

Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género

Agreements and disagreements between ECHR and CJEU in matters of gender equality

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

*Magistrado especialista de lo social – TSJ / Galicia
Doctor en Derecho / Graduado Social
Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad
de A Coruña*

Recibido: 21/02/2019

Aceptado: 01/03/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4764>

Resumen. El estudio analiza las coincidencias y las discrepancias existentes entre la jurisprudencia del TEDH y del TJUE en relación con dos cuestiones concretas en las cuales está implicada la igualdad de género: la conciliación masculina y la discriminación múltiple. La existencia de las discrepancias obedece a las diferentes características de los ordenamientos jurídicos que cada tribunal debe aplicar. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es un texto sobre derechos humanos y habilita ampliamente al TEDH para su aplicación. Mientras que el Derecho de la Unión Europea, aunque tiene unos objetivos de integración más ambiciosos que el CEDH, presenta carencias en materia de derechos humanos, lo que limita en no pocas ocasiones la actuación del TJUE. La solución estaría en la deseable integración de ambos ordenamientos jurídicos a través de la adhesión de la Unión Europea al CEDH.

Palabras clave: igualdad de género, TEDH, TJUE.

Abstract. The study analyzes the coincidences and discrepancies between the jurisprudence of the ECHR and the CJEU in relation to two specific issues in which gender equality is involved: male conciliation and multiple discrimination. The existence of the discrepancies is due to the different characteristics of the legal systems that each court must apply. The European Convention on Human Rights is a text on human rights and enables the ECHR to apply it broadly. While the European Union Law, although it has more ambitious integration objectives than the ECHR, it has many lacks about human rights, which limits the CJEU's decisions on many occasions. The solution would be the desirable integration of both legal systems through the accession of the European Union to the ECHR.

Keywords: gender equality, ECHR, CJEU.

*fernando.lousada@udc.es

I. La igualdad de género en el derecho multinivel europeo y el diálogo entre tribunales

Desde hace unos años hay dos tópicos en el mundo del Derecho que han tomado protagonismo en los estudios doctrinales: el derecho multinivel y el diálogo entre tribunales. Ambos son consecuencia de la pluralidad de fuentes del Derecho que actualmente confluyen en un mismo ordenamiento jurídico –y aquí utilizo la expresión con el significado de fuente material del Derecho esto es como poder legitimado para crear Derecho–. Cada una de esas fuentes se dota de un orden jurídico basado en unos principios propios –de ahí el surgimiento del llamado derecho multinivel– y de un poder judicial que garantice su debida aplicación –lo que conduce al diálogo entre tribunales–.

Nos proponemos realizar algunas reflexiones personales acerca del diálogo sobre igualdad de género entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, radicado en Estrasburgo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, radicado en Luxemburgo.

A veces ese diálogo ha creado puntos de encuentro que han permitido avances significativos apoyándose un tribunal en la doctrina del otro, y viceversa. Ha ocurrido con la conciliación masculina, que examinaremos como ejemplo de punto de encuentro.

Pero otras veces el TEDH ha ido por delante del TJUE, llegando aquel a donde este no podía lastrado por los límites del ordenamiento comunitario. Ha ocurrido con la discriminación múltiple, que examinaremos como ejemplo de punto de desencuentro.

II. Un encuentro entre estrasburgo y luxemburgo: la conciliación masculina

a) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El planteamiento histórico de la jurisprudencia luxemburguesa con relación a los derechos masculinos de conciliación es hijo de un tiempo en el cual la atribución a las mujeres de las labores de cuidado de hijos/as recién nacidos aparentaba natural. Desde la perspectiva del derecho comunitario, la cuestión se reconduce al alcance de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, y, más específicamente, al alcance de la exclusión que se contempla en su artículo 2, apartado 3: *“la presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad”*.

