que perseguían facilitar la asistencia a la educación caían en el ámbito de la educación.

### 3.4.2.4. El Convenio Europeo y el contexto del bienestar social y la educación

Aunque el CEDH no incluye un derecho a la seguridad social, la jurisprudencia del TEDH ha establecido claramente que las formas de seguridad social, como los pagos de prestaciones y pensiones, están incluidas en el ámbito del artículo 1 del Protocolo 1 o del artículo 8.<sup>125</sup>

Pese a que el CEDH no establece tampoco un derecho a la asistencia sanitaria, el TEDH ha considerado que las cuestiones relativas a la asistencia sanitaria, como el acceso a los registros médicos,<sup>126</sup> están comprendidas en el artículo 8 o el artículo 3, si la falta de acceso a la salud es grave y puede constituir un trato inhumano o degradante.<sup>127</sup> Puede alegarse, por tanto, que las reclamaciones por discriminación en relación con el acceso a la asistencia sanitaria quedan comprendidas en el ámbito del artículo 14.

No es claro si el acceso a las ventajas sociales en forma de prestaciones en especie, como los descuentos en billetes de viajes, están incluidos en el ámbito del CEDH, aunque la interpretación amplia del artículo 8 por parte del TEDH parece indicar que sí, especialmente cuando su destinatario es la unidad familiar.

124 TJUE, *Casagrande contra Landeshauptstadt München*, Asunto 9/74 [1974] Rec. 773, 3 de julio de 1974.

125 En particular, véanse los asuntos siguientes: TEDH, *Andrejeva contra Letonia* [GC] (n.º 55707/00), 18 de febrero de 2009; TEDH, *Gaygusuz contra Austria* (n.º 17371/90), 16 de septiembre de 1996; y TEDH, *Koua Poirrez contra Francia* (n.º 40892/98), 30 de septiembre de 2003, todos ellos analizados en el apartado 4.7.

126 TEDH, *K.H. y otros contra Eslovaquia* (n.º 32881/04), 28 de abril de 2009.

127 TEDH, *Sławomir Musiał contra Polonia* (n.º 28300/06), 20 de enero de 2009.

El artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH incluye un derecho autónomo a la educación y, por tanto, el TEDH considerará que las reclamaciones de discriminación en el contexto de la educación están comprendidas en el ámbito del artículo 14. La discriminación por razón de educación en el CEDH se analiza en el caso *D.H. y otros contra la República Checa*,<sup>128</sup> en el apartado 3.1 del capítulo 2, y en el asunto *Oršuš y otros contra Croacia*,<sup>129</sup> en el apartado 3 del capítulo 5.

### 3.4.3. Acceso al suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda

La protección frente a la discriminación en el campo del acceso al suministro de bienes y servicios, incluida la vivienda, se aplica al motivo de la raza a través de la Directiva de igualdad racial y a los motivos de género a través de la Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios. El artículo 3(1) de esta Directiva precisa esta disposición, estableciendo que hace referencia a todos los bienes y servicios «disponibles para el público [...] y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en dicho contexto». El párrafo 13 del preámbulo y artículo 3(3) excluye expresamente la aplicación al «contenido de los medios de comunicación ni de la publicidad» y a «la enseñanza pública o privada», aunque esta última exclusión no reduce el ámbito de aplicación de la Directiva de igualdad racial, que cubre expresamente la educación. La Directiva se refiere también al artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

*«Se considerarán «servicios» a los efectos del Tratado las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración [...]*

*Los «servicios» comprenderán, en particular:*

- (a) actividades de carácter industrial*
- (b) actividades de carácter mercantil*
- (c) actividades artesanales*
- (d) actividades propias de las profesiones liberales.»*

Parece, por tanto, que esta área cubre cualquier contexto en el que se preste un bien o servicio normalmente a cambio de una remuneración, siempre que no se

128 TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007.

129 TEDH, *Oršuš y otros contra Croacia* [GC] (n.º 15766/03), 16 de marzo de 2010.

produzca en un contexto enteramente personal y excluyendo la educación pública y privada.

La jurisprudencia de los órganos nacionales indica que este aspecto incluye situaciones como el acceso y el servicio recibido en bares,<sup>130</sup> restaurantes y clubes nocturnos,<sup>131</sup> tiendas,<sup>132</sup> seguros de compras,<sup>133</sup> y actos de proveedores privados, como los criadores de perros.<sup>134</sup> Aunque la asistencia sanitaria está específicamente incluida en la Directiva de igualdad racial, puede caer también en el ámbito de los servicios, especialmente se trata de asistencia sanitaria privada o si las personas están obligadas a contratar seguros de enfermedad obligatorios para cubrir los costes sanitarios. En este sentido, el TJUE ha interpretado los servicios en el contexto de la libertad de circulación de servicios para cubrir la asistencia sanitaria prestada a cambio de una remuneración por una entidad con ánimo de lucro.<sup>135</sup>

Aunque la Directiva de igualdad racial no define la vivienda, se considera que debe interpretarse a la luz de la legislación internacional de derechos humanos, en particular el derecho al respeto del domicilio particular del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 8 del CEDH (dado que todos los Estados miembros de la UE son parte del Convenio y la propia UE se incorporará a él en el futuro) y el derecho a una vivienda adecuada del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (del que todos los

- 
- 130 Autoridad de Igualdad de Trato (Hungria), Asunto n.º 72, abril de 2008. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 322-1, y en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), pág. 49.
- 131 Tribunal Supremo (Suecia), *Escape Bar & Restaurant contra Ombudsman contra la Discriminación Étnica*, Asunto n.º T-2224-07, 1 de octubre de 2008. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 365-1, y en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), pág. 68.
- 132 Bezirksgericht Döbling (Austria), GZ 17 C 1597/05f-17, 23 de enero de 2006. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 1-1. Texto original disponible en: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.
- 133 Tribunal de Apelación de Nimes (Francia), *Lenormand contra Balenci*, n.º 08/00907, 6 de noviembre de 2008, y Sala de lo Penal del Tribunal de Casación de Francia, n.º M 08-88.017 y n.º 2074, 7 de abril de 2009. Resumen en inglés disponible en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 9 (diciembre de 2009), pág. 59.
- 134 Tribunal de Apelación de Svea (Suecia), *El Defensor del pueblo frente a la discriminación por razón de orientación sexual contra A.S.*, Asunto n.º T-3562-06, 11 de febrero de 2008. Resumen en inglés disponible en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), pág. 69.
- 135 TJUE, *Kohll contra Union des Caisses de Maladie*, Asunto C-158/96 [1998] Rec. I-1931, 28 de abril de 1998; TJUE, *Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, Asunto C-157/99 [2001] Rec. I-5473, 12 de julio de 2001; TJUE, *Müller Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij*, Asunto C-385/99 [2003] Rec. I-4509, 13 de mayo de 2003.

Estados miembros son parte). El TEDH ha interpretado el derecho a la vivienda de forma amplia, incluyendo las viviendas móviles, como caravanas y remolques, incluso cuando están ilegalmente ubicadas.<sup>136</sup> De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), la vivienda adecuada debe cumplir una serie de requisitos y, en particular, debe ser de calidad suficiente para asegurar la protección frente a los elementos, reflejar las necesidades culturales de sus ocupantes (por lo que incluye vehículos, caravanas, campamentos y otras estructuras no permanentes), estar conectada a suministros y saneamiento públicos y a servicios públicos y oportunidades de trabajo a través de una infraestructura adecuada, así como incluir una protección adecuada frente al desahucio forzado o sumario y ser asequible.<sup>137</sup> Esta concepción de la vivienda aparece también en el planteamiento adoptado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) en su informe *Situación en materia de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea – Pasos hacia la igualdad*.<sup>138</sup>

Adoptando este planteamiento, el acceso al a vivienda incluiría no sólo la garantía de la igualdad de trato por parte de los propietarios públicos o privados y los agentes inmobiliarios en la decisión de arrendar y vender o no inmuebles a determinadas personas, así como el derecho a la igualdad de trato en el modo de adjudicar la vivienda (como la adjudicación de viviendas de baja calidad o lejanas a determinados grupos étnicos), mantenerla (como la falta de mantenimiento de las viviendas ocupadas por ciertos grupos) y alquilarla (como la falta de seguridad del arrendamiento o la aplicación de mayores rentas o fianzas a los pertenecientes a determinados grupos).

Ejemplo: en Bélgica se condenó penalmente y se impuso una sanción civil a un propietario por denegar el arrendamiento a personas de origen congoleño, pese a aportar estas referencias adecuadas de anteriores propietarios y pruebas de ingresos suficientes, alegando que había tenido problemas anteriormente con los extranjeros en relación con el pago de la renta.<sup>139</sup>

136 TEDH, *Buckley contra el Reino Unido* (n.º 20348/92), 25 de septiembre de 1996.

137 CDESC, «Observación General n.º 4: El derecho a una vivienda adecuada (Art. 11(1))», Doc. ONU E/1992/23, 13 de diciembre de 1991.

138 FRA, *Situación en materia de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea – Pasos hacia la igualdad – Informe de síntesis* (Viena, FRA, marzo de 2010).

139 Correctionele Rechtbank van Antwerpen (Bélgica), Decisión de 7 de diciembre de 2004. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 15-1. Texto original disponible en: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.



### 3.4.3.1. El Convenio Europeo y el contexto de los bienes y servicios, incluida la vivienda

El TEDH ha interpretado el artículo 8 de modo que incluye los casos relativos a las actividades susceptibles de tener consecuencias para la vida privada, incluidas las relaciones de carácter económico y social. El Tribunal ha adoptado también un enfoque amplio de la interpretación del derecho al respeto al domicilio del artículo 8. Como se ha señalado, esto incluye formas de alojamiento fijo menos «convencionales», como caravanas y casas móviles. Si las viviendas públicas se hallan en un estado especialmente malo y causan problemas a los ocupantes durante un período largo, el TEDH lo considera también un trato inhumano.

Ejemplo: en el asunto *Moldovan y otros contra Rumanía (n.º 2)*,<sup>140</sup> los reclamantes habían sido expulsados de sus viviendas, demolidas en condiciones especialmente traumáticas. El proceso de reconstrucción fue particularmente lento y el alojamiento provisional ofrecido, de calidad especialmente baja. El TEDH consideró que:

«[...] las condiciones de vida de los denunciantes durante los últimos diez años, en particular el entorno gravemente superpoblado y antihigiénico, y su efecto perjudicial para la salud y el bienestar de los solicitantes, combinados con la duración del período durante el cual han tenido que vivir en estas condiciones y la actitud general de las autoridades, deben haberles causado un importante sufrimiento mental, perjudicando su dignidad humana y provocándoles sentimientos de humillación y degradación».

Esta apreciación, junto con otros factores, llevó al TEDH a concluir que se había producido un trato degradante contrario al artículo 3 del CEDH, aunque la terminología empleada en el extracto anterior indica que las condiciones sufridas en el alojamiento hubieran bastado también para esta conclusión.<sup>141</sup>

Ejemplo: en el asunto *Đokić contra Bosnia y Herzegovina*,<sup>142</sup> el reclamante alegó una interferencia en su derecho de propiedad. Antes de la desaparición de

140 TEDH, *Moldovan y otros contra Rumanía (n.º 2)* (n.ºs 41138/98 y 64320/01), 12 de julio de 2005.

141 La jurisprudencia del TEDH indica que, en ciertas circunstancias, el trato discriminatorio puede constituir un trato degradante. Por ejemplo, véase TEDH, *Smith y Grady contra el Reino Unido* (n.ºs 33985/96 y 33986/96), 27 de septiembre de 1999.

142 TEDH, *Đokić contra Bosnia y Herzegovina* (n.º 6518/04), 27 de mayo de 2010.

la antigua Yugoslavia, era profesor en una escuela militar y miembro de las fuerzas armadas del país. Había comprado un piso en Sarajevo, pero cuando estalló la guerra en Bosnia y Herzegovina y su escuela militar se trasladó a la actual Serbia, el reclamante se incorporó a las fuerzas armadas de esta última. Tras el conflicto, las autoridades se negaron a restituírle su propiedad por haber servido en fuerzas armadas extranjeras. En el ámbito nacional, esto estaba justificado porque se basaba en la consideración de que el solicitante había sido un ciudadano «desleal» por haber servido en fuerzas armadas extranjeras que habían participado en operaciones militares en Bosnia y Herzegovina. Aunque sin considerar expresamente incluido el caso en el ámbito del artículo 14 del CEDH, el TEDH estimó que esta decisión se había adoptado únicamente por razón del origen étnico del solicitante (pues el servicio en determinadas fuerzas armadas era indicativo de dicho origen), particularmente al no poder acreditarse que el reclamante hubiera cometido efectivamente actos de «deslealtad» distintos a la integración formal en dichas fuerzas armadas. A falta de restitución, la ausencia de indemnización o alojamiento alternativo constituía una interferencia desproporcionada en su derecho a la propiedad.

### 3.4.4. Acceso a la justicia

Aunque las directivas contra la discriminación no mencionan específicamente el acceso a la justicia entre los ejemplos de bienes y servicios, resulta posible su inclusión en este ámbito, en la medida que el sistema judicial constituye un servicio prestado al público por el Estado a cambio de una remuneración. Como mínimo, las directivas contra la discriminación exigen a los Estados miembros establecer procedimientos judiciales o administrativos que permitan a las personas ejercitar sus derechos derivados de ellas.<sup>143</sup> Otro principio consolidado de la legislación de la UE es el derecho de las personas a la «protección judicial efectiva» de los derechos derivados de la legislación de la Unión.<sup>144</sup> Por tanto, aun en el supuesto de que no pueda decirse que el «acceso a la justicia» está incluido en los «bienes y servicios», sí puede afirmarse, con certeza, que el acceso a la justicia existe como derecho autónomo (sin el requisito de acreditar la discriminación) en relación con el cumplimiento de las propias directivas.

143 Directiva sobre igualdad en el empleo, artículo 9(1); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición), artículo 17(b); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, artículo 8(1); Directiva sobre igualdad racial, artículo 7(1).

144 Véase, por ejemplo, TJUE, *Vassilakis y otros contra Dimas Kerkyras*, Asunto C-364/07 [2008] Rec. I-90, 12 de junio de 2010; TJUE, *Sahlstedt y otros contra Comisión*, Asunto C-362/06 [2009] ECR I-2903, 23 de abril de 2009; TJUE, *Angelidaki y otros contra Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, Asunto C-378/07 [2009] ECR I-3071, 23 de abril de 2009.

### 3.4.4.1. El Convenio Europeo y el contexto del acceso a la justicia

El CEDH reconoce como derecho autónomo el acceso a la justicia en el contexto del derecho a un proceso equitativo del artículo 6. El TEDH ha resuelto varios asuntos en materia de discriminación en el acceso a la justicia.

Ejemplo: en el asunto *Paraskeva Todorova contra Bulgaria*<sup>145</sup> se consideró que la denegación de la suspensión de la condena del reclamante por el tribunal nacional, acompañada de comentarios sobre la necesidad de corregir el hábito de impunidad existente entre las minorías étnicas, constituía una vulneración del artículo 6, en relación con el artículo 14.

Ejemplo: en el asunto *Moldovan y otros contra Rumanía (n.º 2)*,<sup>146</sup> anteriormente analizado, se consideró que la demora excesiva en la resolución de los procedimientos civiles y penales (siete años para la primera sentencia) constituía una vulneración del artículo 6. Las demoras se consideraron debidas al elevado número de errores de procedimiento y, tomadas en conjunción con la actitud discriminatoria generalizada de las autoridades hacia los reclamantes gitanos, se consideraron constitutivas de una vulneración del artículo 6, en relación también con el artículo 14.

Ejemplo: en el asunto *Anakomba Yula contra Bélgica*<sup>147</sup> se consideró que la norma nacional, que impedía a la reclamante beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita en el marco de una acción de impugnación de paternidad por no ser de nacionalidad belga, era contraria al artículo 6, en conjunción con el artículo 14. Esto no quiere decir que los no nacionales tengan un derecho absoluto a la asistencia jurídica gratuita. En este caso, el TEDH tomó en consideración varios factores, como la exclusión de la reclamante por no tener un permiso de residencia válido, pese a que en aquel momento se encontraba en trámite de renovación, y la existencia de un plazo de un año para reclamar en los casos de paternidad, el cual no hacía razonable suponer que la reclamante esperara hasta haber renovado el permiso para solicitar la ayuda.

145 TEDH, *Paraskeva Todorova contra Bulgaria* (n.º 37193/07), 25 de marzo de 2010.

146 TEDH, *Moldovan y otros contra Rumanía (n.º 2)* (n.º 41138/98 y 64320/01), 12 de julio de 2005.

147 TEDH, *Anakomba Yula contra Bélgica* (n.º 45413/07), 10 de marzo de 2009, analizado en el capítulo 4.7.

## 3.5. Aplicación del Convenio con carácter adicional a la legislación de la UE

Además de los casos anteriormente analizados, en los que la protección derivada del CEDH coincide con la de las directivas contra la discriminación, existen áreas importantes en las que el CEDH proporciona una protección adicional.

### 3.5.1. El ámbito «personal»: vida privada y familiar, adopción, domicilio y matrimonio<sup>148</sup>

Un área especialmente importante es la de la vida privada y familiar, en la que los Estados miembros no han conferido a la UE poderes legislativos amplios. En casos presentados ante el TEDH en este sentido se ha planteado la cuestión de la diferencia de trato en relación con las normas de sucesión hereditaria, acceso de los progenitores divorciados a los hijos y cuestiones de paternidad.

Como se analiza en el apartado siguiente y en el capítulo 4, en los casos de *Mazurek contra Francia*,<sup>149</sup> *Sommerfeld contra Alemania*<sup>150</sup> y *Rasmussen contra Dinamarca*<sup>151</sup> se plantea la diferencia de trato en relación con las normas de sucesión hereditaria, acceso de los progenitores divorciados a los hijos y cuestiones de paternidad. El artículo 8 se extiende también a los asuntos de adopción. El asunto *E.B. contra Francia*, anteriormente analizado, muestra también que la adopción puede caer en el ámbito del CEDH aunque no exista realmente en el Convenio un derecho a adoptar. El TEDH ha establecido también el alcance general del artículo 8, con referencia a la jurisprudencia anterior:

*«[E]l concepto de «vida privada», en el sentido del artículo 8 del Convenio, es un concepto amplio que comprende, entre otras cosas, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos [...] el derecho al «desarrollo personal» [...] y el derecho a la libre determinación como tal. El concepto incluye elementos como el nombre [...] la identificación de género,*

148 Puede encontrarse una explicación del ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH en el sitio web del Consejo de Europa de Formación en Derechos Humanos para Profesionales del Derecho: Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, Human Rights Handbooks, n.º 1, 2001, disponible en: [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636).

149 TEDH, *Mazurek contra Francia* (n.º 34406/97), 1 de febrero de 2000.

150 TEDH, *Sommerfeld contra Alemania* [GC] (n.º 31871/96), 8 de julio de 2003.

151 TEDH, *Rasmussen contra Dinamarca* (n.º 8777/79), 28 de noviembre de 1984.

*la orientación y la vida sexual, que caen en la esfera personal protegida por el artículo 8 [...] y el derecho al respeto de la decisión de tener o no tener un hijo».*<sup>152</sup>

Por tanto, el ámbito de aplicación del artículo 8 es extremadamente amplio. El CEDH tiene también implicaciones en otras áreas, como el matrimonio, especialmente protegido en el artículo 12.

Ejemplo: en el asunto *Muñoz Díaz contra España*,<sup>153</sup> la reclamante se había casado por el rito gitano sin cumplir los requisitos de la legislación nacional, por lo que el matrimonio no estaba formalmente constituido. Pese a ello, las autoridades la habían tratado como si estuviera casada en los documentos de identidad, el abono de prestaciones y el libro de familia. Al fallecer su marido, la reclamante solicitó una pensión pública de viudedad, que le fue denegada por no haber estado legalmente casada con arreglo a la legislación nacional. El TEDH consideró que el Estado había tratado a la reclamante como si su matrimonio fuera válido, lo cual la colocaba en una situación comparable a la de otros cónyuges «de buena fe» (parejas que no están legalmente casadas por razones técnicas, pero creen estarlo) que sí tenían derecho a una pensión de viudedad. Aunque el TEDH estimó que no existía discriminación en la negativa a reconocer la validez del matrimonio (por el artículo 12, en relación con el artículo 14), sí la apreció en la denegación de un trato similar a otros cónyuges de buena fe y de la pensión a la reclamante (por el artículo 1 del Protocolo 1, en relación con el artículo 14).

Por tanto, aunque la protección del núcleo de la dignidad humana tiene normalmente un margen de apreciación más restringido por parte del TEDH, ello debe equilibrarse con la protección de las personas en situación de vulnerabilidad, cuyos derechos podrían verse vulnerados.

Ejemplo: el asunto *Sommerfeld contra Alemania*<sup>154</sup> hacía referencia a una ley alemana que regulaba el acceso de un padre a su hijo. De acuerdo con la ley nacional, si los padres de un niño no estaban casados, la madre podía denegar al

152 TEDH, *E.B. contra Francia* [GC] (n.º 43546/02), 22 de enero de 2008, párr. 43.

153 TEDH, *Muñoz Díaz contra España* (n.º 49151/07), 8 de diciembre de 2009.

154 TEDH, *Sommerfeld contra Alemania* [GC] (n.º 31871/96), 8 de julio de 2003, párr. 93. Sobre hechos muy similares: TEDH, *Sahin contra Alemania* [GC] (n.º 30943/96), 8 de julio de 2003. Véase también TEDH, *Mazurek contra Francia* (n.º 34406/97), 1 de febrero de 2000, también relativo a la diferencia de trato de los niños nacidos fuera del matrimonio, analizado en el capítulo 4 (motivos protegidos).

padre el acceso a su hijo. En tal caso, el padre debía acudir a los tribunales para anular esta denegación de acceso. El gobierno alegó que la ley no era discriminatoria, pues los padres separados normalmente mostraban poco interés por sus hijos. El TEDH consideró que el margen de apreciación del Estado era particularmente restringido en los asuntos relativos al derecho de acceso de los padres a sus hijos y declaró que «tendrían que mediar razones de mucho peso para considerar compatible con el CEDH una diferencia de trato por razón de nacimiento dentro o fuera del matrimonio [...] Esto mismo ocurre respecto a la diferencia de trato al padre de un niño nacido de una relación de convivencia no matrimonial respecto al padre de un niño nacido en una relación matrimonial.» El Tribunal consideró que la explicación del gobierno no justificaba la diferencia de trato.

