

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2022 a 31/8/2023)*

Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2022 to 31/8/2023)

Autoría

JEAN JACQMAIN

Profesor jubilado de la Universidad Libre de Bruselas

Traducción

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Magistrado especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA***

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

JUAN ALBERTO TORMOS PÉREZ****

Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València

BELÉN GARCÍA ROMERO*****

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

doi: 10.20318/femeris.2024.8644

* El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, 2023, pp. 468 a 475. La crónica comprende decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a jean.jacqmain@ulb.ac.be.

** De la Parte I “igualdad de género”, Fernando Lousada ha traducido una parte del epígrafe 1 “igualdad en las condiciones de trabajo”, y el epígrafe 2 “igualdad en los regímenes legales de seguridad social”; y ha realizado una revisión general con Jean Jacqmain, autor del estudio.

*** De la Parte I “igualdad de género”, Gema Quintero ha traducido el apartado de “legislación” y una parte del epígrafe 1 “igualdad en las condiciones de trabajo”.

**** De la Parte II “otras discriminaciones”, J.A. Tormos ha traducido el apartado “legislación”, el epígrafe 1 “discriminación por razón de raza y del origen étnico”, y una parte del epígrafe 2 “discriminación por razón de edad”.

***** De la Parte II “otras discriminaciones”, Belén García ha traducido una parte del epígrafe 2 “discriminación por razón de edad”, el epígrafe 3 “discriminación por razón de las convicciones”, el 4 “discriminación por razón de la orientación sexual”, y el 5 “discriminación más allá del marco general”.

I. IGUALDAD ENTRE TRABAJADORES MASCULINOS Y FEMENINOS

Legislación

1. Presentada en 2013, una propuesta de la Comisión Europea tardó “solo” nueve años en dar como resultado la Directiva (UE) 2022/2381, de 23 de noviembre de 2022, relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de sociedades cotizadas y a medidas conexas. Basado en el artículo 157, apartado 3, del TFUE, este texto refleja la diversidad de situaciones en los Estados miembros, la mayoría de los cuales ya han legislado en este ámbito, con disparidades dependiendo de si sus códigos de sociedades distinguen o no entre consejos de administración y comités ejecutivos.

El campo de aplicación de la Directiva se remite a la Directiva 2014/65/UE relativa a los mercados de instrumentos financieros, pero limitándolo a las empresas que emplean al menos a 250 personas. Dentro de ese ámbito, se fija una cuota mínima del 40% de administradores no ejecutivos o 33 % sobre el total directivos + no ejecutivos, que deberán pertenecer al sexo contrario al resto. Tal objetivo debe alcanzarse a más tardar el 30 de junio de 2026. La directiva también exige que los Estados adopten normas que garanticen la neutralidad de género en los procesos de selección de administradores e impongan sanciones efectivas a las empresas recalcitrantes. Entró en vigor el 27 de diciembre de 2022 y el plazo de transposición finalizará el 28/12/2024.

2. Por contraposición, solo dos años hicieron falta para que la propuesta presentada en 2021 haya dado como resultado la Directiva (UE) 2023/970, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento. Este principio es tan esencial que ya figuraba en el artículo 119 del Tratado de Roma (hoy artículo 157 TFUE, cuyo apartado 3 constituye la base de la nueva Directiva) y que su efecto directo horizontal había sido ya reconocido. Sin embargo, los estudios científicos todavía revelan, en la Unión Europea, una diferencia salarial media del 13% en desventaja para las mujeres. Por tanto, eran necesarias medidas enérgicas.

En esencia, la Directiva garantiza, en cualquier empresa, el derecho de los trabajadores a la información sobre los niveles medios de remuneración, segregados por sexo, aplicables a categorías de personal que realizan las mismas tareas o tareas del mismo valor. Esta información también incluye los criterios utilizados para determinar la remuneración y su progresión profesional, que deben ser objetivos y neutrales desde el punto de vista del género.

Las empresas con más de 250 empleados deben presentar a las autoridades pertinentes un informe anual sobre la brecha salarial; la obligación se aplica cada tres años para las empresas más pequeñas (más de 150, enseguida más de 100). Si el informe revela una brecha superior al 5% que no puede justificarse por razones objetivas y neutrales desde el punto de vista del género, el empleador debe tomar medidas correctoras,

empezando por una evaluación salarial adoptada conjuntamente con la representación del personal.

En materia de acceso a la justicia, la nueva directiva establece una inversión parcial de la carga de la prueba cuando el empresario no haya cumplido las nuevas normas de transparencia, pues en ese caso deberá demostrar la ausencia de discriminación salarial. Fuera de ese caso rige la norma general de la directiva refundida 2006/54/CE, que solo prevé el reparto de aquella carga.

Otra novedad destacable es que, por primera vez, se prevé que el trato desfavorable infligido a la víctima tenga en cuenta varios criterios, tanto el género como uno o más de los mencionados en el artículo 19, apartado 1, del TFUE. El artículo 3, apartado 2, letra e), de la nueva Directiva menciona la superposición de tales criterios (discriminación múltiple). Además, el considerando 25 del preámbulo se refiere a la discriminación interseccional (trato desfavorable resultante de la interacción de varios criterios). Recordemos que hasta ahora el TJUE se había negado a reconocer la segunda posibilidad.

Por último, debemos precisar que la Directiva 2023/970/UE entró en vigor el 6 de junio de 2023 y que el plazo de transposición expirará el 7 de junio de 2026.