Interpretando esta norma, la STJUE de 12.7.1984, Hofmann, C-184/83, admite la atribución a la trabajadora de un descanso retribuido por el Estado tras la expiración del plazo legal de protección de la maternidad, sin que se obligue al Estado a permitir su concesión al padre, ni siquiera si hubiera acuerdo entre ambos progenitores, porque el citado artículo 2.3 contempla, *“por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y con posterioridad a este, hasta el momento en que se normalizan sus*

funciones fisiológicas y psíquicas después del parto y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”.

Ya antes del Caso Hofmann –aunque a decir verdad no con tanta contundencia– se había considerado conforme a la normativa comunitaria la existencia de un permiso a favor de la madre adoptiva –STJUE de 26.10.1983, Comisión contra Italia, C-163/82–.

Tal entendimiento amplio de la excepción de maternidad se ha criticado en la doctrina porque “*perpetúa la clásica responsabilidad femenina a cargo del cuidado de hijos y contribuye a mantener indeseables estereotipos*”¹. Acaso por ello, la normativa comunitaria ha evolucionado en un sentido divergente a la doctrina Hofmann, y acaso por ello también el TJUE no ha vuelto a aplicarla aunque ha tenido ocasión de hacerlo.

La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha desarrollado –como se deriva de su propia denominación– solamente el aspecto de “*la protección de la condición biológica*”, pero no el aspecto de “*la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo*”. Y la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, modificativa de la Directiva 76/207/CEE, ha eliminado el artículo 2.3, que tampoco aparece en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, refundidora –entre otras directivas de igualdad de mujeres y hombres– de las anteriores.

Tampoco con posterioridad se ha aplicado la doctrina Hofmann, y las ocasiones en que acaso se podría aplicar, no se aplicó. A estos efectos, hay dos “*leading-case*”.

- (1) El primero de esos “*leading-case*” es la STJUE de 29.11.2001, Caso Griesmar, C-366/99, que consideró contrario al principio de igualdad la exclusión a los funcionarios que acrediten haber cuidado a sus hijos/as de una bonificación a efectos de la pensión de jubilación que se concede a las funcionarias. Dada la torpeza de la República francesa en corregir adecuadamente el defecto legislativo, ello ha dado lugar a un tortuoso íter judicial ante las instancias judiciales europeas de otros afectados. Y es que la modificación realizada a raíz del Caso Griesmar establecía unos beneficios para la jubilación aplicables a ambos sexos, pero con la condición de haber interrumpido los servicios durante al menos dos meses al amparo de ciertos permisos para el cuidado de hijos, entre ellos el de maternidad. Aquí saltó una esquirola que impactó con el TEDH: un funcionario varón denuncia ante Estrasburgo que la reforma legislativa se le aplica de manera retroactiva, y la STEDH de 11.2.2010, Caso Javaugue vs. Francia, constata una violación del derecho a un juicio justo (reconocido en el artículo 6.1 del CEDH).

¹ María Amparo BALLESTER PASTOR, quien al efecto ha destacado que el TJUE “*(da) un paso atrás respecto a (su) postura en torno al alcance de la legislación protectora*”, “Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 164.

Pero lo peor estaba por llegar², y vino de la mano de la STJUE de 17.7.2014, M. y B. Leone, C-173/13. Otro funcionario, acompañado de su esposa (que invoca el perjuicio personal que sufriría, en caso de fallecimiento de su marido, en el cálculo de la pensión de supervivencia), denuncia la existencia de una discriminación indirecta. Considerando que un porcentaje más elevado de mujeres que de hombres pueden cumplir las condiciones para la jubilación anticipada, el TJUE admite la posibilidad de una discriminación indirecta bajo la reserva de justificación, por parte de la República francesa, de un interés social legítimo que la medida impugnada debe atender efectivamente, a examinar por la jurisdicción nacional. En cuanto a la invocación de una acción positiva, el TJUE no ve en qué medida la anticipación de la jubilación ayudaría a los interesados a superar las dificultades existentes a lo largo de la carrera profesional.