En el caso anterior, el TEDH consideró que los intereses del padre convergían con los del hijo; es decir, que era de interés para el hijo tener contacto con su padre. Si los intereses del hijo pudieran estar en conflicto con los del padre, el Estado sí tendría un mayor margen de apreciación para determinar la mejor forma de proteger al niño.

Ejemplo: en el asunto *Rasmussen contra Dinamarca*,<sup>155</sup> un padre cuestionaba un plazo de prescripción que le impedía impugnar la paternidad. El TEDH consideró que esto suponía una diferencia de trato por razón de género, pero estaba justificado por la finalidad legítima de proporcionar a los hijos seguridad y certeza sobre su situación y evitar que los padres pudieran abusar de la posibilidad de impugnar la paternidad en otro momento de la vida. Dada la escasa uniformidad en el planteamiento de esta cuestión entre los Estados miembros del CEDH, el TEDH concedió al Estado un margen amplio de apreciación y consideró justificada la diferencia de trato.<sup>156</sup>

### 3.5.2. Participación política: libertad de expresión, reunión y asociación y elecciones libres

Uno de los principales objetivos del Consejo de Europa es promover la democracia, lo que se refleja en muchos de los derechos del Convenio que facilitan la promoción de la participación política. Aunque la legislación de la UE reconoce una serie limitada de derechos en esta materia (en particular, el derecho de los ciudadanos

<sup>155</sup> TEDH, *Rasmussen contra Dinamarca* (n.º 8777/79), 28 de noviembre de 1984.

<sup>156</sup> *Ibid.*, párrs. 40-42.

de la Unión a votar en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo), el CEDH contiene garantías más amplias que incluyen no sólo el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones, sino también derechos colaterales como la libertad de expresión y de reunión y asociación.

Ejemplo: en el asunto *Bączkowski y otros contra Polonia*,<sup>157</sup> anteriormente analizado, la denegación de la autorización para celebrar una manifestación para concienciar sobre la discriminación por razón de la orientación sexual, junto con las observaciones públicas homófobas del alcalde, constituyeron una vulneración del derecho a la libertad de reunión (artículo 11), en relación con el artículo 14.

Se ha considerado también que el derecho a la libertad de asociación incluye la protección de la constitución de partidos políticos, a la que el TEDH concede un alto grado de protección frente a las interferencias.<sup>158</sup> Del mismo modo, como se analiza en el apartado 11 del capítulo 4, las interferencias en el derecho a la libertad de expresión en el contexto del debate político son objeto de un riguroso escrutinio.<sup>159</sup>

### 3.5.3. Aplicación de la ley

Además de garantizar el derecho sustantivo a la vida (artículo 2) y la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3), estos artículos obligan también al Estado a investigar las circunstancias en las que se produzca un fallecimiento o este tipo de tratos. En los asuntos *Nachova y otros* y *Turan Cakir*, el TEDH ha establecido que esto incluye la obligación concreta de realizar una investigación de posibles motivos racistas subyacentes a las vulneraciones de los artículos 2 y 3, y que su falta de realización constituye una vulneración de estos artículos, en conjunción con el artículo 14.<sup>160</sup>

Ejemplo: en el asunto *Turan Cakir contra Bélgica*,<sup>161</sup> el reclamante alegó brutalidad policial durante su detención, que le causó lesiones graves de larga

<sup>157</sup> TEDH, *Bączkowski y otros contra Polonia* (n.º 1543/06), 3 de mayo de 2007.

<sup>158</sup> Por ejemplo, TEDH, *Partido Socialista y otros contra Turquía* (n.º 21237/93), 25 de mayo de 1998.

<sup>159</sup> TEDH, *Castells contra España* (n.º 11798/85), 23 de abril de 1992.

<sup>160</sup> TEDH, *Nachova y otros contra Bulgaria* [GC] (n.ºs 43577/98 y 43579/98), 6 de julio de 2005; TEDH, *Turan Cakir contra Bélgica* (n.º 44256/06), 10 de marzo de 2009; igualmente, TEDH, *Šečić contra Croacia* (n.º 40116/02), 31 de mayo de 2007.

<sup>161</sup> TEDH, *Turan Cakir contra Bélgica* (n.º 44256/06), 10 de marzo de 2009.

duración, así como amenazas e insultos racistas. El TEDH consideró que la violencia infligida vulneraba el derecho del reclamante a no sufrir tratos inhumanos y degradantes (del artículo 3 del CEDH) y que la falta de investigación adecuada de las denuncias de malos tratos del reclamante por parte del Estado vulneraban sus obligaciones de actuación con arreglo al citado artículo. El Tribunal consideró asimismo que la falta de investigación constituía también una vulneración del artículo 3, en relación con el derecho a no sufrir discriminación, porque el Estado tenía no sólo la obligación de investigar las denuncias de malos tratos, sino también las alegaciones de su carácter discriminatorio y su motivación racial.

Ejemplo: el asunto *Nachova y otros contra Bulgaria*<sup>162</sup> afectaba a dos gitanos muertos por disparos cuando huían de la policía militar, que trataba de arrestarlos por ausentarse sin permiso. En el momento del incidente, el agente que mató a las víctimas gritó «malditos gitanos» a un vecino. El TEDH consideró que el Estado había vulnerado el derecho a la vida de las víctimas (conforme al artículo 2 del CEDH) no solo sustantivamente, sino también desde un punto de vista procesal, al no investigar adecuadamente los fallecimientos, y que esta falta de investigación constituía también una vulneración del artículo 2, en relación con el derecho a no sufrir discriminación, pues el Estado tenía la obligación específica de investigar los posibles motivos discriminatorios.

Aunque estos dos casos hacen referencia a actos de personal del Estado, el deber de éste de intervenir para proteger a las víctimas del delito y de investigarlo posteriormente se aplica también a los actos de los particulares.

Ejemplo: en el caso de *Miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros contra Georgia*,<sup>163</sup> un grupo de testigos de Jehová fueron atacados por un grupo ultra ortodoxo. La policía no intervino para evitar la violencia, pese a haber sido avisada. La investigación posterior se interrumpió cuando la policía consideró imposible determinar la identidad de los autores. El TEDH estimó que la falta de intervención de la policía para proteger a las víctimas de la violencia de motivación racial y la posterior falta de una investigación adecuada suponían una vulneración del artículo 3 (derecho a no su-

162 TEDH, *Nachova y otros contra Bulgaria* [GC] (n.ºs 43577/98 y 43579/98), 6 de julio de 2005.

163 TEDH, *Miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros contra Georgia* (n.º 71156/01), 3 de mayo de 2007.



frir un trato penas o tratos inhumanos o degradantes) y el artículo 9 (derecho a la libertad de religión), en relación con el artículo 14, pues se basaban en motivos religiosos.

Si bien parece que la legislación de la UE podría imponer obligaciones similares en el ámbito de la Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (analizada en el capítulo 4.6),<sup>164</sup> la Decisión no impone una obligación específica de investigar la posible existencia de motivos racistas en relación con los delitos contra las personas.

### 3.5.4. Asuntos penales

Además de las cuestiones relativas a la aplicación de la ley en el capítulo 3.5.3, el CEDH aborda los asuntos penales desde diversos derechos, incluido el derecho a un proceso equitativo y a no sufrir detención arbitraria, la prohibición de la retroactividad de las penas y de un nuevo enjuiciamiento por un mismo delito, el derecho a la vida y a no sufrir penas o tratos inhumanos o degradantes.

Ejemplo: en el asunto *Opuz contra Turquía*,<sup>165</sup> el TEDH apreció discriminación indirecta por razón de género, en relación con el derecho a la vida y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, por la falta de aplicación adecuada de la ley relativa a la violencia doméstica por parte de la policía y los tribunales.

Ejemplo: en los asuntos *D.G. contra Irlanda* y *Bouamar contra Bélgica*<sup>166</sup> (analizados en el capítulo 4.5), los reclamantes habían sido detenidos por las autoridades nacionales y el TEDH consideró que, aunque se habían producido vulneraciones del derecho a la libertad, no había existido discriminación, pues el trato diferente estaba justificado por el interés de la protección de los menores.

<sup>164</sup> 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, DO L 328, 6 de diciembre de 2008, pág. 55. Debe resaltarse que el TEDH ha aceptado que la incitación a la discriminación, el odio y la violencia contra un grupo de personas por su origen o su pertenencia o no a un determinado grupo étnico, nación, raza o religión es una limitación específica a la libertad de expresión protegida por el CEDH. Véase, por ejemplo: TEDH, *Le Pen contra Francia* (dec.) (n.º 18788/09), 20 de abril de 2010; TEDH, *Féret contra Bélgica* (n.º 15615/07), 16 de julio de 2009; TEDH, *Willem contra Francia* (n.º 10883/05), 16 de julio de 2009; TEDH, *Balsytė-Lideikienė contra Lituania* (n.º 72596/01), 4 de noviembre de 2008.

<sup>165</sup> TEDH, *Opuz contra Turquía* (n.º 33401/89), 9 de junio de 2009.

<sup>166</sup> TEDH, *D.G. contra Irlanda* (n.º 39474/98), 16 de mayo de 2002; TEDH, *Bouamar contra Bélgica* (n.º 9106/80), 29 de febrero de 1988.

## Puntos clave

- Los nacionales de terceros países disfrutan también del derecho a la igualdad de trato en áreas similares en general a las incluidas en las directivas de la UE contra la discriminación si reúnen los requisitos para ser considerados «residentes de larga duración» con arreglo a la Directiva de nacionales de terceros países.
- Los nacionales de terceros países que no tengan la condición de «residentes de larga duración» disfrutan de protección limitada al amparo de las directivas contra la discriminación:
  - por motivos de orientación sexual, edad, discapacidad y religión o creencias, en el derecho de acceso a la formación profesional y las condiciones de trabajo; sin embargo, no disfrutan del mismo derecho de acceso al empleo;
  - de acuerdo con la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) y la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios, los nacionales de terceros países disfrutan de protección frente a la discriminación por razones de género en el acceso al empleo y a los bienes y servicios.
- La protección frente a la discriminación al amparo de las directivas de la UE contra la discriminación tiene distintos ámbitos de aplicación:
  - el origen racial y étnico disfruta de la mayor protección, extensible al acceso al empleo, al sistema de bienestar social y a los bienes y servicios;
  - la discriminación por razón de género está prohibida en el contexto del acceso al empleo, a la seguridad social (un concepto más limitado que el del sistema general de bienestar social) y los bienes y servicios;
  - la orientación sexual, la discapacidad, la religión o las creencias y la edad sólo están protegidos en el contexto del acceso al empleo.
- EL CEDH contiene una lista abierta de motivos protegidos. Cualquier persona puede invocar el Convenio ante las autoridades y los tribunales nacionales y ante el TEDH.
- El TEDH puede analizar las alegaciones de discriminación únicamente en función del derecho sustantivo en que se basen o en conjunción con el artículo 14.
- No pueden formularse reclamaciones únicamente al amparo del artículo 14, han de combinarse siempre con reclamaciones basadas en alguno de los derechos sustantivos del Convenio. Basta que el reclamante relacione de forma general el área temática incluida en el ámbito del derecho en cuestión.
- El Protocolo 12 del CEDH introduce un derecho independiente a no ser objeto de discriminación. Este derecho hará referencia a todos los derechos creados o derivados de la legislación o la práctica nacional, y el significado del término «discriminación» es el mismo del artículo 14.
- El planteamiento del TJUE ha sido configurar áreas de aplicación extremadamente amplias para dar plena efectividad a los derechos de las personas derivados de la legislación de la UE.

- El ámbito de aplicación del CEDH, tanto en cuanto a los derechos sustantivos incluidos como al modo de interpretarlos a los efectos de la aplicación del artículo 14, es especialmente amplio, en comparación con las directivas de la UE contra la discriminación.
- Algunas áreas de especial importancia excluidas del ámbito de estas directivas y, en gran medida, de la competencia de la UE (y excluidas también, por tanto, del ámbito de la Carta de Derechos Fundamentales) son las relativas a la legislación sobre vida privada y familiar, los derechos relacionados con la participación política y el derecho penal.
- Es de gran importancia, por tanto, que las víctimas de la discriminación analicen cuidadosamente si sus reclamaciones están incluidas en el ámbito de aplicación de las directivas de la UE contra la discriminación al formular el planteamiento de su demanda.

## Bibliografía recomendada

Bell. «Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive», *European Law Journal*, 8.3 (2002), pág. 384.

Boccardo. «Housing Rights and Racial Discrimination», en: Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 9 (diciembre de 2009), pág. 21.

Brosius-Gersdorf. «Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht: der Fall Đerife YiĐit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

Cousins. «The European Convention on Human Rights and Social Security Law», *Human Rights Law Review*, 10.1 (2010), pág. 191.

Edel. The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights, Human Rights Files, n.º 22, 2010.

Equinet. Combating Discrimination in Goods and Services. Equinet, 2004.

ERRC/Interights/MPG. *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice*. Nottingham, Russell Press, 2004. Anexo 5.c.

Kapuy. «Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable», *European Journal of Social Security*, 9.3 (2007), pág. 221.

Sánchez-Rodas Navarro. «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *Aranzadi Social*, 18 (2009).

Sudre (ed.). *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*. Bruselas, Bruylant/Nemesis, 2008.

# 4

## Características protegidas

### 4.1. Introducción

En las directivas europeas sobre no discriminación se prohíbe el trato diferenciado basado en ciertas «características protegidas», y figura una lista fija y limitada de las mismas, entre las que se cuenta el género (Directiva sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios, Directiva sobre la igualdad de género (refundida)), la orientación sexual, la discapacidad, la edad y la religión o las creencias (Directiva de igualdad en el empleo), así como el origen racial o étnico (Directiva sobre la igualdad racial). El CEDH, por el contrario, contiene una lista abierta, que coincide con las directivas, pero que va más allá. En el artículo 14 se establece que no deberá discriminarse «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». La categoría de «cualquier otra situación» ha permitido al TEDH incluir aquellas características (entre otras) expresamente protegidas por las directivas sobre no discriminación, a saber: discapacidad, edad y orientación sexual.

En el capítulo 1 se refirió que el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE también contiene una prohibición de la discriminación. La Carta vincula a las instituciones de la Unión Europea, pero se aplicará asimismo a los Estados miembros cuando estos interpreten y apliquen la legislación comunitaria. En las disposiciones de la Carta sobre discriminación figura una combinación de las características consignadas en el CEDH y en las directivas sobre no discriminación, aunque no se refiere a la característica general de «cualquier otra situación».

Una «característica protegida» de una persona es una condición de la misma que no debe considerarse relevante para administrarle un trato diferenciado, ni para que goce de un determinado beneficio.

## 4.2. Género

La discriminación por razón de género no requiere muchas explicaciones, en cuanto a que se refiere a aquélla que se basa en la pertenencia a uno u otro sexo. Se trata del aspecto más desarrollado de la política social de la UE, y hace mucho tiempo que recibe la consideración de derecho fundamental. El fomento de la protección en relación con esta característica ha servido a un doble propósito: en primer lugar, un propósito económico, en cuanto a que ha contribuido a eliminar distorsiones de la competencia en un mercado de creciente integración y, en segundo lugar, en el ámbito político, ha impulsado en la Comunidad el progreso social y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. En consecuencia, la protección contra la discriminación por razones de género ha constituido, y sigue constituyendo, una función fundamental de la Unión Europea. La aceptación de la importancia económica y social de garantizar la igualdad de trato se concretó aún más con la posición esencial que se le otorgó en la Carta de Derechos Fundamentales. Del mismo modo, en el CEDH, la protección frente a la discriminación por razón de género también se encuentra adecuadamente desarrollada.

Aunque los casos de discriminación por razón de género suelen consistir en situaciones en las que las mujeres reciben un trato menos favorable que los hombres, no sucede siempre así.

Ejemplo: en el caso de *Defrenne contra Sabena*,<sup>167</sup> la demandante se quejó de que se le pagaba menos que a sus compañeros varones, a pesar de asumir idénticas tareas profesionales. El TJUE determinó que se trataba claramente de un caso de discriminación por razón de género. Al adoptar tal resolución, el TJUE incidió en la dimensión económica y social de la Unión, y en que la no discriminación contribuye al avance de la UE en la consecución de estos objetivos.

En el asunto *Bilka*, antes referido, el TJUE se enfrentó a un caso de trato diferenciado basado en las consideraciones gerenciales de un empleador, que justificó la exclusión de trabajadores a tiempo parcial de un programa de pensiones complementarias aludiendo a la incentivación del trabajo a tiempo completo para garantizar una adecuada dotación de personal. En este asunto, el TJUE no declaró expresamente si consideraba o no que tal medida fuera proporcional al trato diferenciado padecido. Sin embargo, fue más específico en el siguiente asunto.

<sup>167</sup> TJUE, *Defrenne contra Sabena*, Asunto 43/75 [1976] Rec. 455, 8 de abril de 1976.

Ejemplo: en el asunto *Hill and Stapleton*,<sup>168</sup> la Administración adoptó un régimen de trabajo compartido en la función pública, conforme al cual, un puesto podía ser compartido por dos funcionarios a tiempo parcial, trabajando el 50% de las horas totales correspondientes al puesto y recibiendo el 50% del sueldo regular. Los trabajadores tenían derecho a regresar a su puesto a tiempo completo una vez que éste se encontrara disponible. La normativa permitía a los trabajadores a tiempo completo avanzar un nivel en la escala retributiva cada año. Sin embargo, en el caso de los que compartían su trabajo, el avance se dividía por la mitad, con lo que se requerían dos años en un puesto compartido para lograr subir un nivel en dicha escala. Los dos demandantes en el asunto referido regresaron a sus puestos como trabajadores a tiempo completo, y se quejaron del modo en que se les aplicó la subida de nivel. El TJUE determinó que tal régimen constituía un caso de discriminación indirecta por razón de género, puesto que eran mayoritariamente mujeres las que participaron en el programa de trabajo compartido. La Administración argumentó que el trato diferenciado estaba justificado, puesto que se basaba en el principio de aplicar el ascenso de nivel en función de los años de permanencia real en la función pública. El TJUE determinó que el argumento de la Administración constituía una mera afirmación no sustentada por criterios objetivos (en cuanto que no había pruebas de que el período de permanencia en la función pública de otros trabajadores se calculase en función de las horas reales trabajadas). El TJUE añadió que «un empleador no puede justificar la discriminación derivada de un régimen de trabajo compartido únicamente en el argumento de que la evitación de tal discriminación conllevaría un incremento de los costes».

En este sentido, parece que el TJUE no acepta fácilmente las justificaciones de un trato discriminatorio por razón de género que se basan, sencillamente, en las consideraciones financieras o gerenciales de los empleadores.

Ejemplo: en el asunto de *Ünal Tekeli contra Turquía*,<sup>169</sup> la demandante denunció que la legislación nacional obligaba a las mujeres a adoptar el nombre de su marido tras el matrimonio. Aunque la ley permitía que una mujer conservara su nombre de soltera, además del de su marido, el TEDH determinó que se trataba de un caso de discriminación por razón de género, puesto que la legislación nacional no obligaba a un marido a modificar su apellido.

168 TJUE, *Hill y Stapleton contra The Revenue Commissioners y Department of Finance*, Asunto C-243/95 [1998] Rec. I-3739, 17 de junio de 1998.

169 TEDH, *Ünal Tekeli contra Turquía* (n.º 29865/96), 16 de noviembre de 2004.

Ejemplo: en el asunto de *Zarb Adami contra Malta*,<sup>170</sup> el demandante denunció que en las convocatorias para ejercer como jurado existía discriminación, puesto que la práctica con arreglo a la cual se elaboran las listas propiciaba implícitamente que hubiera más probabilidades de que se convocase a varones. Las estadísticas indicaban que más del 95% de los miembros de jurados en un período de cinco años eran varones, y el TEDH determinó que, puesto que hombres y mujeres se encuentran en una situación comparable respecto al ejercicio de sus deberes civiles, la situación constituía un caso de discriminación.

El concepto de «género» se ha interpretado asimismo para incluir situaciones en las que el trato discriminatorio está relacionado con el «sexo» del demandante en un sentido más abstracto, dando lugar a cierta protección limitada de la identidad de género.

Así, la definición de identidad de género más comúnmente aceptada engloba no sólo a aquellos que se someten a cirugía de reasignación de sexo («transexuales»), sino también a los que eligen otros medios para expresar su sexualidad, como el travestismo o, sencillamente, adoptan una manera de hablar o utilizan cosméticos que suelen asociarse a miembros del sexo opuesto.

La identidad de género se refiere a «la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales».<sup>171</sup>

Tras el asunto *P. contra S. y Cornwall County Council*, la característica de «género» en las directivas sobre no discriminación comprenderá asimismo los casos de discriminación contra una persona porque ésta «se proponga someterse, o se haya sometido, a una reasignación de sexo». Por tanto, parece que la no discriminación por razón de género, tal como se interpreta en el derecho comunitario, protege en la actualidad la identidad de género únicamente en un sentido limitado.

<sup>170</sup> TEDH, *Zarb Adami contra Malta* (n.º 17209/02), 20 de junio de 2006.

<sup>171</sup> Esta definición ampliamente aceptada se ha extraído de los «Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género», marzo de 2007, disponibles en: [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm). Los Principios fueron adoptados por un comité independiente de expertos en legislación internacional sobre derechos humanos.



Ejemplo: el asunto de *K.B. contra NHS Pensions Agency*,<sup>172</sup> relativo a la denegación de una pensión de viudedad al compañero transexual de KB. Tal denegación se debió a que la pareja transexual no pudo satisfacer el requisito de estar casados (los transexuales no podían contraer matrimonio en aquella época con arreglo a la legislación inglesa).