3. La Comisión también está preocupada por fortalecer los poderes de acción de los organismos de igualdad de trato en la implementación de la legislación contra la discriminación. Insistiendo en la independencia de las autoridades y en los medios adecuados que los Estados miembros deben garantizar a estos organismos de igualdad, la iniciativa de la Comisión adopta sorprendentemente la forma de dos propuestas de directiva, que son idénticas y presentadas juntas el 7 de diciembre de 2022: COM(2022) 688 final y COM(2022) 689 final.

Esta dualidad se explica tanto por la diferencia de fundamento en el Derecho primario como por el hecho de que en este ámbito algunas directivas existentes ya incluyen la exigencia de tales organismos y otras no, lo que confiere a ambas propuestas campos de aplicación heterogéneos. Así, la primera propuesta, basada en el artículo 19, apartado 1, del TFUE, se refiere a las cuestiones cubiertas por las Directivas 2000/43/CE (discriminación racial) y 2000/78/CE (igualdad en el empleo), pero también, en el ámbito de la igualdad de género, la directiva en vigor ahora más antigua, 79/7/CEE (regímenes legales de seguridad social) y la directiva 2004/113/CE (bienes y servicios). La segunda propuesta, basada en el artículo 157, apartado 3, del TFUE, aborda cuestiones de género cubiertas por la directiva “refundida” 2006/54/CE, además de por la directiva 2010/41/UE (trabajadores por cuenta propia).

Jurisprudencia

Sorpresa en el ámbito jurisprudencial: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado mucho más activo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ¿Es acaso osado creer en el progreso de la interacción entre los dos tribunales evocado a menudo en nuestras crónicas?

1. Igualdad en las condiciones de trabajo

a) Acceso a la formación profesional

STEDH de 8 noviembre 2022, Moraru vs Rumanía, req. nº 64480/19. En 2017, por primera vez, el TJUE examinó la incidencia de las características morfológicas sobre la igualdad de trato entre mujeres y hombres (STJUE de 18 octubre 2017, Kalliri, C-409/16). Sin llevar su reflexión mas allá, el TJUE constató que, atendiendo a la Directiva 76/207/CEE, aplicable a los hechos del supuesto, una norma uniforme referida a una altura mínima de 1,70 m como condición de admisión en la Academia de Policía de Grecia conducía a una discriminación indirecta para las mujeres, sin que el Gobierno al que atañía el caso pareciera aportar ningún tipo de causa justificativa convincente.

Por el contrario, en Rumanía, ciertas disposiciones legales imponían a los militares condiciones mínimas diferenciadas de talla y peso para los hombres (1,65 m. y 55 kg.) y las mujeres (1,55 m. y 47 kg.), y estas mínimas se aplicaban respecto de las candidaturas de admisión en la Escuela Militar de medicina. Esta regla ya ha sido derogada con posterioridad a los hechos sobre los que se ha debido pronunciar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Rechazada por estatura y peso reducidos, una candidata contrariada presento una reclamación ante el organismo para la igualdad de trato y ante la jurisdicción rumanas, apoyando en el asunto Kalliri del Tribunal de Justicia. En sendas vías, esta referencia fue desestimada por falta de relevancia jurídica.

La interesada, entonces, acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para denunciar una discriminación como consecuencia de la morfología (criterio que se puede entender incluido en la lista abierta del artículo 14 del CEDH), que obstaculiza su derecho a la formación (art. 2 del Primer Protocolo). El TEDH considera que el Gobierno no apoya su afirmación de “interoperabilidad” entre las fuerzas armadas, que exigiría al personal médico las mismas aptitudes que al resto de las tropas. La pertinencia de las normas morfológicas en lo relativo a la verificación del potencial físico no está además demostrada; a este respecto, las indicaciones de peso mínimo mencionadas arriba, tanto para hombres cuanto para mujeres, parecen alarmantes, especialmente cuando leemos que, según el Ministerio de Defensa, el equipo estándar de infantería pesa 59 kg ... En definitiva, el TEDH estima que las instituciones nacionales no han prestado la atención debida a las enseñanzas del asunto Kalliri. Por unanimidad, constata la violación de las disposiciones invocadas por la demandante, y le reconoce 7.500 euros de indemnización por daños morales.

Otra vez estamos en el caso, y esta vez con rotundidad, de que una sentencia del Tribunal de Estrasburgo pone de manifiesto que un Estado Miembro de la Unión europea, realiza una aplicación defectuosa del Derecho de la Unión.

b) Acceso al ejercicio de la profesión

STEDH de 11 julio 2023, Semenya vs Suiza, req. nº 10934/21. En la medida en que se trata de un deporte profesional de ámbito internacional (carrera a pié), se menciona

aquí el caso de una atleta sudafricana, a quien World Athletics no permite que acceda a las competiciones porque no quiere someterse al tratamiento hormonal destinado a hacer disminuir su tasa natural de testosterona. Las vías de reacción que había utilizado, sin éxito, habían sido ante el Tribunal Arbitral del Deporte, y después ante el Tribunal federal suizo.

Este último elemento ha convencido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para aceptar su competencia para examinar la solicitud de la interesada. Al final de una sentencia remarcablemente larga, el Tribunal, por 4 votos contra 3, constata la vulneración de los artículos 14 y 8 combinados del CEDH, así como del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), porque estima que los dos órganos jurisdiccionales interpelados no han tenido en cuenta todos los aspectos que hacia falta tomar en consideración, particularmente la diferencia entre el caso y la jurisprudencia relativa a los atletas transgénero. Los jueces disidentes desafían la competencia del Tribunal y la consideración de discriminación fundada en el sexo y las características sexuales, en la medida en que la comparación no se establece sino respecto de otras mujeres.

