

II. DERECHO PÚBLICO EUROPEO

**LA PROHIBICIÓN
DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR
RAZÓN DE SEXO
EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO**

MIGUEL AGUDO ZAMORA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA. a) Discriminación directa. b) Test de discriminación. 3. DISCRIMINACIONES CONTRA LA MUJER POR RAZÓN DE SEXO. a) Discriminaciones en el ámbito laboral y en los beneficios sociales. b) El Caso Napotnik contra Rumanía: una oportunidad perdida. c) Prácticas médicas. d)Violencia de género. 4. DISCRIMINACIONES CONTRA EL HOMBRE POR RAZÓN DE SEXO. a) Beneficios relacionados con la tenencia de hijos. b) Pensión de viudedad. c) Prestación de servicios. d)Penas de prisión y régimen penitenciario. 5. CONCLUSIONES

Fecha recepción: 08.07.2021
Fecha aceptación: 20.01.2022

LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA POR RAZÓN DE SEXO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO

MIGUEL AGUDO ZAMORA¹

Universidad de Córdoba

1. INTRODUCCIÓN

El Convenio Europeo de Derechos Humanos es el resultado de la principal tarea que emprendió el Consejo de Europa una vez constituido: establecer un sistema eficaz para la protección de los derechos humanos como reacción a las masivas violaciones de derechos y libertades perpetradas en la década de los cuarenta del pasado siglo. En este contexto histórico y teniendo como precedente la Declaración Universal de Derechos Humanos, se firmó en Roma, en el seno del Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante), con el que nacerá también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante). Tarea que surgió con el fin de paliar, aunque fuera a nivel regional, las dificultades que encontraba la aceptación de un sistema universal para la protección de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas. Labor de enorme calado que ha conseguido establecer, una vez transcurridos más de setenta años, un estándar común de protección de derechos y libertades a nivel europeo.

En relación al tema que tratamos en este trabajo debemos señalar que el CEDH ofrece una protección clásica de la igualdad entre mujeres y hombres. Consagra la prohibición de discriminación por razón de sexo, junto con otros motivos de discriminación, en el art. 14 CEDH, que señala expresamente que:

¹ Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. C/Puerta Nueva s/n. 14071 Córdoba. Email: miguelagudo@uco.es
Código Orcid: 0000-0003-1378-4708

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.»

Por lo tanto ha de resaltarse que el CEDH en su artículo 14 no consagra el principio general de igualdad, sino que establece la prohibición de discriminación únicamente en el disfrute del resto de derechos y libertades reconocidos en el mismo. Por esta razón ha sido calificado como un principio «parásito»² y también como un principio «subsidiario e «insípido»³.

El Convenio no habla de igualdad de género sino que dentro del elenco de motivos por los que no puede haber discriminación a la hora del disfrute de los derechos y libertades recogidos en el mismo se encuentra el sexo. Lo mismo sucede en la mayor parte de los tratados internacionales de derechos humanos en los que se sigue hablando del *sexo* como motivo de discriminación, aunque el término *género* se ha consolidado en las ciencias sociales como más explicativo de la realidad que *sexo*.⁴ También se ha consolidado el término *género* en el ámbito de Naciones Unidas, a partir de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, de 1995. No obstante nosotros utilizaremos, en este trabajo, el término *sexo*, atendiendo a la literalidad del CEDH y al estudio que realizaremos en uno de los epígrafes de las discriminaciones por razón de sexo en las que ha sido el hombre el perjudicado, aunque paradójicamente algunas de estas discriminaciones lo han sido por aplicación de normativas nacionales que contenían claros sesgos de género, como se comprobará en su momento.

Con posterioridad, en 1988, entró en vigor el Protocolo Adicional n.º 7, cuyo artículo 5 consagra la igualdad jurídica de los esposos en los siguientes términos:

«Los cónyuges gozarán de igualdad jurídica de derechos y obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos.»

Más importante, por ser omnicompreensivo, ha resultado ser el Protocolo Adicional n.º 12 (con entrada en vigor en 2005), que contiene una prohibición general de discriminación, ahora no limitada a los derechos enunciados en el Convenio, sino extensiva a cualquier otro derecho fundamental o legal.

² FREDMAN, Sandra, «Emerging from the Shadows: Substantive Equality and Article 14 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review* (2016) 2, pág. 273 y ss.

³ RADACIC, Ivana, «Gender equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights», *The European Journal of International Law*, núm. 19 (4), 2008.

⁴ CARMONA CUENCA, Encarna, «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, pág. 312.

Tal como nos recuerda Carmona⁵, «la gestación de este Protocolo partió de los intentos, a partir de los años sesenta, de incluir en el Convenio garantías suplementarias en el campo de la igualdad y de la no discriminación en general. Pero, como pone de manifiesto el Informe Explicativo del Protocolo n.º 12, adoptado por el Comité de Ministros el 26 de junio de 2006, fueron los trabajos realizados en los años noventa en el campo de la igualdad entre mujeres y hombres y de la lucha contra el racismo y la intolerancia los que impulsaron este objetivo, que cristalizó en la aprobación del Protocolo n.º 12»⁶

El artículo 1.º del Protocolo establece expresamente que:

«El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación».

Igualmente ha de señalarse que el Protocolo n.º 12 CEDH consagra el principio general de igualdad material, pues su Preámbulo afirma que «el principio de no discriminación no impide a los Estados partes adoptar medidas a fin de promover una igualdad plena y efectiva, a condición de que estas medidas respondan a una justificación objetiva y razonable». La adopción de medidas de acción positiva tiene un evidente interés de cara a la igualdad entre mujeres y hombres, puesto que en numerosos ámbitos los Estados han realizado una importante labor en este sentido.

Hecha esta introducción pasemos al tema de nuestro trabajo: el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha ido creando doctrina en relación a la prohibición de discriminación directa por razón de sexo⁷.

⁵ CARMONA CUENCA, E., 2018, cit. pág. 318.

⁶ En lo que se refiere a la discriminación por razón de género, el Informe Explicativo del Protocolo n.º 12 reconoce que en otros Convenios internacionales se han enunciado reglas específicas y más detalladas, exclusivamente dedicadas a esta materia, como en el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW). Por lo tanto, el Protocolo n.º 12 no debe ser interpretado como una restricción o una derogación de las disposiciones del Derecho interno o de los tratados que prevean una protección suplementaria contra la discriminación.

⁷ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-100669-B-100 «GEN-DER: Generando una interpretación del Derecho en clave de igualdad de género», enmarcado en el Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad – Ministerio de Ciencia e Innovación (2019-2021). Igualmente se encuadra en el marco de los trabajos de investigación del Grupo de Investigación SEJ-372 de la Junta de Andalucía «Democracia Pluralismo y Ciudadanía». Aprovechamos esta nota a pie de página para señalar que el trabajo que aquí se presenta no estudia la jurisprudencia del TEDH desde una perspectiva de género, lo que no impide que al analizar el contenido argumentativo de algunas de las sentencias estudiadas se pongan de manifiesto determinadas situaciones o se llegue a conclusiones que pudieran coincidir en su ratio con las que se obtuvieran habiendo realizado el análisis desde una perspectiva de género. Para un mayor desarrollo del análisis jurídico desde esta perspectiva, puede consultarse un elenco amplísimo de obras, pero valga por proximidad y actualidad la obra colectiva titulada *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, coordinada por Alicia CÁRDENAS CORDÓN y Octavio SALAZAR BENÍTEZ, en Tirant,

2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DIRECTA

Con carácter previo al análisis de la doctrina de Estrasburgo, debemos precisar a qué nos referimos cuando hablamos de discriminación directa y qué criterios se utilizan para determinar la existencia de tal discriminación.

a) *Discriminación directa*. El principio de no discriminación por razón de sexo, basado en el artículo 14 CEDH, ha sido utilizado por el TEDH, en la mayor parte de sus sentencias, para prohibir discriminaciones legales directas⁸, o sea para declarar que aquellas normas que sin una justificación objetiva y razonable establecen un trato diferente y desfavorable atentan contra el contenido del Convenio.

El artículo 14 no proporciona una definición de lo que constituye discriminación directa. Ha sido el TEDH el que ha descrito la «discriminación directa» como una «diferencia en el trato de personas en situaciones análogas o similares de manera relevante» y «basada en una característica identificable o estatus»⁹. Por lo tanto, se entiende que el citado artículo 14 exige que las personas en una situación similar sean tratadas de manera igual¹⁰.

También ha de señalarse que el acoso y las órdenes dadas con el fin de discriminar pueden considerarse manifestaciones particulares de discriminación directa. De este modo el TEDH ha señalado, por ejemplo, que se violaba el artículo 14 en un caso de hostigamiento y orden de discriminación en conjunción con el artículo 11 CEDH en relación al derecho de reunión pacífica¹¹.

2021; específicamente el trabajo de SALAZAR, Octavio «La interpretación y aplicación del Derecho en clave feminista» (págs. 34-77). También pueden consultarse, entre otros, sobre la perspectiva de género aplicada a la justicia y a los derechos humanos: CARMONA CUENCA, Encarna (Coord.), *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2015 o CLERICO, Laura, «Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad» en *Revista de Derecho del Estado* Núm. 41, 2018.

⁸ Dejamos para una ulterior ocasión el estudio de aquellas sentencias que se han referido a las llamadas discriminaciones indirectas.

⁹ Véanse, por ejemplo *Biao contra Dinamarca* (2016); *Carson y otros contra el Reino Unido* (2010); *DH y otros contra la República Checa* (2007); *Burden contra el Reino Unido* (2008); *Varnas contra Lituania* (2013); o *Hoogendijk contra Holanda* (2005).

¹⁰ Para un estudio más profundo sobre la materia pueden consultarse entre otros, REY MARTÍNEZ, Fernando, *Derecho antidiscriminatorio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020; o ARNARDÓTTIR, Oddny Mjöll, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003.

¹¹ Es el *Caso Bączkowski y otros contra Polonia* (2007). En ese caso, el alcalde de Varsovia había hecho anuncios públicos de carácter homofóbico, afirmando que rechazaría el permiso para realizar una marcha que tenía como finalidad la toma de conciencia sobre la discriminación por orientación sexual. Cuando se pidió el permiso ante el órgano administrativo correspondiente, éste se denegó por otros motivos, tales como la necesidad de evitar enfrentamientos entre manifestantes. El TEDH determinó que las declaraciones del alcalde pudieron haber influido en la decisión de las autoridades competentes y que la decisión se basó en la orientación sexual y, por lo tanto, constituyó una violación del artículo 14 CEDH en conjunción con el artículo 11.

Otro aspecto a considerar cuando hablamos de discriminación directa es el referente al test de discriminación.

b) *Test de discriminación*. No todas las diferencias de trato, o el hecho de no tratar de manera diferente a las personas en situaciones relevantes diferentes, constituyen discriminación, sino solo aquellas que carecen de «una justificación objetiva y razonable»¹².

Por ello, para decidir si ha habido o no discriminación, el TEDH aplica esta prueba, consistente en dar respuesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Ha habido una diferencia en el trato de personas en situaciones análogas o similares de manera relevante, o no se ha tratado de manera diferente a personas que se encuentran en situaciones distintas?
2. En caso afirmativo, ¿se justifica objetivamente tal diferencia, o ausencia de diferencia? En particular ¿persigue un objetivo legítimo? Y ¿son los medios empleados razonablemente proporcionados al objetivo perseguido?