Al considerar la cuestión de la discriminación, el TJUE estableció que no existía discriminación por razón de género porque, en la determinación de quién tenía derecho a la pensión del cónyuge superviviente, no hubo un trato menos favorable basado en la condición de varón o de mujer. Posteriormente, el TJUE modificó la dirección de su consideración. Pasó a centrarse en la cuestión del matrimonio. Se puso de relieve que los transexuales nunca habían podido contraer matrimonio y que, por tanto, nunca pudieron beneficiarse de ese tipo de pensión, mientras que los heterosexuales sí podían. A continuación, se tuvo en cuenta el asunto del TEDH de *Christine Goodwin*.<sup>173</sup> Sobre la base de tales consideraciones, el TJUE resolvió que la legislación británica en cuestión era incompatible con el principio de igualdad de trato, puesto que impedía que los transexuales se beneficiaran de parte de la retribución de sus parejas.

Ejemplo: consideraciones similares se plantearon en el asunto *Richards*.<sup>174</sup> Richards, nacido varón, se sometió a una operación de reasignación de sexo. En dicho asunto se trató el derecho a pensiones del Estado en el Reino Unido, ya que, en aquella época, las mujeres recibían su pensión pública a los 60 años de edad, mientras que los varones debían esperar hasta los 65 años para obtener la misma prestación. Cuando Richards solicitó una pensión estatal a los 60 años de edad, se le denegó, con el argumento de que, legalmente, se la reconocía como varón y, por tanto, no podía reclamar tal pensión hasta alcanzar los 65 años. El TJUE determinó que tal denegación equivalía a una desigualdad en el trato por razón de su reasignación de sexo y, como consecuencia, se consideró un caso de discriminación contrario al artículo 4(1) de la Directiva relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.<sup>175</sup>

172 TJUE, *K.B. contra National Health Service Pensions Agency*, Asunto C-117/01 [2004] Rec. I-541, 7 de enero de 2004.

173 TEDH, *Christine Goodwin contra el Reino Unido* [GC] (n.º 28957/95), 11 de julio de 2002.

174 TJUE, *Richards contra Secretary of State for Work and Pensions*, Asunto C-423/04 [2006] Rec. I-3585, 27 de abril de 2006.

175 Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, DO L 6, 10 de enero de 1979, pág. 24.

El TEDH tiene pendiente aún la emisión de una resolución respecto a la inclusión o no de la identidad de género como característica protegida en el artículo 14, así como la indicación de si se incluiría únicamente a los «transexuales», o si se interpretaría la identidad de género de una manera más amplia. Esto no significa que no se haya ocupado en absoluto de la cuestión de la identidad de género. En este sentido, el TEDH estableció que la identidad de género, y la orientación sexual, forman parte de la esfera de la vida privada de la persona y, por tanto, deben quedar al margen de la injerencia de la Administración.

Ejemplo: en los asuntos de *Christine Goodwin contra el Reino Unido* y *I. contra el Reino Unido* se trataron hechos muy similares.<sup>176</sup> Las demandantes, que se habían sometido en ambos casos a operaciones de reasignación de sexo de varón a mujer, se quejaron de que la Administración se negó a autorizar la modificación de sus partidas de nacimiento para que se reflejara en éstas su nuevo género. Aunque otros documentos y el nombre de las demandantes podían modificarse, las partidas de nacimiento seguían utilizándose para ciertos fines en los que el género resultaba legalmente relevante, como en el ámbito del empleo o la jubilación, lo que significaba que las demandantes se enfrentarían a situaciones de vergüenza y humillación al verse obligadas a revelar su condición de varones desde el punto de vista legal. El TEDH (revocando jurisprudencia anterior) resolvió que se trataba de un caso de violación del derecho al respeto de la vida privada y del derecho al matrimonio conforme al artículo 12, pero no pasó a considerar si se había cometido una infracción del artículo 14.

Ejemplo: en el asunto *Van Kück*,<sup>177</sup> a la demandante, que se había sometido a una operación de reasignación de sexo y a un tratamiento hormonal, su compañía privada de seguros médicos le denegó el reembolso de los costes de tales intervenciones. El Tribunal de Apelación alemán que conoció de la reclamación de la demandante contra la aseguradora, determinó que los procedimientos médicos no eran «necesarios» como se requería conforme al contrato de las partes y, por tanto, la demandante no tenía derecho al reembolso. El TEDH resolvió que, dada la naturaleza de la identidad de género y la gravedad de una decisión de someterse a procedimientos médicos irreversibles, el planteamiento del órgano jurisdiccional nacional no sólo dejó de garantizar que la

176 TEDH, *Christine Goodwin contra el Reino Unido* [GC] (n.º 28957/95), 11 de julio de 2002; TEDH, *I. contra el Reino Unido* [GC] (n.º 25680/94), 11 de julio de 2002, párr. 26. De manera similar, TEDH, *L. contra Lituania* (n.º 27527/03), 11 de septiembre de 2007.

177 TEDH, *Van Kück contra Alemania* (n.º 35968/97), 12 de junio de 2003.

demandante se beneficiara de un proceso equitativo, infringiendo el artículo 6 del CEDH, sino que supuso asimismo una violación de su derecho al respeto de la vida privada, garantizado en el artículo 8 del citado Convenio. Con todo, el TEDH no pasó a examinar el cumplimiento del artículo 14, puesto que se consideró que se trataba, en esencia, de los mismos hechos.

En términos generales, parece que la legislación en torno a la característica de la «identidad de género» requiere una considerable aclaración a escala tanto europea, como nacional. Recientes estudios de la legislación nacional que regula este ámbito ponen de relieve que no existe un enfoque coherente en toda Europa y que, en general, se aprecia una división entre los Estados que abordan la «identidad de género» como parte de la «orientación sexual», y los que la tratan como parte de la «discriminación por razón de sexo».<sup>178</sup>

Varios asuntos relativos a las diferencias de trato por razón de género en relación con la edad de jubilación ponen de manifiesto que el TEDH otorga a la Administración un amplio margen de valoración en los temas de políticas fiscal y social.<sup>179</sup>

Ejemplo: en el asunto de *Stec y otros contra el Reino Unido*,<sup>180</sup> las demandantes denunciaron que, como resultado de las diferentes edades de jubilación de hombres y mujeres, se habían visto desfavorecidas por la alteración de las prestaciones que debían abonárseles, que se determinaron con arreglo a la edad preceptiva para tener derecho a pensión. El TEDH determinó que, en principio, la discriminación por razón de género sólo puede justificarse cuando existen «razones de mucho peso». No obstante, «conforme al CEDH, se deja normalmente al Estado un amplio margen para adoptar medidas de carácter general en materia de estrategia económica o social [...] Gracias al conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar qué es de utilidad pública en materia económica o en materia social, y el Tribunal respeta en general la opción en cuanto a políticas de la asamblea legislativa, salvo si [...]

178 FRA, *Homofobia y discriminación por razones de orientación sexual en los Estados miembros de la UE: Parte I – Análisis jurídico* (Viena, FRA, 2009), págs. 129-144; CdE Comisario para los derechos humanos, *Derechos humanos e identidad de género*, Doc. temático CommDH/IssuePaper(2009)2, 29 de julio de 2009.

179 Estos asuntos proporcionan asimismo un análisis de utilidad en relación con la justificación del trato diferenciado y, de este modo, propician una aclaración ulterior de este concepto para potenciar el examen de tal justificación abordado anteriormente en el Manual.

180 TEDH, *Stec y otros contra el Reino Unido* [GC] (n.ºs 65731/01 y 65900/01), 12 de abril de 2006.

se revela manifiestamente desprovista de base razonable». El TEDH determinó que, en su origen, las diferentes edades preceptivas para tener derecho a pensión constituían en realidad una forma de «medidas especiales» en cuanto que se concibieron para compensar las dificultades financieras que podrían sufrir las mujeres por razón de su papel tradicional en el hogar, que las privaba de un ingreso económico independiente. Se observó que la Administración había comenzado a realizar ajustes graduales para equiparar tales edades de hombres y mujeres, y que no había actuado más allá de su margen de apreciación en la opción de efectuar tales ajustes a lo largo de un determinado número de años, o al abstenerse de ejecutar los cambios con mayor prontitud.<sup>181</sup>

El TJUE ha adoptado un planteamiento similar respecto a asuntos de trato diferenciado justificados sobre la base de consideraciones más amplias de política de empleo.

Ejemplo: en el asunto *Schnorbus*,<sup>182</sup> la práctica del Ministerio de Justicia de Hesse de otorgar preferencia a los candidatos varones que hubieran completado el servicio militar o civil obligatorio para el acceso a una formación jurídica práctica fue calificada de indirectamente discriminatoria por razón de género. Sin embargo, el TJUE dictaminó que la práctica estaba justificada objetivamente, ya que con ella sólo se pretendía contrarrestar los efectos de demora que ejercía la realización del servicio obligatorio en las carreras profesionales de los solicitantes varones.

Ejemplo: en el asunto *Megner y Scheffel*<sup>183</sup> se trató el caso de la legislación alemana que excluía el empleo de jornadas de trabajo muy reducidas (menos de quince horas a la semana) y de corta duración de los regímenes obligatorios de seguro de enfermedad y vejez, así como de la obligación de contribuir al régimen de seguro de desempleo. Se determinó que esta normativa podría resultar indirectamente discriminatoria para las mujeres que, de manera intrínseca, tenían más probabilidades de trabajar a tiempo parcial y con contratos de corta duración. El TJUE aceptó el argumento de la Administración de que, si incluyera a los empleados con jornadas laborales muy reducidas y con contratos

181 Del mismo modo véase: TEDH, *Barrow contra el Reino Unido* (n.º 42735/02), 22 de agosto de 2006, párrs. 20-24, 37; TEDH, *Pearson contra el Reino Unido* (n.º 8374/03), 22 de agosto de 2006, párrs. 12-13, 25; TEDH, *Walker contra el Reino Unido* (n.º 37212/02), 22 de agosto de 2006, párrs. 19-20, 37.

182 TJUE, *Schnorbus contra Land Hessen*, Asunto C-79/99 [2000] Rec. I-10997, 7 de diciembre de 2000.

183 TJUE, *Megner y Scheffel contra Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, Asunto C-444/93 [1995] Rec. I-4741, 14 de diciembre de 1995. En este mismo sentido: TJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, Asunto C-317/93 [1995] Rec. I-4625, 14 de diciembre de 1995.

de corta duración en dicho régimen, los costes asociados a tal medida darían lugar a una revisión completa del sistema, puesto que éste no podría seguir siendo financiado mediante cotizaciones. Aceptó asimismo que existía demanda de empleados con tales jornadas y contratos, lo que la Administración sólo podía facilitar mediante la exención de los mismos en el régimen de seguridad social. Si no se adoptase tal planteamiento, es probable que tales puestos de trabajo se cubrirían en cualquier caso, pero de una manera ilegal. El TJUE aceptó que la Administración perseguía un fin de política social legítimo, y que al Estado debe otorgársele un «amplio margen de discrecionalidad» para elegir qué medidas resultan apropiadas con el fin de llevar a la práctica la «política social y de empleo». En consecuencia, el trato diferenciado se consideró justificado.

Este asunto contrasta con el que se refiere a continuación, en el que el TJUE no concluyó que la discriminación por razón de género fuera justificable en el contexto de la política social, a pesar de las notables repercusiones fiscales a las que se acogió la Administración como argumento.

Ejemplo: en el asunto *Roks, Sra. de De Weerd, y otros* se trató la legislación nacional relativa a las prestaciones por discapacidad.<sup>184</sup> En 1975, tal legislación introdujo la prestación por discapacidad para hombres y mujeres no casadas, con independencia de sus ingresos anteriores a la incapacitación. En 1979, la normativa se modificó, y la prestación comenzó a otorgarse también a las mujeres casadas. No obstante, se adoptó el requisito de que el beneficiario hubiera obtenido un determinado nivel de ingresos durante el año precedente al de la concesión de la prestación. La legislación se puso en cuestión, entre otras razones, porque el requisito relativo a los ingresos discriminaba indirectamente a las mujeres (con menos probabilidades de percibir la renta exigida que los varones). El Estado argumentó que el beneficio diferenciado estaba justificado por consideraciones presupuestarias, en concreto, la contención del gasto nacional. El TJUE determinó que, aunque el derecho comunitario no impide que la Administración regule qué categorías de personas se benefician de las prestaciones de la seguridad social, el Estado no puede actuar de manera discriminatoria al efectuar tal regulación.

184 TJUE, *Roks, Sra. de De Weerd, y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros*, Asunto C-343/92 [1994] Rec. I-571, 24 de febrero de 1994.

Estos dos asuntos pueden conciliarse sobre la base de los hechos que tratan y, probablemente, *Roks, Sra. de De Weerd*, y *otros* debe considerarse como la «norma», mientras que *Megner y Scheffel* constituye la excepción. El derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a adoptar regímenes de seguridad social específicos, pero, al establecer estos, los órganos jurisdiccionales no deben permitir la exclusión de ciertos grupos simplemente por consideraciones fiscales, puesto que tal práctica puede menoscabar gravemente el principio de la igualdad de trato, y dar lugar a la comisión de abusos. En cualquier caso, el trato diferenciado puede tolerarse si constituye el único medio de prevenir el desplome del sistema de seguros de enfermedad y desempleo en su conjunto, sobre todo en aquellos casos en los que, no tolerar tal trato, propiciaría sencillamente la asunción por ciertos trabajadores de actividades laborales no reguladas.

La orientación sexual puede entenderse como la «capacidad individual de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género, así como de mantener relaciones íntimas y sexuales con ellas».<sup>185</sup>

### 4.3. Orientación sexual

Generalmente, los asuntos relativos a la discriminación por motivos de orientación sexual atañen a personas que reciben un trato desfavorable por su condición de homosexual o bisexual, pero esta característica también concierne a la prohibición de la discriminación basada en el hecho de ser heterosexual.

Ejemplo: en un asunto remitido al Defensor del Pueblo sueco contra la discriminación por motivos de orientación sexual («HomO»),<sup>186</sup> una mujer heterosexual se quejó de ser víctima de ese tipo de discriminación cuando se la rechazó en un trabajo para la federación nacional sueca para los derechos de gays, lesbianas y transexuales como encargada de promover una información más segura sobre sexo. La organización le comunicó que deseaba emplear a un varón que se hubiera declarado homosexual o bisexual, con el fin de permitir la aplicación de un enfoque basado en la proximidad por compartir la misma o parecida condición. Se determinó que la demandante no podía afirmar que se encontrase en una situación comparable a la de un varón homosexual

<sup>185</sup> Esta definición ampliamente aceptada se ha extraído de los «Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género», marzo de 2007, disponibles en: [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm).

<sup>186</sup> HomO (Suecia), Resolución de 21 de junio de 2006, expediente n.º 262/06, disponibles en: [www.do.se](http://www.do.se).

o bisexual a efectos del desempeño del puesto (y, por tanto, no podía demostrar la comisión de un trato menos favorable), o que, en cualquier caso, la discriminación era justificable por razón de un requisito profesional real.

Aunque en el artículo 14 del CEDH no se recoge explícitamente la «orientación sexual» como característica protegida, el TEDH ha declarado expresamente que se encuentra incluida entre las características «varias» protegidas por el artículo 14 en una serie de casos.<sup>187</sup>

Ejemplo: en el caso de *S.L. contra Austria*,<sup>188</sup> el demandante denunció que la legislación nacional vigente criminalizaba las relaciones sexuales consensuadas entre varones en los casos en que una de las partes era menor de 18 años de edad. Por el contrario, a las mujeres se les permitía mantener relaciones sexuales (de naturaleza tanto homosexual, como heterosexual) desde los 14 años. El TEDH determinó que tal situación constituía una discriminación por motivos de orientación sexual.

Ejemplo: en el asunto de *E.B. contra Francia*,<sup>189</sup> a la demandante se le denegó una solicitud para la adopción de un niño con el argumento de que no existía un modelo de conducta masculino en su hogar. La legislación nacional sí permitía que los padres solteros adoptaran niños, y el TEDH concluyó que la decisión de las autoridades se basaba fundamentalmente en el hecho de que la demandante mantenía una relación y vivía con otra mujer. En consecuencia, el TEDH estableció que se trataba de un caso de discriminación por motivos de orientación sexual.

Cabe destacar que el TEDH brinda asimismo protección frente a las injerencias de la Administración relativas a la orientación sexual *per se*, conforme al artículo 8 del CEDH sobre el derecho a la vida privada. En este sentido, incluso en los casos en que se haya producido un trato discriminatorio por tal motivo, basta sencillamente con denunciar una violación del artículo 8 sin que sea necesario justificar la existencia de tal trato.

187 Véase, por ejemplo, TEDH, *Fretté contra Francia* (n.º 36515/97), 26 de febrero de 2002, párr. 32.

188 TEDH, *S.L. contra Austria* (n.º 45330/99), 9 de enero de 2003.

189 TEDH, *E.B. contra Francia* [GC] (n.º 43546/02), 22 de enero de 2008.

Ejemplo: en el asunto de *Dudgeon contra el Reino Unido* se abordó el caso de la legislación nacional que criminalizaba las relaciones homosexuales consensuadas entre adultos.<sup>190</sup> El demandante denunció que, como homosexual, y con tal estado de cosas, corría el riesgo de ser acusado en un proceso judicial. El TEDH determinó que tal caso constituía, *per se*, una violación del derecho del demandante al respeto de su vida privada, ya que ésta incluye la «vida sexual» de la persona. Estableció asimismo que, aunque la protección de la moralidad pública constituye un fin legítimo, éste puede perseguirse sin que se dé tal nivel de injerencia en la vida privada.

El TEDH ha mostrado especial interés en garantizar la protección de las personas cuando las injerencias del Estado atañen a asuntos de los que se considera que conciernen a elementos esenciales de la dignidad personal, como la vida sexual o familiar propia. El asunto que sigue ilustra que las injerencias en la vida privada, cuando éstas atañen a la sexualidad, resultan difíciles de justificar.

Ejemplo: en el asunto de *Karner contra Austria*<sup>191</sup> se trató la interpretación de la legislación nacional (sección 14 de la Ley de alquileres), que generaba el derecho de un pariente o una «pareja de hecho» a heredar automáticamente un contrato de arrendamiento cuando el arrendatario principal fallecía. El demandante había cohabitado con su pareja, el arrendatario principal, que había fallecido. Los órganos jurisdiccionales nacionales interpretaron que la legislación excluía a las parejas homosexuales, aún cuando sí podían incluirse parejas heterosexuales que no estaban casadas. La Administración aceptó que se había producido un trato diferenciado por motivos de orientación sexual, pero argumentó que estaba justificado para proteger a los miembros de familias tradicionales frente a la pérdida de su alojamiento. El TEDH determinó que, aunque la protección de la familia tradicional podía constituir un fin legítimo, «el margen de apreciación [...] es estrecho [...] cuando existen diferencias en el trato por motivos de género o de orientación sexual». El TEDH añadió que «el principio de proporcionalidad no requiere únicamente que la medida elegida resulte adecuada en principio para la realización del objetivo buscado. Debe ponerse de relieve asimismo que era necesario, para alcanzar tal objetivo, excluir a determinadas categorías de personas (en este caso, las que mantienen una relación homosexual), desde la perspectiva de la aplicación de la sección

<sup>190</sup> TEDH, *Dudgeon contra el Reino Unido* (n.º 7525/76), 22 de octubre de 1981.

<sup>191</sup> TEDH, *Karner contra Austria* (n.º 40016/98), 24 de julio de 2003, párrs. 34-43.



14 de la Ley de alquileres». En este sentido, el TEDH estableció que existía discriminación, puesto que la Administración podría haber empleado medidas de protección de la familia tradicional sin colocar a las parejas homosexuales en tal situación de desventaja.

## 4.4. Discapacidad

Ni el CEDH, ni la Directiva de igualdad en el empleo contienen una definición de discapacidad. Debido a la naturaleza del papel que desempeña el TJUE, la determinación de lo que constituye una discapacidad corre a cargo frecuentemente de los órganos jurisdiccionales nacionales, y se presenta como parte de los antecedentes objetivos en los litigios que se someten al TJUE. No obstante, el TJUE ha tenido algunas oportunidades de emitir ciertas directrices limitadas respecto a lo que constituye discapacidad en su jurisprudencia.

Ejemplo: en el asunto de *Chacón Navas*, al TJUE se le brindó la oportunidad de considerar el alcance general de las disposiciones sobre discriminación por razón de discapacidad, y la aprovechó para indicar que el término «discapacidad» tendría una definición armonizada en la UE.<sup>192</sup> El TJUE indicó que debe considerarse que una discapacidad, a efectos de la Directiva de igualdad en el empleo, se refiere a «una limitación que se deriva, en particular, de deficiencias físicas, mentales o psicológicas, y que dificulta la participación de la persona en cuestión en la vida profesional», y añadió que ha de ser «probable que tal deficiencia se mantenga durante un período prolongado». Al aplicar tal definición a la Sra. Navas, se determinó que no existía discapacidad cuando la demandante inició un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales españoles para denunciar que había sido víctima de una discriminación por razón de discapacidad, al ser despedida tras un período de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración. El TJUE aclaró que debe distinguirse entre enfermedad y discapacidad, y que la primera no es objeto de protección.

192 TJUE, *Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA*, Asunto C-13/05 [2006] Rec. I-6467, 11 de julio de 2006.

Artículo 1 de la CDPD

«Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.»

Como se examinó en el capítulo 1, se prevé que la UE es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) de 2006 y, como resultado, es muy probable que el TJUE se guíe tanto por la propia Convención, como por las interpretaciones emitidas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargado de su seguimiento e interpretación.<sup>193</sup>

Una vez que se conviertan en parte del CDPD, la UE y sus instituciones (y los Estados miembros al interpretar y aplicar el derecho comunitario) estarán obligadas a atenerse a este planteamiento amplio e incluyente al interpretar el significado de «discapacidad».