(2) El segundo de esos *“leading-case”* es la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez, C-104/09, procedente de España, donde, en consonancia con un anhelo de la doctrina laboral española³, se consideró discriminatorio el permiso español de lactancia que, si bien con posibilidad de traspaso al padre, era de titularidad en principio femenina. Sin dar por finiquitada la doctrina Hofmann⁴, el TJUE se distancia de las consecuencias a que conduciría su aplicación porque *“(el) permiso (de lactancia) se concede a los trabajadores y trabajadoras por su condición de progenitores... (no para) asegurar la protección de la condición biológica de la madre después de su embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo”*⁵.

Se reitera la doctrina Roca Álvarez en la STJUE de 16.7.2015, Caso Maïstrellis, C-222/14. De conformidad con el estatuto del personal judicial griego, mientras que una jueza tenía derecho incondicional a una licencia después de un nacimiento o adopción, un juez solo podía reclamarlo si su esposa tenía una actividad profesional. El Tribunal considera ello contrario al Acuerdo Marco, pues con el mismo se pretende garantizar ese permiso a todo progenitor, y a las directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, pues se establecen condiciones de trabajo que son diferentes para los hombres y las mujeres. Además, la normativa griega suponía claramente una perpetuación de los roles tradicionales de género que atribuyen a las mujeres el cuidado de los hijos/as.

² Con anterioridad al Caso M. y B. Leone, se había planteado otra cuestión prejudicial por impacto adverso sobre los hombres, Caso Amédée, C-572/10. Pero la cuestión fue retirada antes del dictado de la Sentencia. Sobre esta escaramuza judicial véase Jean JACQMAIN, “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2011 a 31/8/2012)”, Aequalitas, número 31, 2012, páginas 16-17.

³ Véase en este sentido, y ya en el año 1996, José Fernando LOUSADA AROCHENA: *“la parificación absoluta (de la titularidad del permiso de lactancia), permitiendo, incluso, el ejercicio simultáneo del permiso por ambos progenitores trabajadores, parece más acorde con el principio de igualdad entre ambos sexos”*, “El permiso de lactancia”, Relaciones Laborales, número 14, 1996, página 163.

⁴ Lo que critica Jean JACQMAIN: *“no se entiende, en 2010, el interés en mantener esa jurisprudencia, dejando escapar la posibilidad de considerarla definitivamente obsoleta”*, “Crónica de la Jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, Aequalitas, número 29, 2011, página 9.

⁵ Sobre el Caso Roca Álvarez, y sus consecuencias en el derecho español interno, me permito remitir a José Fernando LOUSADA AROCHENA “El permiso de lactancia es un permiso para el cuidado de hijos/as (A propósito de la STJUE de 30.9.2010, Caso Roca Álvarez)”, Diario La Ley, núm. 7536, 2010.

Para dar cumplimiento al Caso Roca Álvarez, España modificó el artículo 37.4 del ET para que, donde decía “la trabajadora”, se diga “los trabajadores”, añadiendo que “este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”. El problema surge porque se agrega que “solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”, de manera que, si la madre no trabaja, el padre no puede disfrutarlo. Precisamente en un caso en el cual la madre estaba en desempleo, se planteó una cuestión prejudicial que el TJUE inadmite en ATJUE de 21.3.2018, Caso Vadillo González, C-252/17: una inadmisión formal sustentada en la supuesta defectuosa argumentación de la cuestión que solo se explica porque el TJUE se ha querido poner una venda para no apreciar la dimensión de género.

b) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ha evolucionado en términos semejantes al TJUE, aunque –como veremos– la evolución no se encuentra tan acabada en el TEDH como en el TJUE.

A finales del Siglo XX –la primera vez que conoció un caso de derechos de conciliación masculina–, la posición del TEDH fue reticente, pues aunque –en palabras del propio TEDH– se detectaba una tendencia en los Estados miembros a la extensión de los derechos de conciliación a los progenitores varones, se entendía que esa tendencia no estaba consolidada. De ahí que en la STEDH de 27.3.1998, Caso Petrovic vs. Austria, no se consideró discriminatorio limitar a las madres una prestación por nacimiento de hijo. El TEDH ya estaba anticipando un cambio en su jurisprudencia.

