

Manual de legislació europea contra la discriminació

© Agència Europea de Drets Fonamentals, 2010.

Consell d'Europa, 2010.

El manuscrit es va acabar al juliol de 2010.

La traducció al català la va realitzar Nova Traductors i Intèrprets S.L. a l'agost de 2011.

La reproducció està autoritzada, excepte amb fins comercials, indicant la referència de la font.

Foto: © iStockphoto

Més informació sobre la Unió Europea a internet (<http://europa.eu> <<http://europa.eu/>>).

Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011

ISBN 978-92-871-9995-9 (CoE)

ISBN 978-92-9192-667-1 (FRA)

doi:10.2811/11978

Aquest manual ha estat redactat originalment en anglès. El Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) no es fa responsable de la qualitat de les traduccions a altres idiomes. Les opinions expressades en aquest manual no vinculen en cap cas el TEDH. Aquest manual inclou una selecció de comentaris i d'altres manuals sobre el Conveni Europeu de Drets Humans. El TEDH no es fa responsable del contingut d'aquests. El fet d'incloure'ls en aquesta llista no suposa l'aprovació per part del TEDH d'aquestes publicacions. La pàgina web de la biblioteca del TEDH fa referència a altres manuals sobre el Conveni:

www.echr.coe.int/Library/ <<http://www.echr.coe.int/Library/>>.

Manual de legislació europea contra la discriminació

finançat per:



Ajuntament
de Barcelona

amb la col·laboració de:



La Regidoria de Dona i Drets Civils de l'Ajuntament de Barcelona va decidir traduir aquest Manual de legislació europea contra la discriminació per tal de posar a l'abast de les entitats, els professionals del drets i la ciutadania en general una eina útil i pràctica de lluita contra la discriminació. En aquest projecte la Regidoria ha comptat amb el recolzament i col·laboració de l'Institut de Drets Humans de Catalunya i del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

El gener del 2010 el Tribunal Europeu de Drets Humans i l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea van decidir col·laborar en l'elaboració d'aquest manual sobre la jurisprudència europea en matèria de no-discriminació, que ara tenim el plaer de presentar, fruit d'aquest treball conjunt.

Amb l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea va adquirir un caràcter vinculant jurídicament. El Tractat de Lisboa preveu també l'adhesió de la Unió Europea al Conveni Europeu de Drets Humans. En aquest context, aprofundir en el coneixement dels principis comuns desenvolupats pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) i el Tribunal Europeu de Drets Humans no tan sols és desitjable, també és a la pràctica essencial perquè cada país apliqui correctament un aspecte clau de la legislació europea sobre drets humans: les normes contra la discriminació.

L'any 2010, el Conveni Europeu de Drets Humans que estableix la prohibició general de la discriminació en l'article 14, va complir 60 anys així com es va celebrar el desè aniversari de l'adopció de dos textos fonamentals en la lluita contra la discriminació en l'àmbit de la Unió Europea: les directives d'igualtat racial i d'igualtat en ocupació. L'imponent corpus jurisprudencial desenvolupat pel Tribunal Europeu de Drets Humans i el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en l'àmbit de la no-discriminació feia convenient oferir un manual assequible, acompanyat d'un CD-ROM, per als professionals en dret dels estats membres de la UE i del Consell d'Europa, entre d'altres, com ara jutges, fiscals, advocats i responsables de l'aplicació de la Llei. Des de la seva posició a primera línia en la protecció dels drets humans, aquests professionals han de conèixer els principis de la no-discriminació per a aplicar-los de manera efectiva ja que és precisament en l'àmbit nacional on aquestes disposicions adquireixen un sentit real i on els reptes es fan visibles.

Erik Fribergh
Secretari del Tribunal Europeu
de Drets Humans

Morten Kjaerum
Director de l'Agència de Drets
Fonamentals de la Unió Europea

1. Introducció a la legislació europea contra la discriminació: context, evolució i principis bàsics

En aquest capítol introductori s'exposen els orígens de la legislació europea contra la discriminació, a més dels canvis actuals i futurs en la legislació substantiva i en els procediments de protecció.

Cal destacar abans que res que els jutges i els fiscals estan obligats a aplicar les mesures de protecció previstes en el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (CEDH) i en les directives de la Unió Europea (UE) contra la discriminació, amb independentment de que les parts del procediment les invoquin. Els òrgans jurisdiccionals i els administradors de justícia nacionals no queden circumscrits a les argumentacions legals aportades per les parts, sinó que han de determinar la normativa aplicable als fets que plantegen. Això significa bàsicament que les parts poden determinar, a la pràctica, el processament d'una reclamació en matèria de no-discriminació a través dels arguments i les proves que plantegen. Això és conseqüència dels principis jurídics que es poden aplicar en cada ordenament jurídic; per exemple, l'efecte directe de la legislació de la UE en els vint-i-set estats membres i l'aplicació directa reconeguda en el CEDH, que obliga tots els estats membres de la UE i del Consell d'Europa (CdE) a complir-la. Tanmateix, hi ha una limitació important a l'hora d'aplicar-la: els terminis de prescripció. Abans d'analitzar l'aplicació de les mesures de protecció contra la discriminació, els professionals del dret han de conèixer els terminis de prescripció aplicables en la jurisdicció en qüestió i determinar si l'òrgan jurisdiccional en qüestió pot tramitar el cas.

A la pràctica, això significa que els professionals del dret poden invocar, si escau, els instruments i la jurisprudència aplicables en matèria de no-discriminació davant dels òrgans jurisdiccionals i de les autoritats nacionals.

I això, al seu torn, obliga els professionals a conèixer els sistemes actualment vigents en matèria de no-discriminació i l'aplicabilitat i l'aplicació d'aquests en casos concrets.

1.1 Context i antecedents de la legislació europea contra la discriminació

Encara que el terme legislació europea contra la discriminació sembla que indica que hi ha un sistema normatiu paneuropeu en matèria de no-discriminació, en realitat, és el resultat de la combinació de diversos marcs. Aquest manual es basa, principalment, en les normatives derivades del CEDH i de la UE, dos sistemes amb orígens temporals i conceptuals diferents.

1.1.1. El Consell d'Europa i el Conveni Europeu de Drets Humans

El Consell d'Europa és una organització intergovernamental (OIG) constituïda després de la Segona Guerra Mundial per a promoure, entre d'altres, l'estat de dret, la democràcia, els drets humans i el desenvolupament social (vegeu el «Preàmbul» i l'article 1 de l'Estatut del Consell d'Europa). Per contribuir a la consecució d'aquests objectius, els estats membres del Consell d'Europa van adoptar el CEDH, el primer tractat modern de drets humans derivat de la Declaració Universal dels Drets Humans de les Nacions Unides. El CEDH imposa als seus membres l'obligació jurídicament vinculant de garantir un seguit de drets humans a totes les persones (no tan sols als seus ciutadans) que estan sota la seva jurisdicció. L'òrgan encarregat de vetllar pel compliment del CEDH és el Tribunal Europeu de Drets Humans (inicialment assistit per una comissió), que coneix de les reclamacions interposades contra els estats membres. El Consell d'Europa té actualment quaranta-set membres i els estats que volen incorporar-s'hi han d'adherir-se també al CEDH.

Des que fou aprovat el 1950, el CEDH s'ha modificat i s'hi han incorporat addicions a través dels anomenats protocols. El canvi procedimental més important que ha experimentat el CEDH ha estat el Protocol núm. 11 (1994), que va convertir el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH) en un òrgan permanent amb funcionament a temps complet i va suprimir-ne la Comis-

sió. Aquest Protocol va ser dissenyat per a fer front a l'augment dels casos plantejats a l'empara del CEDH des dels estats de l'Europa oriental incorporats al Consell d'Europa després de la caiguda del mur de Berlín i la descomposició de la Unió Soviètica.

La prohibició de la discriminació es recull en l'article 14 del CEDH,¹ que garanteix la igualtat de tracte en l'exercici de la resta de drets i de llibertats reconeguts en el Conveni. El Protocol núm. 12 (2000) del CEDH, que encara no ha estat ratificat per tots els estats membres de la UE,² amplia l'abast de la prohibició de la discriminació perquè garanteix la igualtat de tracte a l'hora de gaudir de tots els drets (inclosos els derivats de la legislació nacional). En l'«Exposició de Motius» s'explica que l'adopció del Protocol respon al desig de reforçar la protecció contra la discriminació, considerada un element fonamental per a garantir els drets humans. El Protocol va sorgir en el marc del debat sobre la manera de reforçar la igualtat racial i de gènere, en particular.

Encara que no és l'objecte principal d'aquest manual, el lector ha de tenir en compte que el principi de no-discriminació és un principi rector de nombrosos documents del Consell d'Europa. La versió de 1996 de la Carta Social Europea inclou el dret a la igualtat d'oportunitats i a la igualtat de tracte en matèria de treball i d'ocupació, amb la protecció contra la discriminació per raó de sexe.³ Altres normes de protecció contra la discriminació deriven del Conveni Marc per a la Protecció de les Minories Nacionals,⁴ el Conveni del Consell d'Europa sobre la Lluita contra el Tràfic d'Éssers Humans⁵ i el Conveni del Consell d'Europa sobre l'Accés als Documents Públics. El Protocol del Conveni sobre la Ciberdelinqüència inclou també la protecció contra el foment de la discriminació. La qüestió de la no-discriminació ha influït d'una manera clara en la configuració de la normativa del Consell d'Europa i es considera una llibertat fonamental subjecta a protecció.

1.1.2. La Unió Europea i les directives contra la discriminació

La Unió Europea, inicialment una organització intergovernamental, té actualment personalitat jurídica pròpia i està integrada per vint-i-set estats membres. És el resultat de l'evolució de tres OIG creades a la dècada del 1950 en matèria de seguretat energètica i de lliure comerç (les *Comunitats Europees*), que tenien com a finalitat bàsica promoure el desenvolupament econòmic mitjançant la lliure circulació de béns, de capital, de persones i de serveis. Amb la finalitat d'establir unes condicions d'igualtat entre els estats membres, el Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica original (1957) incloïa la prohibició de la discriminació per raó de sexe en matèria d'ocupació, per evitar que un estat membre obtingués un avantatge competitiu davant dels altres sobre la base d'oferir sous més baixos o condicions menys favorables de treball a les dones. Encara que aquest cos legal ha evolucionat considerablement per incloure àrees com les pensions, l'embaràs i els règims legals de seguretat social, fins a l'any 2000 la legislació de la UE contra la discriminació només era aplicable en l'àmbit de l'ocupació i de la seguretat social i únicament per raó de sexe.

Durant la dècada del 1990, els grups d'interès públic van pressionar amb força perquè la prohibició de la discriminació s'ampliés a altres àrees com ara la raça i l'origen ètnic, a més de l'orientació sexual, les creences religioses, l'edat i la discapacitat. El temor que ressorgís el nacionalisme extremista en alguns estats membres de la UE va estimular la voluntat política dels dirigents per modificar el Tractat de la Comunitat Europea i conferir a la Comunitat competència legislativa en aquests àmbits.

¹ Una guia formativa, en format de presentació de PowerPoint, sobre l'aplicació de l'article 14 del CEDH està disponible al lloc web sobre Formació en Drets Humans per als Professionals del Dret del Consell d'Europa: www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

² El nombre d'estats membres de la UE que ja han ratificat el Protocol núm. 12 es pot consultar a: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=GRB.