Aunque no figura expresamente en la lista de características protegidas del CEDH, la discapacidad ha sido incluida por el TEDH en su interpretación de «otras» características conforme al artículo 14.

Ejemplo: en el asunto de *Glor contra Suiza*,<sup>194</sup> el TEDH determinó que el demandante, que era diabético, podía ser considerado como una persona con discapacidad, con independencia de que la legislación nacional clasificara su trastorno como una discapacidad «menor». El demandante, como compensación por no completar el servicio militar, había sido obligado a pagar un impuesto que debían abonar todos aquellos que fueran elegibles para prestar tal servicio. Para estar exento de tal tributo, había que demostrar una discapacidad de un nivel mínimo del 40% (considerada equivalente a la pérdida del uso de una extremidad), o ser objetor de conciencia. Los objetores de conciencia eran obligados a realizar un «servicio civil». La discapacidad del demandante era tal que se le calificó de no apto para servir en el ejército, pero no alcanzaba el umbral de gravedad exigido en la legislación nacional para obtener la exención del impuesto. Se ofreció a realizar el «servicio civil», pero se rechazó su propuesta. El TEDH determinó que el Estado había tratado al demandante de manera comparable a los que no habían realizado su servicio militar sin justificación válida. Tal actuación constituía un trato discriminatorio, puesto que el demandante se encontraba en una posición diferente (al ser rechazado

193 ONU Doc. A/RES/61/611, 13 de diciembre de 2006.

194 TEDH, *Glor contra Suiza* (n.º 13444/04), 30 de abril de 2009.

para realizar el servicio militar, pero dispuesto y capaz para prestar el servicio civil), y como tal, la Administración debería haber contemplado una excepción a la normativa vigente.

Como en el caso de otras características protegidas conforme al CEDH, no es infrecuente que los asuntos se traten con arreglo a otros derechos fundamentales, y no conforme a un enfoque conjunto basado en un derecho fundamental y el artículo 14, en el que se prohíbe la discriminación.

Ejemplo: en el asunto de *Price contra el Reino Unido*,<sup>195</sup> la demandante fue condenada a una pena de siete días de prisión. Sufrió de discapacidades físicas debidas a la ingestión de talidomida por su madre durante el embarazo, con el resultado de que carecía de extremidades, o éstas estaban significativamente reducidas, y sus riñones no funcionaban bien. Como consecuencia, dependía de una silla de ruedas para desplazarse, requería de asistencia para acudir al cuarto de baño, y para realizar tareas de limpieza, y necesitaba dispositivos especiales para dormir. Durante su primera noche de detención, se la ubicó en una celda no adaptada para personas con discapacidades físicas y, como consecuencia, no pudo dormir de manera adecuada, padeció grandes dolores y sufrió de hipotermia. Tras su traslado a prisión, fue asignada a las dependencias hospitalarias, en las que pudieron realizarse algunas adaptaciones, pero siguió experimentando problemas similares. Tampoco se le permitió cargar su silla de ruedas eléctrica, que se quedó sin batería. El TEDH determinó que la demandante había sido objeto de un trato degradante, en contravención del artículo 3. La discriminación basada en uno de los derechos fundamentales del CEPDHLR conforme al artículo 14 no se planteó en este asunto.

Ejemplo: en el asunto de *Pretty contra el Reino Unido*,<sup>196</sup> la demandante, que padecía un trastorno degenerativo, deseaba obtener la garantía de la Administración respecto a la posibilidad de someterse a un suicidio asistido sin que este acto diera lugar a procesamiento, en una fecha futura en la que su enfermedad hubiera progresado hasta tal punto, en el que no pudiera cometer el suicidio por sí misma. De conformidad con la legislación nacional, asistir en la comisión de un suicidio constituía un acto delictivo en sí mismo, y equivalía a un homicidio voluntario o involuntario. Entre otros argumentos, la demandante aludió

195 TEDH, *Price contra el Reino Unido* (n.º 33394/96), 10 de julio de 2001.

196 TEDH, *Pretty contra el Reino Unido* (n.º 2346/02), 29 de abril de 2002.

a que su derecho a tomar decisiones respecto a su propio cuerpo, protegido en el contexto del derecho a la vida privada (conforme al artículo 8), había sido conculcado de manera discriminatoria, puesto que el Estado le había aplicado una prohibición uniforme del suicidio asistido, lo que ejercía un efecto desproporcionadamente negativo en aquéllos que habían quedado discapacitados y, por tanto, incapaces de acabar con su vida por sí mismos. El TEDH determinó que la negativa a distinguir entre los «que son, y los que no son físicamente capaces de cometer suicidio» estaba justificada, puesto que introducir excepciones en la ley permitiría, en la práctica, que se cometieran abusos y se socavara la protección del derecho a la vida.

## 4.5. Edad

La característica protegida de la edad atañe sencillamente al beneficio o al trato diferenciado basados en la edad del interesado. Aunque la discriminación por razón de edad *per se* no incide en el ámbito de ningún derecho específico en el CEDH (a diferencia de la religión, o la orientación sexual), los problemas de discriminación por razón de la edad pueden plantearse en el contexto de diversos derechos. En este sentido, el TEDH, como en otros ámbitos, ha conocido de asuntos cuyos hechos indicaban la existencia de discriminación por motivos de edad, sin analizar en realidad los asuntos en tales términos, sobre todo en relación con el trato de los menores en el sistema de justicia penal. El TEDH ha observado que la «edad» se incluye en el apartado de «otra condición».<sup>197</sup>

Ejemplo: en el asunto de *Schwizgebel contra Suiza*,<sup>198</sup> una madre soltera de 47 años de edad denunció que se le denegara una solicitud para adoptar un niño. Las autoridades nacionales basaron su decisión en la diferencia de edad entre la demandante y el menor, y en el hecho de que la adopción impondría una carga económica significativa, dado que la demandante ya tenía un hijo. El TEDH determinó que se le había dispensado un trato diferenciado respecto a mujeres más jóvenes candidatas a una adopción por motivo de su edad. No obstante, la falta de uniformidad entre Estados respecto a los límites de edad aceptables para optar a una adopción permitió a la Administración un amplio margen de apreciación. Por otra parte, la consideración de la diferencia de edad por la autoridad nacional no se había aplicado de manera arbitraria, y se

<sup>197</sup> TEDH, *Schwizgebel contra Suiza* (n.º 25762/07), 10 de junio de 2010.

<sup>198</sup> *Ibid.*

había basado en la consideración del interés del menor y de la carga económica que un segundo hijo podría suponer para la demandante, lo que, a su vez, podría repercutir en el bienestar del niño. En consecuencia, el TEDH dictaminó que la diferencia de trato era justificable.

Ejemplo: en los casos de *T. contra el Reino Unido* y de *V. contra el Reino Unido*,<sup>199</sup> dos menores fueron juzgados y declarados culpables de un homicidio cometido a los diez años de edad. Los demandantes denunciaron, entre otras cosas, que no se les había concedido un juicio justo a causa de su edad, y que la falta de madurez les impidió participar de manera efectiva en su defensa. El TEDH determinó que, al juzgar a un menor, el Estado ha de tener «plenamente en cuenta su edad, su nivel de madurez, y sus capacidades intelectuales y emocionales», y debe tomar medidas «para promover su capacidad de comprender el procedimiento y participar en el mismo». El TEDH concluyó que el Estado no había obrado de este modo y, en consecuencia, había infringido el artículo 6 del CEDH, sin examinar el asunto desde la perspectiva del artículo 14.

Ejemplo: en los asuntos de *D.G. contra Irlanda* y de *Bouamar contra Bélgica*,<sup>200</sup> los demandantes fueron detenidos por las autoridades nacionales. El TEDH estableció que, dadas las circunstancias, tal actuación había conculcado el derecho a no ser objeto de una detención arbitraria. En ambos asuntos, los demandantes denunciaron asimismo que el trato fue discriminatorio en comparación con el dispensado a los adultos, puesto que la legislación nacional no permitía que se privase de libertad a mayores de edad en tales circunstancias. El TEDH determinó que, aunque hubo diferencia en el trato a adultos y a niños, tal disparidad estuvo justificada porque el objetivo subyacente a la privación de libertad fue la protección de los menores, lo que no supone una consideración para los adultos.

199 TEDH, *T. contra el Reino Unido* [GC] (n.º 24724/94), 16 de diciembre de 1999; TEDH, *V. contra el Reino Unido* [GC] (n.º 24888/94), 16 de diciembre de 1999.

200 TEDH, *D.G. contra Irlanda* (n.º 39474/98), 16 de mayo de 2002; TEDH, *Bouamar contra Bélgica* (n.º 9106/80), 29 de febrero de 1988.

## 4.6. Raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional

El alcance de la característica de «origen racial y étnico» parece diferir ligeramente entre la UE y el CEDH, en cuanto que, en la Directiva sobre la igualdad racial, se excluye expresamente la «nacionalidad» del concepto de raza o etnia. Mientras que en el CEDH se alude a la «nacionalidad» o al «origen nacional» como una característica específica, en la jurisprudencia que se refiere a continuación se pone de relieve que la nacionalidad puede entenderse como un elemento constitutivo de la etnia. Tal exclusión no obedece al hecho de que la discriminación por motivos de nacionalidad se permita en el derecho comunitario, sino a que la manera en que éste ha evolucionado ha dado lugar a que tal discriminación se regule en el contexto de la legislación sobre la libre circulación de personas. Aparte de excluir expresamente la nacionalidad, la Directiva sobre la igualdad racial no contiene una definición de «origen racial o étnico». Existen otros instrumentos que permiten orientarse respecto al modo en que debe entenderse el origen racial y étnico. Ni el «color», ni la pertenencia a una minoría nacional se consignan expresamente en la Directiva sobre la igualdad racial, pero sí figuran como características específicas en el CEDH. Estos términos parecer ser indisolubles de la definición de raza o de etnia, y así se les considerará aquí.

En la definición de racismo y xenofobia de la Decisión marco del Consejo de la UE relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal se incluye la violencia y el odio dirigidos a determinados grupos mediante la referencia a la «raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico». La Comisión contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa ha adoptado asimismo un amplio enfoque respecto a la definición de «discriminación racial», en la que se incluyen las características de «raza, color, lengua, religión, nacionalidad y origen nacional o étnico».<sup>201</sup> Del mismo modo, en el artículo 1 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1966 (de la que todos los Estados miembros de la Unión Europea y el Consejo de Europa son parte) se define la discriminación racial con la inclusión de las características de «raza, color, linaje u origen nacional o étnico».<sup>202</sup> El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, responsable de interpretar y de vigilar el cumplimiento del tratado, ha declara-

201 CdE (ECRI), «Recomendación n.º 7 de Política General de la ECRI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial», Doc. CRI(2003)8, aprobada el 13 de diciembre de 2002, apartados 1(b) y (c).

202 660 UNTS 195.

do asimismo que, salvo que exista justificación para lo contrario, la determinación de si una persona es miembro o no de un grupo racial o étnico, «se basará en la autoidentificación del individuo en cuestión».<sup>203</sup> De este modo se evita que el Estado excluya de la protección a grupos étnicos a los que no reconozca.

Aunque en el derecho comunitario no se alude expresamente a la lengua, el color, o la ascendencia como características protegidas, tal omisión no significa que éstas no puedan protegerse como parte de la raza o del origen étnico, en la medida en que la lengua, el color y la ascendencia se encuentran vinculadas intrínsecamente a la raza o la etnia. Parecería asimismo que, en la medida en que los factores que conforman la nacionalidad también atañen a la raza y la etnia, la primera característica podría englobarse, bajo las circunstancias apropiadas, en el marco de las segundas.

La religión se encuentra expresamente protegida como característica específica en la Directiva de igualdad en el empleo. Sin embargo, puede que una presunta víctima de discriminación religiosa tenga interés en asociar la religión con la característica de la raza porque, según dicta actualmente el derecho comunitario, el alcance de la protección contra la discriminación por motivos de raza es más amplio que el de la protección que se ofrece en los casos de discriminación religiosa. Tal es el caso porque la Directiva sobre la igualdad racial atañe al área del empleo, pero también al acceso a los bienes y los servicios, mientras que la Directiva de igualdad en el empleo sólo concierne al ámbito del empleo.

Para explicar los conceptos de raza y etnia, el TEDH ha dictaminado que la lengua, la religión, la nacionalidad y la cultura pueden ser factores indisociables de la raza. En el asunto *Timishev*, a un demandante de origen checheno no se le permitió pasar por un puesto de control, ya que los agentes habían recibido instrucciones de denegar el acceso a los ciudadanos de tal origen. El TEDH ofreció la explicación que sigue:

*«La etnia y la raza son conceptos relacionados que se solapan. Mientras que el concepto de raza parte de la idea de la clasificación biológica de los seres humanos en subespecies con arreglo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales, la etnia tiene su origen en la idea de los grupos sociales marcados por la nacionalidad, la afiliación tribal, la*

203 CEDR, «Recomendación general VIII relativa a la interpretación y la aplicación del artículo 1, apartados 1 y 4 de la Convención».

*fe religiosa, la lengua compartida o los orígenes y antecedentes culturales y tradicionales comunes.»<sup>204</sup>*

Ejemplo: el asunto de *Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina*<sup>205</sup> fue el primero resuelto conforme al Protocolo 12. Los demandantes denunciaron que no pudieron presentarse a las elecciones. Como parte de un acuerdo de paz encaminado a poner fin al conflicto del decenio de 1990, se alcanzó un acuerdo para el reparto de poder entre los tres grupos étnicos principales. En dicho acuerdo se dispuso que todo candidato que se presentase a las elecciones tendría que declarar su afiliación a la comunidad bosnia, serbia o croata. Los demandantes, que eran de origen judío y romaní, se negaron a efectuar tal declaración, y alegaron ser víctimas de discriminación por motivos de raza y origen étnico. El TEDH reiteró su explicación de la relación entre raza y etnia anterior, y añadió que «la discriminación debida al origen étnico es una forma de discriminación racial». La conclusión del TEDH respecto a la discriminación racial ilustra la interacción entre etnia y religión. Por otra parte, el TEDH determinó que, a pesar de los delicados términos del acuerdo de paz, esta situación no podía justificar tal discriminación.

Ejemplo: en un asunto remitido a la Comisión de Igualdad de Trato de Austria,<sup>206</sup> un ciudadano de origen sij denunció que se le había denegado el acceso a un tribunal vienés porque no quiso desprenderse de la espada ceremonial que portan los miembros de su religión. La Comisión trató este asunto como un caso de discriminación por razón del origen étnico. Tras examinar los hechos, estableció que el trato diferenciado estaba justificado por razones de seguridad.

El TEDH ha actuado con sumo rigor en lo que se refiere a la discriminación por motivos de raza u origen étnico, y afirma que «en la sociedad democrática contemporánea, asentada sobre los principios del pluralismo y del respeto a las distintas

204 TEDH, *Timishev contra Rusia* (n.ºs 55762/00 y 55974/00), 13 de diciembre de 2005, párr. 55.

205 TEDH, *Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina* [GC] (n.ºs 27996/06 y 34836/06), 22 de diciembre de 2009.

206 Comisión de Igualdad de Trato (Austria), Senado III. Resumen en inglés en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 5-1. Texto original disponible en: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.



culturas, no es posible justificar objetivamente ninguna diferencia de trato que se base exclusivamente o en grado decisivo en el origen étnico de una persona».<sup>207</sup>

Un estudio de caso de utilidad, en el que se ponen de relieve las consideraciones que se tendrán en cuenta al tratar denuncias de discriminación por motivos de raza conforme al CEDH puede consultarse en el sitio *web* del Consejo de Europa de Formación sobre derechos humanos dirigida a las profesiones jurídicas.<sup>208</sup>

## 4.7. Nacionalidad u origen nacional

En el artículo 2(a) del Convenio sobre nacionalidad del Consejo de Europa, de 1996, se define ésta como «el vínculo legal entre una persona y el Estado». Aunque este tratado no ha sido objeto de una ratificación generalizada, tal definición se basa en normas aceptadas del derecho internacional público,<sup>209</sup> y ha sido avalada además por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.<sup>210</sup> Puede considerarse que el «origen nacional» denota la nacionalidad anterior de una persona, que puede haber perdido, o adquirido mediante naturalización, o que alude a la vinculación a una «nación» dentro de un Estado (como Escocia en el Reino Unido).

Ejemplo: en el asunto *Chen*<sup>211</sup> se abordó la cuestión de si un niño tenía derecho a residir en un Estado miembro en el caso de que hubiera nacido en otro Estado miembro, y de que su madre, de la que dependía, procediese de un Estado no miembro. El TJUE consideró que, cuando un Estado miembro impone el cumplimiento de determinados requisitos para otorgar la nacionalidad, y estos se satisfacen, otro Estado miembro no puede poner en cuestión tal derecho cuando se le solicite la residencia.

207 TEDH, *Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina* [GC] (n.ºs 27996/06 y 34836/06), 22 de diciembre de 2009, párr. 44. Del mismo modo, TEDH, *Timishev contra Rusia* (n.ºs 55762/00 y 55974/00), 13 de diciembre de 2005, párr. 58.

208 CdE, «Estudio de caso 15: detención, retención previa al juicio y tratamiento incorrecto de un ciudadano de Roma», documento de 2007 disponible en: [www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1](http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1).

209 CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein contra Guatemala)* ICJ Reports [1955] 4, 6 de abril de 1955: «la nacionalidad es un vínculo legal cuyo fundamento es un hecho social de adhesión, una auténtica conexión de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos.» (párr. 23).

210 CdE (ECRI), «Recomendación n.º 7 de Política General de la ECRI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial», Doc. CRI(2003)8, aprobada el 13 de diciembre de 2002, apartados 1(b) y (c).

211 TJUE, *Chen contra Secretary of State for the Home Department*, Asunto C-200/02 [2004] Rec. I-9925, 19 de octubre de 2004.

Aunque el CEDH ofrece una mayor protección que el derecho comunitario en lo que respecta a la característica de la nacionalidad, acepta abiertamente que la ausencia de un vínculo legal de nacionalidad suele verse acompañada por la falta de conexiones objetivas con el Estado de que se trate, lo que, a su vez, impide que la presunta víctima pueda afirmar que se encuentra en una situación comparable a la de los ciudadanos de dicho Estado. La esencia del planteamiento del TEDH consiste en que, cuanto más próximo sea el vínculo objetivo de una persona con un determinado Estado, sobre todo en lo que se refiere al pago de impuestos, menor será la probabilidad de que el Tribunal concluya que el trato diferenciado por razón de nacionalidad está justificado.

Ejemplo: en el asunto de *Zeïbek contra Grecia*,<sup>212</sup> a la demandante se le denegó un derecho a pensión destinado a aquellos con «familias numerosas». Aunque contaba con el número de hijos exigido, uno de ellos no disponía de la nacionalidad griega en la fecha en que la demandante alcanzó la edad preceptiva para tener derecho a pensión. Esta situación se debía a una decisión previa de la Administración de retirar la nacionalidad a toda la familia de la demandante (tal decisión adoleció de numerosas irregularidades), y a la posterior concesión de la nacionalidad únicamente a tres de sus hijos (puesto que el cuarto ya estaba casado). El TEDH determinó que se había aplicado una política de revocación de la nacionalidad a los griegos musulmanes en particular, y que la denegación de la pensión no podía justificarse sobre la base de la preservación de la nación griega, ya que tal razonamiento equivalía, *per se*, a una discriminación por motivo del origen nacional.

Ejemplo: en el asunto de *Anakomba Yula contra Bélgica*,<sup>213</sup> una ciudadana congoleña residía de manera ilícita en Bélgica. Poco después de dar a luz, su permiso de residencia expiró, e inició el proceso de solicitud de renovación. Se había separado de su marido congolés, y tanto ella, como el padre biológico de su hijo, un ciudadano belga, deseaban establecer la paternidad del niño. A tal efecto, la demandante debía presentar una reclamación a su esposo en el plazo de un año transcurrido desde el nacimiento del niño. La demandante solicitó asistencia jurídica con el fin de sufragar las costas del procedimiento, ya que no disponía de fondos suficientes. No obstante, se le denegó tal ayuda, porque ésta sólo se encontraba disponible para los ciudadanos de Estados no miembros del Consejo de Europa cuando la reclamación concernía al establecimiento

212 TEDH, *Zeïbek contra Grecia* (n.º 46368/06), 9 de julio de 2009.

213 TEDH, *Anakomba Yula contra Bélgica* (n.º 45413/07), 10 de marzo de 2009.

del derecho de residencia. Se le aconsejó a la demandante que cumplimentara la renovación de su permiso de residencia, y que volviera a presentar la solicitud con posterioridad. El TEDH concluyó que, en tales circunstancias, se había conculcado el derecho de la demandante a un proceso equitativo, y que tal hecho se debía a su nacionalidad. No estaba justificado que el Estado diferenciara entre los que poseían un permiso de residencia y los que no en una situación en la que estaban en juego aspectos relevantes de la vida familiar, se disponía de un plazo escaso para establecer la paternidad, y la interesada había emprendido el proceso de renovación de su permiso.

Como se examinó en el capítulo 3.2, el derecho comunitario prohíbe la discriminación por motivo de nacionalidad únicamente en el contexto específico de la libre circulación de personas. En particular, la normativa de la UE sobre libre circulación otorga derechos limitados a los ciudadanos de terceros países. En cualquier caso, el CEDH sí impone a todos los Estados miembros del Consejo de Europa (entre los que figuran todos los Estados miembros de la UE) la obligación de garantizar los derechos consignados en el Convenio a todas las personas bajo su jurisdicción (incluidos los que no posean la nacionalidad del Estado en cuestión). El TEDH ha mantenido un equilibrio entre el derecho del Estado a controlar las prestaciones que puede ofrecer a los que disfrutan del vínculo legal de la nacionalidad, y la necesidad de impedir que las Administraciones discriminen a aquellos que han establecido vínculos objetivos sustanciales con el Estado. El TEDH ha seguido muy atentamente los asuntos relacionados con la seguridad social, si las personas interesadas pueden demostrar la existencia de un vínculo sólido y objetivo con el Estado de que se trate.