Y el cambio se produjo con la STEDH de 7.10.2010, Caso Konstantin Markin vs. Rusia, confirmada a 22.3.2012 por la Gran Sala, donde se examinaba la adecuación al CEDH de un permiso parental para el personal militar solo concedido a las soldados. La Gran Sala examina en primer lugar, como factores contextuales, las directivas europeas sobre el permiso parental (la antigua 96/34/CE y la nueva 2010/18/EU), y dos Sentencias del TJUE relativas al reparto de responsabilidades familiares entre el padre y la madre: Griesmar y Roca Álvarez. Hecha esta aproximación, la Corte confirma que, si bien el artículo 8 del CEDH no exige la regulación de un permiso parental, en cuanto este contribuye a la calidad de la vida familiar entra dentro del ámbito de la disposición. En cuanto al artículo 14, el Tribunal confirma que el padre y la madre están en relación con el permiso parental en situaciones comparables, rechazándose los argumentos expuestos por Rusia para justificar la diferencia de trato: la invocación de una acción positiva para las mujeres es desacertada porque, por el contrario, la norma impugnada se basa en estereotipos acerca de la distribución de roles en la familia; y en cuanto al argumento de que la concesión del permiso parental a los hombres socavaría la eficacia operativa de las fuerzas armadas, se encuentra falto de toda demostración. Por ello, la Gran Sala concluye que el derecho a un permiso parental incluido dentro del derecho a la vida familiar y la exclusión de su disfrute a soldados varones es una vulneración acumulativa de los artículos 8 (vida familiar) + 14 (principio de igualdad) del CEDH.

La Sentencia de 2.10.2012, Caso Hulea vs. Rumanía, reitera sin mucho problema la doctrina Markin pues se trataba de un caso similar de discriminación de género en el acceso al permiso parental en el ámbito castrense por unos hechos anteriores a la adhesión de

Rumanía a la Unión Europea. En esa época, y en contra de la legislación general rumana, a los militares varones se les excluía del derecho al permiso parental. Aunque el Tribunal Constitucional de Rumanía decidió la existencia de discriminación, y ello provocó una corrección legislativa, el interesado no obtuvo reparación. Trayendo a colación –como no podía ser de otro modo– la doctrina Markin vs. Rusia, el Tribunal Europeo consideró la violación de los artículos 14 y 8 del CEDH.

Sin embargo, hay algunos signos de preocupación en orden al asentamiento definitivo de esta doctrina a favor de la conciliación masculina. En la STEDH de 17.2.2011, *Andrle vs Chequia*, sobre anticipación de la jubilación derivada del cuidado de hijos/as no aplicable a los varones, se considera que son acciones positivas a favor de las mujeres, lo que supone una divergencia con la normativa comunitaria porque “*la Directiva 79/7/CEE, sobre la igualdad de género en la Seguridad Social obligatoria, no prevé, en principio, excepciones para justificar el principio de no discriminación*”⁶. Y en la STEDH de 3 octubre 2017, *Enache vs. Rumanía*, se desestima la demanda de un recluso rumano que pretendía la aplicación a su favor de una disposición legal que permite a una madre solicitar el aplazamiento de la ejecución de la sentencia hasta el primer cumpleaños del hijo recién nacido; el TEDH argumenta que la diferencia de trato tiene una justificación objetiva en el mejor interés del niño, aunque hay votos disidentes que subrayan que la posición mayoritaria contradice claramente la doctrina Markin.

IV. Un desencuentro entre estrasburgo y luxemburgo: la discriminación múltiple

a) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) se muestra muy abierto a recibir el concepto de discriminación múltiple –acumulativa e interseccional–⁷ dada la amplitud de la cláusula de igualdad que contiene su artículo 14 al prohibir distinciones “*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*”. No es así de extrañar que el TEDH, ciertamente después de alguna oportunidad perdida, ya haya aludido en alguna ocasión de gran interés doctrinal al concepto de la discriminación múltiple, y, en todo caso, aplique con completa naturalidad en el enjuiciamiento la confluencia de distintas causas de discriminación.