De todos modos, el caso no ha rematado porque la demanda de reenvío a la Gran Sala, introducida por el Gobierno, ha sido aceptada el 6 noviembre 2023.

c) Condiciones de extinción de la relación laboral

STEDH de 20 de diciembre de 2022, Moraru y Marin vs Rumanía, req. 53282/18 y 31428/20. Se trata de un caso que enfrentó a Rumanía con dos de sus funcionarias, obligadas a jubilarse a una edad (60 años) inferior a la que se aplicaba a sus colegas masculinos (65). Para impugnar la negativa a permitirles continuar con sus servicios, invocaron la Directiva 2006/54/CE y la jurisprudencia del TJUE, y en particular las sentencias Marshall I (STJUE de 26/02/1986, C-152/84) y Kleist (STJUE de 18/10/2010, C-356/09), pero los tribunales nacionales consideraron que estas referencias eran irrelevantes.

Tras recibir sus solicitudes basadas en el Duodécimo Protocolo, el Tribunal de Estrasburgo examina las decisiones de su colega de Luxemburgo. A diferencia de este, aquel admitiría una justificación para la diferencia directa de trato, pero el gobierno rumano no la presenta. EL TEDH acaba señalando que se trata de un caso de estereotipos de género. Por unanimidad, concluye que hubo una violación del principio general de no discriminación consagrado en el Duodécimo Protocolo, lo que afirma aún más sus potencialidades. Una demandante recibió 7.500 euros por daños materiales y morales, y la otra, 1.600 euros pues solo había solicitado la prórroga de sus servicios por un año.

d) Acoso en el trabajo

STEDH de 3 de noviembre de 2022, Dahan vs France, req. 32314/14. La persecución infligida por un embajador (jefe de la representación permanente de Francia ante el Consejo de Europa) a una subordinada parecía responder al concepto de “acoso” previs-

to en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva 2006/54/CE, distinguible del “acoso sexual” (inciso d). El mismo concepto aparece en la Directiva 2000/78/CE y dio lugar a la única sentencia que el TJUE ha tenido que dedicar a este fenómeno repugnante, en aquel caso vinculado a la discapacidad (STJUE de 17/07/2008, Coleman, C-303/06).

En la STEDH el enfoque es distinto. Tras la denuncia de la víctima, las autoridades adoptaron medidas administrativas contra el autor que dieron lugar a su jubilación de oficio; el *Conseil d'État* rechazó sus recursos. Es la demanda de este interesado de la que el TEDH conoce y, por unanimidad, el Tribunal ha concluido que no había violación del artículo 6, apartado 1, del CEDH.

2. Igualdad en los sistemas legales de seguridad social

STEDH de 11 de octubre de 2022, Beeler vs Suiza, req. 78630/12. Hace tres años, una Sala del TEDH había censurado a la Confederación Helvética en relación con la pensión legal de viudedad que un viudo había perdido cuando la menor de los hijos que había criado, había alcanzado la mayoría de edad, mientras que una viuda habría seguido percibiendo la prestación (STEDH de 20 de octubre de 2020, Beeler vs Suiza, req. 78630/12). El Gobierno suizo solicitó una remisión a la Gran Sala. Y esta comparte, en esencia, el análisis de la Sala y constata discriminación de género, prohibida por el artículo 14 del CEDH. Una mayoría de 12 votos contra 5 considera que el artículo 8 (derecho a la vida familiar) es la disposición sustancial que debe combinarse con el artículo 14. Los cinco disidentes explican que es más bien el artículo 1 del Primer Protocolo el que era apropiado, ya que la renta en que consiste la pensión de viudedad legal seguramente entra dentro del derecho de propiedad.

El Gobierno suizo había esgrimido que Suiza no se adhirió a este instrumento adicional. En verdad, el malestar en el TEDH se está profundizando en relación con el uso del artículo 8 como medida provisional en casos de este tipo. Ya lo habíamos observado en otro caso suizo de discriminación de género en la Seguridad Social (STEDH de 2 de febrero de 2016, Di Trizio vs Suiza, req. 7186/09), y un poco antes en el tema del acceso de las mujeres a los empleos públicos en Turquía (STEDH de 2 de diciembre de 2014, Emel Boyraz vs Turquía, req. 61960/08). La controversia pierde su propósito cuando el Estado en cuestión ha suscrito el Duodécimo Protocolo, pero no es el caso de Suiza.

Por lo demás, repitamos una vez más que, de haber sido aplicable, el Derecho de la Unión Europea no habría arrojado ninguna luz sobre el litigio, ya que las prestaciones de supervivencia constituyen una de las lagunas en el ámbito material de la Directiva 79/7/CEE, incompleta aún después de 45 años.

STEDH de 19 de enero de 2023, Domenech Aradilla y Rodríguez González vs España, req. 32667/19 y 30807/20. STEDH de 26 de enero 2023, Valverde Digon vs Spain, req. 22386/19. El año pasado vimos al Tribunal de Justicia (STJUE de 14 de octubre de 2021, INSS, C- 244/20) utilizar un auténtico truco de magia para concluir que

el objeto del litigio sobre el que se le cuestionaba no estaba comprendido en el Derecho de la Unión. Se trataba de las condiciones para acceder a la pensión de supervivencia tras una convivencia estable en el ordenamiento jurídico español. Según la Ley General de la Seguridad Social, la convivencia debe durar al menos dos años antes del fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, período que se certifica mediante registro formal. Sin embargo, la LGSS dejaba margen a las normas propias de las Comunidades Autónomas y, precisamente, el Código Civil catalán admite la prueba de la convivencia por todos los medios legales, hasta que el Tribunal Constitucional la anuló en 2014. Pero las carencias legislativas –o pretorianas– del Derecho de la Unión no afectan al TEDH que ha podido pronunciarse sobre el tema dos veces con intervalo de una semana.