El derecho de los Estados a regular los movimientos de entrada y salida en sus fronteras por parte de ciudadanos no nacionales se encuentra ampliamente reconocido en el derecho internacional público, y aceptado por el TEDH. En este sentido, el TEDH ha intervenido fundamentalmente en las denuncias relativas a la deportación de personas cuando éstas se ven sometidas a un trato inhumano o degradante, o a castigos y tortura en el Estado de destino (conforme al artículo 3),<sup>214</sup> o han establecido fuertes vínculos familiares en el Estado anfitrión que se romperán si se ven obligados a abandonar el país (con arreglo al artículo 8).<sup>215</sup>

214 Véase, por ejemplo, TEDH, *Chahal contra el Reino Unido* (n.º 22414/93), 15 de noviembre de 1996.

215 Aunque estos asuntos tienen menores probabilidades de éxito. Véase, por ejemplo, TEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido* (n.ºs 9214/80, 9473/81 y 9474/81), 28 de mayo de 1985.

Ejemplo: en los asuntos de *C. contra Bélgica* y de *Moustaquim contra Bélgica*,<sup>216</sup> los demandantes, ciudadanos marroquíes, habían sido declarados culpables de delitos penales e iban a ser deportados. Denunciaron que se trataba de un caso de discriminación por motivo de nacionalidad, ya que ni los nacionales de Bélgica, ni los no nacionales de otros Estados miembros de la UE podían ser deportados en circunstancias similares. El TEDH determinó que los demandantes no se encontraban en una situación comparable a la de los ciudadanos belgas, ya que a estos les asistía el derecho a permanecer en su Estado de origen, consagrado de manera específica en el CEDH (conforme al artículo 3 del Protocolo 4). Por otra parte, la diferencia en el trato entre los nacionales de terceros países y los de otros Estados miembros de la UE era justificable porque ésta había creado un ordenamiento jurídico especial, así como la ciudadanía de la Unión.

Estos asuntos deben compararse a situaciones en las que el demandante ha desarrollado vínculos objetivos estrechos con el Estado anfitrión, durante un período prolongado de residencia, o mediante la contribución al mismo mediante el pago de impuestos.

Ejemplo: en el asunto de *Andrejeva contra Letonia*,<sup>217</sup> la demandante había sido ciudadana de la antigua Unión Soviética, con derecho a la residencia permanente en Letonia. Con arreglo a la legislación nacional, la demandante había trabajado fuera del país durante el período previo a la independencia (a pesar de haber permanecido en el mismo puesto en territorio letón antes y después de la misma) y, en consecuencia, se estimó su pensión sobre la base del tiempo pasado en ese mismo puesto después de la independencia. A los ciudadanos letones en el mismo puesto, por el contrario, les asistía el derecho a pensión sobre la base del período total de servicio, incluida la prestación del mismo antes de la independencia. El TEDH determinó que la demandante se encontraba en una situación comparable a la de los ciudadanos letones, puesto que era una «no nacional con residencia permanente» con arreglo a la legislación nacional, y había satisfecho sus impuestos conforme a esa misma condición. Se estableció que harían falta «razones de mucho peso» para justificar un trato diferenciado basado únicamente en la nacionali-

216 TEDH, *C. contra Bélgica* (n.º 21794/93), 7 de agosto de 1996; TEDH, *Moustaquim contra Bélgica* (n.º 12313/86), 18 de febrero de 1991.

217 TEDH, *Andrejeva contra Letonia* [GC] (n.º 55707/00), 18 de febrero de 2009.

dad, y el Tribunal afirmó que no existían en el presente asunto. Aunque aceptó que el Estado suele disfrutar de un amplio margen de apreciación en materia de política fiscal y social, la situación de la demandante, en la práctica, se aproximaba demasiado a la de los ciudadanos letones como para justificar una discriminación con tal argumento.

Ejemplo: en el asunto de *Gaygusuz contra Austria*,<sup>218</sup> a un ciudadano turco que había trabajado en dicho país se le denegó una prestación de desempleo por carecer de la ciudadanía austríaca. El TEDH determinó que el demandante se encontraba en una situación comparable a la de los nacionales austríacos, puesto que era residente permanente y había cotizado al régimen de la seguridad social mediante el pago de impuestos. Concluyó asimismo que la ausencia de un acuerdo de seguridad social recíproco entre Austria y Turquía no podía justificar el trato diferenciado, puesto que la situación del demandante, en la práctica, se aproximaba en gran medida a la de los ciudadanos austríacos.

Ejemplo: en el asunto de *Koua Poirrez contra Francia*,<sup>219</sup> un ciudadano de Costa de Marfil solicitó una prestación destinada a las personas con discapacidad. Se le denegó con el argumento de que sólo estaba disponible para ciudadanos franceses o para nacionales de Estados con los que Francia mantuviera un convenio recíproco de seguridad social. El TEDH determinó que, en la práctica, el solicitante se encontraba en una situación similar a la de los ciudadanos franceses, puesto que cumplía todos los demás criterios recogidos en la ley para recibir la prestación, y se había beneficiado de otras prestaciones de la seguridad social que no dependían de la nacionalidad. El Tribunal dictaminó que harían falta «razones de gran peso» para justificar una diferencia en el trato dispensado al demandante y a otros nacionales. Contrariamente a los asuntos examinados anteriormente, en los que se otorgó al Estado un amplio margen de apreciación en materia fiscal y de seguridad social, al Tribunal no le convenció el argumento de Francia relativo a la necesidad de equilibrar los ingresos y los gastos del Estado, o a la diferencia objetiva de que no existía ningún acuerdo de reciprocidad entre Francia y Costa de Marfil. Resulta interesante que la prestación en cuestión debiera abonarse con independencia de que el percceptor hubiera cotizado al régimen nacional de la seguridad social o no (que fue el motivo principal para no tolerar la discriminación por nacionalidad en los asuntos anteriores).

218 TEDH, *Gaygusuz contra Austria* (n.º 17371/90), 16 de septiembre de 1996.

219 TEDH, *Koua Poirrez contra Francia* (n.º 40892/98), 30 de septiembre de 2003.

## 4.8. Religión o creencia<sup>220</sup>

Aunque el derecho comunitario contiene cierta protección limitada frente a la discriminación por razón de religión o creencia, el alcance del CEDH es significativamente más amplio, puesto que en su artículo 9 figura un derecho independiente a la libertad de conciencia, religión y creencia.

Ejemplo: en el asunto de *Alujer Fernandez y Caballero García contra España*,<sup>221</sup> los demandantes denunciaron que, a diferencia de los católicos, no podían asignar una proporción de su impuesto sobre la renta directamente a su iglesia. El TEDH determinó que el asunto era inadmisibile, basándose para tal decisión en que la iglesia del demandante no se encontraba en una posición comparable a la de la iglesia católica, en cuanto no había efectuado ninguna solicitud de tal índole a la Administración, y ésta mantenía un convenio recíproco en vigor con la Santa Sede.

Ejemplo: en el asunto de *Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia*,<sup>222</sup> fue parte una organización judía que certificaba una carne *kosher* vendida en los restaurantes y carnicerías de sus miembros. Puesto que consideraba que la carne elaborada por una determinada organización judía había dejado de ajustarse a los estrictos preceptos asociados a este tipo de preparación, el demandante solicitaba la autorización del Estado para llevar a cabo sus propios sacrificios rituales. Tal solicitud se denegó, argumentando que la organización demandante no era suficientemente representativa en la comunidad judía francesa, y que ya existían sacrificios rituales autorizados. El TEDH determinó que, dadas las circunstancias, la organización no padecía ninguna desventaja real, puesto que podía seguir obteniendo carne sacrificada conforme al método requerido de otras fuentes.

Lo que constituye verdaderamente una «religión» o una «creencia» susceptibles de protección con arreglo a la Directiva de igualdad en el empleo o al CEDH no ha sido objeto de una amplia consideración por parte del TJUE ni del TEDH, pero ha

220 Una explicación del alcance del artículo 9 del CEDH puede encontrarse en el sitio *web* del Consejo de Europa de Formación sobre derechos humanos dirigida a las profesiones jurídicas: Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Human Rights Handbooks, n.º 2, 2007, disponible en: [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122).

221 TEDH, *Alujer Fernández y Caballero García contra España* (dec.) (n.º 53072/99), 14 de junio de 2001.

222 TEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia* [GC] (n.º 27417/95), 27 de junio de 2000.

sido analizado anteriormente y con exhaustividad por los órganos jurisdiccionales nacionales.<sup>223</sup>

Ejemplo: en *Islington London Borough Council contra Ladele (Liberty intervening)*,<sup>224</sup> se solicitó al Tribunal de Apelación del Reino Unido que considerara si la demandante, una secretaria del registro civil, había sido discriminada por motivos de religión o creencia cuando se le impuso una sanción disciplinaria por negarse a registrar uniones de hecho. Su negativa obedeció a sus creencias cristianas. El Tribunal de Apelación dictaminó que no se trataba de un caso de discriminación religiosa directa, ya que el trato menos favorable no se basaba en las creencias religiosas de la demandante, sino en su negativa a cumplir una condición de su empleo. La denuncia por discriminación indirecta también se rechazó, y el Tribunal de Apelación indicó al respecto que tal decisión era parte del compromiso general del consejo con el fomento de la igualdad y la diversidad, tanto en la comunidad, como internamente, y que tal política no interfería en el derecho de la denunciante a tener dichas creencias. El Tribunal de Apelación consideró asimismo que dictar sentencia en otro sentido daría lugar a una discriminación por otro motivo, el de la orientación sexual; el Tribunal aceptó que el derecho individual de no discriminación debe equilibrarse con el derecho colectivo a la no discriminación.

En un serie de asuntos relativos al derecho sustantivo a la libertad de religión y creencia conforme al CEDH, el TEDH ha dejado claro que el Estado no puede tratar de prescribir lo que constituye una religión o creencia, y que estas nociones protegen a «los ateos, agnósticos, escépticos y a los indiferentes», salvaguardando así a los que optan por «tener o no tener creencias religiosas, y por practicar o no practicar una religión». En estos asuntos también se pone de relieve que la religión y las creencias son esencialmente personales y subjetivas, y que no tienen que ver necesariamente con una fe ordenada en torno a instituciones.<sup>225</sup> Se ha determinado

223 El derecho a la libertad de religión y creencia se protege asimismo como derecho independiente en el artículo 18 del PIDCP de 1966 (al que se han adherido todos los Estados miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa. Véase CDH, «Observación General n.º 22: Artículo 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión)».

224 Tribunal de Apelación del Reino Unido, *Islington London Borough Council contra Ladele (Liberty intervening)* [2009] EWCA Civ 1357, 12 de febrero de 2010.

225 TEDH, *Unidad de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia* (n.º 72881/01), 5 de octubre de 2006, párrs. 57-58; TEDH, *Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldova* (n.º 45701/99), 13 de diciembre de 2001, párr. 114; TEDH, *Hasan y Chaush contra Bulgaria* [GC] (n.º 30985/96), 26 de octubre de 2000, párrs. 60 y 62.

que las religiones más nuevas, como la cienciaología, también cumplen las condiciones para ser protegidas.<sup>226</sup>

El TEDH ha desarrollado la idea de «creencia» en el contexto del derecho a la educación recogido en el artículo 2 del Protocolo 1 del CEDH, en el que se dispone que el Estado debe respetar el derecho de los padres a que la educación de sus hijos sea «conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». El TEDH ha señalado que:

*«La palabra «convicciones», si se considera aisladamente y en su acepción habitual, no es sinónimo de «opinión» e «ideas», tal como las emplea el artículo 10 del Convenio, que garantiza la libertad de expresión; aparece también en la versión francesa del artículo 9 (en inglés, beliefs), que consagra la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y se aplica a la opinión que alcanza determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia.»<sup>227</sup>*

El TEDH se ha enfrentado recientemente a asuntos relacionados con la libertad religiosa en el contexto de los Estados que desean mantener el laicismo y reducir al mínimo el efecto potencialmente fragmentario de la religión en las sociedades. A este respecto, ha otorgado especial atención al propósito declarado del Estado de prevenir los desórdenes y proteger los derechos y las libertades de los demás.

Ejemplo: en el asunto de *Köse y otros contra Turquía*<sup>228</sup> se trató un código de indumentaria que prohibía que las niñas llevaran pañuelo en la cabeza para asistir al colegio, y se denunció que tal prohibición constituía una discriminación por motivos de religión, puesto que el empleo de tal prenda constituye una práctica religiosa musulmana. El TEDH aceptó que las normas relativas a la indumentaria no están relacionadas con las cuestiones de afiliación a una determinada religión, sino que más bien se formulan para mantener la neutralidad y el laicismo en las escuelas, lo que, a su vez, previene los desórdenes y protege los derechos de los demás a que no se interfiera en sus creencias religiosas. Por tanto, la denuncia se consideró manifiestamente mal fundada e inadmisibles. Un planteamiento similar se adoptó en un asunto relacionado con el código de indumentaria de profesores.<sup>229</sup>

226 TEDH, *Iglesia de la Cienciaología de Moscú contra Rusia* (n.º 18147/02), 5 de abril de 2007.

227 TEDH, *Campbell y Cosans contra el Reino Unido* (n.ºs 7511/76 y 7743/76), 25 de febrero de 1982, párr. 36.

228 TEDH, *Köse y otros contra Turquía* (dec.) (n.º 26625/02), 24 de enero de 2006.

229 TEDH, *Dahlab contra Suiza* (dec.) (n.º 42393/98), 15 de febrero de 2001.



## 4.9. Lengua

Cabe señalar que tanto el Convenio marco del Consejo de Europa para la Protección de las Minorías Nacionales, 1995,<sup>230</sup> (ratificado por 39 Estados miembros), como la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias, 1992,<sup>231</sup> (ratificada por 24 Estados miembros) imponen obligaciones específicas a los Estados relativas al uso de las lenguas minoritarias. No obstante, en ninguno de los instrumentos se define el significado de «lengua». En el artículo 6(3) del CEDH se disponen explícitamente ciertas garantías en el contexto del proceso penal, como que todo acusado tiene derecho a que la acusación se le comunique en una lengua que comprenda, y a que le asista un intérprete en los casos en que no comprenda ni hable la lengua empleada en la audiencia.

La lengua no figura, *per se*, como característica protegida en las directivas sobre no discriminación, pero sí se recoge como tal en el CEDH. En cualquier caso, puede protegerse con arreglo a la Directiva sobre la igualdad racial, en la medida en que puede vincularse a la raza o al origen étnico, y también puede ser considerada por el TEDH conforme a esta característica. El TJUE también la ha protegido a través de la característica de la nacionalidad, en el contexto de la ley relativa a la libre circulación de personas.<sup>232</sup>

El principal asunto sometido al TEDH y relativo a la lengua atañe al contexto de la educación.

Ejemplo: en el asunto *Belgian Linguistics*,<sup>233</sup> un conjunto de padres denunciaron que la legislación nacional relativa a la provisión de educación era discriminatoria por razón de lengua. En vista de la existencia de una comunidad de habla francesa, y de otra de habla neerlandesa en Bélgica, en la legislación nacional se estipuló que la educación impartida o subvencionada por el Estado se ofreciera en francés o neerlandés en función de que la región en cuestión se considerara francesa o neerlandesa. Los padres de niños francófonos residentes en regiones de habla neerlandesa denunciaron que tal normativa impedía, o dificultaba de manera considerable, que sus hijos fueran educados en fran-

230 CETS n.º 157.

231 CETS n.º 148.

232 TJUE, *Groener contra Ministerio de Educación y the City of Dublin Vocational Educational Committee* Asunto C-379/87 [1989] Rec. 3967, 28 de noviembre de 1989.

233 EDH, Asunto *Belgian Linguistics* (n.ºs 1474/62 y otros), 23 de julio de 1968.

cés. El TEDH determinó que, aunque existía un trato diferenciado, éste estaba justificado. La decisión se basó en la consideración de que las regiones eran mayoritariamente monolingües. La diferencia en el trato estaba por tanto justificada, puesto que no resultaría viable impartir formación en ambas lenguas. Además, a las familias no se les prohibía recurrir a la educación privada en las regiones de habla francesa y neerlandesa.

Para mayor aclaración del modo en que la característica protegida de la lengua se considera en la práctica, es posible examinar dos asuntos resueltos por el Comité de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas, encargado de la interpretación y el control del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (al que se han adherido todos los Estados miembros de la UE).

Ejemplo: en el asunto de *Diergaardt contra Namibia*,<sup>234</sup> los demandantes pertenecían a un grupo minoritario de ascendencia europea que había disfrutado anteriormente de autonomía política y habían pasado a pertenecer al Estado de Namibia. La lengua utilizada por esta comunidad era el afrikaans. Los demandantes denunciaron que, en los procedimientos judiciales, se les obligaba a utilizar el inglés en lugar de su lengua materna. Denunciaron asimismo una política estatal de no responder en afrikaans a ninguna comunicación escrita u oral de los demandantes, aunque se tuviera la capacidad para emplear tal lengua. El CDH determinó que no se había inculcado el derecho a un juicio justo, puesto que los demandantes no pudieron demostrar que les afectara negativamente el uso del inglés en los procedimientos judiciales. Esto sugiere que el derecho a un intérprete en un juicio no se extiende a las situaciones en las que la lengua, sencillamente, no sea el idioma materno de la presunta víctima. Más bien atañe a los casos en los que la víctima no cuenta con la capacidad suficiente para comprender tal lengua, o comunicarse en la misma. El CDH concluyó asimismo que la política oficial del Estado de no comunicarse en una lengua diferente a la oficial (el inglés) constituía una infracción del derecho a la igualdad ante la ley por razón de la lengua. Aunque el Estado puede elegir su lengua oficial, ha de permitir que los funcionarios respondan en otras lenguas cuando sean capaces de ello.

234 CDH, *Diergaardt y otros contra Namibia*, Comunicación n.º 760/1997, 6 de septiembre de 2000.

## 4.10. Origen social, nacimiento y propiedad

Es posible considerar que estas tres características están interrelacionadas, ya que atañen a un estatus impuesto a la persona en virtud de unas condiciones sociales, económicas o biológicas heredadas.<sup>235</sup> En este sentido, también pueden estar interrelacionadas con la raza y la etnia. Aparte de la característica de «nacimiento», son pocos, si acaso, los asuntos que se han remitido al TEDH en relación con estas características.

Ejemplo: en el asunto de *Mazurek contra Francia*,<sup>236</sup> una persona que había nacido fuera del matrimonio denunció que la legislación nacional le impedía (como hijo «de un adulterio») heredar más de una cuarta parte del patrimonio de su madre. El TEDH determinó que esta diferencia en el trato, basada únicamente en el hecho de haber nacido fuera del matrimonio, sólo podía justificarse por «razones de gran peso». Aunque preservar la familia tradicional constituye un propósito legítimo, éste no puede lograrse penalizando a un hijo que carece de control sobre las circunstancias de su nacimiento.

Ejemplo: en el asunto de *Chassagnou y otros contra Francia*,<sup>237</sup> los demandantes denunciaron que no se les permitía hacer uso de sus tierras conforme a sus deseos. Las leyes vigentes en determinados territorios obligaban a los pequeños propietarios a transferir sus derechos públicos de caza en sus tierras, mientras que los dueños de grandes terrenos no estaban sometidos a tal obligación y podían utilizar sus posesiones como quisieran. Los demandantes deseaban prohibir la caza en sus tierras y utilizar éstas para la conservación de la vida salvaje. El TEDH determinó que se trataba de un caso de discriminación por razón de propiedad.

Las características de origen social, nacimiento y propiedad también figura en el artículo 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado del seguimiento y la interpretación del tratado ha ampliado su significado en su Observación general 20.

235 Las características de origen social, nacimiento y propiedad también figura en el artículo 2, apartado 2 del PIDESC de 1966 (del que todos los Estados miembros son parte). Véase CDESC, «Observación General n.º 20: No discriminación en derechos económicos, sociales y culturales» Doc. ONU E/C.12/GC/20, 10 de junio de 2009, apartados 24-26, 35.

236 TEDH, *Mazurek contra Francia* (n.º 34406/97), 1 de febrero de 2000.

237 TEDH, *Chassagnou y otros contra Francia* (n.ºs 25088/94, 28331/95 y 28443/95), 29 de abril de 1999.

En opinión del Comité, las características de «origen social», «nacimiento» y «propiedad» están interrelacionadas. El origen social «atañe al estatus social heredado de la persona». Puede estar relacionado con la posición adquirida por nacimiento en una determinada clase social o comunidad (como las basadas en el origen étnico, la religión o la ideología), o con la derivada de la situación social propia, como la pobreza o la carencia de hogar. Por otra parte, la característica del nacimiento puede referirse a la condición de nacido fuera del matrimonio, o a la de ser adoptado. La característica de la propiedad puede estar relacionada con el estatus vinculado a la tierra (como la condición de arrendatario, propietario, u ocupante ilegal), o a otra forma de propiedad.<sup>238</sup>

## 4.11. Opiniones políticas o de otra índole

El TEDH recoge expresamente las «opiniones políticas o de otra índole» como característica protegida, a diferencia de las directivas sobre no discriminación de la UE, en las que no se consignan. Supuestamente, cuando una persona mantiene una determinada convicción que no satisface los requisitos para ser clasificada como «religión o creencia», ésta puede calificarse en cualquier caso como susceptible de protección con arreglo a esta característica. El TEDH ha emitido fallos en escasas ocasiones respecto a dicha característica. Como sucede con otras áreas del CEDH, «las opiniones políticas o de otra índole» se encuentran protegidas en virtud del derecho a la libertad de expresión recogido en el artículo 10, y de la jurisprudencia en este ámbito es posible derivar los aspectos que pueden estar relacionados con dicha característica. En la práctica, parece que, cuando una presunta víctima considera que se ha producido un trato diferenciado vinculado a esta característica, es más probable que el TEDH examine sencillamente la denuncia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10.