Un primer asunto donde el TEDH pudo ya utilizar el concepto de la discriminación múltiple, pero no lo utilizó –con lo cual se puede hablar de una oportunidad perdida–, fue en la Sentencia de 8 de diciembre de 2009, *Caso Muñoz Díaz contra España. La Nena* –so-

⁶ En este sentido se manifiesta Jean JACQMAIN, quien –y así lo afirma explícitamente– “*se queda con las ganas de saber si sería igual la respuesta que, con el derecho comunitario en la mano, daría actualmente el Tribunal de Luxemburgo*”, “Crónica ... (de 1/9/2010 a 31/8/2011)”, citada, página 8.

⁷ Sobre la discriminación múltiple, véase José Fernando LOUSADA AROCHENA, “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho Social*, número 81, 2018.

brenombre de la actora– se había casado por el rito gitano con un varón gitano que, como albañil, había cotizado 20 años a la Seguridad Social. Tuvieron 6 hijos. Disponían de Libro de Familia, tenían la condición de familia numerosa y toda la familia constaba en la cartilla de la Seguridad Social. Los tribunales españoles denegaron la pensión de viudedad de la actora al entender que ni se la había discriminado por razón de sexo, ni por razón de raza, pero analizando por separado ambas causas de discriminación. El Caso de La Nena fue fallado a su favor en la citada STEDH, pero no argumentando sobre la base de una discriminación interseccional –como había sostenido alguna atinada doctrina⁸–, sino sobre la cláusula genérica de igualdad, pues en otros casos donde mediaba buena fe de los esposos la jurisprudencia española había flexibilizado la exigencia de la forma matrimonial, trayendo a colación para subrayar esa diferencia de trato la prohibición de discriminación de origen racial⁹.

Otro asunto relativo a España donde, de manera ciertamente escueta, el TEDH introdujo el concepto de discriminación múltiple fue en la STEDH de 25.07.2012, B. S. contra España. Se trataba de una mujer de origen nigeriano, con residencia regular en España, que ejercía la prostitución, y que sostuvo que unos agentes de policía la llamaron “puta nigeriana” y la agredieron con ocasión de una serie de acciones de identificación en una céntrica calle de Palma de Mallorca. Rechaza el TEDH la denuncia de la demandante por trato policial inhumano o degradante al no estar los hechos suficientemente acreditados, pero sí considera la existencia de discriminación al no haberse investigado judicialmente los hechos con la suficiente seriedad. El TEDH entiende que los tribunales no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución, faltando con ello a la obligación que les incumbía en virtud del artículo 14 de adoptar todas las medias posibles para determinar si una actitud discriminatoria ha podido desempeñar algún papel en los sucesos. Ahora bien, esta Sentencia alude al término de discriminación múltiple, introduciendo así una categoría jurídica que hasta entonces nunca antes había utilizado, pero no explica si ello tiene con-

⁸ Fernando REY MARTÍNEZ argumentó, en tal sentido, que *“a la recurrente se la impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se le impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo con los usos gitanos (por ser mujer gitana) y cuidar del marido hasta la muerte de este (por ser mujer y gitana), pero se le negó jurídicamente una pensión de viudedad (por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido jurídicamente aplicable a una mujer paya o fácticamente aplicable a un varón gitano) –es evidente que su experiencia de discriminación no la hubiera podido haber sufrido ni una mujer paya ni tampoco un varón gitano– es específica –es una discriminación múltiple– discriminación que no ha sido judicialmente reparada”*, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, Revista Española de Derecho Constitucional, número 84, 2008.