Por lo tanto, en primer lugar, al presentar una denuncia en virtud del artículo 14, el solicitante tiene que demostrar que ha sido tratado de manera diferente a otra persona o grupo de personas que se encuentren en una situación similar a la suya y que este trato diferente ha tenido suficiente relevancia, o que ha sido tratado de un modo análogo a un grupo de personas que se encuentran en una situación diferente de relevancia.

En relación a la justificación objetiva de los tratos diferentes, el TEDH ha identificado una serie de objetivos que pueden considerarse aceptables de cara a justificar un trato diferenciado, tales como lograr la implementación efectiva de la política de desarrollo de la unidad lingüística (*Caso lingüístico belga*, 1968), la restauración de la paz (*Caso Sejdíć y Finčić contra Bosnia y Herzegovina*, 2009), la protección de la seguridad nacional (*Caso Konstantin Markin contra Rusia*, 2012), la prestación de un servicio público totalmente comprometido con la promoción de la igualdad de oportunidades y la exigencia a todos los empleados de que actúen de forma que no discriminen a los demás (*Caso Eweida y otros contra Reino Unido*, 2013), el mantenimiento de la estabilidad económica y la restructuración de la deuda en el contexto de una grave crisis política, económica y social (*Caso Mamatas y otros contra Grecia*, 2016), o facilitar la rehabilitación de delincuentes juveniles (*Caso Khamtokhu y Aksenchik contra Rusia*, 2017).

En lo que concierne a las diferencias de trato por motivos de sexo, el propio Tribunal ha señalado reiteradamente que «las referencias a tradiciones, supuestos generales o actitudes sociales predominantes en un país son una justificación insuficiente para una diferencia de trato por motivos de sexo», por lo que las tradiciones o las

¹² Tal como ha señalado el TEDH en los casos *Molla Sali contra Grecia* (2018); *Fabris contra Francia* (2013); *DH y otros contra la República Checa* (2007) o *Hoogendijk contra los Países Bajos* (2005).

actitudes socioculturales propias de un país no aprueban el test por no considerarse una justificación objetiva de trato diferenciado que persiga un fin legítimo, tal como se podrá comprobar en algunos de los siguientes epígrafes de este trabajo.

Una vez que se considera la existencia de un objetivo legítimo que justifique la diferencia de trato, el TEDH requiere que esta diferencia logre un equilibrio justo entre la protección de los intereses de la comunidad y el respeto de los derechos y libertades del individuo. Por lo tanto, se exige una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se busca alcanzar¹³.

Con carácter general no se considera que sea función del TEDH sustituir a las autoridades nacionales competentes para evaluar si, y en qué medida, las diferencias en situaciones similares justificaron un trato diferenciado, por lo que los Estados disfrutaban de un cierto margen de apreciación. El alcance de ese margen variará según las circunstancias, el objeto y los antecedentes del caso.

Por un lado, el TEDH ha señalado algunas áreas donde el margen de apreciación del Estado sigue siendo bastante amplio. Así por ejemplo, debido al conocimiento directo de la sociedad y sus necesidades las autoridades nacionales están en principio en mejores condiciones que el juez internacional para apreciar lo que es de interés público por razones sociales o económicas, y la Corte generalmente respetará la elecciones políticas a menos que carezcan manifiestamente de un fundamento razonable

Sin embargo, por otro lado, el TEDH ha identificado una serie de motivos de discriminación en los que se reduce significativamente dicho margen. De hecho, el TEDH ha sostenido una y otra vez que ninguna diferencia de trato basada exclusivamente o en un grado decisivo en el origen étnico de una persona puede justificarse objetivamente en una sociedad democrática moderna construida sobre los principios del pluralismo y el respeto de las diferentes culturas¹⁴. Del mismo modo, las diferencias de trato basadas en el género o la orientación sexual solo pueden estar justificadas por razones muy importantes («*very weighty reasons*»), como veremos en los siguientes apartados¹⁵.

3. DISCRIMINACIONES CONTRA LA MUJER POR RAZÓN DE SEXO

El principio de no discriminación por razón de sexo, basado en el artículo 14 CEDH, ha sido utilizado por el TEDH, en la mayor parte de sus sentencias, para prohibir discriminaciones legales directas, o sea para declarar, tal como acabamos de referir, que aquellas normas que, sin una justificación objetiva y razonable, estable-

¹³ Véanse *Casos Molla Sali contra Grecia* (2018); *Fabris contra Francia* (2013); *Mazurek contra Francia* (2000) o *Larkos contra Chipre* (1999).

¹⁴ Así en *DH y Otros contra la República Checa* (2007) o en *Sejdi y Finci contra Bosnia y Herzegovina* (2009).

¹⁵ Para un estudio más profundo sobre estos criterios puede consultarse FREDMAN, Sandra, *Discrimination Law*, Oxford University Press, 2011 (2ª ed.).

cen un trato diferente y desfavorable para uno de los sexos están atentando contra el contenido del CEDH.

Hay que mencionar, en primer lugar, que el TEDH ha condenado a los Estados firmantes del Convenio tanto por discriminaciones directas contra las mujeres (la mayoría) como también contra los hombres. En esta sección nos detendremos especialmente en algunas de las primeras aunque en un apartado posterior también reflejaremos, como ya hemos adelantado, algunos de los casos más significativos en los que el discriminado por razón de sexo ha sido un hombre¹⁶.

Antes de ello debemos justificar el detallado análisis de hechos y argumentos del *Caso Napotnik contra Rumanía*, siguiente epígrafe de este trabajo, que no guarda equilibrio en cuanto a su extensión con el resto de las sentencias analizadas. Atendiendo a lo novedoso del supuesto y dado que el TEDH ha tenido la oportunidad de examinar, por primera vez, tanto una denuncia por discriminación por razón de sexo en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 12 del Convenio como por discriminación de género en el lugar de trabajo debido a la existencia de un embarazo, se ha entendido que para una mejor comprensión de la importancia del supuesto planteado y de la crítica que se realiza de dicha sentencia era necesario dedicarle al estudio del *Caso Napotnik contra Rumanía* una extensión mayor que la dedicada al resto de casos analizados.

Entrando ya propiamente en el análisis de la jurisprudencia del TEDH, debemos señalar, tal como nos recuerda Carmona¹⁷, que la primera vez que el TEDH se pronunció, expresa y detalladamente, sobre la discriminación basada en el sexo fue en el *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido*, en 1985. Las demandantes, inmigrantes legales en el Reino Unido, denunciaron a Reino Unido por discriminación en las normas de extranjería e inmigración vigentes, ya que éstas autorizaban a los inmigrantes varones que estaban trabajando legalmente en el país a traer a sus esposas, pero no a las mujeres a traer a sus maridos o parejas. Las demandantes sostuvieron, en particular, que, por este motivo, habían sido víctimas de una práctica de discriminación por motivos de género y raza. El TEDH sostuvo que las demandantes no habían sido víctimas de discriminación por razón de raza, pero sí por razón de sexo y que, por lo tanto, se había producido una violación del artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) en conjunción con el artículo 14.

El TEDH analizó si una diferenciación normativa por razón de sexo atentaba contra el contenido del CEDH entendiéndose que, aunque dicha norma tenga un fin legítimo (en este caso era la protección del mercado de trabajo), esta finalidad debe ser suficiente para justificar una diferenciación normativa. Afirmó asimismo que, «una vez establecida la importancia de la igualdad de los sexos, serían precisas razo-

¹⁶ Antes de comenzar con el análisis de la jurisprudencia del TEDH, debemos agradecer a los evaluadores externos de esta revista el análisis y crítica realizados. Sus comentarios y propuestas de mejora en este apartado han sido tomados en consideración e incorporados al trabajo.

¹⁷ CARMONA CUENCA, Encarna «La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 104, 2015, pág. 309.

nes muy fuertes para estimar compatibles con el Convenio tales distinciones, fijando así un estándar que utilizaría en muchos casos posteriores»¹⁸.

A partir de esta Sentencia han sido variados los temas sobre los que el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse detectando la existencia de discriminaciones directas¹⁹.

a) Discriminaciones en el ámbito laboral y en los beneficios sociales

El papel de la mujer en el hogar y en el trabajo, y los beneficios sociales resultantes del mismo han sido objeto de análisis en diversos casos.

Así, en el *Caso Wessels-Bergervoet contra Holanda*, en 2002, la demandante consideraba que la diferencia de trato entre mujeres casadas y hombres casados en materia de pensiones constituía una discriminación por razón de género dado que los hombres casados, a igualdad de condiciones de cotización, cobraban una pensión de jubilación superior a la que cobraban las mujeres casadas. La razón esgrimida por el Estado holandés se encuadra fácilmente dentro de los estereotipos de género, ya que ese trato diferente se producía porque en Holanda normalmente eran los hombres los que proveían a las necesidades del hogar. El TEDH entendió que sólo «*very weighty reasons*» (que resulta ser, como hemos adelantado, la expresión acuñada por el Tribunal de Estrasburgo) podían justificar un trato diferente por razón de sexo y que, en este caso, no existía ninguna justificación objetiva y razonable para la adopción de una medida de esa índole. Por lo tanto, entendió que se había producido una violación del artículo 14 combinado con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 CEDH (derecho de propiedad)²⁰.

En el *Caso Emel Boyraz contra Turquía*, de 2014, nos encontramos con una discriminación en el ámbito laboral. La demandante, tras trabajar casi cuatro años como agente de seguridad, había aprobado los exámenes para lograr un puesto en una

¹⁸ CARMONA, 2018, cit. pág. 318.

¹⁹ En este artículo no hemos incluido un tema sobre el que el TEDH ha dictado varias sentencias como es el referente al uso de los apellidos. Este asunto ya lo hemos analizado en el trabajo «Luces y sombras en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la igualdad de género» que se incluye en la obra colectiva titulada *La interpretación y aplicación del Derecho en clave de igualdad de género*, coordinada por Alicia CÁRDENAS CORDÓN y Octavio SALAZAR BENÍTEZ, en Tirant, 2021, en concreto en las páginas 259 a 292.

²⁰ También en el ámbito de los beneficios sociales podemos citar el *Caso Vrontou contra Chipre*, de 2015. En este asunto el TEDH analiza la compatibilidad con el CEDH de la legislación chipriota que extendía las prestaciones sociales reconocidas a los refugiados también a los desplazados internos por razón del conflicto con Turquía. Pero esta norma contenía una discriminación por razón de sexo dado que los hijos de un padre desplazado tenían los mismos derechos que su progenitor varón, pero los hijos de madre desplazada no tenían acceso a tales beneficios. El Estado chipriota justificó esta normativa por razones económicas, pero también por el modelo familiar existente en Chipre. El TEDH subrayó que las tradiciones o actitudes sociales prevalentes en relación con el papel de la mujer no podían considerarse justificación suficiente de una diferencia de trato por razón de sexo. Por ello apreció vulneración del artículo 14 CEDH en combinación con el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio.

empresa pública turca. Pero fue considerada no apta por no cumplir los requisitos de «ser un hombre» y «haber cumplido el servicio militar». El TEDH entendió que el mero hecho de que los agentes de seguridad tuvieran que trabajar en turnos de noche en áreas rurales y que tuvieran que usar la fuerza física, así como armas de fuego no eran motivos suficientes para justificar esa discriminación. Por todo ello, consideró que se había producido una violación del artículo 14 en combinación con el artículo 8 CEDH.