A escala general, el TEDH estableció en el asunto de *Handyside contra Reino Unido* que el derecho a la libertad de expresión protegerá no sólo la «información» o las «ideas» que se reciben favorablemente o se consideran inofensivas o indiferentes, sino también aquéllas que ofenden, conmocionan o perturban al Estado o a cualquier sector de la población.<sup>239</sup> Aunque existe una amplia jurisprudencia en este ámbito, en el presente apartado nos limitaremos a ilustrar, mediante dos asuntos, el modo en que, probablemente, las opiniones políticas reciban una mayor protección que otros tipos de opinión.

238 CDESC, «Observación General n.º 20: No discriminación en derechos económicos, sociales y culturales» Doc. ONU E/C.12/GC/20, 10 de junio de 2009, apartados 24-26, 35.

239 TEDH, *Handyside contra el Reino Unido* (n.º 5493/72), 7 de diciembre de 1976.

Ejemplo: en el asunto de *Steel y Morris contra el Reino Unido*,<sup>240</sup> los demandantes eran activistas que distribuyeron panfletos que contenían alegatos inciertos acerca de la compañía McDonalds. Fueron demandados en un proceso por difamación ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y se les condenó a pagar daños y perjuicios. El TEDH determinó que el proceso por difamación constituía una intromisión en la libertad de expresión, pero que, a su vez, servía al legítimo propósito de proteger la reputación de las personas. No obstante, se determinó asimismo que la libertad de expresión en asuntos de interés público merece una sólida protección, y dado que McDonalds es una poderosa entidad corporativa que no había demostrado el menoscabo sufrido a causa de la distribución de varios miles de panfletos, y que los daños y perjuicios otorgados eran relativamente elevados en comparación con los ingresos de los demandantes, la intromisión en la libertad de expresión de estos fue desproporcionada.

Ejemplo: en el asunto de *Castells contra España*<sup>241</sup> se trató el caso de un diputado que fue procesado por «insultar» al gobierno después de criticar la inacción de éste al abordar los atentados terroristas en el País Vasco. El TEDH subrayó la importancia de la libertad de expresión en un contexto político, en particular, a causa de su significativo papel en el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática. En este sentido, el TEDH concluyó que toda injerencia exigiría «el más riguroso escrutinio».

## 4.12. «Otras características»

Como puede derivarse de lo visto hasta ahora, el TEDH ha desarrollado varias características en la categoría de «otras», muchas de las cuáles coinciden con las establecidas con arreglo al derecho comunitario, como la orientación sexual, la edad y la discapacidad.

<sup>240</sup> TEDH, *Steel y Morris contra el Reino Unido* (n.º 68416/01), 15 de febrero de 2005.

<sup>241</sup> TEDH, *Castells contra España* (n.º 11798/85), 23 de abril de 1992.

Además de la discapacidad, la edad y la orientación sexual, el TEDH ha reconocido asimismo que las que siguen son características protegidas en el apartado de «otras»: paternidad;<sup>242</sup> estado civil;<sup>243</sup> pertenencia a una organización;<sup>244</sup> grado militar;<sup>245</sup> paternidad de un niño nacido fuera del matrimonio;<sup>246</sup> y lugar de residencia.<sup>247</sup>

Ejemplo: en el asunto de *Petrov contra Bulgaria* se trató la práctica en una prisión de permitir a los reclusos con esposa llamar a ésta por teléfono dos veces al mes. El demandante había vivido con su compañera durante un período de cuatro años, y tuvo un hijo con ella antes de su encarcelamiento. El TEDH determinó que, aunque el matrimonio goza de un estatus especial, a efectos de las normas relativas a la comunicación por teléfono, el demandante, que había establecido una familia con una pareja estable, se encontraba en una situación comparable a la de las parejas casadas. El TEDH señaló que «aunque puede concederse a los Estados contratantes cierto margen de apreciación para tratar de manera diferente a las parejas casadas y no casadas en los ámbitos, por ejemplo, de la tributación, la seguridad social o la política social [...] no resulta muy claro por qué las parejas casadas y no casadas que han establecido una vida familiar deben recibir un trato dispar en cuanto a la posibilidad de mantener contacto por teléfono cuando uno de los miembros se encuentra en prisión». En consecuencia, el TEDH concluyó que la discriminación no estaba justificada.

## Puntos clave

- Con arreglo a las directivas sobre no discriminación de la UE, las características protegidas se limitan expresamente al género, el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la religión y las creencias, y la orientación sexual. Conforme al CEDH, las características son abiertas, y pueden desarrollarse según el asunto.

242 TEDH, *Weller contra Hungría* (n.º 44399/05), 31 de marzo de 2009.

243 TEDH, *Petrov contra Bulgaria* (n.º 15197/02), 22 de mayo de 2008.

244 TEDH, *Danilenkov y otros contra Rusia* (n.º 67336/01), 30 de julio de 2009 (sindicato); TEDH, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani contra Italia* (n.º 2) (n.º 26740/02), 31 de mayo de 2007 (masones).

245 TEDH, *Engel y otros contra los Países Bajos* (n.ºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5370/72), 8 de junio de 1976.

246 TEDH, *Sommerfeld contra Alemania* [GC] (n.º 31871/96), 8 de julio de 2003; TEDH, *Sahin contra Alemania* [GC] (n.º 30943/96), 8 de julio de 2003.

247 TEDH, *Carson y otros contra el Reino Unido* [GC] (n.º 42184/05), 16 de marzo de 2010.

- De conformidad con el derecho comunitario, el género puede incluir la identidad de género en una medida limitada, y atañe a la protección de las personas que se proponen someterse, o se han sometido ya, a una reasignación de género mediante cirugía. El TEDH ha examinado asimismo la identidad de género.
- Elementos como el color, la ascendencia, la nacionalidad, la lengua o la religión pertenecen a la categoría de las características protegidas de raza y etnia con arreglo al CEDH; sin embargo, la aclaración del alcance real de esta característica protegida en el derecho comunitario sigue pendiente, a la espera de la jurisprudencia del TJUE.
- La nacionalidad como motivo de discriminación figura como característica protegida en el CEDH. Este tipo de discriminación sólo se prohíbe en el derecho comunitario en el contexto de la Ley sobre la libre circulación de las personas.
- El término «religión» debe interpretarse de un modo relativamente amplio, y no limitarse a las religiones tradicionales organizadas o consolidadas.
- Incluso en los asuntos en los que puede haberse producido discriminación, el TEDH, examina con frecuencia las denuncias únicamente sobre la base de los artículos sustantivos del CEDH. De este modo, puede atenuarse la necesidad de comprobar un trato diferenciado, o de encontrar un comparador.

## Bibliografía recomendada

Boza Martínez. «Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 7 (2005).

Breen. *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference* [Discriminación por razón de edad y derechos de los niños: garantizar la igualdad y reconocer la diferencia]. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.

Bribosia. «Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 78 (2009), págs. 319-373.

Cano Palomares. «La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en: Orientación sexual e identidad de género. Los derechos menos entendidos. Serie «Carta de derechos humanos emergentes» n.º 3. Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, 2007, págs. 35-57.

Demaret. «L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité: l'arrêt E.B. contre France», *Journal des tribunaux*, 6343 (2009), págs. 145-149.

Evans. *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*. Estrasburgo, Consejo de Europa, 2009.

Flauss. «L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme: petit exercice de simulation contentieuse», *Recueil Dalloz*, 8 (2010), págs. 452-455.

Interights. *Non-Discrimination in International Law*. Londres, Interights, 2005, Capítulo 5.

Johnson. «An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights» [Una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana: interpretaciones de la homosexualidad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos], *Human Rights Law Review*, 10.1 (2010), págs. 67-97.

Kastanas. «La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en: Auer, Flückiger y Hottelier (eds.), *Les droits de l'homme et la Constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*. Ginebra/Zurich/Basilea, Schulthess, 2007, págs. 197-218.

Landau y Beigbeder. «From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work» [De las normas de la OIT al derecho comunitario: el asunto de la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo], *European Journal of International Law*, 21.1 (2010), págs. 264-267.

Laskowski. «Der Streit um das Kopftuch geht weiter, Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird», *Kritische Justiz* (2003), págs. 420-444.

Lawson. «The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?» [La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿nueva era o falso amanecer?], *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2007), pág. 563.

MacKay. «The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities» [La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad], *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 34 (2007), pág. 323.



Pettiti. «L'égalité entre époux», in: Krenc y Puéchavy (eds.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque organisé le 4 mai 2007*, Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles y Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris, Bruselas, Bruylant/Nemesis, 2008, págs. 29-46.

Presno Linera. «La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1 (2008).

Rudyk. «A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement» [Una marea creciente: la transformación de la discriminación por razón de sexo en discriminación por razón de género, y su repercusión en el cumplimiento de la legislación], *International Journal of Human Rights*, 14.2 (2010), págs. 189-214.

Shuibne. «Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?» [El artículo 13 EC y la no discriminación por razón de nacionalidad: ausente o activo], en: Costello y Barry (eds.), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* [Igualdad en la diversidad; las nuevas directivas sobre igualdad], Irish Centre for European Law, 2003.

Thürer y Dold. «Rassismus und Rule of Law/ Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2005), págs. 1-12.

Tulkens. «Droits de l'homme, droits des femmes: les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme», en: Caffisch (*et al*), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg*, Kehl/Estrasburgo, Arlington, Va., N.P. Engel, 2007, págs. 423-445.



# 5

## Aspectos probatorios de la legislación contra la discriminación

### 5.1. Introducción

La discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, por lo que la prueba de la discriminación directa suele resultar difícil aunque, por definición, la diferencia de trato se base «abiertamente» en una característica de la víctima. Como se ha analizado en el capítulo 2, el motivo de la diferencia de trato no está, con frecuencia, expresa o nominalmente relacionado con otro factor (como las prestaciones condicionadas a la jubilación de una persona, relacionadas con la edad como motivo protegido). En este sentido, los casos en que las personas declaran abiertamente uno de los motivos protegidos como razón del trato diferente son relativamente escasos. Puede encontrarse una excepción a esta regla en el asunto *Feryn*, en el que el propietario de una empresa belga advertía, mediante anuncios y verbalmente, que no contrataría «inmigrantes».<sup>248</sup> El TJUE lo consideró un caso claro de discriminación directa por razón de raza u origen étnico. En cualquier caso, los autores no siempre declaran que aplican un trato menos favorable a unas personas que otras, ni tampoco los motivos por los que lo hacen. Una mujer puede ser rechazada para un puesto indicando simplemente que está «menos cualificada» que el candidato masculino, en cuyo caso a la víctima le puede resultar difícil probar que ha sido objeto de una discriminación directa por razón de género.

<sup>248</sup> TJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, Asunto C-54/07 [2008] Rec. I-5187, 10 de julio de 2008.

Para compensar la dificultad de acreditar que una diferencia de trato se debe a un motivo protegido, la legislación europea contra la discriminación establece el reparto de la carga de la prueba, de modo que si el reclamante puede acreditar la existencia de unos hechos de los que pueda presumirse la existencia de una discriminación, corresponderá al autor la carga de la prueba de su inexistencia. Este desplazamiento de la carga de la prueba resulta especialmente útil en las reclamaciones de discriminación indirecta, en las que resulta necesario acreditar que una determinada disposición o práctica tiene un efecto desproporcionado sobre un determinado grupo. Para establecer la presunción de la existencia de discriminación indirecta, el reclamante puede tener que basarse en datos estadísticos que muestran pautas generales de trato diferente. Algunas jurisdicciones nacionales aceptan también pruebas obtenidas mediante la realización de «pruebas de verificación in situ» (*situation testing*).

## 5.2. Reparto de la carga de la prueba

Aunque la persona que formula una reclamación es quien, normalmente, debe convencer al órgano decisor de la existencia de una discriminación, puede resultar especialmente difícil demostrar que el trato diferente recibido se debe a una determinada característica protegida, ya que el motivo subyacente a la diferencia de trato sólo está en la mente de su autor. Por ello, las reclamaciones por discriminación suelen basarse en inferencias objetivas relacionadas con la disposición o práctica en cuestión. Dicho de otro modo, hay que convencer al tribunal de que la única explicación razonable de la diferencia de trato es la característica protegida de la víctima, como el género o la raza. Este principio es de aplicación tanto en los casos de discriminación directa como indirecta.

Reparto de la carga de la prueba: El demandante debe aportar pruebas suficientes que indiquen la posibilidad de un trato discriminatorio. Esto creará una presunción de discriminación que el supuesto autor deberá destruir.

Dado que el supuesto autor posee la información necesaria para demostrar el hecho, la legislación contra la discriminación permite compartir con él la carga de la prueba. Este principio del reparto de la carga de la prueba está muy consolidado en la legislación de la UE y el CEDH.<sup>249</sup>

<sup>249</sup> Además de los casos expuestos más adelante, véase: Directiva sobre igualdad racial (artículo 9); Directiva sobre igualdad en el empleo (artículo 10); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres (refundición) (artículo 19); Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a los bienes y servicios (artículo 9). Véase también la jurisprudencia del CEDS: *SUD Travail Affaires Sociales contra Francia*, Reclamación n.º 24/2004, 8 de noviembre de 2005, y *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) contra Bulgaria*, Reclamación n.º 41/2007, 3 de junio de 2008.

Esto se ha explicado en la jurisprudencia del TEDH, que, junto con otros mecanismos regionales y mundiales de protección de los derechos humanos, ha adoptado el principio del reparto de la carga de la prueba con carácter más general en relación con la acreditación de las reclamaciones por vulneración de los derechos humanos. La práctica del TEDH es analizar las pruebas disponibles en su conjunto, basándose en el hecho de que el Estado posee, con frecuencia, el control sobre gran parte de la información necesaria para demostrar la reclamación. Por ello, si los hechos presentados por el demandante parecen creíbles y compatibles con las pruebas disponibles, el Tribunal los considerará probados, a menos que el Estado pueda ofrecer una explicación alternativa. En palabras del TEDH, se aceptan como hechos las alegaciones:

*«respaldadas por la libre valoración de toda las pruebas, incluidas las inferencias que pudieran derivarse de los hechos y de las alegaciones de las partes [...] [L]a prueba puede resultar de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones no refutadas. Por otra parte, el grado de persuasión necesario para alcanzar una determinada conclusión y, a este respecto, el reparto de la carga de la prueba, están intrínsecamente vinculados a la especificidad de los hechos, la naturaleza de las alegaciones formuladas y el derecho del CEDH en cuestión.»<sup>250</sup>*

Ejemplo: en el asunto *Timishev contra Rusia*,<sup>251</sup> el reclamante alegó que se le había prohibido pasar un control de entrada a una determinada región por su origen étnico checheno. El TEDH lo consideró corroborado por los documentos oficiales que denotaban la existencia de una política de restricción del movimiento de las personas con este origen étnico. El TEDH no consideró convincente la explicación del Estado debido a las contradicciones en su alegación de que la víctima se había retirado voluntariamente tras denegársele la prioridad en la cola y admitió que el reclamante había sido objeto de discriminación por razón de su origen étnico.

250 TEDH, *Nachova y otros contra Bulgaria* [GC] (n.º 43577/98 y 43579/98), 6 de julio de 2005, párr. 147. Esto se repite en el asunto del TEDH, *Timishev contra Rusia* (n.º 55762/00 y 55974/00), 13 de diciembre de 2005, párr. 39, y TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 178.

251 TEDH, *Timishev contra Rusia* (n.º 55762/00 y 55974/00), 13 de diciembre de 2005, párrs. 40-44.

Ejemplo: en el asunto *Brunnhofe*,<sup>252</sup> la reclamante alegó una discriminación sexual por percibir una retribución inferior a la de un compañero situado en el mismo nivel retributivo. El TJUE señaló que correspondía a la reclamante demostrar, en primer lugar, la percepción de una retribución inferior a la de su compañero y, en segundo lugar, la realización de un trabajo de igual valor, lo cual bastaría para crear la presunción de que el trato diferente sólo puede explicarse por razón del género de la reclamante, cuya refutación correspondería al empleador.

Deben tenerse en cuenta dos aspectos. En primer lugar, es la legislación nacional la que determina qué tipo de pruebas son admisibles ante los órganos nacionales, y esta legislación puede ser más estricta que las disposiciones aplicadas por el TEDH y el TJUE. En segundo lugar, la regla de la inversión de la carga de la prueba no se aplica normalmente en los asuntos penales contra los autores de delitos motivados por prejuicios raciales, también conocidos como «delitos motivados por prejuicios», debido, en parte, a que la demostración de la responsabilidad penal exige un nivel superior de prueba y, en parte, a la dificultad de exigir al autor que demuestre que no tenía motivaciones racistas, algo completamente subjetivo.<sup>253</sup>

El supuesto autor puede destruir la presunción de dos modos: demostrando que el reclamante no se encuentra en situación similar o comparable a su «referencia comparativa», como se analiza en el capítulo 2.2.2, o que la diferencia de trato no se basa en el motivo protegido, sino en otras diferencias objetivas, como se analiza en el capítulo 2.6. Si el autor no puede destruir la presunción, tendrá que aportar una causa justificativa de la diferencia de trato y demostrar que se trata de una medida objetivamente justificada y proporcional.

Ejemplo: en el asunto *Brunnhofe*, anteriormente analizado, el TJUE señaló cómo puede destruir el autor la presunción de discriminación. En primer lugar, demostrando que los empleados de género masculino y femenino no se encontraban realmente en situación comparable, porque desarrollaban trabajos de distinto valor, como podría ocurrir si estos implicaran funciones de naturaleza

252 TJUE, *Brunnhofe contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, Asunto C-381/99 [2001] Rec. I-4961, 26 de junio de 2001, párrs. 51-62.

253 En relación con el planteamiento del TEDH sobre la inversión de la carga de la prueba en el ámbito de la violencia racista, véase TEDH, *Nachova y otros contra Bulgaria* [GC] (n.ºs 43577/98 y 43579/98), 6 de julio de 2005, párrs. 144-159. La legislación de la UE contra la discriminación no impone la inversión de la carga de la prueba en el ámbito del derecho penal.

sustancialmente diferente. En segundo lugar, acreditando que la diferencia de retribución se explica por factores objetivos, no relacionados con el género, como podría ocurrir si la retribución de los empleados masculinos estuviera complementada por dietas de viaje por la necesidad de desplazarse largas distancias para trabajar y alojarse en un hotel durante la semana de trabajo.

Ejemplo: en el asunto *Feryn*, anteriormente analizado, el TJUE consideró que los anuncios y declaraciones realizados por el autor creaban una presunción de discriminación directa, que el autor podía destruir acreditando que las prácticas de contratación no conllevaban en la práctica un trato diferente a las personas no blancas; por ejemplo, demostrando que contrataba habitualmente a este tipo de personas.

### 5.2.1. Factores que no requieren demostración

Algunas circunstancias de hecho que suelen concurrir en los casos de discriminación, como la existencia de prejuicios o la intención de discriminar, no son en la práctica relevantes para superar la prueba jurídica de la discriminación. Lo que debe demostrarse en los asuntos de discriminación es, simplemente, la existencia de un trato diferente basado en un motivo prohibido y no justificado. No es necesario demostrar, en cambio, los diversos factores accesorios que rodean las situaciones de discriminación.

En primer lugar, no es preciso demostrar que el autor actúa motivado por prejuicios y, por tanto, que tiene concepciones «racistas» o «sexistas» para demostrar la existencia de discriminación por razón de raza o de género. En general, la ley no puede regular las actitudes, que son puramente interiores a las personas, sino únicamente los actos a través de los cuales éstas pueden manifestarse.

Ejemplo: en el caso *Feryn*, el propietario de la empresa explicó que aplicaba esta regla porque sus clientes (no él mismo) sólo querían trabajadores blancos, pero el TJUE no lo consideró relevante para decidir si había existido discriminación. Normalmente no es necesario demostrar motivos discriminatorios, a menos que se trate de acreditar la comisión de un «delito motivado por prejuicios», pues el derecho penal exige niveles superiores de prueba.

En segundo lugar, no es necesario demostrar que la disposición o práctica en cuestión tiene por finalidad producir un trato diferente. Es decir, aunque una autoridad pública o un particular desarrolle una práctica bien intencionada o de buena fe, ésta constituirá discriminación si produce como efecto una desventaja para un grupo determinado.

Ejemplo: en el asunto *D.H. y otros contra la República Checa*, anteriormente analizado, el gobierno alegó que el sistema de escuelas «especiales» tenía por objeto favorecer la educación de los niños gitanos, ayudándoles a superar las dificultades lingüísticas y la falta de educación preescolar,<sup>254</sup> pero el TEDH consideró irrelevante que la política en cuestión estuviera dirigida o no a los niños gitanos. Para demostrar la discriminación era necesario acreditar que éstos habían resultado desproporcionada y negativamente afectados respecto a la mayoría de la población, no que hubiera existido una intención de discriminar.<sup>255</sup>

En tercer lugar, en relación con un caso de discriminación racial, el TJUE consideró que no era necesario demostrar la existencia efectiva de una víctima identificable, lo cual, es de suponer, será igualmente aplicable a otros motivos de discriminación en circunstancias similares. Aunque la legislación de la UE puede no requerir una víctima identificable, no ocurre así para acceder al TEDH, conforme a los requisitos de admisibilidad del artículo 34 del CEDH.

Ejemplo: en el asunto *Feryn* no era posible demostrar que alguien había tratado de solicitar un puesto y había sido rechazado ni encontrar alguien que afirmara haber desistido de solicitar el puesto por razón del anuncio. Dicho de otro modo, no había una víctima «identificable», y el caso había sido interpuesto por el órgano belga encargado de velar por la igualdad. El TJUE señaló que no era necesario identificar a alguien que hubiera sufrido la discriminación, pues los términos del anuncio dejaban claro que las personas «no blancas» no tratarían de solicitar el puesto, pues sabrían de antemano que no serían admitidas. De acuerdo con esto, sería posible demostrar que una legislación o una política es discriminatoria sin necesidad de acreditar una víctima efectiva.

<sup>254</sup> TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007, párr. 79.

<sup>255</sup> *Ibid.*, párrs. 175 y 184.