⁹ Aunque considera *“el fallo razonable”*, Fernando REY MARTÍNEZ se lamenta de que *“la interpretación elegida limita enormemente las posibilidades futuras de aplicación de su argumentación”*, “La discriminación racial en la Jurisprudencia del TEDH”, accesible en www.procuradorageneral.es, y “La Sentencia del TEDH de 8.12.2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?”, Diario La Ley, número 7344, 2010. Parecidamente, Alicia CATALÁ PELLÓN, limita a los casos de buena fe la aplicación de la doctrina del Caso de La Nena, “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a minoría étnica”, Aequalitas, número 26, 2010, página 15. Y Cristina SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, concluye que *“difícilmente el Caso Muñoz Díaz podrá ser extrapolado a futuras demandas”*, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, Aranzadi Social, volumen II, número 18, 2010, BIB 2009 2052. Véase un magnífico análisis de este Caso, y el impacto del mismo en la doctrina judicial, en el reciente estudio de Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, “La costumbre matrimonial gitana y el derecho a pensión contributiva de viudedad. Una reinterpretación del tema, a la luz de la historia y la interdisciplinariedad jurídicas”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, número 17, 2018.

secuencias jurídicas distintas a las de una discriminación por un solo motivo, ni delimita cuál es su alcance¹⁰.

Más moderna es la STEDH de 25 de julio de 2017, Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal. Se trata de una ciudadana portuguesa, nacida en 1945, sometida en 1995 a una operación quirúrgica para la extracción de las glándulas de Bartolín, en la cual, por un error médico, se le inutilizó el nervio pudendo. A partir de entonces, sufre incontinencia urinaria, dolor al andar y sentarse e imposibilidad de tener relaciones sexuales. El Tribunal Supremo redujo dos partidas indemnizatorias: de 16.000 € a 6.000 € la relativa a la necesidad de contratar una empleada de hogar para las tareas domésticas porque –entre otras razones– la demandante, dada la edad de sus dos hijos, “solo debe cuidar de su esposo”, no siendo necesario en consecuencia contratar a una empleada de hogar a tiempo completo; de 80.000 € a 50.000 € porque –entre otras razones– la demandante, que tiene ya 50 años y dos hijos, “tiene una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad”. Considera el TEDH la existencia de una discriminación por sexo y edad porque, cuando el tribunal nacional afirma que la sexualidad no es importante para una mujer quincuagenaria con dos hijos como lo es para una joven, está asumiendo la tradicional idea de que la sexualidad femenina esta ligada al propósito de tener hijos, ignorando la relevancia física y psicológica de la sexualidad en la realización de la mujer como persona, y omitiendo tomar en consideración las dimensiones que la sexualidad tenía para la demandante en el caso concreto. La existencia de prejuicios en el razonamiento judicial se corrobora con la frase “solo debe cuidar de su esposo”. Además, el TEDH trae a colación dos asuntos decididos asimismo por el Tribunal Supremo de Portugal en los cuales, en indemnizaciones por errores médicos en que los demandantes eran varones quincuagenarios, se dieron indemnizaciones superiores por las dificultades en el acto sexual, a la vez que ello se consideraba un “tremendo shock”.

Con independencia de los otros factores concurrentes –origen racial o étnico en el Caso de la Nena, origen racial o étnico y nacionalidad en el Caso B. S., o edad en el Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais–, los tres casos tienen el denominador común de la discriminación por sexo/género, demostrando su fácil acumulabilidad a otras causas.

b) Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La situación es totalmente diferente en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aunque la doctrina científica se ha afanado en buscar casos de discriminación múltiple en su jurisprudencia, lo cierto es que nunca ha admitido el concepto de discriminación múltiple ni sus eventuales consecuencias jurídicas. Quizás, hasta el Caso Parris –al que se hará mención de inmediato y que, como veremos, sienta una doctrina restrictiva–, el caso donde más de cerca había aparecido la discriminación

¹⁰ En este sentido véase el análisis, y en particular las conclusiones, de Ruth ABRIL STOFFELS, “El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo (TEDH – Sentencia de 25 de julio de 2012, B. S. contra España, 47159/08 – arts. 3 y 14 CEDH – tratos inhumanos o degradantes – prohibición de discriminación – deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía)”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 44, enero/abril 2013, páginas 309-326.