El primer caso se refería a dos solicitantes catalanes, cada una de las cuales había presentado su solicitud de pensión de viudedad antes de que el Tribunal Constitucional dictara sentencia. Rechazadas sus solicitudes por el INSS, y luego también sus recursos judiciales, invocaron ante el TEDH no una discriminación (como en el caso sometido al TJUE), sino la violación del artículo 1 del Primer Protocolo combinado con el artículo 6, apartado 1, del CEDH. En el presente caso (compárese con *Beeler vs Suiza*, supra), el TEDH es unánime al considerar que la pensión de viudedad entra dentro del derecho de propiedad, respecto del cual las expectativas legítimas de los demandantes no podían verse frustradas por un cambio legislativo. Por tanto, se produjo una infracción del artículo 1 del Primer Protocolo. Como los demandantes no proporcionaron ninguna información que permitiera evaluar el daño material, este solo concedió a cada uno 8.000 euros en concepto de daño moral.

En el segundo caso, también catalán, la inscripción de la convivencia, la defunción y la solicitud de la pensión de viudedad se habían producido poco después de la modificación legislativa. Por ello, la misma Sala del TEDH, de idéntica composición, aunque llegó a la misma conclusión, solo lo hizo por una mayoría de 4 a 3. Los disidentes creen que, por sí sola, la evolución de la legislación no supone una violación del artículo 1 del Primer Protocolo. La sentencia también considera que, al permitir la legislación española la revisión de decisiones dictadas sobre la base de disposiciones que ha invalidado, se abre para el demandante el camino adecuado hacia la reparación del daño.

STJUE de 8 de diciembre de 2022, Fondo Nacional del Seguro de Pensiones, C-731/21. Por simple asociación de ideas, colacionamos aquí una sentencia dictada por el TJUE en materia de Seguridad Social de inmigrantes. Una pareja francesa había registrado debidamente su convivencia legal en Francia, donde residían los interesados, aunque eran trabajadores por cuenta ajena en Luxemburgo. El hombre murió allí en un accidente de trabajo y cuando la mujer solicitó la concesión de una pensión de supervivencia, se la denegaron porque la pareja habría tenido que registrarse en el Gran Ducado, trámite que sigue siendo opcional para los nacionales. Cuestionado por el Tribunal de Casación de Luxemburgo, el TJUE precisa que el artículo 45 TFUE y el artículo 7 del Reglamento (UE) 492/2011 relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión se oponen a tal requisito, que perjudica a los nacionales de otros Estados miembros y establece una discriminación basada indirectamente en la nacionalidad en perjuicio de trabajadores transfronterizos.

II. OTRAS DISCRIMINACIONES

Legislación

Vid. supra, la propuesta de Directiva COM(2022) 688 final de 7/12/2022, sobre “organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato”.

Jurisprudencia

De nuevo, el TEDH acapara los asuntos sobre discriminación por motivos raciales o xenofobia, que sobre todo afectan a la población romaní. Ante el TJUE, en cambio, el criterio de la edad reafirma su habitual primacía.

1. Discriminación en función de la raza o del origen étnico

STEDH de 4 de octubre de 2022, Paketova a.o. vs Bulgaria, req. 17808/19 y 36972/19. Desafortunadamente, el TEDH se ha tenido que pronunciar otra vez en poco tiempo sobre otro asunto relativo a unas familias romaní expulsadas de sus viviendas por la hostilidad de la población autóctona, activamente apoyada por el alcalde de la localidad (véase, no hace mucho tiempo, la STEDH de 19 de mayo de 2022, L.F. vs Hungría, req. 621/14). El procedimiento judicial de acuerdo con el Derecho búlgaro no había resultado en ninguna reparación. Por unanimidad, el TEDH aprecia vulneración de los arts. 8 y 14 del CEDH, y reconoce a cada uno de los demandantes una indemnización que oscila entre 4.000 y 9.000 € en concepto de daños morales.

Los antecedentes expuestos por el TEDH muestran que los afectados no habían invocado la legislación nacional en materia de lucha contra la discriminación ni habían recurrido ante el Comité que la garantiza, por lo que el gobierno búlgaro había planteado un motivo de inadmisión por falta de agotamiento de las posibilidades de recurso. El TEDH desestima dicho motivo y acepta la alegación de los demandantes basada en la falta de eficacia de la acción de dicho Comité, en especial por la duración de los procedimientos.

Sin embargo, es evidente que la legislación citada transpone, entre otras, la Directiva 2000/43/CE, y que el Comité es el “organismo para la igualdad de trato” previsto en el art. 13 de la misma. El asunto ofrece, por tanto, otro ejemplo del fenómeno que ya se señaló en la crónica precedente, a propósito de la igualdad de género y el acoso sexual: un litigio planteado ante el TEDH revela que el Estado en cuestión, que es miembro también de la Unión Europea, ha llevado a cabo una transposición defectuosa de la Directiva.