Ejemplo: en las «pruebas de verificación in situ» (*situation testing*), anteriormente analizadas, las personas participan sabiendo o presumiendo que serán objeto de un trato desfavorable, pues su objetivo no es realmente acceder al servicio en cuestión, sino reunir pruebas, por lo que no tienen la condición de «víctimas» en sentido tradicional, dado que su propósito es asegurar el cumplimiento de la ley, no obtener una indemnización por los perjuicios sufridos. En un asunto planteado en Suecia, en el que un grupo de estudiantes de derecho realizaron este tipo de pruebas en clubes nocturnos y restaurantes, el Tribunal Supremo consideró que los intervinientes en las pruebas estaban legitimados para interponer una demanda por trato discriminatorio. Al mismo tiempo, la indemnización concedida podía reducirse en atención al hecho de que no se les había denegado algo que realmente desearan (la entrada a un determinado establecimiento).<sup>256</sup>

### 5.3. Papel de las estadísticas y otros datos

Los datos estadísticos pueden desempeñar un papel importante para ayudar a un reclamante a establecer una presunción de discriminación, especialmente en el caso de la discriminación indirecta, dado que en estos supuestos las disposiciones o prácticas en cuestión son neutras, en apariencia. En este caso, es necesario centrarse en los efectos de las disposiciones o prácticas para determinar si resultan desproporcionadamente desfavorables para determinados grupos de personas, respecto a otras en situación similar. La aportación de datos estadísticos opera conjuntamente con la inversión de la carga de la prueba: si los datos muestran, por ejemplo, que las mujeres o las personas con discapacidad resultan particularmente desfavorecidas, corresponderá al Estado ofrecer una explicación alternativa de estas cifras. El TEDH lo ha explicado detalladamente en el asunto *Hoogendijk contra los Países Bajos*:

<sup>256</sup> Tribunal Supremo (Suecia), *Escape Bar & Restaurant contra Ombudsman contra la Discriminación Étnica*, Asunto n.º T-2224-07, 1 de octubre de 2008. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 365-1, y en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), pág. 68.

*«[E]l Tribunal considera que cuando un demandante es capaz de mostrar, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, la existencia de una indicación prima facie de que una regla específica (aún formulada de manera neutral) afecta de hecho a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo.»<sup>257</sup>*

Al valorar las pruebas estadísticas, los tribunales no parecen haber establecido unos requisitos mínimos estrictos para demostrar la existencia de una discriminación indirecta, aunque el TJUE sí resalta la necesidad de alcanzar una cifra sustancial. En las Conclusiones del Abogado General Léger en el asunto *Nolte* se expone un resumen de la jurisprudencia del TJUE, cuando señala que, en relación con la discriminación sexual:

*«[p]ara presumirse discriminatoria, la medida debe afectar «a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres» [Rinner-Kühn<sup>258</sup>], «a un porcentaje considerablemente inferior de hombres que de mujeres» [Nimz,<sup>259</sup> Kowalska<sup>260</sup>] o a «un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres» [Roks, Sra. de De Weerd, y otros<sup>261</sup>].*

*Estos casos indican que la proporción de mujeres afectadas por la medida debe ser particularmente notable. En el asunto Rinner-Kühn, el Tribunal infirió la existencia de una situación discriminatoria con un porcentaje de mujeres del 89%. En este caso, una cifra del 60% [...] resultaría, por tanto, probablemente insuficiente por sí misma para inferir la existencia de discriminación.»<sup>262</sup>*

257 TEDH, *Hoogendijk contra los Países Bajos* (dec.) (n.º 58641/00), 6 de enero de 2005.

258 TJUE, *Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Asunto 171/88 [1989] Rec. 2743, 13 de julio de 1989.

259 TJUE, *Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C-184/89 [1991] Rec. I-297, 7 de febrero de 1991.

260 TJUE, *Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*, Asunto C-33/89 [1990] Rec. I-2591, 27 de junio de 1990.

261 TJUE, *Roks, Sra. de De Weerd, y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros*, Asunto C-343/92 [1994] Rec. I-571, 24 de febrero de 1994.

262 Conclusiones del Abogado General Léger de 31 de mayo de 1995, párrs. 57 y 58, en TJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, Asunto C-317/93 [1995] Rec. I-4625, 14 de diciembre de 1995.

Ejemplo: en el asunto *Schönheit*,<sup>263</sup> una empleada a tiempo parcial alegó discriminación por razón de género porque la diferencia en la cuantía de las pensiones, que no estaba en relación con la diferencia de tiempo trabajado, suponía, en la práctica, una retribución menor para los empleados a tiempo parcial respecto a los empleados a tiempo completo, y las pruebas estadísticas mostraban que el 87,9% de los empleados a tiempo parcial era mujeres. Aunque la medida era neutral, afectaba negativamente a las mujeres de forma desproporcionada respecto a los hombres, por lo que el TJUE admitió que creaba una presunción de discriminación indirecta por razón de género. En el asunto *Gerster* se consideró también suficiente una desventaja para los trabajadores a tiempo parcial, de los que el 87% eran mujeres.<sup>264</sup>

Ejemplo: el asunto *Seymour-Smith*<sup>265</sup> hacía referencia a una norma del Reino Unido en materia de despido improcedente que otorgaba especial protección a los trabajadores con más de dos años de trabajo continuado para el mismo empleador. La reclamante alegó que esto suponía una discriminación indirecta por razón de género, pues las mujeres tienden a reunir menos este requisito que los hombres. Este caso es interesante porque el TJUE señaló que un nivel menor de desproporción podía aún demostrar una discriminación indirecta «si los datos estadísticos mostraran una diferencia menos importante, pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo entre los trabajadores masculinos y los trabajadores femeninos». No obstante, respecto a los hechos concretos de este caso, el TJUE señaló que las estadísticas presentadas, que indicaban que el 77,4% de los hombres y el 68,9% de las mujeres se ajustaban a este criterio, no acreditaban que un porcentaje considerablemente menor de mujeres pudieran cumplir esta regla.

Ejemplo: el caso de *D.H. y otros contra la República Checa*<sup>266</sup> afectaba a las reclamaciones de los solicitantes por la exclusión de sus hijos del sistema general de educación y su asignación a escuelas «especiales» para personas con dificultades de aprendizaje, por razón de su origen étnico gitano. La asignación de los niños gitanos a escuelas «especiales» se realizaba mediante pruebas diseñadas para medir la capacidad intelectual. Pese al carácter aparentemente

263 TJUE, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main y Silvia Becker contra Land Hessen*, Asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02 [2003] Rec. I-12575, 23 de octubre de 2003.

264 TJUE, *Gerster contra Freistaat Bayern*, Asunto C-1/95 [1997] Rec. I-5253, 2 de octubre de 1997.

265 TJUE, *R contra Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith y Perez*, Asunto C-167/97 [1999] Rec. I-623, 9 de febrero de 1999.

266 TEDH, *D.H. y otros contra la República Checa* [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007.

«neutro» de esta práctica, la naturaleza de las pruebas hacía intrínsecamente más difícil para los niños gitanos alcanzar un resultado satisfactorio e incorporarse al sistema educativo general. El TEDH lo consideró acreditado basándose en pruebas estadísticas que mostraban la proporción especialmente alta de alumnos de origen gitano existente en las escuelas «especiales». Los datos presentados por los reclamantes respecto a su región geográfica concreta mostraban que entre el 50% y el 56% de los alumnos de estas escuelas especiales eran gitanos, mientras que sólo representaban en torno al 2% de la población educativa total. Los datos de fuentes intergubernamentales mostraban que en el conjunto del país, entre el 80% y el 90% de los gitanos asistían a escuelas especiales. El TEDH consideró que aunque los datos no eran exactos, revelaban que el número de niños gitanos afectados era «desproporcionadamente alto» respecto a su participación en el conjunto de la población.<sup>267</sup>

Aun en el caso de que no se disponga de datos estadísticos, parece posible demostrar que un grupo protegido está desproporcionadamente afectado, si las fuentes disponibles son fiables y respaldan este análisis.

Ejemplo: el caso *Opuz contra Turquía*,<sup>268</sup> hacía referencia a una persona con antecedentes de violencia doméstica que había maltratado en varias ocasiones a su esposa y a la madre de ésta y, finalmente, había asesinado a esta última. El TEDH consideró que el Estado no había protegido a la reclamante y a su madre frente a un trato inhumano y degradante ni había protegido tampoco la vida de la madre y que las había discriminado, porque la falta de protección adecuada se había debido a su condición de mujeres. El Tribunal llegó a esta conclusión basándose en pruebas de que las víctimas de la violencia doméstica eran principalmente mujeres y en cifras que mostraban el uso relativamente limitado que los tribunales nacionales habían hecho de sus facultades para adoptar medidas de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Lo interesante de este caso es que no se presentaron ante el TEDH estadísticas que acreditaran que las víctimas de la violencia doméstica eran principalmente mujeres y, de hecho, se señaló que Amnistía Internacional manifestaba que no había datos fiables al respecto. El TEDH aceptó la valoración de Amnistía Internacional, una ONG de prestigio, y del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer respecto a que la violencia contra las mujeres era un problema importante en Turquía.

<sup>267</sup> *Ibid.*, párrs. 18, 196-201.

<sup>268</sup> TEDH, *Opuz contra Turquía* (n.º 33401/89), 9 de junio de 2009.

Debe tenerse en cuenta que los datos estadísticos pueden no ser siempre necesarios para demostrar la discriminación indirecta, ello dependerá de los hechos concretos del caso. En particular, puede bastar la prueba de las prácticas o creencias de otras personas pertenecientes a la misma categoría protegida.

Ejemplo: en el asunto *Oršuš y otros contra Croacia*, algunas escuelas habían establecido clases con programas de estudio reducidos respecto a las clases normales y se alegaba que estas clases contenían un número desproporcionadamente alto de estudiantes gitanos y, por tanto, constituían una discriminación indirecta por razón del origen étnico. El gobierno alegó que estas clases se habían constituido en función de la competencia en croata y que una vez que el estudiante alcanzaba un dominio adecuado de la lengua, se le trasladaba a las clases generales. El TEDH consideró que, a diferencia del asunto *D.H. y otros*, las estadísticas por sí solas no creaban una presunción de discriminación. En una escuela había un 44% de alumnos gitanos, de los cuales el 73% asistían a clases formadas sólo por gitanos. En otra escuela había un 10% de alumnos gitanos y el 36% de ellos asistían a clases formadas sólo por gitanos. Esto confirmaba que no había una política general de asignación automática de los gitanos a clases separadas. No obstante, el TEDH señaló que podía apreciarse la discriminación indirecta sin basarse en datos estadísticos. En este caso, por el hecho de que la medida de asignar a los niños a clases separadas en función de su dominio insuficiente del croata sólo se aplicase a los estudiantes gitanos, lo que creaba una presunción de trato diferenciado.<sup>269</sup>

Ejemplo: se planteó ante el Defensor del Principio de Igualdad de Eslovenia un asunto relativo a un empleador que daba a los empleados comidas que incluían con frecuencia productos derivados de carne y grasa de cerdo.<sup>270</sup> Un empleado musulmán solicitó una dieta mensual alternativa por comidas para comprar su propia comida, que el empleador sólo concedía a los empleados que pudieran acreditar la necesidad de regímenes alimenticios diferentes por razones médicas. Era un caso de discriminación indirecta, pues una práctica aparentemente neutra tenía una repercusión intrínsecamente negativa para los musulmanes, que no pueden comer carne de cerdo. En las circunstancias de este caso no era necesario aportar datos estadísticos de que la disposición afectaba negati-

269 TEDH, *Oršuš y otros contra Croacia* [GC] (n.º 15766/03), 16 de marzo de 2010, párrs. 152 y 153.

270 Defensor del Principio de Igualdad (Eslovenia), Decisión n.º UEM-0921-1/2008-3, 28 de agosto de 2008. Resumen en inglés disponible en el Portal Informativo de la FRA (InfoPortal), Asunto 364-1, y en la Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European Anti-Discrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), pág. 64.

vamente a los musulmanes, pues resulta fácilmente observable que éstos no pueden comer carne de cerdo por referencia a sus prácticas religiosas.

Ejemplo: se planteó ante los tribunales del Reino Unido el caso de un empleador que prohibía a los empleados llevar joyas (incluidas las de motivación religiosa) en el exterior del uniforme.<sup>271</sup> Una empleada cristiana reclamó que esto constituía una discriminación por razón de su religión porque no se le permitía llevar una cruz. Durante el juicio y los posteriores recursos, los tribunales admitieron que la medida podría constituir una discriminación indirecta por motivos religiosos si se acreditara que llevar la cruz era una obligación del credo cristiano. A tal efecto, el Tribunal de Trabajo solicitó pruebas periciales sobre las prácticas religiosas, en lugar de datos estadísticos sobre el número de cristianos que llevaban símbolos religiosos en el trabajo.

## Puntos clave

- El motivo subyacente al trato menos favorable es irrelevante, lo importante es su repercusión.
- La legislación de la UE no exige acreditar la existencia de una víctima identificable.
- La carga inicial de la prueba de la existencia de la discriminación corresponde al reclamante.
- Pueden emplearse pruebas estadísticas para ayudar a establecer una presunción de discriminación.
- A continuación, la carga de la prueba pasa al supuesto autor, quien deben acreditar que el trato menos favorable no se basa en uno de los motivos protegidos.
- La presunción de discriminación puede destruirse demostrando que la víctima no se halla en situación similar a su «referencia comparativa» o que la diferencia de trato se basa en un factor objetivo no relacionado con el motivo protegido. Si el autor no consigue destruir la presunción, puede aún tratar de justificar la diferencia de trato.

<sup>271</sup> Tribunal de Apelación del Reino Unido, *Eweida contra British Airways plc* [2010] EWCA Civ 80, 12 de febrero de 2010.

## Bibliografía recomendada

Bragoï. «La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur: CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007», *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, 25 (2008), págs. 18-19.

ERRC/Interights/MPG. *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice*. Nottingham, Russell Press, 2004. Capítulo 4 «Strategic Litigation in Practice».

European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field [Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación]. *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 2007. Capítulo 3 «The role of data in ensuring compliance with equal treatment law».

*Horizons Stratégiques*, n.º 5 2007/3, «La discrimination saisie sur le vif: Le testing». [Publicación periódica con una serie de artículos relativos a las pruebas de verificación in situ o «situation testing»]. Disponible en: [www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm](http://www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm).

Interights. *Non-Discrimination in International Law*. Londres, Interights, 2005. Capítulo 4 «Procedure: Making a Discrimination Claim».

Schiek, Waddington y Bell (eds.). *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Oxford, Hart Publishing, 2007. Capítulo 8.5.1.E «Situation Testing».





# Jurisprudencia

## Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

<i>Nottebohm (Liechtenstein contra Guatemala)</i> ICJ Reports [1955] 4, 6 de abril de 1955 .....	111
---	-----

## Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Abrahamsson y Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist,</i> Asunto C-407/98 [2000].....	40
<i>Allonby contra Accrington &amp; Rossendale College y otros,</i> Asunto C-256/01 [2004].....	24
<i>Angelidaki y otros contra Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis,</i> Asunto C-378/07 [2009].....	80
<i>Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group,</i> Asunto C-262/88 [1990].....	69
<i>Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz,</i> Asunto 170/84 [1986].....	46
<i>Blaizot y otros contra Université de Liège y otros,</i> Asunto 24/86 [1988].....	70
<i>Brunnhofner contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG,</i> Asunto C-381/99 [2001].....	132
<i>Burton contra British Railways Board,</i> Asunto 19/81 [1982].....	69

<i>Casagrande contra Landeshauptstadt München,</i> Asunto 9/74 [1974].....	75
<i>Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding</i> <i>contra Firma Feryn NV,</i> Asunto C-54/07 [2008].....	129
<i>Coleman contra Attridge Law y Steve Law,</i> Asunto C-303/06 [2008].....	28
<i>Comisión contra Alemania,</i> Asunto 248/83 [1985].....	48
<i>Comisión contra Francia,</i> Asunto 318/86 [1988] .....	48
<i>Comisión contra Francia,</i> Asunto C-35/97 [1998] .....	74
<i>Cristini contra Société nationale des chemins de fer français (SNCF),</i> Asunto 32/75 [1975].....	73
<i>Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA,</i> Asunto C-13/05 [2006].....	103
<i>Chen contra Secretary of State for the Home Department,</i> Asunto C-200/02 [2004].....	111
<i>Defrenne contra Sabena,</i> Asunto 43/75 [1976].....	92
<i>Dekker contra Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen</i> <i>(VJV-Centrum) Plus,</i> Asunto C-177/88 [1990].....	26
<i>Garland contra British Rail Engineering Limited,</i> Asunto 12/81 [1982].....	69
<i>Gerster contra Freistaat Bayern,</i> Asunto C-1/95 [1997] .....	137
<i>Gravier contra Ville de Liège y otros,</i> Asunto 293/83 [1985].....	70
<i>Groener contra Ministerio de Educación y the city of Dublin</i> <i>Vocational Educational Committee,</i> Asunto C-379/87 [1989].....	119
<i>Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main y Silvia Becker contra Land Hessen,</i> Asuntos acumulados C-4/02 y C-5/02 [2003].....	30, 137

<i>Hill y Stapleton contra The Revenue Commissioners y Department of Finance,</i> Asunto C-243/95 [1998] .....	93
<i>Hütter contra Technische Universität Graz,</i> Asunto C-88/08 [2009] .....	55
<i>Jämställdhetsombudsmannen contra Örebro läns landsting,</i> Asunto C-236/98 [2000] .....	69
<i>Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary,</i> Asunto 222/84 [1986] .....	47
<i>K.B. contra National Health Service Pensions Agency,</i> Asunto C-117/01 [2004] .....	95
<i>Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen,</i> Asunto C-450/93 [1995] .....	40
<i>Kohll contra Union des Caisses de Maladie,</i> Asunto C-158/96 [1998] .....	77
<i>Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg,</i> Asunto C-33/89 [1990] .....	31, 136
<i>Kreil contra Bundesrepublik Deutschland,</i> Asunto C-285/98 [2000] .....	51
<i>Lewen contra Denda,</i> Asunto C-333/97 [1999] .....	69
<i>Lommers contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij,</i> Asunto C-476/99 [2002] .....	69
<i>Mahlburg contra Land Mecklenburg-Vorpommern,</i> Asunto C-207/98 [2000] .....	49
<i>Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen,</i> Asunto C-409/95 [1997] .....	40
<i>Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen,</i> Asunto C-267/06 [2008] .....	27
<i>Matteucci contra Communauté française de Belgique,</i> Asunto 235/87 [1988] .....	74
<i>Megner y Scheffel contra Innungskrankenkasse Vorderpfalz,</i> Asunto C-444/93 [1995] .....	98
<i>Meyers contra Adjudication Officer,</i> Asunto C-116/94 [1995] .....	67, 69

<i>Müller Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij,</i> Asunto C-385/99 [2003].....	77
<i>Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg,</i> Asunto C-184/89 [1991].....	31, 136
<i>Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover,</i> Asunto C-317/93 [1995].....	31, 98, 136
<i>P. contra S. y Cornwall County Council,</i> Asunto C-13/94 [1996].....	28
<i>Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA,</i> Asunto C-411/05 [2007].....	53, 69
<i>Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen,</i> Asunto C-157/99 [2001].....	77
<i>Procedimiento penal contra Even,</i> Asunto 207/78 [1979].....	74
<i>Procedimiento penal contra Mutsch,</i> Asunto 137/84 [1985].....	74
<i>R contra Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith y Perez,</i> Asunto C-167/97 [1999].....	137
<i>Reina contra Landeskreditbank Baden-Württemberg,</i> Asunto 65/81 [1982].....	74
<i>Richards contra Secretary of State for Work and Pensions,</i> Asunto C-423/04 [2006].....	24, 95
<i>Rinner-Kühn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung,</i> Asunto 171/88 [1989].....	31, 136
<i>Roks, Sra. de De Weerd, y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen y otros,</i> Asunto C-343/92 [1994].....	31, 99, 136
<i>Sabbatini contra Parlamento Europeo,</i> Asunto 20/71 [1972].....	69
<i>Sahlstedt y otros contra Comisión,</i> Asunto C-362/06 [2009].....	80
<i>Schnorbus contra Land Hessen,</i> Asunto C-79/99 [2000].....	67, 98
<i>Sirdar contra The Army Board y Secretary of State for Defence,</i> Asunto C-273/97 [1999].....	50

<i>Vassilakis y otros contra Dimos Kerkyras</i> , Asunto C-364/07 [2008].....	80
<i>Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd</i> , Asunto C-32/93 [1994].....	26

## Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra el Reino Unido</i> (n.ºs 9214/80, 9473/81 y 9474/81), 28 de mayo de 1985 .....	113
<i>Alujer Fernández y Caballero García contra España</i> (dec.) (n.º 53072/99), 14 de junio de 2001 .....	116
<i>Anakomba Yula contra Bélgica</i> (n.º 45413/07), 10 de marzo de 2009.....	81, 112
<i>Andrejeva contra Latvia</i> [GC] (n.º 55707/00), 18 de febrero de 2009 .....	65
<i>Andrejeva contra Letonia</i> [GC] (n.º 55707/00), 18 de febrero de 2009.....	75, 114
<i>Aziz contra Chipre</i> (n.º 69949/01), 22 de junio de 2004.....	27
<i>Bączkowski y otros contra Polonia</i> (n.º 1543/06), 3 de mayo de 2007 .....	35, 85
<i>Balsytė-Lideikienė contra Lituania</i> (n.º 72596/01), 4 de noviembre de 2008.....	87
<i>Barrow contra el Reino Unido</i> (n.º 42735/02), 22 de agosto de 2006.....	98
<i>Bigaeva contra Grecia</i> (n.º 26713/05), 28 de mayo de 2009.....	71
<i>Bouamar contra Bélgica</i> (n.º 9106/80), 29 de febrero de 1988 .....	87, 107
<i>Buckley contra el Reino Unido</i> (n.º 20348/92), 25 de septiembre de 1996.....	78
<i>Burden contra el Reino Unido</i> [GC] (n.º 13378/05), 29 de abril de 2008.....	22, 25, 45
<i>C. contra Bélgica</i> (n.º 21794/93), 7 de agosto de 1996 .....	111
<i>Campbell y Cosans contra el Reino Unido</i> (n.ºs 7511/76 y 7743/76), 25 de febrero de 1982 .....	118
<i>Carson y otros contra el Reino Unido</i> [GC] (n.º 42184/05), 16 de marzo de 2010 .....	22, 25, 65, 124
<i>Case 'relating to certain aspects of laws on the use of languages in education in Belgium' contra Belgii</i> (n.º 1474/62 y otros), 23 de julio de 1968 .....	119
<i>Castells contra España</i> (n.º 11798/85), 23 de abril de 1992 .....	85, 123
<i>Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia</i> [GC] (n.º 27417/95), 27 de junio de 2000.....	116
<i>Chahal contra el Reino Unido</i> (n.º 22414/93), 15 de noviembre de 1996 .....	113
<i>Chassagnou y otros contra Francia</i> (n.ºs 25088/94, 28331/95 y 28443/95), 29 de abril de 1999.....	121
<i>Christine Goodwin contra el Reino Unido</i> [GC] (n.º 28957/95), 11 de julio de 2002 .....	95, 96