También dentro del ámbito laboral podemos encuadrar el *Caso Jurčić contra Croacia*, en 2014. Este caso se refería a la denegación a la demandante de un seguro de salud laboral que le diera cobertura durante el embarazo. Las autoridades habían afirmado que su contrato de trabajo, que había sido firmado poco antes de que se enterara de su embarazo, había sido engañoso porque no había señalado que se encontraba en tratamiento de fecundación, y que no debería haber comenzado a trabajar mientras se sometiera a este tratamiento. La demandante se quejó de la revocación de su seguro médico afirmando que se le había discriminado como mujer por someterse a un tratamiento de fecundación in vitro.

El TEDH sostuvo que se había producido una violación del artículo 14 CEDH en conjunción con el artículo 1 del Protocolo n.º 1. En particular señaló que no se había producido ningún fraude y que el argumento de que las mujeres embarazadas, o en proceso de poder estarlo vía fecundación artificial, no deberían buscar trabajo era un argumento claramente discriminatorio. El Tribunal también entendió que los estereotipos de género suponen un serio obstáculo para el logro de una auténtica igualdad real y efectiva. Y que, por tanto, negar el reconocimiento de una prestación relacionada con el empleo (en este caso un seguro médico sufragado por la empresa) por el hecho de estar una mujer embarazada supone una clara discriminación directa por razón de sexo.

Se puede afirmar, vistos estos casos, que el Tribunal ha sido sensible a los cambios sociales acaecidos en Europa en los últimos años, que propugnan un cambio de los roles tradicionales, que situaba a los hombres en el ámbito público y del trabajo remunerado y a las mujeres en el ámbito privado doméstico y del cuidado de los hijos e hijas. Pero, como reconoce el Tribunal en el *Caso Alexandru Enache contra Rumanía*, en 2017, aún está pendiente el desarrollo de una doctrina propia sobre el carácter discriminatorio o no de las normas de protección de la maternidad, aunque la reciente sentencia del *Caso Napotnik contra Rumanía*, que analizaremos a continuación, ya ha avanzado algo sobre la materia, pero quizá con más sombra que luz.

b) El Caso Napotnik contra Rumanía: una oportunidad perdida

Detengámonos, pues, en el reciente *Caso Napotnik contra Rumanía*. El 20 de octubre de 2020 el TEDH ha tenido la oportunidad de examinar, por primera vez, tanto una denuncia por discriminación por razón de sexo en virtud del artículo 1 del

Protocolo núm. 12 del Convenio como por discriminación de género en el lugar de trabajo debido a la existencia de un embarazo.

Este asunto versa sobre el cese del puesto diplomático de una demandante, debido a su embarazo, en la Embajada de Rumania en Ljubljana, Eslovenia. Este es el primer caso en el que la Corte no solo examina, sobre el fondo, una denuncia por discriminación por razón de género en virtud del artículo 1 del Protocolo núm. 12 de la Convención, sino también la primera vez que se pronuncia sobre la discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo debido a un embarazo. En su sentencia, el Tribunal determinó que el trabajo de la demandante en una oficina diplomática había terminado principalmente debido a su embarazo y que había sido tratada de manera diferente por razón de sexo. Sin embargo, concluyó que esta diferencia de trato no constituía una violación del CEDH ya que las autoridades nacionales rumanas habían aportado razones pertinentes y suficientes para justificar la necesidad de la medida. Sobre el contenido de la sentencia formularemos más adelante alguna crítica, pues, aunque se vislumbran luces en la misma, también podemos encontrar sombras de gran tamaño.

Veamos, en primer lugar, los hechos²¹. La demandante comenzó a trabajar como diplomática rumana para el Ministerio de Asuntos Exteriores (MAE) en 2002. Después de haberse presentado a un concurso para ocupar un puesto de cuatro años como funcionaria consular en la embajada de Rumania en Ljubljana, fue seleccionada para el puesto comenzando su destino diplomático en marzo de 2007. El trabajo consular de la demandante consistía principalmente en brindar ayuda a los ciudadanos rumanos que se encontraban en situaciones de emergencia en Eslovenia, especialmente en detención policial, sin documentos de identidad, o a aquellos otros que requerían atención hospitalaria.

La demandante se casó con un ciudadano esloveno en abril de 2007 y tuvieron dos hijos juntos, nacidos en junio de 2008 y julio de 2009, respectivamente. Como apreciaremos más adelante, el hecho de haberse casado con un esloveno y «haber echado raíces» en Eslovenia es un dato importante de cara a la crítica que se puede formular al razonamiento de la sentencia. Durante su primer embarazo, en noviembre de 2007, estuvo ausente del trabajo durante unos días debido a problemas de salud relacionados con el embarazo. El 27 de noviembre, se le ordenó reposo en cama. Al día siguiente informó al embajador sobre su estado de salud. También solicitó tomar sus vacaciones anuales en el período de diciembre de 2007 a enero de 2008. Mientras tanto, en diciembre de 2007, la demandante fue ascendida a segunda secretaria, al ser recomendada para este cargo por sus superiores.

²¹ Para el relato de los hechos de este caso seguimos el resumen realizado por ÖNDER, Beril en «Addressing gender discrimination at work, still an important challenge for the ECtHR in *Napotnik v. Romania*» en *December 21, 2020 Guest Blogger Article 1 of Protocol No. 12, Napotnik v. Romania, Prohibition of Discrimination, Workplace*, consultado el 8 de abril de 2021. Por su parte la traducción al español tanto de este relato como de los principales elementos del fallo es autoría de quien firma este trabajo.

En diciembre de 2007, cuando las solicitudes de asistencia consular eran elevadas, el embajador pidió que se enviara un remplazo para la demandante. Sin embargo, el MAE no lo envió y la sección consular se cerró durante la ausencia de la misma. Las solicitudes de asistencia se redireccionaron a las embajadas de los países vecinos. La demandante incluso volvió a trabajar durante su licencia, los días 14 y 17 de diciembre de 2007, para atender asuntos consulares urgentes.

La demandante reanudó su trabajo en febrero de 2008. Luego tomó licencia de maternidad desde el 2 de junio de 2008 hasta el 19 de octubre de 2008, y su permiso anual de vacaciones desde el 19 de octubre de 2008 hasta el 5 de diciembre de 2008. La sección consular de la embajada se cerró nuevamente desde el 2 de junio hasta el 15 de junio de 2008. Desde el 15 de junio de 2008, cuando se reabrió la sección consular, se encontró un remplazo para la demandante a través de una asignación temporal.

En enero de 2009, cuando anunció su segundo embarazo, el MAE decidió poner fin a su destino en Ljubljana y la trasladó a Bucarest. Se consideró que no podría realizar su trabajo debido a sus ausencias motivadas por citas médicas y por la licencia de maternidad. Posteriormente, a solicitud de la demandante, su contrato de trabajo fue suspendido, en primer lugar, atendiendo a una licencia por maternidad (de febrero de 2009 a mayo de 2010 para el primer hijo y de mayo de 2010 a julio de 2011 para el segundo hijo), y luego para permitirle acompañar a su esposo en su destino diplomático permanente en el extranjero (por cuatro años). Mientras su contrato estaba suspendido ella no cobró salario del MAE. El 1 de septiembre de 2015, la demandante reanudó su trabajo en el MAE, en Bucarest. El 20 de septiembre de 2016 fue ascendida a primera secretaria.

Mientras tanto, la demandante interpuso una acción civil contra el MAE por la finalización de su empleo en el extranjero, alegando que el motivo de ésta había sido su embarazo y, por lo tanto, era una decisión discriminatoria e ilegal. Los tribunales nacionales rumanos determinaron que la decisión de rescindir el destino del solicitante había sido adoptada legalmente por el MAE dentro de su potestad discrecional con la única finalidad de garantizar el correcto funcionamiento de los servicios consulares que han de prestarse, y que tal medida podía tomarse con respecto a cualquier empleado del MAE, independientemente de su sexo o de que existiera embarazo.

La demandante acudió al TEDH alegando que había sido discriminada en el trabajo, en la medida en que su destino en el extranjero había sido cancelado debido a su embarazo sin que se le presentara ninguna razón legítima para la adopción de esa medida. Si bien la demandante, en su solicitud inicial, se basó en el artículo 1 del Protocolo n.º 12 del Convenio, en su respuesta a las observaciones del Gobierno rumano, alegó también violación de los artículos 6 y 8 CEDH.

El Tribunal decidió examinar la solicitud únicamente en virtud del artículo 1 del Protocolo n.º 12 CEDH. Afirmó que este artículo se aplicaba a los hechos del presente caso porque se trataba de una posible discriminación por parte de una autoridad pública en el ejercicio de facultades discrecionales. En su argumentación, el

TEDH subrayó que el significado de la noción de «discriminación» en el artículo 1 del Protocolo n.º 12 era idéntico al del artículo 14 del Convenio. Así, aplicó los mismos estándares desarrollados en su jurisprudencia sobre la protección que brinda el artículo 14 CEDH.

Según la jurisprudencia del Tribunal en virtud del artículo 14 una diferencia de trato basada en una característica identificable, o «estatus», es discriminatoria si «no tiene una justificación objetiva y razonable», es decir, si no persigue un «fin legítimo» o si no existe una «relación razonable de proporcionalidad» entre los medios empleados y el objetivo que se busca alcanzar.

En el presente caso, el TEDH estableció en primer lugar que la misión diplomática de la demandante había concluido principalmente debido a su embarazo. A este respecto, el Tribunal subrayó que se había considerado que la demandante no podría realizar su trabajo debido a sus ausencias para citas médicas y al permiso de maternidad. También entendió que la decisión de devolverla a Bucarest se había tomado tan pronto como anunció su segundo embarazo, y que, en sus alegaciones, el Estado rumano también había aceptado que la condición de la demandante había jugado un papel en la decisión de terminar su misión diplomática.

Como resultado, el TEDH concluyó que la demandante había sido sometida a una diferencia de trato por razón de sexo, subrayando que ello equivaldría a una discriminación directa si esta no se justificaba. Para ello, procedió a realizar «la prueba de la justificación objetiva y razonable», subrayando, *prima facie*, que los Estados tenían un estrecho margen de apreciación al respecto.

El Estado rumano argumentó que la finalización anticipada del destino de la demandante en el extranjero se había justificado por el hecho de que su ausencia había puesto en peligro la capacidad funcional de la sección consular de la embajada. Se afirmó que esta decisión perseguía el objetivo legítimo de la protección de los derechos de los nacionales rumanos que necesitaban asistencia consular en Eslovenia. Habiendo considerado que se trataba de un objetivo legítimo, el TEDH examinó a continuación si la medida era proporcionada para lograr este objetivo.

En primer lugar, el Tribunal consideró que la ausencia de la demandante de la oficina afectó gravemente la actividad consular de la embajada.

En segundo lugar, el TEDH señaló que la legislación nacional rumana permitía al empleador organizar la actividad de las empleadas embarazadas, con la única prohibición de que su contrato de trabajo no pudiera rescindirse. Según el TEDH, el cambio en las condiciones de trabajo de la demandante debido a la finalización anticipada de su destino en el extranjero no puede equipararse con una pérdida de empleo. Por lo tanto, las consecuencias de dicha finalización no fueron de la misma naturaleza que las expresamente prohibidas por las leyes internas de igualdad de oportunidades y por los compromisos internacionales del Estado rumano en materia de protección del embarazo y la maternidad.