³ Vegeu els articles 20 i E de la part V de la Carta Social Europea.

⁴ Vegeu els articles 4, 6.2 i 9 del Conveni Marc per a la Protecció de les Minories Nacionals.

⁵ Vegeu l'article 2.1 del Conveni del Consell d'Europa sobre la Lluita contra el Tràfic d'Éssers Humans.

L'any 2000 es van adoptar dues directives: la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació, que prohibia la discriminació per motius d'orientació sexual, creences religioses, edat i discapacitat en l'àmbit de l'ocupació; i la Directiva relativa a la igualtat racial, que prohibia la discriminació per motius de raça i d'origen ètnic en l'àmbit de l'ocupació, però també en l'accés al sistema de benestar social i a la seguretat social, a més dels béns i els serveis. Aquesta ampliació tan important de l'abast de la legislació de la UE contra la discriminació respon a la convicció que, perquè les persones desenvolupin tot el potencial en el mercat de treball, és també imprescindible garantir la igualtat d'accés en àrees com la salut, l'educació i l'habitatge. El 2004, la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis va ampliar l'àmbit de la discriminació per raó de sexe a l'àrea dels béns i els serveis. Tot i això, la protecció per motius de sexe no arriba al grau de protecció reconegut en la Directiva relativa a la igualtat racial, perquè la Directiva relativa a la igualtat entre homes i dones en matèria de seguretat social garanteix la igualtat de tracte únicament en relació amb la seguretat social i no amb el sistema general de benestar social, com ara la protecció social i l'accés a l'assistència sanitària i a l'educació.

Encara que l'orientació sexual, les creences religioses, la discapacitat i l'edat només són característiques protegides en l'àmbit de l'ocupació, les institucions de la UE estan analitzant actualment una proposta (coneguda com la *Directiva horitzontal*) per a ampliar la protecció per aquests motius a l'àmbit de l'accés als béns i als serveis.

1.2. Evolució actual i futura dels mecanismes europeus de protecció

1.2.1. Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea

Els tractats originals de les Comunitats Europees no incloïen cap referència als drets humans ni a la protecció d'aquests perquè no es considerava que la creació d'una àrea de lliure comerç a Europa tingués repercussions rellevants en matèria de drets humans. Tanmateix, a mesura que es van començar a plantejar davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea casos en què s'al·legava l'incompliment dels drets humans per part de la legislació comunitària, el Tribunal va desenvolupar un corpus jurisprudencial conegut com els *principis generals* del dret comunitari.⁶ Segons el Tribunal, aquests principis generals reflecteixen el contingut de la protecció dels drets humans de les constitucions nacionals i els tractats de drets humans, en particular el CEDH. El TJUE va manifestar la voluntat de garantir l'adaptació del dret de la UE a aquests principis.

Reconeixent que les polítiques que duen a terme poden afectar els drets humans i amb el propòsit de fer que els ciutadans s'hi sentin més *propers*, la UE i els estats membres de la UE van promulgar l'any 2000 la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, que conté una llista de drets humans inspirada en els drets inclosos en les constitucions dels estats membres, en el CEDH i en els tractats universals de drets humans, com ara la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de l'Infant (CDI). En la versió aprovada l'any 2000, la Carta tenia un caràcter merament *declaratiu* i, per tant, jurídicament no vinculant, encara que la Comissió Europea (l'òrgan principal de la UE encarregat de proposar nova legislació) va manifestar que les seves propostes legislatives s'hi ajustarien.

⁶ El Tribunal de Justícia de la Unió Europea es denomina actualment Tribunal General després de les modificacions introduïdes pel Tractat de Lisboa. Tanmateix, en aquest manual es continua fent referència al 'Tribunal de Justícia de la Unió Europea' per evitar confusions, tenint en compte que la majoria de la literatura utilitzada pels professionals del dret es va publicar abans de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, el desembre de 2009.

Des de l'entrada en vigor del Tractat de Lisboa, el 2009, la Carta va canviar de naturalesa i va adquirir un caràcter jurídicament vinculant, cosa que obliga les institucions de la UE i els estats membres a complir-la, si bé, en el cas dels estats, només l'han de complir quan apliquin la legislació de la UE. Un protocol de la Carta adoptat en relació amb la República Txeca, Polònia i el Regne Unit ratifica de manera expressa aquesta limitació. L'article 21 de la Carta prohibeix la discriminació per diferents motius, que s'analitzen més endavant en aquest manual. Això significa que les persones poden reclamar si consideren que la legislació de la UE o la legislació estatal que l'aplica no respecten la Carta de Drets Fonamentals. Els òrgans jurisdiccionals nacionals poden sol·licitar orientació sobre la interpretació correcta de la normativa de la Unió al TJUE, a través del procediment de qüestió prejudicial previst en l'article 267 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE).

1.2.2. Tractats de drets humans de les Nacions Unides

Els mecanismes de protecció dels drets humans no són, per descomptat, exclusius d'Europa. A més d'altres instruments regionals a Amèrica, l'Àfrica i el Pròxim Orient, hi ha un corpus de dret internacional de drets humans molt important generat a través de les Nacions Unides (ONU). Tots els estats membres de la UE són part dels tractats següents de drets humans de l'ONU, que inclouen, tots, la prohibició de la discriminació: el Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics (PIDCP),⁷ el Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals (PIDESC),⁸ la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (CIEFDR),⁹ la Convenció sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona (CEFDD),¹⁰ la Convenció contra la Tortura¹¹ i la Convenció sobre els Drets de l'Infant.¹² L'últim tractat de les Nacions Unides en matèria de drets humans és la Convenció del 2006 sobre els Drets de les Persones amb

Discapacitat (CDPD).¹³ Encara que tradicionalment els tractats de drets humans només han estat oberts a la participació dels estats, a mesura que aquests cooperen més a través d'organitzacions intergovernamentals, a les quals deleguen poders i responsabilitats molt importants, resulta molt necessari garantir que aquestes organitzacions es comprometin també a complir les obligacions respecte dels drets humans dels estats que en formen part. La CDPD és el primer tractat sobre drets humans de l'ONU obert a la participació d'organitzacions d'integració regional, i la UE la va ratificar el desembre del 2010.

La CDPD inclou una llista àmplia de drets de les persones amb discapacitat, amb la finalitat de garantir-los la igualtat en l'exercici dels drets, així com d'imposar a l'estat un seguit d'obligacions d'acció positiva. De la mateixa manera que la Carta, aquesta Convenció vincula les institucions de la UE i els estats membres en el moment d'aplicar la normativa de la Unió. Alguns dels estats membres també estan en procés d'adherir-se a la CDPD per dret propi, cosa que els imposarà obligacions directes. La CDPD es convertirà, probablement, en un punt de referència per interpretar la legislació de la UE i del TEDH en matèria de discriminació per raons de discapacitat.

1.2.3. L'adhesió de la Unió Europea al Conveni Europeu de Drets Humans

Les normatives de la UE i el CEDH estan estretament vinculades actualment perquè tots els estats membres de la UE s'han incorporat al Conveni i, com ja s'ha indicat anteriorment, el TJUE s'inspira en el CEDH per determinar l'abast de la protecció dels drets humans d'acord amb la normativa de la UE. La Carta de Drets Fonamentals reflecteix també la gamma de drets del Conveni (encara que no s'hi limita). Per tant, encara que la UE no és pròpiament membre del CEDH, la seva normativa s'hi ajusta en gran

⁷ 999 UNTS 171.

⁸ 993 UNTS 3.

⁹ 660 UNTS 195.

¹⁰ 1249 UNTS 13.

¹¹ 1465 UNTS 85.

¹² 1577 UNTS 3. Alguns estats membres també formen part de la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (doc. ONU A/61/611, 13 de desembre de 2006) i de la Convenció Internacional per a la Protecció de totes les Persones contra les Desaparicions Forçades (doc. ONU A/61/488, 20 de desembre de 2006); tanmateix, cap dels estats membres no forma part encara de la Convenció Internacional sobre la Protecció dels Drets de tots els Treballadors Migratoris i dels seus Familiars (doc. ONU A/RES/45/158, 1 de juliol de 2003).

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

part. Tanmateix, si una persona vol formular una reclamació en matèria d'incompliment dels drets humans per part de la UE, no pot portar-la davant del TEDH, sinó que ha d'optar entre acudir als tribunals nacionals, que poden remetre posteriorment el cas al TJUE a través del procediment de qüestió prejudicial, o reclamar indirectament contra la UE davant el TEDH demandant un estat membre.

El Tractat de Lisboa conté una disposició que obliga la UE a incorporar-se com a part per dret propi al CEDH, que queda modificat, per mitjà del Protocol núm. 14, per a fer possible aquesta incorporació. Tot i que no queda clar encara quin serà l'efecte que se'n derivarà a la pràctica i, en particular, quina serà la relació futura entre el TJUE i el TEDH, perquè les negociacions per a l'adhesió de la UE poden durar uns quants anys, si més no, aquest fet permetrà que les persones demandin directament la UE davant del TEDH per l'incompliment del CEDH.

Punts clau

- La protecció contra la discriminació a Europa es pot trobar tant en la normativa de la UE com en el CEDH. Encara que aquests dos sistemes són complementaris en bona part i es reforcen mútuament, hi ha algunes diferències entre tots dos i els professionals del dret les han de conèixer.
- El CEDH protegeix totes les persones que estan sota la jurisdicció dels quaranta-set estats que en formen part, mentre que les directives de la UE contra la discriminació només ofereixen protecció als ciutadans dels vint-i-set estats membres.
- L'article 14 del CEDH prohibeix la discriminació únicament en relació amb l'exercici d'altres drets reconeguts en el tractat. El Protocol núm. 12 confereix caràcter independent a la prohibició de la discriminació.
- En la normativa de la UE contra la discriminació, la prohibició de la discriminació és de naturalesa autònoma però està limitada a àmbits concrets com ara l'ocupació.

- Les institucions de la UE estan jurídicament obligades a complir la Carta de Drets Fonamentals de la UE, incloent-hi les disposicions sobre no-discriminació. Els estats membres de la UE han de complir també la Carta quan apliquin el dret de la UE.

- La UE s'incorporarà a la CDPD i al CEDH, fet que la situarà sota la supervisió d'organismes externs de control i permetrà que els particulars reclamin directament davant el TEDH l'incompliment del CEDH per part de la UE.

Bibliografia recomanada

BAMFORTH; MALIK; O'CONNOR. *Discrimination Law: Theory and Context*. Londres: Sweet and Maxwell, 2008. Capítol 1: «Key Issues and Questions in Discrimination Law», capítol 2: «Sources and Scope of Domestic Discrimination Law».

BARNARD. *EC Employment Law*. 3a ed. Oxford: Oxford University Press, 2006, Capítol 1: «The Evolution of EC Social Policy».

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

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

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

COSTELLO. «The Bosphorus ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe». *Human Rights Law Review*,

vol. 6 (2006), p. 87.

CRAIG; DE BURCA. *EU Law: Text, Cases and Materials*. 4a ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. Capítol 1: «The Development of European Integration», capítol 11: «Human Rights in the EU».