múltiple fue en la STJUE de 19 de abril de 2012, Caso Meister, C-415/2010. La trabajadora demandante alegaba la existencia de un rechazo al empleo por una discriminación múltiple por su sexo, su edad y su origen étnico. Sin embargo, la cuestión resuelta por el TJUE no tenía que ver con el concepto de discriminación múltiple, ni con sus consecuencias jurídicas, sino con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba que, de manera idéntica, se contienen en las tres directivas referidas a esas causas de discriminación –a saber, el artículo 8 de la 2000/43/CE, el artículo 10 de la 2000/78/CE, y el artículo 19 de la 2006/54/CE–.

En la STJUE de 24 de noviembre de 2016, Caso Parris, C-443/15, se enjuició si era discriminatorio por razón de orientación sexual, o por razón de edad, o por ambas razones conjuntamente, un plan de pensiones de empleo que supeditaba el derecho de las parejas registradas supérstites de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se haya celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, cuando es que el derecho irlandés no le ha permitido a dicho afiliado –por tratarse de una pareja de homosexuales varones– celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar esa edad. El TJUE rechaza la existencia de discriminación primero por orientación sexual y luego por edad, para acabar concluyendo que –en contra de criterio de la Abogada General Sra. J. Kokott– tampoco hay discriminación combinada. Según el TJUE, *“aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado”*. Y el fallo consiguiente no puede ser más claro: *“los artículos 2 y 6, apartado 2, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no puede crear una discriminación basada en el efecto combinado de la orientación sexual y de la edad cuando dicha normativa no constituye una discriminación en razón de la orientación sexual ni en razón de la edad consideradas por separado”*. El TJUE está aquí aplicando una objeción hecha por alguna doctrina científica: si la interseccionalidad obliga a identificar un colectivo discriminado, estaríamos entonces ante una nueva causa de discriminación diferente a la suma de las causas de discriminación conjugadas que debería ser recogida legalmente para poder ser aplicada judicialmente. Otra solución diferente –según esta objeción– supondría –utilizando un símil beisbolístico– batear dos veces: una atendiendo a las causas de discriminación contempladas en la ley, y otra atendiendo a otra causa de discriminación.

¿Aplicaría el TJUE los mismos argumentos si una de las discriminaciones a considerar fuera la de sexo? No debemos olvidar que el artículo 8 del TFUE establece que *“en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”* –principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres–. Quizás esta norma actúe como una palanca argumental válida para concluir que una discriminación interseccional con componente de género siempre debe ser judicialmente tutelada sin necesidad de ninguna intervención legislativa en orden a reconocer protección al colectivo de mujeres multi-

discriminado. Una solución en sentido contrario negativo sería admitir que las directivas sobre raza y sobre otras discriminaciones se pueden aplicar sin tomar en consideración el objetivo de conseguir la igualdad de los sexos.

IV. ¿Qué hacer para la necesaria confluencia entre estrasburgo y luxemburgo?

Si algo se deduce de los dos anteriores ejemplos, uno de encuentro y otro de desencuentro entre el TEDH y el TJUE, es que cuando los ordenamientos jurídicos que aplican (el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Derecho de la Unión Europea, respectivamente) les confieren competencias paralelas la tendencia es a confluir, como efectivamente ha ocurrido con la conlaciación masculina, mientras que los desencuentros se producen cuando los mimbres normativos que uno y otro manejan difieren, como efectivamente ha ocurrido con la discriminación múltiple. Y es que ambos ordenamientos jurídicos, si bien nacidos en el mismo momento histórico –la postguerra de la Segunda Guerra Mundial– y con una misma intención –la creación de instancias supranacionales a nivel regional europeo para evitar en el futuro nuevas confrontaciones bélicas creando un espacio de paz y prosperidad–, obedecen a un diseño muy diferente.

Uno sustentado en la idea de un federalismo regional, que fue promocionado en especial por el Reino Unido, pretendía la creación de una organización supranacional de defensa de derechos humanos. Cristaliza en la Constitución del Consejo de Europa y en la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el 4 de noviembre de 1950.