En tercer lugar, el Tribunal sostuvo que la demandante no había sufrido ningún retroceso significativo a largo plazo en su carrera diplomática, ya que había seguido

siendo promovida por el MAE, primero en diciembre de 2007 mientras estuvo ausente durante su primer embarazo, y nuevamente en septiembre de 2016, aproximadamente un año después de su regreso al trabajo.

Por último, el Tribunal, basándose en el razonamiento de los tribunales nacionales de que la decisión de rescindir el destino de la demandante no había sido una medida disciplinaria, concluyó que, si bien la decisión estaba motivada por el embarazo de la demandante, dicha decisión no tenía la intención de ser discriminatoria. Atendiendo a todo ello, el TEDH sostuvo que, a pesar del estrecho margen de apreciación que se le otorgó, el Estado rumano había brindado razones relevantes y suficientes para justificar la necesidad de la medida. Por lo tanto, concluyó que no se había producido violación del artículo 1 del Protocolo n.º 12 del Convenio.

Una vez resumido el contenido, tanto de hechos como jurídico, de este caso, debemos resaltar que el mismo ha sido una ocasión perdida para que el TEDH hubiera podido desarrollar su jurisprudencia sobre la igualdad de género, atendiendo a dos razones principalmente. En primer lugar, por haber sido el primer caso en el que el TEDH ha examinado el fondo de una denuncia relativa a discriminación por razón de sexo en virtud del artículo 1 del Protocolo n.º 12 CEDH. En segundo lugar, también por haber sido la primera vez que el TEDH ha examinado una discriminación por embarazo en el ámbito laboral. Sin embargo, puede afirmarse que esta sentencia no ha supuesto ningún avance en la jurisprudencia del TEDH de cara al logro de la igualdad de facto entre hombres y mujeres.

El artículo 14 CEDH, interpretado conjuntamente con el Protocolo n.º 12, no prohíbe a los Estados Parte del CEDH tratar a los grupos de manera diferente para corregir las «desigualdades de hecho» existentes entre ellos. El TEDH ya había reconocido en su jurisprudencia la necesidad de protección del embarazo y la maternidad²². Curiosamente este reconocimiento fue «indirecto», ya que todos los casos se referían a quejas de demandantes masculinos contra las medidas de «discriminación positiva» que se habían adoptado en favor de las mujeres. Pero este es el primer caso en que la demandante es una mujer que acude al TEDH considerando que ha sido sometida a discriminación en el trabajo por estar embarazada.

En esta sentencia, el TEDH, al examinar si la diferencia de trato tenía una justificación objetiva y razonable, ha subrayado que la rescisión del contrato de la demandante estaba prohibida, de acuerdo con el derecho interno y los compromisos internacionales del Estado demandado en materia de protección del embarazo y maternidad. El Tribunal, en su razonamiento, se refirió tanto a compromisos derivados de la pertenencia de Rumanía al Consejo de Europa (Recomendación núm. R (85) 2 del Comité de Ministros, Carta Social Europea), como a las directivas del Consejo de la Unión Europea en materia de empleo y ocupación, y también a compromisos internacionales del Estado rumano, tales como la CEDAW. Además, el Tribunal se

²² Véanse, por ejemplo, *Khamtokhu y Aksenchik contra Rusia*; *Konstantin Markin contra Rusia*; y *Alexandru Enache contra Rumanía*.

refirió a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito del trabajo y sobre la protección especial del embarazo. Esta parte de la sentencia merece una consideración positiva dado que el TEDH ha establecido una serie de principios en cuanto a la prohibición del despido laboral de la mujer por razón de su embarazo invocando fuentes relevantes del Derecho Internacional, que también podrían ser aplicables en casos futuros.

Sin embargo, el Tribunal sostuvo que el cambio en la situación de la demandante en lo que respecta a su empleo, o sea el cambio de destino, no podía equipararse con una pérdida de empleo. Además, consideró que la demandante no había sufrido ningún contratiempo significativo a largo plazo en su carrera diplomática debido a que obtuvo un ascenso en diciembre de 2007 mientras estuvo ausente durante su embarazo, y en septiembre de 2016, aproximadamente un año después de su regreso al trabajo. Esta referencia a la toma en consideración de la posibilidad de haber sufrido algún retroceso significativo en la promoción profesional debido al embarazo también puede entenderse como un dato positivo que se deberá seguir teniendo en cuenta en lo relativo a qué medidas han de entenderse como discriminatorias según las circunstancias.

Ahora bien, hechas estas consideraciones de naturaleza favorable hacia el contenido de la sentencia, debemos poner de manifiesto aquellos aspectos del fallo que calificamos como claramente negativos.

Debe señalarse, en primer lugar, que la demandante fue inicialmente nombrada para un puesto por cuatro años en Ljubljana, después de haber superado un concurso. Como resultado de la decisión del MAE, dos años después (por lo tanto, sin que hubieran transcurrido esos cuatro años) la llamaron a Bucarest, tan pronto como anunció su segundo embarazo. Debido a ello, la demandante tuvo que reorganizar su vida laboral y familiar. Por lo tanto, no es posible estar de acuerdo con el TEDH cuando argumenta que la decisión del MAE no ocasionó contratiempos en la carrera de la demandante. Se consideró, por parte del MAE, que la demandante era «de poca utilidad para la misión diplomática en Ljubljana» porque había estado ausente con frecuencia, por haber tenido una licencia por enfermedad relacionada con el embarazo, un permiso por maternidad y su periodo anual de vacaciones (que eran todos ellos derechos reconocidos legalmente). Atendiendo a todo esto, se puede concluir que la demandante recibió un trato discriminatorio en relación a un hombre que hubiera ocupado ese mismo puesto de trabajo, ya que un hombre en la posición de la demandante no hubiera podido sufrir una discriminación similar debido a su sexo.

La decisión del TEDH es aún más «chirriante» dado que según la propia jurisprudencia del TEDH, cuando una diferencia de trato se basa en el sexo, el margen de apreciación otorgado al Estado es estrecho. En consecuencia, el principio de proporcionalidad exige que la medida controvertida sea adecuada al cumplimiento del objetivo perseguido, y además, debe demostrarse que fue necesaria atendiendo a las circunstancias en las que se adoptó.

En el presente caso, el Tribunal podría haber sido más cuidadoso al evaluar si existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido²³. Si bien el TEDH observó que la ausencia de la demandante de la oficina afectó gravemente a la actividad consular en la embajada, no tomó en cuenta si esta actividad pudiera haber continuado con una mejor organización por parte del MAE en lo que respecta a los remplazos de diplomáticos, tal como alega la demandante. Cabe destacar que, en diciembre de 2007, el Ministerio de Asuntos Exteriores no envió ningún remplazo a pesar de la solicitud del embajador, y como resultado de esta decisión, la sección consular se cerró. Sin embargo, una vez que un sustituto del solicitante comenzó a trabajar en una asignación temporal, la sección consular reanudó sus actividades. Además, las autoridades nacionales no alegaron que los servicios consulares no pudieran realizarse mediante un remplazo temporal. De hecho, el embajador se quejó principalmente del costo adicional que esto suponía. En estas circunstancias, resulta difícil de entender que el Tribunal no haya debatido con detalle si la finalización anticipada de la actividad de la demandante en el extranjero había sido realmente necesaria para realizar el objetivo de ayudar a los nacionales rumanos que necesitaban asistencia consular en Eslovenia.

Aunque el Tribunal subrayó, tal como hemos señalado, que el despido por motivos de embarazo o por licencia de maternidad está prohibido a la luz de los documentos regionales e internacionales de derechos humanos y la normativa de la UE contra la discriminación, hay que recordar que el despido no es el único tipo de discriminación por embarazo que pueden sufrir las mujeres en el ámbito laboral. Por ello, para lograr una erradicación absoluta de las discriminaciones por razón de sexo en el trabajo, también se debe garantizar que las mujeres no se vean perjudicadas en los términos y condiciones laborales a causa de un embarazo o por haber disfrutado de un permiso de maternidad. La sentencia del TEDH es, en este sentido, altamente criticable dado que, atendiendo al estrecho margen de apreciación que se otorga a los Estados en la materia, el Tribunal debió haber realizado un análisis detallado sobre la necesidad de las medidas impugnadas que acabaron constituyendo, en nuestra opinión, una diferencia de trato implícita entre hombre y mujer, y por lo tanto una discriminación directa por razón de sexo.

c) *Prácticas médicas*

Analizamos a continuación una sentencia que resulta de gran interés para este trabajo. Nos referimos al *Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal*, en 2017. Este es un caso paradigmático para el análisis del uso de estereotipos y también

²³ ÖNDER, cit. pág. 3.

como ejemplo de discriminación interseccional²⁴, tal como señala Peroni²⁵. La demandante padecía una afección ginecológica por la que tuvo que ser intervenida. La operación fracasó y comenzó a experimentar dolores intensos, incontinencia urinaria y dificultad para sentarse y caminar. Tampoco podía tener relaciones sexuales. Todo ello la llevó a una profunda depresión. El Tribunal Supremo Administrativo redujo la indemnización por daño moral otorgada en primera instancia de 80.000 a 50.000 euros. También redujo significativamente la cantidad destinada al pago de un trabajador doméstico. Entre las razones alegadas para reducir la indemnización por daño moral se incluyeron las siguientes:

- 1) que los motivos alegados por la demandante no eran nuevos y que la operación solo había agravado una situación que ya existía anteriormente.
- 2) que la demandante en ese momento tenía dos hijos y tenía cincuenta años «una edad en la que practicar el sexo no era tan importante como en los años más jóvenes, puesto que la importancia del sexo disminuye con la edad».
- 3) en relación a la reducción de la cantidad asignada para pagar el costo del trabajo doméstico fue que, dada la edad de los hijos de la demandante, ella «probablemente solo necesitaba cuidar de su esposo».

La demandante acudió al TEDH, alegando discriminación por razón de sexo y edad, en particular por el hecho de que los jueces portugueses que redujeron la indemnización no habían considerado importante la vida sexual para ella, una mujer de cincuenta años en ese momento. Por cinco votos contra dos, el TEDH falló a favor de la demandante, encontrando una violación de los artículos 14 y 8 CEDH.

Dentro de los razonamientos de la sentencia encontramos especialmente interesante cuando se señala que:

...lo que aquí se está tratando no son consideraciones de edad o sexo como tales, sino más bien el supuesto de que la sexualidad no es tan importante para una mujer de cincuenta años y madre de dos hijos como para alguien de menor edad. Ese supuesto

²⁴ Kimberlé CRENSHAW define la discriminación interseccional como aquella en la que varios motivos de discriminación interactúan simultáneamente, de manera inseparable, provocando situaciones de exclusión social y vulnerabilidad. («Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color» en *Stanford Law Review*, vol. 43, n.º. 6, 1991, págs. 1241-1299). Para un estudio profundo sobre este concepto puede consultarse, entre otros trabajos, BARRERE UNZUETA, María Angeles «Derecho antidiscriminatorio, interseccionalidad y categorías sistémicas: análisis y propuestas con proyección legislativa», en LA BARBERA, M.C. y CRUELLES, M. (Coords.), *Igualdad de género y no discriminación en España evolución, problemas y perspectivas*, CEPC, Madrid, 2016. O con un desarrollo más amplio BARRERE UNZUETA, María Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.

²⁵ PERONI, Lourdes, «Age and Gender Discrimination: Laudable Anti-Stereotyping Reasoning in Carvalho Pinto v. Portugal» en <https://strasbourgobservers.com/2017/09/28/age-and-gender-discrimination-laudable-anti-stereotyping-reasoning-in-carvalho-pinto-v-portugal/#more-3897> consultado el 14 de abril de 2021.

refleja una idea tradicional de que la sexualidad femenina está esencialmente vinculada al propósito de tener hijos y, por lo tanto, ignora la relevancia física y psicológica que tiene de cara a la autorrealización de las mujeres como personas²⁶.