EICKE. «The European Charter of Fundamental Rights: Unique Opportunity or Unwelcome Distraction». *European Human Rights Law Review*, vol. 3 (2000), p. 280.

ELLIS. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. Capítol 1: «Introduction».

EQUINET. *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice* [en línia]. Vol. I-IV. <<http://www.equineteurope.org/equinetpublications.html>>.

FITZPATRICK (et al.). «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article». *Industrial Law Journal*, vol. 25, núm. 4 (1996), p. 320.

GULIYEV. «Interdiction générale de la discrimination : droit fondamental ou droit de “second rang” ? CourEDH, Gde Ch., Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009». *L'Europe des Libertés: Revue d'Actualité Juridique*, vol. 10 (2010), p. 31.

HERINGA; VERHEY. «The EU Charter: Text and Structure». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8 (2001), p. 11.

LLORENTE. «A Charter of Dubious Utility». *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, núm. 3 (2003), p. 405.

MARTIN. «Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudences sous influence

?». *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, vol. 18 (2007), p. 69.

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

ROYER. *The Council of Europe / Le Conseil de l'Europe*. Estrasburg: Consell d'Europa, 2010-2009.

SADURSKI. «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments». *Human Rights Law Review*, vol. 9 (2009), p. 397.

SYRPIS. «The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?». *Industrial Law Journal*, vol. 37, núm. 3 (2008), p. 219.

TULKENS. «L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme». A: CARLIER (ed.). *L'étranger face au droit*. Brussel-les: Bruylant, 2010.

2. Categories i causes de justificació de la discriminació

2.1. Introducció

La finalitat de la legislació contra la discriminació és oferir a totes les persones possibilitats equitatives i justes d'accedir a les oportunitats socials. Diàriament decidim sobre qüestions com ara amb qui ens relacionem, on comprem i on treballem. Preferim determinades coses i determinades persones a d'altres. Encara que expressar les nostres preferències subjectives és un fet normal i habitual, de vegades exercim funcions que ens situen en una posició d'autoritat o que ens permeten adoptar decisions que afecten de manera directa les vides d'altres persones, ja siguem empleats públics, encarregats d'una botiga, ocupadors, propietaris d'immobles o metges que exerceixen poders públics o que decideixen sobre la manera d'oferir béns i serveis privats. En aquests contextos no personals, la normativa contra la discriminació afecta les nostres decisions de dues maneres:

En primer lloc, estableix que les persones que estan en una situació similar han de rebre un tracte similar i no menys favorable pel simple fet de tenir una determinada característica protegida. Això és el que es coneix com a discriminació directa. En el marc del CEDH, la discriminació directa està subjecta a la causa de justificació general denominada justificació objectiva. En canvi, en la legislació de la UE, les causes de justificació davant la discriminació directa són limitades.

En segon lloc, la normativa contra la discriminació estableix que les persones que estan en situacions diferents han de rebre un tracte diferent en la mesura necessària perquè puguin gaudir d'oportunitats concretes de la mateixa manera que els altres. Per tant, aquestes característiques protegides s'han de tenir en compte a l'hora de dur a terme determinades pràctiques o de crear normes concretes. És el que es coneix com a discriminació indirecta. Totes les formes de discrimi-

nació indirecta estan subjectes a la causa de justificació per justificació objectiva, amb independència que la reclamació es dugui a terme a l'empара del CEDH o de la legislació de la UE.

La legislació contra la discriminació prohibeix els supòsits en què determinades persones o grups de persones en una situació idèntica rebin un tracte diferent o persones o grups de persones en una situació diferent rebin un tracte igual.¹⁴

En aquest capítol s'analitza d'una manera més detallada el significat de la discriminació directa i indirecta, algunes de les seves manifestacions concretes, com ara l'assetjament i les ordres de discriminar, i el seu funcionament a la pràctica a través de la jurisprudència. A continuació, s'analitza el funcionament de les causes de justificació pel que fa a la discriminació.

2.2. Discriminació directa

El CEDH i la legislació de la UE defineixen de manera similar la discriminació directa. L'article 2.2 de la Directiva de la UE relativa a la igualtat racial estableix que «hi ha discriminació directa quan, per motius d'origen racial o ètnic, una persona rep un tracte menys favorable que el que rep, ha rebut o pot rebre en el futur una altra persona en una situació comparable».¹⁵ El TEDH estableix que hi ha d'haver una «diferència de tracte entre persones que estan en situacions anàlogues o notablement similars»; una diferència establerta «a partir de característiques identificables».¹⁶

¹⁴ Vegeu, per exemple, TEDH, Hoogendijk contra els Països Baixos (Admissibilitat) (núm. 58641/00), 6 de gener de 2005.

¹⁵ Igualment: Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació, article 2.2.a; Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada), article 2.1.a; Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis, article 2.a.

¹⁶ TEDH, Carson i altres contra el Regne Unit [GC] (núm. 42184/05), 16 de març de 2010; § 61. Vegeu, també, TEDH, D. H. i d'altres contra la República Txeca [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007, § 175; TEDH, Burden contra el Regne Unit [GC] (núm. 13378/05), 29 d'abril de 2008, § 60.

Hi ha discriminació directa quan:

- una persona rep un tracte menys favorable
- que el que rep, ha rebut o pot rebre en el futur una altra persona en una situació comparable,
- a causa d'una característica concreta d'aquesta persona inclosa entre les característiques protegides.

2.2.1. Tracte menys favorable

El nucli de la discriminació directa és la diferència de tracte que pateix una persona. Per tant, el primer element de la discriminació directa és la prova del tracte menys favorable, que pot resultar relativament fàcil d'identificar, a diferència del que succeeix en el cas de la discriminació indirecta, en què es necessiten normalment dades estadístiques (vegeu el que s'exposa més endavant). Aquests són alguns exemples extrets de casos citats en el manual: denegació de l'entrada en restaurants i botigues; percepció de pensions o remuneracions més baixes; abusos verbals i violència; denegació de pas en un control; edat de jubilació més alta o més baixa; exclusió de determinades professions; denegació de drets d'herència; exclusió del sistema educatiu general; deportació; prohibició de portar símbols religiosos; denegació o retirada d'assignacions de seguretat social.

2.2.2. Referència comparativa

Perquè hi hagi discriminació, es requereix un tracte menys favorable en comparació d'una altra persona que estigui en una situació similar. Una reclamació per una remuneració baixa només ho és per discriminació si es demostra que la remuneració és inferior a la d'un altre empleat del mateix ocupador que desenvolupi una tasca

similar. Es requereix, per tant, una referència comparativa; és a dir, una persona que estigui en unes circumstàncies substancialment similars i que la diferència principal respecte a l'altra persona sigui una característica protegida. Els casos que s'analitzen en aquest manual mostren que l'acreditació de la referència comparativa no resulta sovint controvertida i que de vegades ni les parts del conflicte ni el tribunal l'analitzen explícitament. A continuació s'exposen alguns casos en què l'òrgan de decisió planteja expressament la qüestió de la demostració de la referència comparativa.

*Exemple: en el cas *Moustaquim*, un ciutadà marroquí condemnat per diversos delictes i pendent, per aquest motiu, de deportació,¹⁷ va al·legar que aquesta mesura suposava un tracte discriminatori. La persona va al·legar discriminació per raó de nacionalitat i va assenyalar que els belgues no patien la deportació si se'ls condemnava per la comissió de delictes. El TEDH va considerar que el reclamant no estava en una situació similar a la dels ciutadans belgues, perquè, d'acord amb el CEDH, un estat no pot expulsar els seus propis ciutadans, de manera que el fet de ser deportat no constituïa un tracte discriminatori. Encara que el TEDH va acceptar que la persona estava en una situació comparable a la dels nacionals d'altres estats membres de la UE (que no podien ser deportats per la normativa de la UE en matèria de llibertat de circulació), va considerar que la diferència de tracte estava justificada.*

*Exemple: en el cas *Allonby*, la reclamant treballava com a professora en una universitat.¹⁸ La universitat no li va renovar el contracte i la reclamant va començar a treballar per a una empresa que proporcionava professors a centres educatius. Aquesta empresa la va enviar a treballar a la seva antiga universitat, on desenvolupava les mateixes funcions que abans, però a canvi d'una remuneració inferior a la que percebia anteriorment del centre. La professora va al·legar discriminació per*

¹⁷ TEDH, *Moustaquim* contra Bèlgica (núm. 12313/86), 18 de febrer de 1991.

¹⁸ TJUE, *Allonby* contra *Accrington and Rossendale College*, cas C-256/01 [2004] TJUE I-873, 13 de gener de 2004.

raó de sexe i va afirmar que els professors que treballaven per a la universitat percebien una remuneració superior. El TJUE va considerar que els professors contractats per la universitat no estaven en una situació comparable, perquè el centre no era responsable de determinar la remuneració de la reclamant, empleada d'una empresa externa, i, per tant, les circumstàncies no es podien considerar prou similars.

Exemple: en el cas *Luczak*, un granger francès que vivia i treballava a Polònia va reclamar contra el fet que se li denegues la incorporació al règim especial de seguretat social dels grangers polonesos, que no era obert als ciutadans d'altres països.¹⁹ El TEDH va considerar que el sol·licitant estava en una situació comparable a la dels grangers polonesos que es beneficiaven d'aquest règim, ja que tenia residència permanent al país, pagava els mateixos impostos i, per tant, contribuïa al finançament del règim de seguretat social i ja s'havia incorporat al règim general.

Exemple: en el cas *Richards*, la reclamant s'havia sotmès a la cirurgia de canvi de sexe d'home a dona i reclamava cobrar la pensió un cop complerts els seixanta anys, edat de jubilació de les dones al Regne Unit. El Govern li va denegar la pensió adduint que la reclamant no havia rebut un tracte menys favorable que les persones que estaven en una situació similar i assenyalant que la referència comparativa pertinent eren els homes perquè la reclamant havia viscut la vida com un home. El TJUE va considerar que si la legislació nacional permetia el canvi de sexe, la referència comparativa havien de ser les dones, de manera que la imposició d'una edat de jubilació superior suposava per a la reclamant un tracte menys favorable que el d'altres dones.²⁰

Exemple: en el cas *Burden contra el Regne Unit*,²¹ dues germanes que havien viscut juntes durant trenta-un anys posseïen conjuntament un immoble del qual s'havien

llegat mútuament les seves parts respectives en els testaments. Les reclamants al·legaven que, com que el valor de l'immoble excedia el mínim exempt, en el cas que una de les dues dones morís, l'altra hauria de pagar l'impost de successions, cosa que consideraven una ingerència discriminatòria en el dret a la propietat, ja que les parelles casades i les parelles de fet registrades estaven exemptes d'aquest impost. El TEDH va considerar, no obstant això, que les reclamants, pel fet de ser germanes, no es podien comparar amb les parelles casades o de fet, que constitueixen relacions adquirides de manera lliure i deliberada per a crear drets i obligacions contractuals, mentre que la relació de les sol·licitants derivava de la consanguinitat i era, per tant, radicalment diferent.