Se trata de un proyecto estático, lo que no quiere decir que no haya evolucionado la protección de derechos humanos en Europa desde 1950, pues lo ha hecho y mucho merced a la labor del Consejo de Europa y del TEDH; lo que se quiere decir es que el ámbito de actuación de estas instituciones sigue siendo el mismo: la protección de derechos humanos. Y ello incluye la igualdad de género, al principio como prohibición de discriminación de los demás derechos contemplados en el CEDH –artículo 14 del CEDH–; posteriormente en relación con cualquier derecho –Protocolo 12 del CEDH–.

El otro, promocionado por Francia y Alemania, se sustentó en la teoría neofuncionalista según la cual la integración de los Estados se debe iniciar en un sector concreto para acabar construyendo una comunidad política a través de un derramamiento de integración de un sector sobre los demás (“*spillover*”). La célebre afirmación de la Declaración de Robert Schuman, inspirada por Jean Monet, lo expresa muy bien: “*Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho*”.

Se trata de un proyecto más ambicioso y de carácter dinámico progresivo. Había que elegir entonces por dónde se empezaba. Y se empezó por la integración en el sector energético, sin duda para detraer del control nacional un sector tan trascendental a los efectos de un eventual rearme bélico. Así es como se aprueba el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, firmado en París el 9 de mayo de 1950, y los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Eu-

ropea de la Energía Atómica, firmados en Roma el 27 de marzo de 1957. Ni se empezó en consecuencia por la protección de derechos humanos –acaso en el sobreentendido de que de eso ya se ocupaba el Consejo de Europa–, ni la protección de derechos humanos es una competencia transferida en su integridad por los Estados miembros a la Unión Europea –como se pretendió con la fallida Constitución europea–. Sin perjuicio de que sí lo ha sido la protección de determinados derechos humanos, como precisamente la igualdad de género en ámbitos progresivamente ampliados: empleo y trabajo; protección social; autónomos; y bienes y servicios y su suministro.

Tal diferente concepción de la integración europea, y la forma concreta en la cual se ha plasmado, si bien permite ciertos fructíferos encuentros –vg. la conciliación masculina– determina la existencia de desencuentros –vg. la discriminación múltiple–: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una instancia judicial especializada con competencias plenas en la protección de los derechos humanos, y, entre ellos, el derecho a la igualdad de género; mientras que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no está especializado en derechos humanos, ni tiene competencias plenas en la materia, sin perjuicio de que sea competente en relación con algunos derechos humanos sobre los cuales los Estados miembros han transferido competencias a la Unión Europea, como precisamente ocurre con el derecho a la igualdad de género en determinados ámbitos.

¿Qué hacer, pues, para la necesaria confluencia entre Estrasburgo y Luxemburgo? La solución se encuentra en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, en la versión derivada del Tratado de Lisboa: *“La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados”*. Sin embargo, las negociaciones consiguientes a este mandato no están dando sus frutos, ni parece que los vayan a dar de una manera inmediata, a pesar de que ya han transcurrido algo más de dos lustros desde el Tratado de Lisboa.

Ciertamente no se nos escapan las dificultades de encajar una organización internacional como es la Unión Europea dentro del Consejo de Europa, ni las dificultades subsiguientes para coordinar las competencias de sus respectivas instituciones; dificultades que se aprecian claramente cuando hablamos de las instancias judiciales dadas las diferentes competencias del TJUE, principalmente derivadas de cuestiones prejudiciales, y el TEDH, principalmente derivadas de demandas individuales. Pero ello no debería conducir a un abandono en el esfuerzo negociador.

En tanto, nos quedará lo que dice el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea, también en la versión del Tratado de Lisboa: *“Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”*. No con ello se garantiza la homogeneización jurisprudencial. De hecho, el TJUE viene reconociendo desde siempre el papel interpretativo del CEDH y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros de la UE. Con todo, se trata de una norma que, sin garantizar la homogeneización jurisprudencial, ayudará a ella.