El TEDH analiza el papel que jugaron estos factores en la decisión del Tribunal portugués²⁷: «la edad y el sexo de la demandante parecen haber sido factores decisivos en la decisión final, por lo que existe una diferencia de trato basada en esos motivos». El TEDH contextualiza sus conclusiones señalando informes sobre estereotipos de género en el Poder Judicial portugués y, lo que resulta muy relevante, contrastando el caso de la demandante con el enfoque adoptado en otras dos sentencias del Tribunal Supremo portugués relativas a la práctica médica sufrida por hombres en la cincuentena²⁸. En estos casos, señala el TEDH, el Tribunal Supremo de Portugal determinó que los dos hombres ya no podían tener relaciones sexuales y consideró cómo esto afectaba a su autoestima, independientemente de su edad y de si tenían hijos²⁹.

Peroni³⁰ nos señala que existen dos tipos de estereotipos que están funcionando inseparablemente en el razonamiento del tribunal portugués: los estereotipos de edad y de género. El estereotipo de la edad es explícito en el lenguaje del tribunal nacional: «una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años más jóvenes». La afirmación de que el sexo es menos importante después de los cincuenta es de naturaleza discriminatoria, y está basada en la creencia errónea y los estereotipos de que las personas mayores no tienen interés ni capacidad para la actividad sexual³¹.

El TEDH no menciona expresamente el estereotipo del género³² pero aparece de un modo implícito cuando critica la argumentación del tribunal portugués de que «la sexualidad no es tan importante para una mujer de cincuenta años». Hay dos

²⁶ Párrafo 52.

²⁷ Párrafos 53 a 55.

²⁸ Esta comparación que realiza el TEDH fue objeto de discusión en la sentencia. De hecho, los votos particulares emitidos versaron, en gran parte, sobre la necesidad o no de comparar este caso con otros análogos. En un voto particular disidente firmado conjuntamente por los jueces Ravarani y Bosnjak se afirma que «para encontrar discriminación, debiera establecerse que en Portugal los hombres que padecen una incapacidad física comparable a la de la solicitante, en su calidad de hombres, fueran tratados de manera diferente a mujeres que padecen una incapacidad física similar». También se alega que no se había realizado un auténtico ejercicio de comparación, dado que para determinar si efectivamente se produce discriminación deben existir situaciones comparables o al menos análogas.

²⁹ Los demandantes masculinos recibieron 224.459 euros y 100.000 euros, respectivamente.

³⁰ PERONI, cit. pág.3.

³¹ Para un análisis feminista de esta sentencia, véase DUARTE, Madalena, «Olhares feministas sobre o Direito e o TEDH: o caso Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, *Araucaria*, n° 46, 2021.

³² Podemos definir a los estereotipos de género como aquéllos que hacen referencia a la construcción o comprensión de los hombres y las mujeres, en razón de la diferencia entre sus funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales. Tal como señalan COOK, Rebecca J. y CUSACK, Simone en *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Universidad de Pensilvania - Universidad de Toronto, 2009, pág.2, el término «estereotipo de género» es un término genérico que abarca estereotipos sobre las mujeres y los subgrupos de mujeres y sobre los hombres y los subgrupos de hombres. Por lo tanto, su significado es fluido y cambia con el tiempo y a través de las culturas y las sociedades.

referencias que apuntan al razonamiento de género en la decisión del tribunal nacional: la referencia al hecho de que la demandante tuvo hijos, con lo que se subestima la importancia del sexo en la vida de una mujer, y la referencia al hecho de que tenía que cuidar a su marido. La referencia a los niños implica que la sexualidad femenina está ligada a la maternidad. La referencia al marido supone de un modo explícito que el papel de la mujer es cuidar de su marido.

Este es, pues, un caso de discriminación interseccional. La discriminación por edad y por sexo interactúan, una abiertamente y la otra sutilmente, para socavar la importancia del sexo no reproductivo en la vida de la demandante y limitar así la compensación económica que se ha de recibir por el daño causado por negligencia médica. Por ello el *Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal* es una sentencia paradigmática. Revela el sesgo de género en el razonamiento judicial al nombrar los estereotipos de género, al describir su funcionamiento en el caso concreto y al evaluar su influencia en la decisión judicial. La sentencia representa, pues, un paso clave en la jurisprudencia del TEDH contra los estereotipos, y revitaliza la jurisprudencia del artículo 14 CEDH.

d) *Violencia de género*

Atendiendo a su enorme relevancia social en toda Europa tratamos como un apartado propio la violencia de género pues ha resultado ser un claro ejemplo de actuaciones discriminatorias directas en razón del sexo llevadas a cabo por Estados parte del CEDH³³. Entendemos que se trata de discriminaciones directas atendiendo al hecho de que en muchos casos no se han tratado de modo diferente situaciones diferentes³⁴, tales como las que se presentan a lo largo de este trabajo.

Lo primero que debemos señalar al respecto es que en la jurisprudencia del TEDH, la violencia de género sólo recientemente (a partir de 2009 y con altibajos, como ahora apreciaremos) ha sido reconocida como un problema relacionado con la igualdad y la prohibición de discriminación, tal como nos recuerda Fredman³⁵.

El primer asunto en el que claramente se trató esta problemática data de 2009. Nos estamos refiriendo al *Caso Opuz contra Turquía*. En este caso la demandante alegó que las autoridades turcas no habían protegido el derecho a la vida de su madre, que había sido asesinada por el marido de la demandante. Señalaba que las autoridades habían sido negligentes ante la reiterada violencia, amenazas de muerte y lesiones a las que ella misma había sido sometida por su marido, quejándose de la falta de pro-

³³ Una versión más amplia de este apartado se recoge en el capítulo titulado «Luces y sombras en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la igualdad de género» ya citado previamente.

³⁴ Véase la conceptualización que de las discriminaciones directas se realiza en el segundo apartado de este trabajo.

³⁵ FREDMAN, cit. pág. 273

tección de las mujeres contra la violencia doméstica en la legislación turca. El TEDH sostuvo que había habido una violación del artículo 2 CEDH (derecho a la vida) por el asesinato de la madre de la demandante y del artículo 3 CEDH (prohibición de actos inhumanos o degradantes) debido a la omisión de protección de la víctima por parte de las autoridades estatales, ya que había estado presentando denuncias por la violencia a la que había estado sometida desde el año 1995, tratándose, pues, de una larga historia de violencia.

Y también, por primera vez en un caso de violencia de género, el TEDH sostuvo que había habido una violación del artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación) en conjunción con los anteriormente citados artículos 2 y 3. Al respecto, el TEDH observó en particular que este tipo de violencia afecta principalmente a las mujeres, y que la pasividad judicial sobre esta materia generalizada en Turquía crea un clima discriminatorio propicio para ello. Y, por lo tanto, la violencia sufrida por la demandante y su madre tuvo como base el género, por lo que debía entenderse que habían sido discriminadas por razón de sexo. Además, señaló el TEDH, a pesar de las reformas llevadas a cabo por el Gobierno turco en los últimos años, la falta de respuesta general del sistema judicial y la impunidad de la que gozan los agresores, eran datos indicativos de un insuficiente compromiso por parte de las autoridades turcas a la hora de tomar las medidas adecuadas para abordar la violencia doméstica³⁶.

Por todo ello, a la luz de estos factores sociales, contextuales y de actuaciones judiciales, el TEDH sostuvo que existían suficientes indicios para demostrar prima facie que la violencia doméstica afecta principalmente a las mujeres y que la pasividad judicial generalizada sobre este problema y, por ende, discriminatoria crea un clima propicio para la violencia doméstica en Turquía. Por lo tanto el TEDH al determinar la infracción de los artículos 2 y 3 junto con el artículo 14 CEDH examinó el contexto socio-cultural del problema y la posición de la mujer en el mismo. El enfoque del TEDH demuestra, pues, una sensibilidad real en relación a la necesidad de comprender la igualdad de género desde una perspectiva multidimensional³⁷.

La vacilante trayectoria del TEDH en esta materia se evidencia en el siguiente asunto que tuvo que resolver. Se trata del *Caso A. contra Croacia*, en el año 2010. En

³⁶ En este asunto, el TEDH tuvo en consideración las disposiciones y conclusiones del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de la Discriminación contra la Mujer, así como las estadísticas existentes, que señalaban que en Diyarbakir, la población donde la demandante y su madre vivían, se producía un gran número de casos de violencia de género, en su gran mayoría sobre mujeres de origen kurdo, analfabetas y sin ninguna fuente independiente de ingresos. Y aunque el TEDH señaló este dato, no lo tuvo en cuenta en su argumentación y no procedió a considerar el elemento de la interseccionalidad en su conceptualización de la discriminación.

³⁷ Aunque no se aplicara el artículo 14 CEDH, debemos hacer referencia a una sentencia anterior al 2009. Se trata de la sentencia del *Caso Bevacqua y S. contra Bulgaria*, en la que, al tratarse una violación del artículo 6 CEDH (derecho a un juicio justo) ya se había subrayado que la violencia de género no podía considerarse como un asunto privado, puesto que verlo como tal y, por lo tanto, no ofrecer asistencia a las víctimas, resultaría contrario a la obligación de los Estados de garantizar el disfrute de los derechos establecidos en el Convenio

este caso la demandante denunciaba que las autoridades no le habían protegido contra la violencia de género ejercida por su exmarido, enfermo mental, a pesar de que ella les había alertado sobre sus repetidos ataques físicos y verbales y amenazas de muerte. La reclamante alegó que las leyes croatas sobre violencia de género eran discriminatorias. El TEDH no admitió la argumentación de que existiera una violación del artículo 14 CEDH debido a que, en opinión del TEDH, la demandante no había aportado pruebas suficientes (tales como informes o estadísticas) para demostrar que las medidas y las prácticas adoptadas contra la violencia de género por las autoridades croatas fueran discriminatorias³⁸.

Sin embargo, en el *Caso Eremia y otras contra la República de Moldavia*, en 2013, el TEDH da un importante paso adelante en su argumentación al desvincular la posibilidad de que se produzca una violación del artículo 14 CEDH, en casos de violencia de género, de la existencia de una intencionalidad discriminatoria en la actividad desarrollada por el Estado, a través de sus leyes o sus autoridades.

En este caso, la primera demandante y sus dos hijas se quejaron de que las autoridades moldavas no las habían protegido por el comportamiento violento y abusivo de su, respectivamente, esposo y padre, un oficial de policía. El TEDH sostuvo que había habido una violación del artículo 3 CEDH (prohibición de actos inhumanos y trato degradante) con respecto a la primera solicitante ya que, a pesar del conocimiento del abuso, las autoridades no habían adoptado medidas efectivas para protegerla contra la violencia que ejercía sobre ella. El TEDH también sostuvo que había habido una violación del artículo 14 CEDH en conjunción con el artículo 3, dado que las acciones de las autoridades no constituían sólo un mero fracaso o demora en el tratamiento de la violencia contra la primera solicitante sino que efectivamente equivalían a tolerar repetidamente tal violencia y reflejaba una discriminación ejercida hacia ella como mujer. Al respecto, el TEDH tuvo en cuenta las conclusiones de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, en la República de Moldavia. Con base en este informe el TEDH apreció la gravedad y el alcance del problema de la violencia doméstica en la República de Moldavia y su efecto discriminatorio sobre las mujeres³⁹.