Exemple: en el cas de *Carson contra el Regne Unit*, els reclamants al·legaven que el Govern no aplicava el mateix increment a les pensions dels jubilats residents a l'estranger que als residents al Regne Unit.²² D'acord amb la legislació britànica, els increments només s'aplicaven a aquests últims, excepte en el cas dels ciutadans britànics jubilats en països amb què el Regne Unit tingués un conveni recíproc de seguretat social. Els reclamants, que no vivien en un país amb aquesta mena de conveni, al·legaven discriminació per lloc de residència. El TEDH va discrepar dels reclamants, que afirmaven que estaven en una situació similar a la dels jubilats residents al Regne Unit o a la dels ciutadans britànics jubilats en països amb un conveni recíproc, perquè va considerar que, encara que tots aquests grups havien contribuït als ingressos de l'Estat mitjançant el pagament de les quotes de la seguretat social, això no constituïa un fons de pensions, sinó una font general d'ingressos públics per a finançar diverses partides de despesa pública, i que l'obligació de l'Estat d'aplicar increments derivava de l'augment del cost general de la vida al Regne Unit, de manera que els reclamants no estaven en una situació comparable a la d'aquests altres grups i no havien patit, per tant, un tracte discriminatori.

¹⁹ TEDH, *Luczak contra Polònia* (núm. 77782/01), 27 de novembre de 2007; vegeu, també, TEDH, *Gaygusuz contra Àustria* (núm. 17371/90), 16 de setembre de 1996.

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

²¹ TEDH, *Burden contra el Regne Unit* [GC] (núm. 13378/05), 29 d'abril de 2008.

²² TEDH, *Carson i altres contra el Regne Unit* [GC] (núm. 42184/05), 16 de març de 2010.

L'excepció òbvia a l'exigència d'una referència comparativa adequada, si més no, en el marc de la normativa de la UE en matèria d'ocupació, correspon a la discriminació per embaràs. Una extensa jurisprudència del TJUE, iniciada amb l'importantíssim cas Dekker, estableix clarament que si el perjudici que pateix una persona és degut a l'embaràs, la situació es qualifica com a discriminació directa, sense que sigui necessària cap referència comparativa.²³

2.2.3. Les característiques protegides

En el capítol 4 s'analitzen les diferents característiques protegides que preveu la legislació europea contra la discriminació: el sexe, l'orientació sexual, la discapacitat, l'edat, la raça, l'origen ètnic i nacional, la religió i les creences. En aquest apartat s'analitza la necessitat que hi hagi un nexa causal entre el tracte menys favorable i aquestes característiques. Per a complir aquest requisit només cal formular una senzilla pregunta: hauria rebut la persona un tracte menys favorable si hagués tingut un sexe, una raça o una edat diferents o si hagués ocupat una posició diferent en alguna de les característiques protegides restants? Si la resposta és afirmativa, el tracte menys favorable és degut clarament a la característica en qüestió.

La disposició o pràctica aplicada no ha de fer necessàriament referència explícita a la característica protegida, sempre que esmenti un altre factor indissociable d'aquesta última. Bàsicament, per determinar si hi ha una discriminació directa, s'analitza si el tracte menys favorable és degut a una característica protegida indissociable del factor concret objecte de reclamació.

Exemple: en el cas de *James contra l'Eastleigh Borough Council*, el senyor James havia de pagar una taxa per a entrar a la piscina d'Eastleigh, mentre que la seva dona, la senyora James, n'estava exempta.²⁴ Tots dos tenien

seixanta-un anys. L'entrada gratuïta es concedia únicament a la senyora James perquè estava jubilada, mentre que el senyor James no ho estava encara, perquè al Regne Unit els homes es jubilen als seixanta-cinc i les dones, als seixanta. Encara que la regla de la gratuïtat d'accés a la piscina es basava en la condició de jubilat, el dret a la jubilació depenia de la condició d'home o dona. La Cambra dels Lords va considerar que si el senyor James hagués estat del sexe contrari, hauria rebut un tractament igual al que havia rebut la seva dona, i que la motivació i el propòsit subjacents a aquest tracte eren irrelevants, ja que calia centrar l'atenció únicament en el tracte rebut.

Exemple: en el cas *Maruko*, una parella homosexual vivia com a *parella de fet*.²⁵ La parella del reclamant havia mort i aquest últim reclamava una pensió de viudetat a la companyia que gestionava el pla de pensions laborals del difunt. L'empresa va denegar la sol·licitud al·legant que les *pensions de viudetat* estan reservades als cònjuges i que el reclamant no havia estat casat amb el difunt. El TJUE va admetre que la denegació de la pensió constituïa un tracte menys favorable respecte a la referència comparativa de les parelles *casades*. El TJUE va considerar que la institució de la *parella de fet* a Alemanya creava molts dels mateixos drets i les obligacions per als membres de la parella que per als cònjuges, especialment en matèria de plans de pensions públiques, de manera que va estimar que, en aquest cas, els membres de la parella estaven en una situació similar a la dels cònjuges i que el fet constituïa una discriminació per raó de l'orientació sexual. Per tant, el fet que no poguessin casar-se era indissociable de la seva orientació sexual.

Exemple: en el cas *Aziz contra Xipre*, el reclamant denunciava que havia estat privat del dret de vot pel seu origen ètnic turcoxipriota.²⁶ La Llei de Xipre només permetia als turcoxipriotes i als grecoxipriotes votar

²³ TJUE, Dekker Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, cas C-177/88 [1990] ECR I-3941, 8 de novembre de 1990. Vegeu, també, TJUE, Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd, cas C-32/93 [1994] ECR I-3567, 14 de juliol de 1994.

²⁴ James contra Eastleigh Borough Council [1990] Cambra dels Lords del Regne Unit 6, 14 de juny de 1990.

²⁵ TJUE, Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, cas C-267/06 [2008] ECR I-1757, 1 d'abril de 2008.

²⁶ TEDH, Aziz contra Xipre (núm. 69949/01), 22 de juny de 2004.

candidats de les seves respectives comunitats ètniques en les eleccions parlamentàries, però des de l'ocupació turca del Nord de Xipre, la gran majoria de la comunitat turca havia abandonat el territori i la seva participació en el Parlament s'havia suspès, de manera que ja no hi havia llistes de candidats que el reclamant pogués votar. Encara que el Govern va al·legar que la impossibilitat de votar es devia al fet que no hi havia candidats disponibles, el TEDH va considerar que l'estret vincle entre les normes electorals i la pertinença a la comunitat turcoxipriota, juntament amb la falta d'ajust de les normes a la nova situació per part del Govern, convertia el cas en un supòsit de discriminació directa per raó de l'origen ètnic.

Els tribunals han interpretat de manera àmplia l'abast de les característiques protegides, que inclouen la discriminació per associació en els supòsits en què la víctima de la discriminació no és la mateixa persona que posseeix la característica protegida. També han admès una interpretació abstracta de la característica concreta. Això obliga als professionals del dret a analitzar detalladament les argumentacions subjacents en el tracte menys favorable i a buscar proves que la característica protegida és, de manera directa o indirecta, la causa d'aquest tracte.

Exemple: en el cas *Coleman*, una mare al·legava que havia estat objecte d'un tracte menys favorable en el treball per la discapacitat del seu fill,²⁷ que de vegades feia que arribés tard a la feina. La reclamant havia sol·licitat una baixa per a atendre les necessitats del nen, però la sol·licitud va ser denegada i la reclamant va rebre amenaces d'acomiadament i comentaris insultants sobre l'estat del seu fill. El TJUE va acceptar com a referència comparativa els seus companys en llocs similars i amb fills, i va observar que se'ls concedien condicions de flexibilitat quan les sol·licitaven, de manera que va considerar que el cas constituïa un supòsit de discriminació i assetjament per la discapacitat del fill.

Exemple: en el cas *Weller*, una dona romanesa estava casada amb un hongarès amb qui havia tingut quatre fills²⁸ però no tenia dret a la prestació de maternitat per naixement perquè no tenia nacionalitat hongaresa. El marit va provar de reclamar la prestació, que li va ser denegada perquè només tenien dret a percebre-la les mares. El TEDH va considerar que el marit havia estat objecte de discriminació per raó de paternitat (no de sexe) perquè els pares i els tutors adoptius homes tenien dret a la prestació, exclosa per als pares biològics. També es va presentar una reclamació en nom dels fills en què s'al·legava discriminació per la denegació de la prestació al seu pare. El TEDH també la va admetre en detectar una discriminació per raó de la situació del seu pare com a pare biològic.

Exemple: en el cas *P contra S i Cornwall County Council*, la reclamant estava en procés de canvi de sexe d'home a dona en el moment de ser acomiadada per l'ocupador. El TJUE va considerar que l'acomiadament constituïa un tracte desfavorable.²⁹ Respecte a la referència comparativa, el TJUE va assenyalar que «acomiadar una persona perquè té la intenció de sotmetre's o perquè s'ha sotmès a una operació de canvi de sexe és donar-li un tracte desfavorable respecte a les persones del sexe a què es considerava que pertanyia abans de l'operació». Pel que fa al motiu, encara que no pogués acreditar-se que la reclamant rebés un tracte diferent pel fet de ser un home o una dona, sí que es va acreditar que la diferència de tracte girava al voltant del concepte de la seva identitat sexual.

²⁷ TJUE, *Coleman contra Attridge Law and Steve Law*, cas C-303/06 [2008] I-5603, 17 de juliol de 2008.

²⁸ TEDH, *Weller contra Hongria* (núm. 44399/05), 31 de març de 2009.

²⁹ TJUE, *P contra S i Cornwall County Council*, cas C-13/94 [1996] ECR I-2143, 30 d'abril de 1996.

2.3. Discriminació indirecta

Tant la normativa de la UE com el CEDH reconeixen que la discriminació pot aparèixer no tan sols quan es tracta de manera diferent persones en situacions similars, sinó també quan es tracta de manera idèntica persones en situacions diferents. Aquesta última forma de discriminació es denomina indirecta perquè no és el tracte el que difereix, sinó els efectes que comporta, que afecten de manera diferent persones amb característiques diferents. L'article 2.2.b de la Directiva relativa a la igualtat racial estableix que «hi ha discriminació indirecta quan una disposició, un criteri o una pràctica aparentment neutre situa persones d'un origen racial o ètnic concret en un desavantatge particular respecte a altres persones».³⁰ El TEDH s'ha basat en aquesta definició de la discriminació indirecta en algunes de les últimes sentències i ha assenyalat que «la diferència de tracte pot consistir en uns efectes desproporcionadament perjudicials d'una política o una mesura general que, malgrat que està formulada d'una manera neutra, discrimina un grup determinat».³¹

Els elements de la discriminació indirecta són:

- una disposició, un criteri o una pràctica
- que afecta d'una manera substancialment més perjudicial un grup definit per una característica protegida
- en comparació d'altres persones en una situació similar.

2.3.1. Una disposició, un criteri o una pràctica neutre

El primer element identificable és una disposició, un criteri o una pràctica aparentment neutre. En altres paraules, ha d'existir alguna mena de requisit aplicable a totes les persones. A continuació s'exposen dos casos d'exemple. S'inclouen més exemples en el capítol 5, sobre els aspectes probatoris i el paper de les estadístiques.