SSTEDH de 8 de diciembre de 2022: Caldaras et Lupu vs Francia, req. 13561/15; Ciurar e. a. vs Francia, req. 35697/15; Stefan e. a. vs Francia, req. 36779/1; Stan vs Francia, req. 41969/16; Sisu e. a. vs Francia, req. 45871/16; Margoi e. a. vs Francia, req. 72596/16. A diferencia de otros países, las autoridades francesas parecen haber mo-

dificado sus prácticas en un sentido más acorde con el CEDH, tal y como lo interpretó el TEDH hace tres años (STEDH de 14 de mayo de 2020, *Hirtu e. a. vs Francia*, req. 24720/13). En relación al desmantelamiento en la región parisina de campos ocupados por familias romanís de nacionalidad rumana, el TEDH dictó el mismo día seis decisiones de inadmisión en las que aprecia que la injerencia en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar perseguía objetivos legítimos, y también que las autoridades tuvieron en cuenta la situación de vulnerabilidad de los afectados. La denuncia relativa al art. 8 del CEDH está, pues, manifiestamente mal fundamentada; y por lo que respecta a otras disposiciones, se aprecia una falta de agotamiento de los recursos previstos en el Derecho nacional.

Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisión de 8 de diciembre de 2022, Centre européen pour les droits des Roms vs Bélgica, récl. 185/2019. En cuanto a Bélgica, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha admitido una reclamación colectiva a raíz de una operación policial de gran envergadura, que resultó en la confiscación de caravanas y el bloqueo de cuentas bancarias. Entrando sobre el fondo de la cuestión, el Comité aprecia que solo una de las quejas presentadas estaba suficientemente fundamentada, y por 9 votos contra 5 concluye que se ha vulnerado el art. 16 de la Carta Social Europea revisada (derecho de las familias a la protección, en particular en materia de vivienda) en relación con el artículo E (no discriminación).

STEDH de 13 de diciembre de 2022, Elmazova a. o. vs Macedonia Norte, req. 11811/20 y 13550/20. Una vez más (véase la precedente STEDH de 31 de mayo de 2022, *X. a. o. vs Albania*), el TEDH ha abordado un caso de segregación de niños romanís en la escuela. Aunque parecía tratarse de una situación que resultaba de la voluntad de los progenitores “autóctonos” (lo que había llevado a los tribunales nacionales a concluir que las autoridades no habían incurrido en ninguna política discriminatoria), el TEDH constata que se ha producido una vulneración del art. 14 de la CEDH en relación con el art. 2 del Protocolo adicional (derecho a la educación); reconoce a cada una de las familias demandantes una indemnización de 1.200 € en concepto de daños morales; y recuerda que conforme al art. 46 de la CEDH, el Estado en cuestión debe aplicar la resolución adoptando medidas de desegregación.

STEDH de 30 de marzo de 2023, Szolcsán vs Hungría, req. 24408/16. Poco después, el TEDH ha resuelto sobre un asunto idéntico en relación a otro Estado. El demandante, que se quejaba de no haber sido autorizado a asistir a escuela primaria no segregada, obtuvo 7.000 € en concepto de daños morales.

STEDH de 23 de mayo de 2023, Avdiu a. o. vs Albania, req. 49516/17. El TEDH ha podido observar un progreso en Albania, en comparación con el caso respecto del que se pronunció el año anterior (STEDH de 31 de mayo de 2022, *X. a.o. vs Albania*, req. 73548/17 y 45521/19). En el municipio en cuestión, la intervención del Comisario de protección contra la discriminación había resultado en el cierre de la escuela reservada a

los niños romanís y la organización de su traslado a establecimiento que responde a las exigencias de integración. El TEDH inadmite la petición planteada por 15 familias.

STEDH de 18 de octubre de 2022, Basu vs Alemania, req. 215/19, y STEDH de 18 de octubre 2022, Muhammad vs España, req. 34085/17. Recientemente, el TJUE (en la STJUE de 15/04/2021, Braathens Regional Aviation, C-30/19) se pronunció por primera vez sobre el tema de los controles de identidad facial, o *racial profiling* para los fans de las series policiales anglosajonas. Declaró que la Directiva 2000/43/CE se oponía a una disposición demasiado inteligente del derecho judicial sueco que había impedido al tribunal nacional reconocer la discriminación basada en la raza o el origen étnico.

Con este precedente del TJUE, sorprende que, en dos Estados miembros de la Unión, y respecto de litigios similares, no se haya citado la Directiva sobre discriminación por el origen racial o étnico en el curso de los procedimientos nacionales infructuosos que llevaron a las víctimas a acudir al TEDH. Resolviendo sobre ello el mismo día, el TEDH constata en el primer caso (Basu vs Alemania), por unanimidad, una vulneración conjunta de los arts. 14 y 8 del CEDH; en el segundo (Muhammad vs España), por 4 votos contra 3, concluye en sentido opuesto. Las opiniones concordantes y discrepantes relativas a los dos asuntos revelan una controversia profunda entre los magistrados en cuanto a las obligaciones de los Estados sobre la prueba de la discriminación directa.

2. Discriminación en función de la edad

STJUE de 17 de noviembre de 2022, Ministero dell'Interno (límite de edad para el reclutamiento de comisarios de policía, C-304/21. El TJUE ha tenido que examinar un asunto cuyos hechos se asemejan a uno precedente, también con origen en Italia: la STJUE de 3 de junio de 2021, Ministero della Giustizia (notarios), C-914/19. En el asunto presente, un candidato había sido admitido provisionalmente a un concurso selectivo a pesar de no cumplir con la edad máxima exigida, y tras superar las pruebas es descartado; en el transcurso del procedimiento judicial que le siguió, el Consiglio di Stato se dirige al TJUE.