Así pues, en este caso se establece, por primera vez⁴⁰, que la falta de actuación por parte del Estado a la hora de discriminar a la mujer en los supuestos de violencia de género no necesita ser intencionada. Esta declaración es de suma importancia no

³⁸ En cambio sí entendió que había habido una violación del artículo 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar) dado que las autoridades croatas no habían aplicado muchas de las medidas ordenadas por los tribunales para proteger a la demandante o para tratar los problemas psiquiátricos de su exmarido, que, al parecer, estaban en la raíz de su comportamiento violento.

³⁹ Ver también, en un sentido similar: *B. contra la República de Moldavia* y *Mudric contra la República de Moldavia*, ambos de 2013; *N.A. contra la República de Moldavia*, también de 2013 y *T.M. y C.M. contra la República de Moldavia* en 2014.

⁴⁰ Con posterioridad, el TEDH ha dictado varias sentencias en un sentido similar. Así, el *Caso M.G. contra Turquía* y el *Caso Halime Kılıç contra Turquía*, ambos de 2016.

sólo a la hora de afrontar la violencia de género sino, en general, al tratar la discriminación por razón de sexo, ya que se está admitiendo que la existencia de este tipo de discriminación es un reflejo de la naturaleza inconsciente de algunas formas de sesgo y prejuicios que alimentan actos discriminatorios y comportamientos que, a su vez, emanan de estereotipos y de normas y percepciones culturales⁴¹.

Igualmente, en este caso, tal como ya había sucedido en el *Caso Opuz contra Turquía*, el TEDH tuvo en cuenta las obligaciones de los Estados a nivel internacional. Igualmente tomó en consideración cuestiones conceptuales, tales como el patriarcado y su vínculo con el abuso, la percepción de la violencia de género como un asunto privado y el peligroso impacto de la conjunción de ambas realidades.

Pero no siempre ha habido avances en la jurisprudencia del TEDH en materia de violencia de género. Y en este sentido debemos citar dos sentencias.

La primera es la referente al *Caso Rumor contra Italia*, de 2014, en el que la demandante denunció que las autoridades estatales no actuaron tras varios episodios graves de violencia de género. Alegó que estas deficiencias habían sido el resultado de la insuficiencia de un marco legislativo adecuado en Italia en el campo de la lucha contra la violencia de género, y que este hecho la discriminó como mujer. El TEDH sostuvo que no había habido violación del artículo 3 CEDH (prohibición de actos inhumanos y tratos degradantes), ni tampoco del artículo 14, pues entendió que en Italia se había establecido un marco legislativo adecuado que permitía a las autoridades la adopción de las medidas pertinentes contra las personas acusadas de violencia intrafamiliar y que ese marco había sido efectivo para sancionar al autor del delito del que fue víctima la demandante, previniendo, de este modo, la reincidencia de ataques violentos contra la misma.

Más significativa e inquietante es la segunda sentencia, que se refiere al *Caso Civek contra Turquía*, de 2016. En 2011, Selma Civek fue asesinada por su marido. Fue el desenlace de años de maltrato y abuso. El TEDH dictaminó que Turquía había violado el derecho a la vida de Civek, y, por lo tanto, el artículo 2 CEDH. Sin embargo, consideró innecesario examinar la presunta violación del artículo 14 CEDH. Aunque el TEDH determinó que Turquía había violado el CEDH y ordenó al Estado turco a pagar una indemnización, la sentencia se puede considerar como «decepcionante»⁴² Y esto es así porque el Tribunal no entró a valorar el papel que desempeñó el género de Civek en el caso y, por lo tanto, ignoró la realidad de género de la violencia doméstica y la especial respuesta que ha de darse para abordar este problema. En cambio, trató el caso de una manera neutral en cuanto al género, tratando la muerte de Civek como lo haría con cualquier otro asesinato, centrándose en

⁴¹ ALKIVIADOU, Natalie y MANOLI, Andrea «The European Court of Human Rights Through the Looking Glass of Gender: An Evaluation», *Goettingen Journal of International Law* (Pre-Published Article), vol. 11, 2021, pág. 15.

⁴² VAN LEEUWEN, Fleur, «Just another murder or gender-based violence? A commentary on Civek versus Turkey» en <https://strasbourgobservers.com/2016/03/03/just-another-murder-or-gender-based-violence-a-commentary-on-civek-versus-turkey/> (consultado el 10 de abril de 2021).

la cuestión de si las autoridades sabían o podían haber sabido razonablemente que la vida de Civek estaba en peligro y, de ser así, si actuaron con debida diligencia. Lo que quizá resulta más inquietante es que el TEDH entendió, sin razón aparente, que la violencia doméstica no solo afecta a mujeres sino también a hombres y niños y, por lo tanto, se desvinculó de la línea jurisprudencial mantenida por el TEDH que al considerar infringido el artículo 14 CEDH abogaba por un entendimiento de este tipo de violencia como violencia de género.

Si bien es cierto que el TEDH ha considerado frecuentemente innecesario examinar una denuncia en virtud del artículo 14 cuando ya ha encontrado una violación de un artículo sustantivo (también en casos relacionados con otras formas de violencia contra la mujer, como la violación y la esterilización forzada), la resolución de este caso es preocupante porque el Tribunal generalmente aborda las denuncias de discriminación en casos de violencia de género. Nunca antes el TEDH sostuvo en un caso de violencia doméstica que la discusión de una violación del artículo 14 fuera innecesaria por haberse ya resuelto el asunto aplicando otra disposición del Convenio, en este caso el artículo 2. También es sorprendente porque en la sentencia que entendemos como *leading case* en esta materia (*Opuz contra Turquía*) el TEDH reconoció que:

(...) La pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía, aunque no intencional, afecta principalmente a las mujeres...el Tribunal considera que la violencia sufrida por la demandante y su madre puede ser considerada como violencia de género que es una forma de discriminación contra la mujer (párr. 200).

De este modo, tal como nos recuerda Van Leeuwen, no solo destaca del *Caso Opuz contra Turquía* la argumentación de que la violencia de género constituye discriminación de género, lo que supuso una novedad definitiva para el TEDH, sino que también reconoció explícitamente las deficiencias en Turquía con respecto a la forma en que abordó la violencia doméstica, señalando que Turquía había creado «un clima que conducía a la violencia doméstica»⁴³, habiéndose perdido de ese modo una buena oportunidad para reexaminar ese clima discriminatorio siete años después del *Caso Opuz*.

Con posterioridad, el TEDH ha vuelto a la senda marcada a partir del *Caso Opuz contra Turquía* en varios asuntos. Entre ellos, el *Caso Talpis contra Italia* y el *Caso Bălșan contra Rumania*, ambos de 2017.

Recientemente, en el *Caso Volodina contra Rusia*, en 2019, la demandante denunciaba que las autoridades rusas no la habían protegido de la violencia de género repetida, incluidos asaltos, secuestros, acoso y amenazas. También alegaba que el régimen legal existente en Rusia era inadecuado para hacer frente a este tipo de violencia y discriminación contra la mujer. El TEDH sostuvo que había habido una violación del artículo 3 CEDH (prohibición de actos inhumanos o trato degradante) dado que la solicitante había sido maltratada tanto física como psicológicamente por su expareja y que las autoridades rusas no habían cumplido con sus obligaciones

⁴³ Párrafo 198.

derivadas del CEDH a la hora de protegerla de esa violencia. Igualmente, en virtud de la aplicación del Convenio, el TEDH sostuvo que había habido una violación del artículo 14 CEDH en conjunción con el artículo 3. Al respecto, el Tribunal señaló en particular que la violencia doméstica no estaba reconocida expresamente en la legislación rusa y que, por lo tanto, no existía la posibilidad de dictar órdenes específicas de cara a la protección de las víctimas. En el transcurso de este caso se evidenció la falta de voluntad de las autoridades rusas en relación al reconocimiento de la violencia de género como un problema grave en Rusia, teniendo en cuenta además el efecto discriminatorio que este tipo de violencia produce hacia las mujeres.

En conclusión, a la luz tanto de la jurisprudencia más avanzada del TEDH como de las estadísticas y de la literatura existente sobre violencia doméstica, es necesario siempre entender esta como una violencia de género, en la que la discriminación por razón de sexo ha resultado esencial en la misma. Las mujeres y las niñas no solo se ven afectadas de manera desproporcionada sino también diferente. Por ello, la línea jurisprudencial del TEDH preponderante entiende que en los casos de violencia doméstica en los que el Tribunal determina que las autoridades no actuaron con la debida diligencia para abordar la violencia, existe, por lo tanto, un indicio *prima facie* de discriminación por motivos de sexo que siempre merece un examen más detenido.

4. DISCRIMINACIONES CONTRA EL HOMBRE POR RAZÓN DE SEXO

El número de casos en los que el TEDH ha determinado la existencia de discriminación directa por razón de sexo que ha afectado a hombres resulta ser significativo. En la mayor parte de los casos la existencia de esta discriminación trae causa de normativas o medidas administrativas nacionales en las que se evidencia el diferente rol de género atribuido a hombres y mujeres. El papel fundamental del hombre como proveedor de bienes y el de la mujer como cuidadora de los hijos se encuentra en la base justificativa de las acciones normativas o administrativas que generan la discriminación.

A la hora del estudio de los casos podemos clasificarlos atendiendo a diferentes ámbitos de discriminación.

a) Beneficios relacionados con la tenencia de hijos

El papel de la mujer y del hombre en el hogar y en el trabajo, y los beneficios sociales resultantes del mismo, fueron objeto de consideración en *el Caso Konstantin Markin contra Rusia*, en 2012. Este es un caso en el que consideró la discriminación por razón de sexo contra un hombre.

El demandante, que era militar, tenía la custodia de sus tres hijos, y pidió una licencia parental cuando nació su cuarto hijo. La Administración militar rechazó su

solicitud de licencia por tres años con el argumento de que esta estaba reservada solo para mujeres y que él, como hombre, sólo podía disfrutar del permiso parental de tres meses. El TEDH consideró que el permiso de paternidad en un momento posterior al nacimiento de los hijos tenía la finalidad de cuidar de éstos y que esta labor puede ser realizada tanto por la madre como por el padre por lo que entendió que se habían violado los derechos del demandante contenidos en los artículos 8 y 14 CEDH. En concreto entendió que para que pueda existir discriminación por razón de sexo deben existir «*very weighty reasons*» y que aspectos tales como los estereotipos, los prejuicios y las tradiciones culturales no constituían razones «tan pesadas» como para justificar esta discriminación⁴⁴.

Tal como nos recuerda Carmona, «el Tribunal pone de manifiesto que se ha producido una evolución legislativa en los Estados con relación a esta materia y que en la actualidad existe un consenso común europeo en el sentido de hacer posible que tanto el padre como la madre puedan solicitar y obtener un permiso de paternidad o maternidad. A juicio del Tribunal, ello supone que la sociedad europea ha evolucionado hacia una mayor igualdad en el desarrollo de la tarea de educar a los hijos e hijas, habiendo ganado reconocimiento el papel de los padres (varones) en esta labor»⁴⁵.

Incluso, el TEDH estableció al respecto una correlación entre diferentes tipos de discriminación, sosteniendo que

la percepción de que las mujeres son las principales cuidadoras de los niños y de que los hombres son el principal sostén de la familia no puede, por sí misma, [...] constituir una justificación suficiente para la diferencia de trato, al igual que los prejuicios similares basados en la raza, el origen, el color o la orientación sexual⁴⁶.