Exemple: en el cas *Schönheit*, les pensions dels empleats a temps parcial es calculaven utilitzant una tarifa diferent de la dels empleats a temps complet,³² que no estava basada en la diferència del temps treballat, de manera que els empleats a temps parcial percebien una pensió inferior a la dels empleats a temps complet, fins i tot tenint en compte les diferències pel que fa al temps treballat, cosa que a la pràctica significava una menor remuneració. Encara que aquesta disposició neutral sobre el càlcul de les pensions s'aplicava de la mateixa manera a tots els empleats a temps parcial, atès que aproximadament el 88% d'aquests treballadors a temps parcial eren dones, l'efecte de la norma perjudicava desproporcionadament les dones respecte dels homes.

Exemple: en el cas *D. H. i altres contra la República Txeca*, es duïen a terme un seguit de proves per a determinar la intel·ligència i la idoneïtat dels alumnes amb la finalitat de decidir si s'havien d'excloure de l'educació general per adscriure'ls a escoles especials,³³ dissenyades per a persones amb discapacitats intel·lectuals o amb altres dificultats d'aprenentatge. Encara que es va aplicar la mateixa prova a tots els alumnes considerats susceptibles d'adscripció a les escoles especials, aquesta havia estat dissenyada basant-se en la població general txeca, de manera que els estudiants gitanos tenien intrínsecament una probabilitat més alta d'obtenir mals resultats, com efectivament va passar, amb la conseqüència que entre el 50% i el 90% dels gitanos es van educar fora del sistema educatiu general. El TEDH va considerar que es tractava d'un cas de discriminació indirecta.

³⁰ Vegeu, també, *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació*, article 2.2.b; *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones* (reformulada), article 2.1.b; *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis*, article 2.b.

³¹ TEDH, *D. H. i altres contra la República Txeca* [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007, § 184; TEDH, *Opuz contra Turquia* (núm. 33401/02), 9 de juny de 2009, § 183; TEDH, *Zarb Adami contra Malta* (núm. 17209/02), 20 de juny de 2006, § 80.

³² TJUE, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main i Silvia Becker contra Land Hessen*, casos acumulats C-4/02 i C-5/02 [2003] ECR I-12575, 23 d'octubre de 2003.

³³ TEDH, *D. H. i altres contra la República Txeca* [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007, § 79.

2.3.2. Efectes substancialment més perjudicials per a un grup protegit

El segon element característic és que la disposició, el criteri o la pràctica aparentment neutre situï un *grup protegit* en un desavantatge particular. Aquesta és la diferència entre la discriminació indirecta i la discriminació directa, el desplaçament de l'atenció del tracte diferent a la diferència pel que fa als efectes.

Quan analitzen les proves estadístiques de l'efecte desproporcionadament perjudicial respecte a altres persones en una situació similar, el TJUE i el TEDH han de buscar mostres que una proporció especialment gran dels perjudicats pertany al *grup protegit*. Aquesta qüestió s'analitza de manera més detallada en el capítol 5, relatiu als aspectes probatoris. De moment, ens referim a la recopilació d'expressions respecte a la discriminació sexual utilitzades pel TJUE que apareixen en les conclusions de l'advocat general Léger en el cas *Nolte* sobre discriminació sexual:

[P]erquè es consideri discriminatòria, la mesura ha d'afectar «un nombre molt superior de dones que d'homes» [*Rinner-Kuhn*³⁴], «un nombre considerablement inferior d'homes que de dones» [*Nimz*,³⁵ *Kowalska*³⁶] o «moltes més dones que homes» [*De Weerd*³⁷].³⁸

2.3.3. Referència comparativa

Com en el cas de la discriminació directa, el tribunal ha de trobar una referència comparativa per a determinar si l'efecte d'una determinada disposició, criteri o pràctica és substancialment més perjudicial que el que hagin

experimentat altres persones en una situació similar. El plantejament dels tribunals no difereix en aquest aspecte del que s'ha adoptat respecte de la discriminació directa.

2.4. L'assetjament i les ordres de discriminar

2.4.1. L'assetjament i les ordres de discriminar en les directives de la UE contra la discriminació

La prohibició de l'assetjament i de les ordres de discriminar en el marc de la legislació de la UE contra la discriminació és relativament recent i té com a finalitat aconseguir una protecció més exhaustiva.

D'acord amb les directives, l'assetjament és un tipus concret de discriminació. Prèviament considerat com un cas particular de discriminació directa, el fet que es desenvolupi específicament en un epígraf propi respon més a la importància de singularitzar aquesta forma especialment perjudicial de tracte discriminatori que a un canvi conceptual.

D'acord amb les directives contra la discriminació, l'assetjament constitueix discriminació quan:

- tingui lloc un comportament no volgut relacionat amb una característica protegida
- que tingui com a objectiu o com a conseqüència atemptar contra la dignitat de la persona
- i/o crear un entorn intimidatori, hostil, degradant, humiliant o ofensiu.³⁹

³⁴ TJUE, *Rinner-Kuhn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung*, cas C-171/88 [1989] ECR 2743, 13 de juliol de 1989.

³⁵ TJUE, *Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*, cas C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 de febrer de 1991.

³⁶ TJUE, *Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*, cas C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 de juny de 1990.

³⁷ TJUE, *De Weerd, de soltera Roks i altres contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen i altres*, cas C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 de febrer de 1994.

³⁸ Conclusió de l'advocat general Léger, de 31 de maig de 1995, § 57-58, a TJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, cas C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 de desembre de 1995. Vegeu un exemple d'un plantejament similar d'acord amb el CEDH en el cas D. H. i altres contra la República Txeca [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007 (analitzat en l'apartat 2.1 del capítol 5).

³⁹ Vegeu *Directiva relativa a la igualtat racial*, article 2.3; *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació*, article 2.3; *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis*, article 2.c; *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones* (reformulada), article 2.1.c.

Les directives sobre igualtat de tracte entre homes i dones estableixen específicament també l'assetjament sexual com un tipus concret de discriminació quan el comportament no volgut «verbal, no verbal o físic» és de naturalesa sexual.⁴⁰

D'acord amb aquesta definició, no és necessària una referència comparativa per a demostrar l'assetjament, com correspon al fet que l'assetjament és intrínsecament negatiu per la forma que adopta (abús verbal, no verbal o físic) i pel seu efecte potencial (atemptar contra la dignitat humana).

Moltes de les directrius sobre l'assetjament en l'àmbit de la UE deriven de la Declaració del Consell, de 19 de desembre del 1991, relativa a l'aplicació de la Recomanació de la Comissió sobre la protecció de la dignitat de la dona i de l'home en el treball, incloent-hi el codi pràctic encaminat a combatre l'assetjament sexual.⁴¹ La normativa de la UE adopta un enfocament flexible objectiu/subjectiu. En primer lloc, per a determinar si hi ha assetjament es fa servir la percepció del tracte de la víctima. En segon lloc, tanmateix, encara que la víctima no percebi efectivament els efectes de l'assetjament, aquest assetjament encara es pot determinar, sempre que el reclamant sigui l'objecte del comportament en qüestió.

Les qüestions de fet relatives a si una conducta constitueix o no assetjament es determinen habitualment dins l'àmbit nacional, abans de remetre els casos al TJUE. És per aquest motiu que els casos il·lustratius següents procedeixen de les jurisdiccions nacionals.

Exemple: en un cas davant el Tribunal d'Apel·lació de Suècia, el reclamant volia comprar un cadell però quan el venedor va observar que era homosexual es va negar a vendre-l'hi per protegir el benestar del gos i va afirmar que els homosexuals duen a terme actes sexuals amb animals. El Tribunal d'Apel·lació de Suècia va considerar que la negativa a vendre el cadell constituïa una discriminació directa en l'àmbit de l'accés als béns i als serveis i un supòsit d'assetjament per raó de l'orientació sexual.⁴²

Exemple: en un cas davant l'Autoritat hongaresa d'Igualtat de Tracte es va formular una reclamació relativa a certs professors que havien dit als estudiants gitanos que el seu mal comportament al col·legi havia estat comunicat a la Guàrdia Hongaresa, una organització nacionalista coneguda pels actes d'extrema violència contra els gitanos.⁴³ Es va considerar que els professors havien donat suport implícitament a les opinions racistes de la Guàrdia i havien creat un clima de por i d'intimidació constitutiu d'assetjament.

Encara que totes les directives contra la discriminació estableixen també que les *ordres de discriminar* constitueixen una *discriminació*,⁴⁴ cap no ofereix una definició del terme. Perquè sigui útil en la lluita contra les pràctiques discriminatòries, no se l'ha de restringir únicament a les ordres de caràcter imperatiu, sinó que cal ampliar-la a les situacions en què s'expressi una preferència o s'anima a tractar persones menys favorablement per una de les característiques protegides. Aquest és un àmbit que pot evolucionar a través de la jurisprudència dels tribunals.

⁴⁰ Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis, article 2.d; Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada), article 2.1.d.

⁴¹ Declaració del Consell, de 19 de desembre de 1991, relativa a l'aplicació de la Recomanació de la Comissió sobre la protecció de la dignitat de la dona i de l'home en el treball, incloent-hi el codi pràctic encaminat a combatre l'assetjament sexual, DO C 27, 4 de febrer de 1992, p. 1; Recomanació 92/131/CEE de la Comissió, de 27 de novembre de 1991, relativa a la protecció de la dignitat de la dona i de l'home en el treball, DO L 49, 24 de febrer de 1992, p. 1.

⁴² El Defensor del Poble, davant la discriminació per raó d'orientació sexual contra A. S., cas núm. T-3562-06, Tribunal d'Apel·lació de Svea, 11 de febrer de 2008. Resum en anglès a la Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, European Anti-Discrimination Law Review, juliol 2009, núm. 8, p. 69.

⁴³ Decisió núm. 654/2009, 20 de desembre de 2009, Autoritat d'Igualtat de Tracte (Hongria). Resum en anglès disponible a través de la Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, NewReport: http://www.non-discrimination.net/content/mitjana/HU-14-HU_harassment_of_roma_pupils_by_teachers.pdf.

⁴⁴ Article 4.2 de la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació; article 4.4 de la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en matèria d'accés als béns i als serveis; article 2.2.b de la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada); article 2.4 de la Directiva relativa a la igualtat racial.

Encara que les directives contra la discriminació no obliguen els estats membres a utilitzar el dret penal per a sancionar els actes de discriminació, una Decisió Marc del Consell Europeu obliga tots els estats membres a establir sancions penals per la incitació a la violència o a l'odi per raons de raça, de color, d'ascendència, de religió o creences, d'origen nacional o ètnic, i també per la divulgació de materials racistes o xenòfobs i per l'apologia, la negació i la trivialització d'actes de genocidi, crims de guerra i crims contra la humanitat dirigits contra aquests grups.⁴⁵ Els estats membres també estan obligats a considerar els fins racistes i xenòfobs com una circumstància agreujant.

És bastant probable, per tant, que els actes d'assetjament i d'incitació a la discriminació, a més de constituir una discriminació, pertanyin també a l'àmbit del dret penal nacional, especialment si tenen relació amb la raça o l'origen ètnic.

Exemple: en un cas davant els tribunals búlgars, un membre del Parlament havia fet diverses declaracions verbals contra la comunitat gitana, la jueva i la turca, a més de contra els *estrangers* en general, i havia afirmat que impedié que els búlgars gestionessin el seu propi Estat, que cometien delictes de manera impune i que privaven els búlgars d'una assistència sanitària adequada, de manera que cridava el poble a impedir que el país es convertís en una *colònia* d'aquests grups.⁴⁶ El Tribunal Regional de Sofia va considerar que el cas era constitutiu d'assetjament i d'ordres de discriminar.