Se trataba en este caso de la edad de 30 años en relación con puestos de comisario en la policía nacional. El TJUE contempla en primer lugar la aplicación del art. 4.1 de la Directiva 2000/78/CE, que permite exceptuar la prohibición de discriminación si entran en juego las exigencias del ejercicio de la función. Refiriéndose a su jurisprudencia contrastada (STJUE de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, y STJUE de 15 de noviembre de 2016, Salaberria Sorondo, C-258/15), e informado del carácter principalmente directivo y administrativo de las funciones en cuestión, el TJUE aprecia que el art. 4 no sería de aplicación, correspondiendo al tribunal nacional verificarlo en el caso en cuestión. Si este llega a la misma conclusión, se debería examinar la incidencia del art. 6.1, de la Directiva, según el cual una excepción puede estar también justificada por objetivos legítimos de política social. A este respecto, el TJUE carece de información, pero señala

que, si una de las consideraciones consiste en ofrecer a los interesados una carrera razonablemente larga, en tanto que la edad legal de jubilación está en 61 años, condicionar el proceso selectivo en disputa a aquella edad máxima parece desproporcionado.

STJUE de 20 de octubre de 2022, Curtea de Apel Alba Iulia e. a., C-301/21. Varias modificaciones legislativas han revalorizado la remuneración de los magistrados rumanos, pero dicho incremento se ha aplicado de manera diferente a los interesados según su antigüedad en el puesto. Distintos tribunales nacionales recibieron impugnaciones, y uno de ellos, la Curtea de Apel Oradea, ha remitido cuestión prejudicial al TJUE en relación a la incidencia de la Directiva 2000/78/CE. El TJUE responde que no percibe, en los elementos que se le han sometido a valoración, indicios de discriminación por edad, y recuerda su jurisprudencia según la cual los criterios enumerados por la Directiva no pueden ser objeto de una interpretación extensiva (STJUE de 8 de octubre 2020, Universitatea “Lucian Braga” Sibiu e. a., C-644/19).

STJUE de 20 de abril de 2023, Landespolizeidirektion Niederösterreich et Finanzamt Österreich, C-650/21. Parece ser que Austria ha descubierto un nuevo deporte nacional en el que el TJUE debe necesariamente actuar como árbitro. Planteada hace ya catorce años la cuestión de la antigüedad en el baremo de los funcionarios que iniciaron su carrera con unas prácticas formativas antes de cumplir 18 años de edad (STJUE de 18 de junio de 2009, Hütter, C-88/08), tal cuestión provoca una actividad legislativa que fomenta un contencioso de idas y venidas ante los tribunales nacionales, los cuales no dejan de plantear cuestiones al TJUE. De nuevo cuestionado por el Verwaltungsgerichtshof, esta vez respecto de dos policías del Land de Baja Austria, el TJUE ha aclarado (solo de momento, hay que temer) tres aspectos.

En primer lugar, en relación a un intento precedente de recoger los pedazos de Humpy Dumpty, el TJUE había señalado (STJUE de 8 de mayo de 2019, Leitner, C-396/17) que la legislación no podía mantener el régimen considerado discriminatorio estableciendo un mecanismo de transferencia a un nuevo régimen que no eliminaba los efectos negativos sufridos por los afectados. Ello representa sin duda una mejora, pero bajo una forma más compleja que permite que subsistan todavía las consecuencias de la discriminación en la edad mínima, a las que se oponen los arts. 1, 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE, en relación con el art. 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

En segundo lugar, el asunto Leitner había indicado a los jueces nacionales que inaplicasen las disposiciones entonces en vigor que mantenían los efectos discriminatorios. El nuevo modelo, siempre insuficiente, pero de otro modo a como se venía diciendo, precisaba que la doctrina del TJUE solo beneficiaba a los funcionarios que, antes de su entrada en vigor, habían obtenido una decisión judicial favorable y firme. De ahí surge una discriminación tan flagrante que el TJUE la inadmite en relación con los principios de igualdad de trato (art. 20 de la Carta, al que le otorga efecto directo) y de seguridad jurídica.

En tercer lugar, y sin duda para intentar poner fin al problema, la nueva legislación prevé que los períodos de prácticas formativas serán tomados en cuenta en su totalidad

solo si la persona interesada ha sido incorporado después del 31 de marzo de 2000; en caso contrario, estos períodos sufren una doble reducción. Esta vez, el TJUE considera que una regla de esas características, que no se refiere a la edad, es compatible con la Directiva.

STJUE de 27 abril de 2023, BVAEB (cuantía de la pensión de vejez), C-681/21. Un deporte nacional, acabamos de escribir; ¿o dos? Porque el régimen profesional de pensiones de los funcionarios austriacos también está siendo una fuente viva de reformas legislativas inmediatamente cuestionadas en términos de discriminación. Los dos casos siguientes son prueba de ello.

El primero, que afectaba a una funcionaria jubilada en 2011, se refería a una diferencia de trato basada en la edad entre dos categorías de personal que los tribunales consideraron discriminatoria; el legislador procedió entonces a una equiparación de la situación a la baja con carácter retroactivo. Responder a las preguntas del *Verwaltungsgerichtshof* exige recordar principios elementales: mientras no se corrijan las disposiciones defectuosas, la categoría lesionada debe beneficiarse del régimen favorable; después, y para el futuro, no está prohibida, en principio, una reducción uniforme de la ventaja controvertida, pero el derecho de la Unión no acepta el atajo de igualar el trato desfavorable desde el pasado. En el asunto, el TJUE concluye, por tanto, que a falta de exigencia imperativa de carácter general, los artículos 2, apartados 1 y 2, letra a), y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE se oponen a la reforma controvertida.