Por ello, se puede afirmar que se ha producido una importante evolución en la jurisprudencia del TEDH, desde una posición más tradicional sobre el papel de los padres y las madres en el cuidado de los hijos e hijas hasta una postura más progresiva, que reconoce los avances sociales hacia un reparto equitativo de responsabilidades familiares, tal como nos recuerda la citada autora, que cita el *Caso Petrovic contra Austria*, en 1998, como un caso similar en el que el TEDH sentenció de manera contraria. En este caso, el demandante, varón, había solicitado un permiso de paternidad para atender a su hijo después del nacimiento. En la legislación austríaca este tipo de

⁴⁴ Una sentencia en el mismo sentido se puede encontrar en el *Caso Hulea contra Rumania*, de 2012, que se refería a la negativa del Estado rumano a otorgar una indemnización a un militar por discriminación con respecto a su derecho a la licencia parental. Igualmente señalamos que en el momento de redactar estas líneas está pendiente de resolución por parte del TEDH el *Caso Tolasov contra Rusia* (núm. 15284/19) referido a la denegación de la concesión de un permiso parental al solicitante, un oficial de policía.

⁴⁵ CARMONA (2018), cit. pág. 319.

⁴⁶ «[...] *the perception of women as primary child-carers and men as primary breadwinners cannot, by themselves, [...] amount to sufficient justification for the difference in treatment, any more than similar prejudices based on race, origin, colour or sexual orientation*» (Párrafo 110).

permisos estaba previsto exclusivamente para las mujeres trabajadoras, pero no para los hombres en la misma situación, por lo que el demandante consideró que tales normas eran discriminatorias. El Tribunal no apreció vulneración del art. 14 CEDH y se basó en la falta de uniformidad en las legislaciones de los Estados parte con relación a la concesión de permiso de paternidad a los padres en las mismas condiciones que a las madres.

De este modo podemos ver cómo en poco más de una década la evolución socio-cultural acerca de la percepción de los roles tradicionales del hombre y la mujer, en este caso en relación a la paternidad, alcanzó a la doctrina del TEDH.

b) Pensión de viudedad

En relación a este tema debemos recordar el *Caso Willis contra Reino Unido*, en 2002. En este asunto el demandante era un viudo con dos hijas a quien se había denegado la pensión de viudedad al fallecer su esposa, principal sostenedora económica de la familia. Alegó que la imposibilidad para los hombres de beneficiarse de esa prestación, a la que sí tenían derecho las mujeres, constituía una discriminación por razón de sexo. El TEDH reiteró su doctrina de que «sólo las razones más fuertes podían justificar un trato diferente por razón de sexo» y de estatus marital y que, en este caso, no existía esa «razón fuerte» y por lo tanto no existía una justificación objetiva y razonable que legitimara ese trato diferente entre hombres y mujeres. Así pues, estimó que se había producido una vulneración del art. 14 en conjunción con el art. 1 del Protocolo n.º 1 CEDH (derecho de propiedad).

En el *Caso Zeman contra Austria*, de 2006, el demandante se quejó de discriminación en relación a la cuantía de la pensión de viudedad. De acuerdo con las disposiciones normativas austriacas, los viudos tenían derecho a recibir el 40% de la pensión que tenía su esposa fallecida, mientras que las viudas tenían derecho al 60% de la pensión de la que gozaba su esposo fallecido. El *iter* judicial en Austria no fue favorable a la petición del demandante, por lo que acudió al TEDH, el cual sostuvo que se había producido una violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 1 del Protocolo n.º 1 CEDH, encontrando que la diferencia en trato entre hombres y mujeres en lo que respecta al derecho a esa pensión de viudedad no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable.

Citamos también el reciente *Caso B. contra Suiza*, de 20 de octubre de 2020. Este caso se refería a la pérdida de la pensión de viudedad por parte del demandante una vez que su hija alcanzara la mayoría de edad. La legislación suiza otorga el derecho a una pensión de viudedad para el hombre hasta que el hijo más joven alcanzara la edad de 18 años, mientras que no sucede así en el caso de que quien cobre la pensión de viudedad sea la mujer, en cuyo caso no se pierde el derecho con la mayoría de edad del hijo menor. El TEDH sostuvo que se había producido una violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en conjunción con el artículo 8 CEDH (derecho al

respeto de la vida privada y familiar). En su argumentación, el TEDH entendió que el Convenio es un «instrumento vivo» que debe interpretarse a la luz de la realidad socioeconómica y que la presunción de la que parte la normativa cuestionada (que el marido es quien proporciona el sustento económico, particularmente cuando existen hijos) ya no resulta válida y no puede justificar la diferencia de trato de la que fue víctima el demandante. El Tribunal no pudo concluir que en el presente caso hubiera «razones muy importantes» para justificar dicha diferencia de trato por razón de sexo. Por lo tanto, concluyó que el Estado suizo no había proporcionado ninguna justificación razonable para la desigualdad en el trato y que por lo tanto la normativa aplicada había sido discriminatoria.

Un resultado diferente es el que podemos encontrar en el *Caso Andrlé contra la República Checa*, en 2011. Este asunto trataba de una discriminación en relación a la diferente edad de jubilación entre hombres y mujeres. Conforme a la legislación checa las mujeres y los hombres que cuidan a los niños tienen derecho a una pensión a distintas edades. En concreto, en este caso, el demandante, tras su divorcio, obtuvo la custodia de sus dos hijos menores. Al alcanzar los 57 años quiso jubilarse, pero su solicitud fue denegada debido a que no había alcanzado la edad de jubilación, que en ese momento era de 60 años para los hombres. Sin embargo, la edad de jubilación en el caso de las mujeres era de 57 años o menos, dependiendo del número de hijos que hubieran criado.

Tanto la justicia ordinaria como el Tribunal Constitucional checo no le dieron la razón y acudió al TEDH, quien dictaminó que no hubo violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en conjunción con el artículo 1 (protección de la propiedad) del Protocolo n.º 1, señalando que la normativa checa estaba razonable y objetivamente justificada y que continuaría estándolo hasta que la situación social y económica del país eliminara la necesidad de un trato especial y favorable hacia la mujer. En particular, consideró que la reducción de la edad de las mujeres para poder alcanzar la pensión de jubilación, adoptada normativamente en 1964, se basaba en circunstancias históricas específicas que reflejaban la realidad social de la entonces república socialista de Checoslovaquia. Esa medida perseguía un «objetivo legítimo» ya que fue diseñada para compensar la desigualdad y las dificultades generadas por el rol socioeconómico otorgado a las mujeres y por el modelo familiar de aquel momento histórico (y que, a juicio del TEDH aún persistía): trabajar a tiempo completo, así como cuidar a los niños y llevar el peso de la carga familiar. Es más, el monto de los sueldos y pensiones otorgados a las mujeres se consideraba también que era más bajo en comparación con el de los hombres⁴⁷.

⁴⁷ El TEDH también entendió que eran las autoridades nacionales las que se encontraban en una mejor posición para determinar un tema tan complejo relacionado con la economía y con las políticas sociales, y que dependían de múltiples variables domésticas así como del conocimiento directo de la sociedad en cuestión.

Por lo tanto, vemos cómo en este caso el TEDH entendió que no existía una discriminación directa hacia el hombre sino la aplicación de una medida tendente a la igualdad material a través de una acción positiva realizada por el Estado checo benefactora de la mujer.

c) *Prestación de servicios*

Otro ámbito en el que el TEDH ha tenido la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones y en el que ha determinado la existencia de trato discriminatorio hacia el hombre ha sido en el de la prestación de servicios o de obligaciones financieras subsidiarias. Así, en el *Caso Karlbeinz Schmidt contra Alemania*, en 1994, se declaró la vulneración de los artículos 14 y 4 CEDH pues una norma municipal exigía sólo a los hombres (y no a las mujeres) la prestación de un servicio en el cuerpo de bomberos o, en su defecto, el pago de una cantidad anual (lo que resultaba ser la práctica más habitual).

Pendiente de resolver en el momento de redacción de este trabajo se encuentra el *Caso Kung contra Suiza* (núm. 73307/17). En este asunto, el demandante, que fue declarado no apto para el servicio militar en 2005, seguía siendo responsable del pago de un impuesto especial denominado «impuesto de exención del servicio militar». Dado que este tributo no se exigía a las mujeres, el demandante afirmó haber sufrido una discriminación por razón de sexo (art. 14 CEDH) en relación también con los derechos contenidos en el artículo 4 (prohibición del trabajo forzoso) y en el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada) del Convenio.

En el *Caso Van Raalte contra los Países Bajos*, en 1997, el demandante, que era mayor de 45 años, nunca había estado casado y no tenía hijos, alegó ser víctima de un trato discriminatorio con respecto a la obligación de pago de una contribución en virtud de la legislación general de prestaciones para el cuidado de niños. Afirmó que la imposición de dicha contribución suponía una discriminación por razón de sexo dado que no se exigían contribuciones similares a las mujeres de esa edad solteras y sin hijos.

El TEDH sostuvo que se había producido una violación del artículo 14 en conjunción con el artículo 1 (protección de propiedad) del Protocolo n.º 1 CEDH. En su argumentación se señalaba que, si bien la exención de pago de la que disfrutaban las mujeres, con la intención de no infringir una carga adicional a los sentimientos que pudieran tener las mujeres de cierta edad por no haber tenido hijos, podía considerarse una medida legítima, no se encontraba una justificación suficiente para que se produjera una diferenciación por razón de sexo⁴⁸.

⁴⁸ Se señalaba en la argumentación del TEDH que tal medida debía aplicarse de manera equitativa tanto a hombres como a mujeres, puesto que hay hombres que con 45 años o menos no pueden procrear, mujeres de esa edad que pueden casarse con hombres que tienen hijos o incluso tenerlos ellas. Y que el argumento de exención de dicha contribución a las mujeres solteras sin hijos podría aplicarse

d) *Penas de prisión y régimen penitenciario*

Han sido varios los asuntos de los que ha tenido que conocer el TEDH en relación a discriminación por razón de sexo en el ámbito de las penas de prisión y del régimen penitenciario. Nos detendremos brevemente en cuatro de ellos.

En el *Caso L. y V. contra Austria*, en 2003, nos encontramos con una discriminación interseccional puesto que la discriminación directa que el Tribunal reconoció fue por el hecho de ser hombre y homosexual. El demandante había sido condenado por mantener relaciones homosexuales con un adolescente mayor de catorce años con el consentimiento de éste. A la hora de acudir al Tribunal de Estrasburgo entendía que se había producido una discriminación por razón de sexo dado que el Código Penal austríaco no castigaba ni las relaciones sexuales de mujeres lesbianas con adolescentes ni tampoco las relaciones heterosexuales con menores de la mencionada edad, siempre que fueran consentidas. El TEDH apreció vulneración del art. 14 en combinación con el art. 8 CEDH.

En el *Caso Khamtokhu y Aksenchik contra Rusia*, de 2017, el TEDH también tuvo que analizar si la norma penal rusa era discriminatoria. En concreto el asunto versaba sobre la aplicación de la cadena perpetua, la cual podía darse en caso de delitos especialmente graves siempre que el condenado no fuera mujer, o menor de 18 años o mayor de 65 años. En esta ocasión, el Tribunal consideró que tanto las normas europeas como las internacionales debían proteger especialmente a las mujeres frente a los abusos que las mismas sufren en las cárceles y que igualmente deben ser protegidas las mujeres embarazadas y las madres. Por ello, en ese contexto de mayor protección, el TEDH consideró proporcionada la exclusión de las mujeres de la cadena perpetua y, por tanto, estimó que no se había producido discriminación por razón de sexo⁴⁹.