2.4.2. L'assetjament i les ordres de discriminar en el CEDH

Encara que el CEDH no prohibeix específicament l'assetjament i les ordres de discriminar, sí que recull certs drets en aquest camp. D'aquesta manera, l'assetjament pot pertànyer a l'àmbit del dret al respecte a la vida

privada i familiar, protegit per l'article 8 del CEDH, o a l'àmbit del dret a no ser sotmès a penes o a tractes inhumans o degradants de l'article 3, mentre que les ordres de discriminar poden pertànyer a l'àmbit d'altres articles, com ara la llibertat de religió i la de reunió i associació dels articles 9 i 11, depenent del context. Si aquests actes constitueixen un motiu de discriminació, el TEDH ha d'analitzar els presumptes incompliments d'aquests articles en relació amb l'article 14, que prohibeix la discriminació. A continuació s'exposen uns quants exemples de casos basats en fets similars als exposats anteriorment, en l'àmbit del CEDH.

Exemple: en el cas *Bączkowski i altres contra Polònia*, l'alcalde de Varsòvia va fer unes declaracions públiques de caràcter homòfob en què assenyalava que no autoritzaria una manifestació per a conscienciar sobre la discriminació per raó de l'orientació sexual.⁴⁷ Quan es va plantejar la decisió davant l'òrgan administratiu competent, aquest va denegar l'autorització per altres motius, com ara la necessitat d'evitar enfrontaments entre els manifestants. El TEDH va considerar que les declaracions de l'alcalde podrien haver influït en la decisió de les autoritats competents, que la decisió estava basada en motius d'orientació sexual i que, per tant, constituïa una vulneració del dret a la llibertat de reunió i associació, en relació amb el dret a no patir discriminació.

Exemple: en el cas *Paraskeva Todorova contra Bulgària*, els tribunals nacionals, quan van condemnar una persona d'origen gitano, van denegar expressament la recomanació del fiscal de suspendre la sentència i van manifestar que entre la minoria gitana hi havia un hàbit d'impunitat i que calia donar exemple amb aquesta persona concreta.⁴⁸ El TEDH va considerar que aquest fet vulnerava el dret del reclamant a un judici just, en relació amb el dret a no patir discriminació.

⁴⁵ Decisió marc 2008/g13/JAI del Consell, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i de xenofòbia mitjançant el dret penal, DO L 328, 6 de desembre de 2008, p. 55.

⁴⁶ Tribunal Regional de Sofia, Decisió núm. 164 en el cas civil núm. 2860/2006, 21 de juny de 2006. Resum en anglès disponible al portal informatiu de la FRA, cas 11-1.

⁴⁷ TEDH, *Bączkowski i altres contra Polònia* (núm. 1543/06), 3 de maig de 2007.

⁴⁸ TEDH, *Paraskeva Todorova contra Bulgària* (núm. 37193/07), 25 de març de 2010.

2.5. Mesures especials o específiques

Com s'ha assenyalat anteriorment, en els casos de discriminació indirecta, el motiu pel qual es detecta la discriminació és perquè s'aplica la mateixa disposició a totes les persones sense tenir en compte les diferències substancials. Per a corregir i evitar aquesta mena de situacions, els governs, els ocupadors i els prestadors de serveis han d'assegurar que adopten mesures per a ajustar les seves disposicions i pràctiques amb la finalitat de tenir en compte aquestes diferències; és a dir, han de fer quelcom per a adaptar les polítiques i les mesures vigents. En l'àmbit de l'ONU, es denominen *mesures especials*, mentre que en el dret de la UE es parla de *mesures específiques* o *d'acció positiva*. Amb aquestes mesures especials, els governs poden assegurar la *igualtat substantiva*, és a dir, la igualtat a l'hora de gaudir de les oportunitats d'accedir als beneficis disponibles en la societat, en lloc de la mera *igualtat formal*. Si els governs, els ocupadors i els prestadors de serveis no tenen en compte la pertinència d'adoptar mesures especials, augmenten el risc d'incórrer en disposicions i pràctiques constitutives de discriminació indirecta.

El TEDH ha assenyalat que «el dret a no ser discriminat en l'exercici dels drets reconeguts en el CEDH es vulnera també si els estats [...] no donen un tracte diferenciat a les persones que estan en situacions substancialment diferents».⁴⁹ De la mateixa manera, les directives de la UE contra la discriminació preveuen expressament la possibilitat d'adoptar mesures positives i assenyalen que: «[a]mb l'objectiu de garantir la plena igualtat a la pràctica, el principi d'igualtat de tracte no ha d'impendir que un estat membre mantingui o adopti mesures específiques per a prevenir o compensar els desavantatges que afectin [una característica protegida]».⁵⁰

L'article 5 de la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació conté plasmacions concretes de la regla general de les mesures específiques en relació amb les per-

sones amb discapacitat, que obliguen els ocupadors a realitzar «ajustos raonables» perquè les persones amb discapacitat física o mental gaudeixin de les mateixes oportunitats en l'ocupació. Aquests ajustos raonables es defineixen com a «mesures adequades, en funció de les necessitats de cada situació concreta, que permetin a les persones amb discapacitats accedir a l'ocupació, prendre-hi part o progressar professionalment, o perquè se'ls ofereixi formació, excepte si aquestes mesures suposen una càrrega excessiva per a l'empresari». Aquestes mesures poden incloure la instal·lació d'un elevador, una rampa o un vàter per a persones amb discapacitat que permetin l'accés en cadira de rodes.

Exemple: en el cas Thlimmenos contra Grècia, la legislació nacional prohibia als condemnats per delictes exercir la professió de censor jurat de comptes perquè el delicte implica la falta de l'honradesa i la fiabilitat necessàries per a desenvolupar aquestes funcions. En aquest cas, el reclamant havia estat condemnat penalment per negar-se a prestar el servei militar obligatori perquè era membre del grup religiós pacifista dels Testimonis de Jehovà. El TEDH va considerar que no hi havia motius per excloure de l'exercici de la professió persones condemnades per delictes no relacionats amb la fiabilitat o l'honradesa. El Govern havia discriminat el sol·licitant en no incloure una excepció a la regla general per a aquests casos, cosa que vulnerava el dret a la manifestació de les creences religioses (conforme a l'article 9 del CEDH), en relació amb la prohibició de la discriminació.

Exemple: en un cas davant l'Organisme de la Igualtat de Xipre, el reclamant, que patia una deficiència visual, va participar en un examen per accedir a l'ocupació pública.⁵¹ Després de sol·licitar un temps addicional per a completar l'examen, se li van concedir trenta minuts més, però aquest temps es va deduir del descans, al qual tots tenien dret. L'Organisme de la Igualtat va considerar que no hi havia un procediment normalitzat

⁴⁹ TEDH, *Thlimmenos contra Grècia* [GC] (núm. 34369/97), 6 d'abril de 2000, § 44. També, TEDH, *Pretty contra el Regne Unit* (núm. 2346/02), 29 d'abril de 2002, § 88.

⁵⁰ *Directiva 'relativa a la igualtat racial*, article 5; *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació*, article 7; *Directiva 'relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis*, article 6; i també, amb una formulació lleugerament diferent: *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones* (reformulada), article 3.

⁵¹ Comissió de la Igualtat (Xipre), Ref. A.K.I. 37/2008, 8 d'octubre de 2008. Resum en anglès, a la Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, *European Anti-Discrimination Law Review*, juliol 2009, núm. 8, p. 43.

d'examen amb ajustos raonables per als candidats amb circumstàncies especials i que, sobre la base dels fets, no s'havia fet prou per a establir circumstàncies que li permetessin competir en condicions d'igualtat amb els altres candidats. L'Organisme de la Igualtat va recomanar a l'Estat que constituís un equip d'experts, en el marc d'un procediment normalitzat d'anàlisi d'aquests casos que requereixen ajustos raonables concrets.

Exemple: una persona en cadira de rodes va demandar el Ministeri d'Educació davant els tribunals francesos per no haver estat adscrit a un lloc de treball determinat.⁵² La seva sol·licitud havia obtingut el tercer lloc en la llista dels candidats, però quan els dos primers van declinar el lloc, l'oferta es va traslladar al quart, i no al demandant, a qui es va oferir un lloc en un altre departament que havia estat adaptat per a l'accés amb cadira de rodes. L'Estat va justificar la decisió al·legant que no era d'interès públic invertir fons per dur a terme canvis a les instal·lacions amb la finalitat de complir l'obligació d'implementar ajustos raonables. El tribunal va considerar que el Ministeri d'Educació no havia complert l'obligació de posar en marxa ajustos raonables per a les persones amb discapacitats i que aquest fet no podia ser atenuat per consideracions administratives.

De vegades s'inclou en el terme *mesures especials* el supòsit que el tracte diferenciat afavoreixi (en lloc de desafavorir) determinades persones per raó de les seves característiques protegides. Per exemple, l'elecció d'una dona amb preferència respecte d'un home per a un lloc determinat per la condició de dona, quan l'ocupador té una política de correcció de la infrarepresentació de

la dona entre el personal. La terminologia usada per a descriure aquests supòsits varia enormement, des de la discriminació *positiva* o *inversa* fins al tracte preferent, les *mesures especials temporals* i l'*acció positiva*;⁵³ uns termes que reflecteixen la funció acceptada que desenvolupen com a mitjans excepcionals a curt termini per a combatre els prejudicis contra persones normalment objecte de discriminació, a més de crear models que inspirin altres persones que comparteixen aquestes característiques.

La possibilitat d'adoptar mesures positives a favor de grups desafavorits queda encara més reforçada per les directrius de diversos dels òrgans de control encarregats d'interpretar els tractats de drets humans de l'ONU que han ressaltat que aquestes mesures han de ser de caràcter temporal i no s'han de prolongar més enllà del que és necessari per a resoldre la desigualtat en qüestió.⁵⁴ Segons el Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial, perquè siguin admissibles, aquestes mesures han de tenir com a única finalitat eliminar les desigualtats existents i prevenir futurs desequilibris.⁵⁵ El Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació contra la Dona ha detallat que aquestes «mesures especials de caràcter temporal» poden incloure el «tracte preferencial, el reclutament, la contractació i la promoció dirigits a determinades persones, i els sistemes de quotes».⁵⁶ Conforme a la jurisprudència del TJUE, que s'analitza posteriorment, s'ha de comprovar estrictament la proporcionalitat d'aquestes mesures.

Els tribunals han tendit a tractar la discriminació en aquest context no com una forma particular de discri-

⁵² Tribunal Administratiu de Rouen, *Boutheiller c. Ministère de l'éducation*, Sentència núm. 0500526-3, 24 de juny de 2008. Resum en anglès, a la Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, *European Anti-Discrimination Law Review*, juliol 2009, núm. 8, p. 46.