STJUE de 20 de abril de 2023, BVAEB (adaptación de pensiones de vejez), C-52/22. El segundo litigio, planteado por un funcionario que se jubiló en 2020, se refiere a la sustitución, el 1 de enero de 2012, del régimen de pensiones de los funcionarios por el régimen general, y a una diferencia de trato (retraso de 1 año en la primera revalorización) entre quienes tenían derecho al antiguo régimen (más favorable) y quienes sólo tienen derecho al nuevo régimen. El Tribunal ya había examinado una cuestión similar de posible discriminación indirecta (en ese caso anterior, basada en el género: STJUE de 5 de mayo de 2022, BVAEB, C-405/20). Por ello, respondió al *Bundesverwaltungsgericht* que, habida cuenta del objetivo de garantizar la viabilidad y la coherencia del régimen de pensiones, los artículos 2, apartado 1, y 2, letras a) y b), y el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no se oponen a la diferencia cuestionada.

STJUE de 7 de junio de 2023, OP c. Parlamento, T-143/22. El Tribunal General de la Unión Europea ha aprendido bien la “lección” que le dio el año pasado el Tribunal de Justicia en el asunto de las pensiones de viudedad en la función pública europea (STJUE de 14 de julio de 2022, Comisión c. VW e. a., C-116/21 P a C-118/21 P, C-138/21 P y C-139/21 P). En este nuevo caso, la pareja se divorció en 2017 después de 37 años y se volvió a casar en 2021; el marido, que llevaba dos años jubilado, falleció dos meses después. El Tribunal de Primera Instancia aplicó sin vacilar la condición de 5 años impuesta a la duración del matrimonio por el artículo 20 del anexo VIII del Estatuto y desestimó el recurso contra la decisión de la Administración de denegar la pensión de supervivencia.

Por nuestra parte, solo podemos mantener nuestros comentarios sobre la sentencia del Tribunal (véase nuestra Crónica de jurisprudencia correspondiente a 2021/2022 en *Femeris*, vol. 8, nº 2, p. 140).

STEDH de 13 de diciembre de 2022, Test-Achats vs Bélgica, req. 77039/12. Por su parte, el TEDH consideró infringido el artículo 6 del CEDH en un caso en que el tribunal belga no había reconocido la parcialidad que pesaba sobre el experto que había designado. El caso merece aquí una breve mención porque el demandante, una asociación de protección de los consumidores, había iniciado un procedimiento contra una compañía de seguros que, según alegaba, había discriminado por motivos de edad. En este caso, solo estaba en juego la legislación nacional contra la discriminación, pues la Directiva 2000/78/CE no incluye en su ámbito de aplicación el acceso a bienes y servicios, a diferencia de la Directiva 2004/113/CE en materia de género.

3. Discriminación en función de las convicciones

STJUE de 13 de octubre de 2022, s.c.R.L. (vestimenta de connotación religiosa, C-344/20). En el contexto de una formación profesional, una trabajadora musulmana que lleva el hiyab había solicitado unas prácticas no remuneradas en el *Foyer Bruxellois*, sociedad mercantil de derecho público que gestiona viviendas sociales. Al anunciar que se negaría a descubrirse para desempeñar sus funciones, fue excluida en cumplimiento del reglamento del empleador, que, en base a una “política de estricta neutralidad”, prohíbe a los miembros del personal “manifestar sus convicciones religiosas, filosóficas o políticas, cualesquiera que sean, de palabra, vestimenta o de cualquier otro modo”. La interesada interpuso una acción solicitando el cese y una indemnización ante el Tribunal Laboral de Bruselas, basándose en la ley federal de 10 de mayo de 2007 sobre la discriminación en general, aplicable porque la empresa está sujeta al derecho laboral federal. El tribunal belga planteó al Tribunal de Justicia varias cuestiones sobre la Directiva 2000/78/CE.

En su respuesta, el Tribunal aclaró en primer lugar que la expresión “religión o convicciones” que figura en el artículo 1 de la Directiva se refiere a un criterio único, que abarca tanto las creencias religiosas como las filosóficas o “espirituales”. Por consiguiente, las disposiciones nacionales de transposición, que algunos tribunales interpretan distinguiendo entre ambos conceptos, no pueden validarse como más favorables en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva (regla *stand-stil* o de no regresión y mantenimiento del *statu quo*). Esta fue la conclusión a la que llegó la Abogada General L. Medina, a quien el Tribunal había pedido que se centrara en este aspecto.

A continuación, el TJUE se remite a su jurisprudencia (SSTJUE de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, y Bougnaoui y ADDH, C-188/15; STJUE de 15 de julio de 2021, WABE y MH Müller Handels, C-804/18 y C-341/19) para concluir que, en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva, una prohibición formulada como en el caso de la empresa en cuestión, y aplicada de forma general e indiscriminada, no supone

una discriminación directa contra los trabajadores que desean “ejercer su libertad religiosa o de conciencia llevando un signo o una prenda de connotación religiosa”.