<i>D.G. contra Irlanda</i> (n.º 39474/98), 16 de mayo de 2002 .....	87, 107
<i>D.H. y otros contra la República Checa</i> [GC] (n.º 57325/00), 13 de noviembre de 2007 .....	22, 29, 30, 31, 76, 131, 134, 137
<i>Dahlab contra Suiza</i> (dec.) (n.º 42393/98), 15 de febrero de 2001.....	118
<i>Danilenkov y otros contra Rusia</i> (n.º 67336/01), 30 de julio de 2009 .....	71, 124
<i>Demir y Baykara contra Turquía</i> (n.º 34503/97), 12 de noviembre de 2008.....	71
<i>Đokić contra Bosnia y Herzegovina</i> (n.º 6518/04), 27 de mayo de 2010.....	79
<i>Dudgeon contra el Reino Unido</i> (n.º 7525/76), 22 de octubre de 1981 .....	102
<i>E.B. contra Francia</i> [GC] (n.º 43546/02), 22 de enero de 2008 .....	64, 83, 101
<i>Engel y otros contra los Países Bajos</i> (n.ºs 5200/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 y 5370/72), 8 de junio de 1976 .....	124
<i>Féret contra Bélgica</i> (n.º 15615/07), 16 de julio de 2009 .....	87
<i>Fretté contra Francia</i> (n.º 36515/97), 26 de febrero de 2002 .....	101
<i>Gaygusuz contra Austria</i> (n.º 17371/90), 16 de septiembre de 1996 ...	24, 65, 75, 115
<i>Glor contra Suiza</i> (n.º 13444/04), 30 de abril de 2009 .....	104
<i>Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani contra Italia</i> (n.º 2) (n.º 26740/02), 31 de mayo de 2007.....	124
<i>Handyside contra el Reino Unido</i> (n.º 5493/72), 7 de diciembre de 1976 .....	122
<i>Hasan y Chaush contra Bulgaria</i> [GC] (n.º 30985/96), 26 de octubre de 2000 .....	117
<i>Hoogendijk contra los Países Bajos</i> (dec.) (n.º 58641/00), 6 de enero de 2005.....	22, 136
<i>I. contra el Reino Unido</i> [GC] (n.º 25680/94), 11 de julio de 2002 .....	95, 96, 123
<i>Iglesia de la Cienciología de Moscú contra Rusia</i> (n.º 18147/02), 5 de abril de 2007.....	118
<i>Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldova</i> (n.º 45701/99), 13 de diciembre de 2001 .....	117
<i>K.H. y otros contra Eslovaquia</i> (n.º 32881/04), 28 de abril de 2009 .....	75
<i>Karner contra Austria</i> (n.º 40016/98), 24 de julio de 2003 .....	102
<i>Köse y otros contra Turquía</i> (dec.) (n.º 26625/02), 24 de enero de 2006.....	118
<i>Koua Poirrez contra Francia</i> (n.º 40892/98), 30 de septiembre de 2003 ...	65, 75, 115
<i>L. contra Lituania</i> (n.º 27527/03), 11 de septiembre de 2007 .....	96
<i>Le Pen contra Francia</i> (dec.) (n.º 18788/09), 20 de abril de 2010.....	87

<i>Loizidou contra Turquía</i> (n.º 15318/89), 18 de diciembre de 1996.....	60
<i>Luczak contra Polonia</i> (n.º 77782/01), 27 de noviembre de 2007.....	24
<i>Mazurek contra Francia</i> (n.º 34406/97), 1 de febrero de 2000.....	82, 83, 121
<i>Miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros contra Georgia</i> (n.º 71156/01), 3 de mayo de 2007.....	86
<i>Moldovan contra Rumanía</i> (n.º 2) (n.ºs 41138/98 y 64320/01), 12 de julio de 2005.....	79, 81
<i>Moldovan y otros contra Rumanía</i> (n.º 2) (n.ºs 41138/98 y 64320/01), 12 de julio de 2005.....	79, 81
<i>Moustaquim contra Bélgica</i> (n.º 12313/86), 18 de febrero de 1991.....	23, 114
<i>Muñoz Díaz contra España</i> (n.º 49151/07), 8 de diciembre de 2009.....	83
<i>Nachova y otros contra Bulgaria</i> [GC] (n.ºs 43577/98 y 43579/98), 6 de julio de 2005.....	85, 86, 131, 132
<i>Opuz contra Turquía</i> (n.º 33401/02), 9 de junio de 2009.....	29
<i>Opuz contra Turquía</i> (n.º 33401/89), 9 de junio de 2009.....	87, 138
<i>Oršuš y otros contra Croacia</i> [GC] (n.º 15766/03), 16 de marzo de 2010.....	76, 139
<i>Paraskeva Todorova contra Bulgaria</i> (n.º 37193/07), 25 de marzo de 2010.....	35, 81
<i>Partido Socialista y otros contra Turquía</i> (n.º 21237/93), 25 de mayo de 1998.....	85
<i>Pearson contra el Reino Unido</i> (n.º 8374/03), 22 de agosto de 2006.....	98
<i>Petrov contra Bulgaria</i> (n.º 15197/02), 22 de mayo de 2008.....	124
<i>Pretty contra el Reino Unido</i> (n.º 2346/02), 29 de abril de 2002.....	36, 105
<i>Price contra el Reino Unido</i> (n.º 33394/96), 10 de julio de 2001.....	105
<i>Rasmussen contra Dinamarca</i> (n.º 8777/79), 28 de noviembre de 1984.....	82, 84
<i>S.L. contra Austria</i> (n.º 45330/99), 9 de enero de 2003.....	101
<i>Sahin contra Alemania</i> [GC] (n.º 30943/96), 8 de julio de 2003.....	83, 124
<i>Schwizgebel contra Suiza</i> (n.º 25762/07), 10 de junio de 2010.....	106
<i>Šečić contra Croacia</i> (n.º 40116/02), 31 de mayo de 2007.....	85
<i>Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina</i> [GC] (n.ºs 27996/06 y 34836/06), 22 de diciembre de 2009.....	110
<i>Sidabras y Džiautas contra Lituania</i> (n.ºs 55480/00 y 59330/00), 27 de julio de 2004.....	65, 71
<i>Sławomir Musiał contra Polonia</i> (n.º 28300/06), 20 de enero de 2009.....	75

<i>Smith y Grady contra el Reino Unido</i> (n.ºs 33985/96 y 33986/96), 27 de septiembre de 1999 .....	79
<i>Sommerfeld contra Alemania</i> [GC] (n.º 31871/96), 8 de julio de 2003.....	63, 82, 83, 124
<i>Stec y otros contra el Reino Unido</i> [GC] (n.ºs 65731/01 y 65900/01), 12 de abril de 2006 .....	65, 97
<i>Steel y Morris contra el Reino Unido</i> (n.º 68416/01), 15 de febrero de 2005 .....	123
<i>T. contra el Reino Unido</i> [GC] (n.º 24724/94), 16 de diciembre de 1999.....	107
<i>Thlimmenos contra Grecia</i> [GC] (n.º 34369/97), 6 de abril de 2000.....	36
<i>Timishev contra Rusia</i> (n.ºs 55762/00 y 55974/00), 13 de diciembre de 2005 .....	110, 111, 131, 131
<i>Turan Cakir contra Bélgica</i> (n.º 44256/06), 10 de marzo de 2009.....	85
<i>Ünal Tekeli contra Turquía</i> (n.º 29865/96), 16 de noviembre de 2004.....	93
<i>Unidad de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia</i> (n.º 72881/01), 5 de octubre de 2006.....	117
<i>V. contra el Reino Unido</i> [GC] (n.º 24888/94), 16 de diciembre de 1999.....	107
<i>Van Kück contra Alemania</i> (n.º 35968/97), 12 de junio de 2003 .....	96
<i>Walker contra el Reino Unido</i> (n.º 37212/02), 22 de agosto de 2006 .....	98
<i>Weller contra Hungría</i> (n.º 44399/05), 31 de marzo de 2009 .....	28, 65, 124
<i>Willem contra Francia</i> (n.º 10883/05), 16 de julio de 2009 .....	87
<i>Wintersberger contra Austria</i> (dec.) (n.º 57448/00), 27 de mayo de 2003 .....	43
<i>Zarb Adami contra Malta</i> (n.º 17209/02), 20 de junio de 2006.....	29, 64, 94
<i>Zeibek contra Grecia</i> (n.º 46368/06), 9 de julio de 2009 .....	112

## **Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales**

<i>Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) contra Bulgaria</i> , Reclamación n.º 41/2007, 3 de junio de 2008.....	130
---	-----



<i>SUD Travail Affaires Sociales contra Francia,</i> Reclamación n.º 24/2004, 8 de noviembre de 2005 .....	130
---	-----

### **Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos**

<i>Diergaardt y otros contra Namibia,</i> Comunicación n.º 760/2997, 6 de septiembre de 2000 .....	120
---	-----

### **Jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales**

Austria – Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 de enero de 2006 .....	77
Austria – Comisión de Igualdad de Trato, Senado III .....	110
Bélgica – Correctionele Rechtbank van Antwerpen, Decisión de 7 de diciembre de 2004 .....	78
Bulgaria – Tribunal Regional de Sofía, Decisión n.º 164 en el Asunto Civil n. 2860/2006, 21 de junio de 2006 .....	34
Chipre – Comisión de la Igualdad, Ref. A.K.I. 37/2008, 8 de octubre de 2008 .....	37
Eslovenia – Defensor del Principio de Igualdad, Decisión n.º UEM-0921-1/2008-3, 28 de agosto de 2008 .....	139
Finlandia – Tribunal Administrativo de Vaasa, Asunto 04/0253/3, 27 de agosto de 2004 .....	52
Francia – Sala de lo Penal del Tribunal de Casación de Francia, n.º M 08-88.017 y n.º 2074, 7 de abril de 2009 .....	77
Francia – Tribunal Administrativo de Rouen, <i>Boutheiller contra Ministère de l'éducation</i> , Sentencia n.º 0500526-3, 24 de junio de 2008 .....	38
Francia – Tribunal de Apelación de Nîmes, <i>Lenormand contra Balenci</i> , n.º 08/00907, 6 de noviembre de 2008 .....	77
Hungría – Autoridad de Igualdad de Trato, Asunto n.º 72, abril 2008 .....	77
Hungría – Autoridad de Igualdad de Trato, Decisión n.º 654/2009, 20 de diciembre de 2009 .....	33

Reino Unido – Cámara de los Lores del Reino Unido, <i>James contra Eastleigh Borough Council</i> [1990] UKHL 6, 14 de junio de 1990 .....	26
Reino Unido – Tribunal de Apelación del Reino Unido, <i>Eweida contra British Airways plc</i> [2010] EWCA Civ 80, 12 de febrero de 2010 .....	140
Reino Unido – Tribunal de Apelación del Reino Unido, <i>Islington London Borough Council contra Ladele (Liberty intervening)</i> [2009] EWCA Civ 1357, 12 de febrero de 2010 .....	117
Reino Unido – Tribunal de Apelación Laboral del Reino Unido, <i>MacCulloch contra Imperial Chemical Industries plc</i> [2008] IRLR 846, 22 de julio de 2008 .....	54
Reino Unido – Tribunal Superior del Reino Unido, <i>Amicus MSF Section, R (sobre la aplicación de) contra Secretary of State for Trade and Industry</i> [2004] EWHC 860 (Admin), 26 de abril de 2004.....	52
Suecia – Defensor del Pueblo Sueco contra la Discriminación por Motivos de Orientación Sexual (HomO), expediente n.º 262/06, Resolución de 21 de junio de 2006 .....	100
Suecia – Tribunal de Apelación de Svea, <i>El Defensor del pueblo frente a la discriminación por razón de orientación sexual contra A.S.</i> , Asunto n.º T-3562-06, 11 de febrero de 2008.....	33, 77
Suecia – Tribunal Supremo, <i>Escape Bar &amp; Restaurant contra Ombudsman contra la Discriminación Étnica</i> , Asunto n.º T-2224-07, 1 de octubre de 2008.....	77, 135



# Textos legales

## **Instrumentos internacionales**

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (13 de diciembre de 2006)

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989)

Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (18 de diciembre de 1979)

Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura (10 de diciembre de 1984)

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (4 de enero de 1969)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (16 de diciembre de 1996)

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950)

Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)

## **Instrumentos de la Unión Europea**

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (13 de diciembre de 2007)

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)

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (7 de diciembre de 2000)

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)

Declaración del Consejo relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (19 de diciembre de 1991)

Recomendación 92/131/CEE de la Comisión, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (27 de noviembre de 1991)

Directiva 79/7/CEE del Consejo, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (19 de diciembre de 1978)

Directiva 76/207/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (9 de febrero de 76)

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (25 de marzo de 1957)

## Documentos adicionales disponibles en CD-ROM

- i. Directiva 79/7/CEE del Consejo relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (19 de diciembre de 1978 ) [BG – CS – DE – EL – EN – ES – FR – HU – IT – PL – RO]
- ii. Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files, N.º 22, 2010 [EN – FR]
- iii. Comisión Europea, *Combatir la Discriminación – Manual de Formación*, 2006 [BG – CS – DE – EL – EN – ES – FR – HU – IT – PL – RO]
- iv. European Network of Equality Bodies (Equinet), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice*, Tomo I [EN – FR], Tomo II [EN – FR], Tomo III [EN – FR], Tomo IV [EN]
- v. European Network of Equality Bodies (Equinet), *Combating Discrimination in Goods and Services*, 2004 [EN – FR]
- vi. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), *The Impact of the Racial Equality Directive. Views of Trade Unions and Employers in the European Union*, 2010 [EN]
- vii. Estudios de casos referentes a los artículos 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y al artículo 1 del Protocolo 1 de dicho Convenio [DE – EN – FR]
- viii. Resúmenes de una selección de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lengua húngara [HU]



# Fuentes en línea

Fuentes	Dirección Web <sup>272</sup>
Sitio web del Consejo de Europa de formación en derechos humanos para los profesionales del derecho	<a href="http://www.coehelp.org/index.php?lang=es_utf8">www.coehelp.org/index.php?lang=es_utf8</a>
Equinet, <i>Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice</i> , Tomos I-IV	<a href="http://www.equineteurope.org/equinetpublications.html">www.equineteurope.org/equinetpublications.html</a>
Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, «News Report»	<a href="http://www.non-discrimination.net/news">www.non-discrimination.net/news</a>
Grgić, Mataga, Longar y Vilfan, <i>The Right to Property under the ECHR</i> , Human Rights Handbooks, n.º 10, 2007	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2123">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2123</a>
Protocolo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (ETS n.º 177), Informe explicativo	<a href="http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm">http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm</a>
Kilkelly, <i>The Right to Respect for Private and Family Life</i> , Human Rights Handbooks, n.º 1, 2001	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=1636">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=1636</a>
Equinet, <i>Combating Discrimination in Goods and Services</i> , 2004	<a href="http://www.equineteurope.org/68.html">www.equineteurope.org/68.html</a>

272. Todas las direcciones de Internet han sido consultadas el 10 de marzo de 2011.

Fuentes	Dirección Web
Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género	<a href="http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.htm">www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.htm</a>
Portal de información (InfoPortal) de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA)	<a href="http://infoportal.fra.europa.eu">http://infoportal.fra.europa.eu</a>
FRA, <i>The Impact of the Racial Equality Directive. Views of Trade Unions and Employers in the European Union</i> , 2010	<a href="http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm">http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm</a>
CdE, «Estudio de caso 15: detención, retención previa al juicio y tratamiento incorrecto de un ciudadano de Roma», 2007	<a href="http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18&amp;topic=1">www.coehelp.org/course/view.php?id=18&amp;topic=1</a>
Murdoch, <i>Freedom of Thought, Conscience and Religion</i> , Human Rights Handbooks, n.º 2, 2007	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2122">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2122</a>
Manual de Derechos Humanos del Consejo de Europa	<a href="http://www.coehelp.org/course/view.php?id=54">www.coehelp.org/course/view.php?id=54</a>
Comisión Europea, <i>Combatir la Discriminación – Manual de Formación</i> , 2006	<a href="http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&amp;langId=es&amp;moreDocuments=yes">http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=427&amp;langId=es&amp;moreDocuments=yes</a>





## Nota sobre las citas

La jurisprudencia arriba indicada proporciona al lector toda la información necesaria para encontrar la sentencia completa del asunto en cuestión, que puede resultar de utilidad si el lector desea conocer mejor la argumentación y el análisis aplicados por el órgano jurisdiccional para adoptar su decisión.

Muchos de los asuntos citados en esta publicación corresponden al TJUE o el TEDH y constituyen, por tanto, el centro del resto del análisis. Pueden utilizarse técnicas similares, no obstante, al emplear las bases de datos de jurisprudencia nacional.

El lector puede acceder gratuitamente a la jurisprudencia del TEDH en su Portal HUDOC: [www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/), con un cómodo buscador que facilita mucho la búsqueda de la resolución deseada. La forma más sencilla del encontrar la jurisprudencia deseada es introducir el número de solicitud en la casilla denominada «Application Number».

El lector puede acceder gratuitamente a la jurisprudencia del TJUE mediante el buscador CURIA: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>, que facilita mucho la búsqueda de la resolución deseada. La forma más sencilla del encontrar la jurisprudencia deseada es introducir el número de solicitud en la casilla denominada «Numero de asunto».

Los dos buscadores citados (o cualquier otro utilizado) permiten también buscar asuntos por fechas. Para facilitar la búsqueda de jurisprudencia mediante la fecha de la sentencia, se ha incluido ésta en todos los asuntos citados en el Manual.



Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Consejo de Europa, 2010.

### **Manual de legislación europea contra la discriminación**

2011 — 160 pp. — 14,8 × 21 cm

ISBN 978-92-871-9986-7 (CdE)

ISBN 978-92-9192-668-8 (FRA)

doi:10.2811/12396

Más información sobre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea está disponible en Internet. Es posible acceder a ella a través de la página web de FRA: [fra.europa.eu](http://fra.europa.eu).

Más información sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está disponible en la página web del Tribunal: [echr.coe.int](http://echr.coe.int). El portal de búsqueda HUDOC proporciona acceso a las sentencias y decisiones en inglés y/o francés, las traducciones a otros idiomas, las notas informativas mensuales de casos, comunicados de prensa y otras informaciones sobre el trabajo del Tribunal.

## **CÓMO OBTENER LAS PUBLICACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **Publicaciones gratuitas**

- A través de EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).
- En las representaciones o delegaciones de la Unión Europea.  
Para ponerse en contacto con ellas, consulte el sitio <http://ec.europa.eu> o envíe un fax al número +352 2929-42758.

### **Publicaciones de pago**

- A través de EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

### **Suscripciones de pago (por ejemplo, a las series anuales del *Diario Oficial de la Unión Europea* o a las recopilaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)**

- A través de los distribuidores comerciales de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea ([http://publications.europa.eu/others/agents/index\\_es.htm](http://publications.europa.eu/others/agents/index_es.htm)).

## **Cómo obtener las publicaciones del Consejo de Europa**

Las Publicaciones del Consejo de Europa producen obras en todas las esferas de referencia de la Organización, incluidos los derechos humanos, la ciencia jurídica, salud, ética, asuntos sociales, medio ambiente, educación, cultura, deporte, juventud y patrimonio arquitectónico. Libros y publicaciones electrónicas del extenso catálogo se pueden pedir por Internet (<http://book.coe.int/>).

Una sala de lectura virtual permite a los usuarios consultar extractos de las principales obras publicadas o los textos completos de algunos documentos oficiales sin costo alguno. Información sobre los Convenios del Consejo de Europa, así como el texto completo de los mismos, está disponible en la página web de la Oficina de Tratados: <http://conventions.coe.int/>.

La legislación europea contra la discriminación, integrada por las directivas de la UE contra la discriminación y el artículo 14 y el Protocolo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prohíben la discriminación en una gama de contextos y por una serie de motivos. En este manual se analiza la legislación europea contra la discriminación derivada de estas dos fuentes, como sistemas complementarios, acudiendo indistintamente a uno u otro en los casos en que se superponen y resaltando también las diferencias existentes. El importantísimo corpus jurisprudencial desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de la no discriminación hacía conveniente ofrecer un manual asequible, acompañado de un CD-ROM, para los profesionales del derecho de los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa, entre otros, como los jueces, los fiscales, los abogados y los responsables de la aplicación de la ley.

---

#### **AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA**

Schwarzenbergplatz 11 - 1040 Viena - Austria  
Tel +43 (1) 580 30-60 - Fax +43 (1) 580 30-693  
fra.europa.eu - info@fra.europa.eu

#### **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CONSEJO DE EUROPA**

67075 Estrasburgo Cedex - Francia  
Tel +33 (0) 3 88 41 20 18 - Fax +33 (0) 3 88 41 27 30  
echr.coe.int - publishing@echr.coe.int



Oficina de Publicaciones

ISBN 978-92-871-9986-7

ISBN 978-92-9192-668-8



9 789291 926688