⁵³ Per exemple, el Comitè de l'ONU per a l'Eliminació de la Discriminació Racial, *Recomanació General núm. 32: Significat i abast de les mesures especials en la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial*, doc. ONU CERD/C/GC/32, 24 de setembre de 2009; Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals de l'ONU, *Observació general núm. 13: El dret a l'educació*, doc. ONU E/C.12/1999/10, 8 de desembre de 1999; Comitè de l'ONU per a l'Eliminació de la Discriminació contra la Dona, *Recomanació General núm. 25: el paràgraf 1 de l'article 4 de la Convenció (mesures especials de caràcter temporal)* doc. ONU A/59/38 (SUP), 18 de març de 2004; Comitè de Drets Humans de l'ONU, *Observació general núm. 18: No-Discriminació*, doc. ONU A/45/40 (Vol. I.) (SUP), 10 de novembre de 1989; Comitè de l'ONU per a l'Eliminació de la Discriminació Racial, *Recomanació General núm. 30, sobre la discriminació contra els no ciutadans*, doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 de maig de 2005.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Comitè de l'ONU per a l'Eliminació de la Discriminació Racial, *Recomanació General núm. 32: Significat i abast de les mesures especials en la Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial*, doc. ONU CERD/C/GC/32, 24 de setembre de 2009, § 21-26.

⁵⁶ Comitè de l'ONU per a l'Eliminació de la Discriminació contra la Dona, *Recomanació General núm. 25: el paràgraf 1 de l'article 4 de la Convenció (mesures especials de caràcter temporal)*, doc. ONU A/59/38 (SUP), 18 de març de 2004, § 22.

minació, sinó com una excepció a la prohibició de la discriminació. En altres paraules, reconeixen que s'ha aplicat un tracte diferenciat, però accepten que pot estar justificat per l'interès de corregir un desavantatge previ, com ara la infrarepresentació de determinats grups en el lloc de treball.

Els estats han reconegut en diferents moments la justificació del tracte diferencial. Aquesta figura es pot contemplar des de dos angles diferents. Des del punt de vista del beneficiari, el tracte més favorable respon a una característica protegida, en comparació d'altres persones en una situació similar. Des del punt de vista de la víctima, el tracte menys favorable es deu al fet que no posseeix la característica protegida. En són exemples típics la reserva de llocs de treball per a les dones en àmbits laborals dominats pels homes o per a les minories ètniques en els serveis públics, com ara la policia, amb la finalitat de reflectir més bé la composició de la societat. De vegades s'etiqueta com a *discriminació inversa*, perquè el tracte discriminatori té com a objectiu afavorir una persona que previsiblement rebria un tracte menys favorable d'acord amb les tendències socials anteriors. Altres vegades es qualifica d'*acció positiva*, perquè són accions específicament dirigides a corregir desavantatges anteriors i promoure la participació de grups tradicionalment desfavorits; en aquesta línia, respon a un propòsit benèfic i no a perjudicis contra determinats grups.

El concepte apareix rarament en la jurisprudència del TEDH, però ha rebut més consideració en l'àmbit de la normativa de la UE, en què el TJUE ha tractat casos en l'àmbit de l'ocupació. Les mesures específiques apareixen com una causa de justificació per dret propi d'acord amb les directives contra la discriminació i la jurisprudència del TJUE, i també en la causa de justificació específica de *requisits professionals essencials*, com s'analitza en l'apartat 2.6.4.

Els principals casos del TJUE en matèria de mesures especials s'han plantejat en el marc de la igualtat de gènere; concretament, els casos *Kalanke*,⁵⁷ *Marschall*⁵⁷ i *Abrahamsson*,⁵⁸ que, en conjunt, defineixen els límits de les mesures especials que es poden adoptar per a compensar desavantatges anteriors soferts durant anys per, en aquests casos concrets, les dones treballadores.

Exemple: en el cas *Kalanke*, el TJUE va adoptar un enfocament estricte davant la concessió d'un tracte preferent per a corregir la infrarepresentació de la dona en determinats llocs. El cas feia referència a una normativa d'àmbit regional que concedia prioritat automàtica a les candidates a certs llocs i ascensos. En igualtat de qualificacions entre candidats masculins i femenins, les dones havien de tenir preferència si les treballadores estaven infrarepresentades en el sector. Es considerava que hi havia infrarepresentació si les treballadores no representaven, si més no, la meitat del personal del lloc en qüestió. En aquest cas, el candidat rebutjat, el senyor Kalanke, va al·legar discriminació per raó de sexe davant els tribunals nacionals, que van remetre el cas al TJUE, a qui van consultar si la disposició era compatible amb l'article 2.4 de la Directiva relativa a la igualtat de tracte de 1976 (l'antecedent de l'article 3 de la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones sobre l'acció positiva), que establia que: «La present Directiva no s'oposa a les mesures encaminades a promoure la igualtat d'oportunitats entre homes i dones, en particular per a corregir les desigualtats de fet que afectin les oportunitats de les dones».⁶⁰

El TJUE va considerar que l'article 2.4 estava dissenyat per a permetre mesures que, «encara que siguin discriminatòries en aparença, estan destinades efectivament a eliminar o a reduir les desigualtats de fet que hi hagi en la realitat de la vida social».⁶¹ S'accepta que la disposició tenia la finalitat legítima d'eliminar desigualtats en el treball. Per tant, en principi, les mesures que atorguen a les dones avantatges específics en el treball,

⁵⁷ TJUE, *Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen*, cas C-450/93 [1995] ECR I-3051, 17 d'octubre de 1995.

⁵⁸ TJUE, *Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen*, cas C-409/95 [1997] ECR I-6363, 11 de novembre de 1997.

⁵⁹ TJUE, *Abrahamsson i Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist*, cas C-407/98 [2000] ECR I-5539, 6 de juliol de 2000.

⁶⁰ Directiva relativa a la igualtat de tracte 76/207/CEE, DO L 39, 14 de febrer de 1976, p. 40.

⁶¹ Aquesta terminologia s'ha adoptat en gran mesura en el preàmbul de les directives contra la discriminació: § 21 de la *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones* (reformulada); § 26 de la *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació* i § 17 de la *Directiva relativa a la igualtat racial*.

inclosos els ascensos, són acceptables si tenen com a finalitat millorar la seva capacitat de competir en el mercat de treball sense aquesta discriminació.

Tanmateix, el Tribunal assenyala també que totes les excepcions al dret a la igualtat de tracte s'han d'interpretar de manera estricta, considerant que l'atorgament per la disposició en qüestió de «prioritat absoluta i incondicional a la dona en els nomenaments i els ascensos» resultaria a la pràctica desproporcionat per aconseguir l'objectiu d'eliminar la desigualtat en relació amb el dret a la igualtat de tracte, de manera que el tracte preferencial no estaria justificat en aquest cas.

Malgrat tot, altres casos posteriors han mostrat que les mesures específiques són acceptables si la disposició no imposa una prioritat automàtica i incondicional.

*Exemple: encara que el cas *Marschall* feia referència a una normativa semblant a la del cas *Kalanke*, la disposició en qüestió establia que les dones igualment qualificades havien de tenir prioritat «excepte si raons específiques d'un candidat masculí concret inclinessin la balança a favor seu». El senyor Marschall, rebutjat per a un lloc a favor d'una altra candidata, va impugnar la validesa de la disposició davant els tribunals nacionals, que van remetre el cas al TJUE, per plantejar novament si la disposició era compatible amb la Directiva relativa a la igualtat de tracte. El TJUE va considerar que una disposició d'aquesta naturalesa no era desproporcionada per al fi legítim d'eliminar la desigualtat, sempre que «garanteixi, en cada cas particular, als candidats masculins amb igual capacitat que les candidates femenines que les candidatures seran objecte d'una interpretació objectiva que tingui en compte tots els criteris relatius a la persona dels candidats dels dos sexes i ignori la preferència concedida a les candidates femenines quan un o diversos criteris facin que la balança s'inclini a favor del candidat masculí». En conseqüència, la discrecionalitat inclosa en la disposició evita que la prioritat sigui absoluta i, per tant, resulta proporcional per aconseguir el fi de corregir la desigualtat en el treball.*

*Exemple: el cas *Abrahamsson* feia referència a la validesa de la legislació sueca, situada entre la prioritat incondicional de la disposició del cas *Kalanke* i la discrecionalitat del cas *Marschall*. La disposició establia que els candidats d'un sexe infrarepresentat que tinguessin qualificació suficient per a exercir la feina havien de rebre prioritat, a menys que «la diferència entre (les qualificacions dels) candidats sigui tan gran que es transgredeixi el requisit d'objectivitat en la designació». El TJUE va considerar que a la pràctica la legislació concedia automàticament prioritat als candidats del sexe infrarepresentat i que el fet que la disposició només ho exclogués en el cas que hi hagués diferències importants de qualificació no era suficient per a evitar que la disposició tingués efectes desproporcionats.*

Aquests casos posen de manifest que el TJUE ha actuat generalment amb cautela a l'hora d'admetre mesures específiques que prevalguin sobre el principi de justícia. Només en casos limitats, quan les mesures específiques no són incondicionals i absolutes, permet que les disposicions nacionals quedin incloses en l'excepció de l'article 2.4.

Davant de qüestions relatives a mesures específiques a l'empared de les directives de la UE contra la discriminació, els professionals del dret han de prestar una atenció especial a les mesures aplicades per afavorir determinats grups de persones. Les mesures específiques són clarament l'últim recurs, com mostra la jurisprudència del TJUE exposada anteriorment. Els professionals del dret i els funcionaris judicials que sàpiguen de casos relatius a mesures específiques s'han d'assegurar que tots els candidats examinats per l'ocupador en qüestió, inclosos aquells als quals no va dirigida la disposició sobre les mesures especials, siguin valorats de manera objectiva i justa per al càrrec en qüestió. Les mesures especials només es poden utilitzar si l'avaluació objectiva mostra que hi ha diversos candidats, entre els quals hi ha persones d'un grup destinatari de la disposició, igualment capacitats per a exercir la funció. Només en aquests casos es pot seleccionar un membre d'un grup objectiu, a causa de la discriminació històrica anterior en el lloc de treball, abans que una persona que no pertany a aquest grup.

El TJUE no ha tingut encara l'oportunitat d'analitzar en profunditat el cas de les mesures especials, però sí que l'ha tingut en compte en un petit nombre de casos.

Exemple: en el cas *Wintersberger contra Àustria*,⁶² el TEDH va emetre una decisió sobre l'admissibilitat d'una demanda. El demandant, una persona discapacitada, havia estat acomiadat de la feina per l'Estat. D'acord amb la legislació nacional, les persones amb discapacitat tenien protecció especial davant l'acomiadament, consistent en l'aprovació prèvia per un comitè especial. Si l'ocupador no tenia coneixement de la discapacitat, l'aprovació es podia concedir retroactivament. L'aprovació no era necessària en el cas de les persones sense discapacitat. El demandant va al·legar que el fet que l'aprovació es pogués concedir retroactivament per a persones amb discapacitat, però no per a persones sense discapacitat, suposava una discriminació. El TEDH va considerar que la disposició beneficiava a la pràctica les persones amb discapacitat i estava, per tant, justificada com a exemple de discriminació inversa, i va desestimar la reclamació.