Sin embargo, el TJUE añade que la prohibición podía dar lugar a una discriminación indirecta contra dichas personas por razón de su religión o convicciones, y que el deseo de aplicar una política de neutralidad, aunque constituyera un objetivo legítimo, no eximía al empresario de demostrar que esa política de neutralidad respondía a una necesidad real.

4. Discriminación basada en la orientación sexual

STJUE de 12 de enero de 2023, TP (realizador audiovisual para la televisión pública), C-356/21. En Polonia, un trabajador autónomo, realizador de programas de televisión, había estado empleado durante siete años por una emisora pública en virtud de una serie de contratos de ejecución de obra. Después de que junto a su pareja publicaran un vídeo en *YouTube* en el que abogaban por la tolerancia hacia las parejas del mismo sexo, se canceló su último contrato y no hubo más contratos. El interesado interpuso un recurso ante el Tribunal de Distrito de Varsovia basado en la legislación interna sobre igualdad de trato, pero esta solo contempla los criterios de sexo, raza, origen étnico y nacionalidad, y no el de la orientación sexual. Por tanto, el incumplimiento de la Directiva 2000/78/CE era evidente, pero el órgano jurisdiccional que conoció del asunto solicitó al Tribunal de Justicia que le aclarara sobre su aplicación a la negativa a celebrar un contrato de obra.

Basándose en las conclusiones del Abogado General T. Ćapeta, el Tribunal estableció en primer lugar que la formulación “condiciones de acceso a las actividades por cuenta propia” que figura en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva tenía efectivamente por objeto abarcar un caso de este tipo; citó por analogía la sentencia que había dictado en el asunto de las declaraciones públicas homófobas relativas al empleo en un bufete de abogados (STJUE de 23 de abril de 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*, C-507/18). El Tribunal añade, por lo que se refiere al incumplimiento del último contrato celebrado con el trabajador, que la expresión “condiciones de despido” de la letra c) del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva debe entenderse como “cese unilateral de la actividad” a que se refiere la disposición en la letra a).

Por último, el Tribunal orienta al juez nacional sobre la posible aplicación de las excepciones a la prohibición de discriminación permitidas por el artículo 2, apartado 5, de la Directiva 2000/78/CE. Por lo que se refiere a la protección de los derechos y libertades de terceros, señala que la libertad de empresa garantizada por el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no es absoluta y no puede tener por efecto vaciar de contenido el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva; señala asimismo que excluir la orientación sexual de la lista de criterios protegidos por la legislación nacional no parece en absoluto necesaria en una sociedad democrática.

Así pues, el Tribunal de Luxemburgo concluye que el artículo 3, apartado 1, letras a) y c), de la Directiva se opone a tal legislación en un caso como el presente. Además, hay que preguntarse si el tribunal polaco podría resolver el litigio considerando que la institución

contratante tiene un carácter público suficientemente evidente como para que el efecto directo vertical de las disposiciones de la Directiva pueda subsanar la laguna de la legislación.

5. Discriminación más allá del marco general

STEDH de 10 de noviembre de 2022, Bakiridzi y E.C. vs Hungría, req. 49636/14 y 65678/14. Al igual que otros Estados del sudeste de Europa, Hungría dispone de una legislación destinada a garantizar a los miembros de las minorías nacionales el derecho a la representación política. Sin embargo, la eficacia de esta normativa fue impugnada por una electora de origen griego y un elector de origen armenio, primero, sin éxito, ante los tribunales del país y después ante el TEDH. El TEDH observó, en primer lugar, que el umbral electoral, aunque se rebajara en favor de las minorías, no dejaba ninguna posibilidad de éxito a las que contaban con muy pocos afiliados y, en segundo lugar, que el diferente régimen, que obligaba a los interesados a votar solo a una lista específica y bloqueada, no les permitía expresar libremente sus opiniones políticas. El Tribunal constató una violación del artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 3 del Primer Protocolo (derecho a elecciones libres).

STEDH de 29 de agosto de 2023, Kovačević vs Bosnia-Herzegovina, req. 43651/22. Del mismo modo, la ley electoral de Bosnia-Herzegovina, de conformidad con la Constitución que reserva un lugar predominante a los “pueblos constituyentes” (bosnio, croata y serbio), fue impugnada por un ciudadano que denunciaba el sistema político como etnocrático y no democrático. Por 6 votos contra 1, el TEDH estimó la denuncia de infracción del artículo 1 del Duodécimo Protocolo. El Juez G. Kucsko-Stadlmayer, Presidente de la Sección, disintió, criticando a sus colegas por un examen superficial del agotamiento de los recursos y de la condición de víctima.

STEDH de 2 de mayo de 2023, Mestan vs Bulgaria, req. 24108/15. En un tema relacionado, el mismo Tribunal de Estrasburgo tuvo que tratar la demanda de un político de origen turco, líder de un partido al que pertenecen muchos miembros de la minoría turca de Bulgaria. Durante una campaña electoral, se había dirigido a ellos en su lengua, a pesar de que el búlgaro es la única lengua exigida por la ley, so pena de una sanción pecuniaria impuesta por las autoridades, que fue confirmada por los tribunales del país. El TEDH consideró por unanimidad que tal restricción de la libertad de expresión era innecesaria en una sociedad democrática, declaró que se había infringido el artículo 10 del CEDH y concedió al demandante 1.200 euros por daños morales.

Otro nuevo recordatorio de la importancia que adquiere el criterio de la lengua en el “Derecho de Estrasburgo”, mientras que en el “Derecho de Luxemburgo”, el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea permanece al respecto desprovisto de la oportuna concreción.