Citemos a continuación el *Caso Alexandru Enache contra Rumanía*, también en 2017. Este caso se refería a la denuncia de un recluso que alegaba discriminación por razón de sexo debido al hecho de que, según la legislación rumana, solo las madres condenadas de los niños menores de un año podían obtener una suspensión de la ejecución de sus penas de prisión hasta que este cumpliera un año. La solicitud de suspensión de la ejecución de la pena de prisión presentada por el demandante, el padre de un niño menor de un año, había sido denegada por los tribunales rumanos sobre la base de que la disposición en cuestión tenía que ser interpretada restrictivamente. Aunque el TEDH consideró que tanto los padres como las madres deben atender a sus hijos pequeños⁵⁰ no entendió que se hubiera producido una discriminación directa por razón de sexo⁵¹, pues, tal como cita expresamente Carmona el TEDH «aprecia

igualmente a los hombres solteros sin hijos o a las parejas sin hijos, dado que la carga emocional que pudieran sufrir sería análoga.

⁴⁹ Se debe destacar que esta Sentencia tiene varios Votos Particulares, tanto concordantes como disidentes.

⁵⁰ Tal como ya se había afirmado en el *Caso Konstantin Markin contra Rusia*, de 2012, ya citado.

⁵¹ Existen también dos Votos Particulares, uno concordante y otro disidente.

diferencias entre las normas laborales y las normas penales. Aplica el principio de proporcionalidad a la diferencia de trato y concluye que ésta estaba objetiva y razonablemente justificada en atención a varias consideraciones: en primer lugar, la legislación estatal permitía al demandante solicitar la suspensión de la condena por otros motivos de salud personal o familiar; y, en segundo lugar, el argumento de la especial relación madre-hijo en los primeros meses de vida no puede considerarse irrazonable ni infundado, en especial, teniendo en cuenta que la CEDAW establece que las medidas para proteger la maternidad no deben considerarse discriminatorias»⁵².

Finalmente citamos el *Caso Ēcis contra Letonia*, en 2019. Este asunto se refería a un recluso de sexo masculino que se quejaba de que hombres y mujeres, condenados por el mismo delito, fueran tratados de manera diferente en lo que respecta al régimen penitenciario. En concreto se trataba de la denegación de un permiso para poder asistir al funeral de su padre. El TEDH sostuvo, en este caso, que se había producido una violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en conjunción con el artículo 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) dado que hombres y mujeres que habían cometido un delito grave y habían recibido la misma sentencia fueron tratados de manera diferente. En particular, señaló que los hombres fueron situados automáticamente en la categoría penitenciaria de seguridad más alta y sin posibilidad de que se le otorgaran permisos mientras que las mujeres fueron a prisiones parcialmente cerradas y menos restrictivas en sus condiciones penitenciarias. El TEDH entendió que era discriminatorio prohibir automáticamente a un hombre asistir al funeral, mientras que una mujer hubiera tenido tal posibilidad. En este caso no se entendió proporcional tal diferenciación y se entendió que se había producido una discriminación directa.

En conclusión, se aprecia en primer lugar cómo el TEDH ha ido evolucionando, tal como hemos hecho referencia, hacia una superación de estereotipos de género relacionados con el rol masculino de proveedor de bienes y femenino de cuidadora del hogar, lo que ha supuesto la consideración de la apreciación de la existencia de discriminaciones directas derivadas de la aplicación de ciertas normativas o medidas administrativas nacionales en las que se evidencia este diferente rol de género atribuido a hombres y mujeres.

En segundo lugar, y en relación al último apartado, debemos ser críticos con el trato diferenciador, avalado por el TEDH, en relación a cumplimiento de penas y régimen penitenciario que en determinados Estados europeos suponen una discriminación directa por razón de sexo. En este sentido consideramos que en el ámbito penal la apelación al principio de proporcionalidad para justificar trato diferente a hombres y mujeres debe realizarse de un modo especialmente restrictivo.

⁵² CARMONA CUENCA, E. (2018), cit. pág. 320.

5. CONCLUSIONES

- 1.^a La redacción del artículo 14 del CEDH ofrece una protección clásica de la igualdad entre mujeres y hombres, al consagrar la prohibición de discriminación por razón de sexo, junto con otros motivos de discriminación. Por lo tanto no se establece el principio general de igualdad, sino la prohibición de discriminación únicamente en el disfrute del resto de derechos y libertades reconocidos en el mismo, lo que ha llevado a una crítica generalizada por parte de la doctrina, que lo ha llegado a calificar como un principio «parásito».
- 2.^a El principio de no discriminación por razón de sexo, basado en el artículo 14 CEDH, ha sido utilizado por el TEDH, en la mayor parte de sus sentencias, para prohibir discriminaciones legales directas, o sea para declarar que aquellas normas que, sin una justificación objetiva y razonable (*very weighty reasons*), establecen un trato diferente y desfavorable para uno de los sexos están atentando contra el contenido del CEDH, señalando además reiteradamente que «las referencias a tradiciones, supuestos generales o actitudes sociales predominantes en un país son una justificación insuficiente para una diferencia de trato por motivos de sexo».
- 3.^a En este sentido hay que señalar que el TEDH ha condenado a los Estados firmantes del Convenio tanto por discriminaciones contra las mujeres (la mayoría) como también contra los hombres, y que se ha seguido una línea jurisprudencial evolutiva y favorable hacia un entendimiento pleno de la igualdad de género.
- 4.^a Con carácter general, se puede afirmar, pues, que el Tribunal ha sido sensible a los cambios sociales acaecidos en Europa en los últimos años, que propugnan un cambio de los roles tradicionales, que situaba a los hombres en el ámbito público y del trabajo remunerado y a las mujeres en el ámbito privado doméstico y del cuidado de los hijos e hijas.
- 5.^a Este entendimiento de la igualdad se ha evidenciado en el fallo de muchas de sus sentencias, relativas a ámbitos tan variados como el laboral y los beneficios sociales, el uso de los apellidos, las prácticas médicas o la violencia de género, ámbito este último en el que ha resultado esencial que se haya ligado a la discriminación por razón de sexo. Las mujeres y las niñas no solo se ven afectadas de manera desproporcionada sino también diferente. Por ello, la línea jurisprudencial del TEDH preponderante entiende que en los casos de violencia doméstica en los que el Tribunal determina que las autoridades no actuaron con la debida diligencia para abordar la violencia, existe, por lo tanto, un indicio *prima facie* de discriminación por motivos de sexo, más apropiadamente de género en este caso, que siempre merece un examen más detenido.
- 6.^a También hay que señalar que el número de casos en los que el TEDH ha determinado la existencia de discriminación directa por razón de sexo que

ha afectado a hombres resulta ser significativo. En la mayor parte de los casos la existencia de esta discriminación trae causa de normativas o medidas administrativas nacionales en las que se evidencia el diferente rol de género atribuido a hombres y mujeres. El papel fundamental del hombre como proveedor de bienes y el de la mujer como cuidadora de los hijos se encuentra en la base justificativa de las acciones normativas o administrativas que generan la discriminación.

- 7.^a Y la conclusión última a la que se llega en este trabajo es que, sin poner en duda la importante labor que contra la desigualdad y la discriminación directa por razón de sexo ha desarrollado el Tribunal de Estrasburgo, en ocasiones (sobre todo en sentencias más antiguas), los enfoques jurisprudenciales e incluso los importantes hallazgos interpretativos del Tribunal se han visto empañados también por estereotipos de género. En este sentido, podemos señalar que los estereotipos a menudo operan de manera sutil en lugar de abiertamente y, por esta razón, no son fáciles de detectar y de afrontar. Sin embargo, esta forma sutil de operar no debe impedir que el TEDH los siga sacando a la superficie dado el potencial daño que puede causar en cada caso individual por atentar contra la igualdad en el ejercicio de los derechos proclamada en el artículo 14 CEDH y en el artículo 1 del Protocolo n.º 12 CEDH. Acción de esclarecimiento que con muchos aciertos (y algunas dudas) ha sabido hacer el Tribunal de Estrasburgo a lo largo de las últimas décadas.

Title:

Prohibition of direct discrimination based on sex in the Jurisprudence of the Court of Strasbourg

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. SOME DETAILS ABOUT DIRECT DISCRIMINATION. a) Direct discrimination. b) Discrimination test. 3. DISCRIMINATION AGAINST WOMEN BASED ON SEX. a) Discrimination in the workplace and in social benefits. b) The Napotnik Case against Romania: a missed opportunity. c) Medical practices. d) Gender violence. 4. DISCRIMINATION AGAINST MEN BASED ON SEX. a) Benefits related to having children. b) Widow's pension. c) Provision of services. d) Prison sentences and prison regime. 5. CONCLUSIONS.

Resumen:

Este trabajo trata la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha consagrado la prohibición de discriminación directa por razón de sexo.

Se estudian en primer lugar aquellos casos de discriminación directa que han afectado a las mujeres, en ámbitos tales como el laboral y el de los beneficios sociales o las prácticas médicas. Continúa el trabajo con un apartado dedicado a la violencia de género.

Posteriormente se analizan aquellos otros en los que el perjudicado ha sido el hombre en ámbitos tales como los beneficios relacionados con la tenencia de hijos, la pensión de viudedad, la prestación de servicios o las penas de prisión y el régimen penitenciario.

Y la conclusión principal a la que se llega en este trabajo es que, sin poner en duda la importante labor que contra la desigualdad y la discriminación directa por razón de sexo ha desarrollado el Tribunal de Estrasburgo, en ocasiones los enfoques jurisprudenciales e incluso los importantes hallazgos interpretativos del Tribunal se han visto empañados también por estereotipos de género.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-100669-B-100 «GEN-DER: Generando una interpretación del Derecho en clave de igualdad de género», enmarcado en el Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad - Ministerio de Ciencia e Innovación (2019-2021).

Abstract:

This paper deals with the doctrine emanating from the jurisprudence of the European Court of Human Rights that has enshrined the prohibition of direct discrimination based on sex.

The cases of direct discrimination that have affected women are first studied in areas such as labor and social benefits (with a specific study of the recent *Napotnik Case* against Romania) or medical practices. The work continues with a section dedicated to gender violence.

Subsequently, some cases in which the victim has been the man in areas such as the benefits related to the possession of children, the widow's pension, the provision of services or prison sentences and the penitentiary regime are analyzed.

And the main conclusion reached in this work is that, without questioning the important work that the Strasbourg Court has carried out against inequality and direct discrimination based on sex, sometimes the jurisprudential approaches, and even the important interpretative findings of the Court, have also been clouded by stereotypes related to the principle of gender equality.

This work was carried out within the framework of the Research Project RTI2018-100669-B-100 «GEN-DER: Generating an interpretation of the Law in terms of gender equality», framed in the State Program of R +

D + i Oriented to Challenges of Society - Ministry of Science and Innovation (2019-2021).

Palabras clave:

Convenio Europeo de Derechos Humanos; Discriminación directa por razón de sexo; TEDH; Violencia de género.

Key words:

European Convention of Human Rights; Direct discrimination based on sex; ECtHR; Gender-based violence.