Punts clau

- La discriminació és una situació en què una persona està d'alguna manera en desavantatge a causa d'una *característica protegida*.
- La discriminació adopta diverses formes: discriminació directa, discriminació indirecta, assetjament i ordres de discriminar.
- La discriminació directa es caracteritza per un tracte diferenciat: s'ha d'acreditar que la presumpta víctima ha rebut un tracte menys favorable pel fet de tenir una característica inclosa entre les *característiques protegides*.
- El tracte menys favorable es determina per comparació entre la presumpta víctima i una altra persona en una situació similar que no posseeixi la *característica protegida*.
- La *característica protegida* pot no ser la raó expressa del tracte diferenciat, només cal que aquesta raó sigui indissociable de la característica protegida.
- El TJUE i els tribunals nacionals han acceptat la noció de discriminació per associació, en què una persona rep un tracte menys favorable a causa de la seva associació amb una altra que posseeix una *característica protegida*.
- L'assetjament és una manifestació particular de la discriminació directa, encara que la normativa de la UE el regula de manera independent.
- La discriminació indirecta es caracteritza perquè hi ha una repercussió o uns efectes diferenciats: cal acreditar que un grup resulta desafavorit per una decisió respecte a un altre grup de referència.
- Per a acreditar la discriminació indirecta, la persona ha d'aportar proves que els que comparteixen la característica protegida pateixen, com a grup, uns efectes o una repercussió diferenciats respecte als que no tenen aquesta característica.
- Per assegurar la igualtat de totes les persones en l'exercici dels drets, els governs, els ocupadors i els prestadors de serveis han d'adoptar mesures especials o específiques per a adaptar les seves disposicions i pràctiques a les persones amb característiques diferents.
- Els termes *mesures especials* i *mesures específiques* inclouen la compensació de desavantatges anteriorment soferts pels qui posseeixen una característica protegida. Això pot justificar la discriminació, sempre que es faci d'una manera proporcionada.

⁶² TEDH, *Wintersberger contra. Àustria* (núm. 57448/00), 5 de febrer de 2004.

2.6. Causes de justificació del tracte menys favorable en la legislació europea contra la discriminació

2.6.1. Introducció

En alguns casos, els tribunals consideren acceptable que hi hagi un tracte diferenciat. La manera de plantejar les causes de justificació en la legislació de la UE difereix de la del TEDH, malgrat l'estreta similitud pel que fa al fons.

En la normativa europea contra la discriminació, la causa de justificació pot formular-se en termes generals o en termes específics més limitats. El plantejament que segueix el TEDH és aplicar una causa de justificació formulada de manera general, en l'àmbit de la discriminació tant directa com indirecta. Per contra, la legislació de la UE només preveu causes de justificació específiques limitades per a la discriminació directa i únicament estableix una causa de justificació general en el cas de la discriminació indirecta. Dit d'una altra manera, de conformitat amb les directives contra la discriminació, la discriminació directa només es pot justificar quan respon a determinats objectius expressament fixats en les directives.

En aquestes directives, les causes de justificació específiques se situen en el context més ampli de la causa de justificació general reconeguda pel TEDH i es corresponen amb el procediment d'aplicació de la causa de justificació general en la jurisprudència. Bàsicament, les causes de justificació específiques en les directives contra la discriminació són plasmacions particulars de la causa de justificació general, concretades i adaptades a l'àmbit específic de l'ocupació.

2.6.2. Anàlisi detallada de la causa de justificació general

Com ja s'ha assenyalat, en el CEDH, la causa de justificació general s'aplica tant a la discriminació directa com a la indirecta, mentre que en la legislació de la UE contra la discriminació només s'aplica a la discriminació indirecta. D'acord amb el TEDH:

[L]a diferència de tracte a persones en situacions substancialment similars [...] és discriminatòria si no té una justificació objectiva i raonable; en altres paraules, si no persegueix un objectiu legítim o no hi ha una relació de proporcionalitat raonable entre els mitjans emprats i el fi que es persegueix.⁶³

Les directives de la UE contra la discriminació fan servir termes similars en relació amb la discriminació indirecta. La Directiva relativa a la igualtat racial estableix que:

[H]i ha discriminació indirecta quan una disposició, un criteri o una pràctica aparentment neutre situa persones d'un origen racial o ètnic concret en desavantatge particular respecte a altres persones, tret que aquesta disposició, criteri o pràctica es justifiqui objectivament amb una finalitat legítima i que els mitjans per a la consecució d'aquesta finalitat siguin adequats i necessaris».⁶⁴

Els termes emprats pel TEDH i per les directives contra la discriminació mostren que no es tracta d'una causa de justificació de la discriminació en sentit estricte, sinó d'una justificació del tracte diferenciat que impedeix determinar que hi ha discriminació. Tanmateix, si no en la forma, almenys en el fons, els tribunals tracten aquestes justificacions com a causes de justificació de la discriminació.

⁶³ TEDH, *Burden contra el Regne Unit* [GC] (núm. 13378/05), 29 d'abril de 2008, § 60.

⁶⁴ Directiva relativa a la igualtat racial, article 2.b; *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació*, article 2.b; *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis*, article 2.1.b; *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones* (reformulada), article 2.1.b.

Per a justificar la diferència de tracte s'ha d'acreditar:

- que la disposició o la pràctica en qüestió persegueix una finalitat legítima;
- que els mitjans utilitzats per a la consecució d'aquesta finalitat (és a dir, les mesures generadores de la diferència de tracte) són proporcionades i necessàries.

Exemple: El TJUE va oferir una anàlisi en profunditat del concepte de justificació objectiva en el cas *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*,⁶⁵ en què els empleats a temps parcial al·legaven que el fet de ser exclosos del pla de pensions laborals de Bilka (uns grans magatzems) constituïa una discriminació indirecta contra les dones, que representaven la gran majoria dels treballadors a temps parcial. El TJUE va considerar que el cas constituïa un supòsit de discriminació indirecta, excepte si la diferència de drets estava justificada, per a la qual cosa calia acreditar que: «les [...] mesures escollides per Bilka corresponien a una necessitat real de l'empresa, eren adequades per a aconseguir els objectius perseguits i eren necessàries per a aquest objectiu».

Bilka va al·legar que la finalitat de la diferència de tracte era desincentivar el treball a temps parcial i incentivar el treball a temps complet, perquè els treballadors a temps parcial eren moltes vegades reticents a treballar fins tard i els dissabtes, cosa que feia més difícil mantenir una dotació adequada de personal. El TJUE va considerar que això podia constituir una finalitat legítima però que no responia la qüestió sobre si l'exclusió dels treballadors a temps parcial del pla de pensions era proporcionada per aconseguir aquest objectiu. L'exigència que les mesures adoptades siguin *necessàries* implica que cal acreditar que no hi ha altres mitjans raonables que causin menys interferències amb el principi d'igualtat de tracte. L'aplicació de la Llei als fets del cas es va remetre als tribunals nacionals.

Per a determinar si el tracte diferent és proporcionat, el tribunal ha de comprovar que:

- no hi ha cap altre mitjà d'aconseguir la finalitat perseguida que provoqui menys interferències amb el dret a la igualtat de tracte. Dit d'una altra manera, que el desavantatge sofert representa el perjudici mínim necessari per a aconseguir aquesta finalitat;
- la finalitat perseguida és prou important per a justificar aquest grau d'interferència.

2.6.3 Aplicació de la causa de justificació general

En l'àmbit de l'ocupació, el TJUE ha estat reticent a acceptar un tracte diferent per raons de gestió relacionades amb els interessos econòmics dels ocupadors i s'ha mostrat més disposat a acceptar-lo amb objectius més amplis de política social i d'ocupació amb implicacions fiscals. En els casos relatius a aquestes consideracions amb implicacions fiscals, el TJUE concedeix als estats un ampli «marge de discrecionalitat». En l'àmbit del CEDH, el TEDH és menys propens a acceptar un tracte diferent en matèries considerades fonamentals per a la dignitat personal, com ara la discriminació per motius de raça i d'origen ètnic, l'habitatge i la vida privada i familiar, i es mostra més disposat a acceptar-lo en relació amb consideracions més àmplies de política social, especialment quan tenen repercussions fiscals. El TEDH utilitza la terminologia del *marge d'interpretació*, que fa referència a l'esfera de discrecionalitat de l'estat per a determinar si el tracte diferent està justificat. Quan aquest marge es considera estret, el Tribunal fa una anàlisi més estricta.

⁶⁵ TJUE, *Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz*, cas 170/84 [1986] ECR 1607, 13 de maig de 1986.

2.6.4. Causes de justificació específiques en la legislació de la UE

Com ja s'ha indicat anteriorment, les directives contra la discriminació estableixen un conjunt específic de causes de justificació que permeten justificar un tracte diferent en una sèrie limitada de circumstàncies. La causa de justificació dels *requisits professionals essencials* apareix en totes les directives (excepte en la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis, que no fa referència a l'ocupació) i permet als ocupadors establir diferències entre les persones per motius protegits quan aquests motius tenen una relació intrínseca amb la capacitat de desenvolupar una feina determinada o amb les qualificacions necessàries per a dur-la a terme.⁶⁶ Les altres dues causes de justificació només apareixen en la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació. En primer lloc, l'admissibilitat de la discriminació per religió o creences per part dels ocupadors que siguin organitzacions basades en la religió o les conviccions.⁶⁷ En segon lloc, l'admissibilitat de la discriminació per edat en certes circumstàncies.⁶⁸ El plantejament estricte del TJUE sobre la interpretació de les causes de justificació del tracte diferent indica que les possibles excepcions s'han d'interpretar d'una manera restrictiva, en la mesura que ressalta la importància dels drets reconeguts a les persones en la legislació de la UE.⁶⁹

2.6.4.1. Requisit professional essencial

D'acord amb les directives contra la discriminació, en la mesura que afecten l'àmbit de l'ocupació:

[E]ls estats membres poden disposar que una diferència de tracte basada en una característica relacionada amb l'origen racial o ètnic no té caràc-

ter discriminatori quan, a causa de la naturalesa de les activitats professionals concretes o del context en què es duguin a terme, aquesta característica constitueix un requisit professional essencial i determinant, sempre que l'objectiu sigui legítim i el requisit, proporcionat.⁷⁰

Aquesta causa de justificació permet als ocupadors establir diferències entre persones per una característica protegida directament relacionada amb la idoneïtat o la capacitat de desenvolupar les funcions d'un lloc determinat.

Hi ha feines que queden ja clarament incloses en l'excepció dels requisits professionals essencials: en el cas de la Comissió contra Alemanya, el TJUE, basant-se en un estudi de la Comissió en l'àmbit de l'excepció en relació amb la discriminació per sexe, va assenyalar certes professions en què la causa de justificació es podia probablement aplicar,⁷¹ especialment les professions artístiques que requereixen característiques especials inherents a les persones, com les que necessita una cantant per a encaixar en un determinat estil d'actuació, un jove actor per a representar un paper, una persona amb qualitats físiques per a ballar o els homes i les dones per a actuar com a models de moda, encara que no pretenia establir una llista exhaustiva. Altres exemples són l'ocupació de persones d'origen ètnic xinès en restaurants xinesos per a mantenir l'autenticitat o l'ocupació de dones en clubs de *fitness* reservats a dones.

Exemple: en el cas de la Comissió contra França, el TJUE va considerar que en certes circumstàncies no és il·legal reservar llocs de treball principalment per a candidats masculins en presons d'homes i per a candidates femenines en presons de dones,⁷² encara que aquesta excepció només es pot aplicar en relació amb els llocs

⁶⁶ Article 14.2 de la *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones* (reformulada); Article 4 de la *Directiva relativa a la igualtat racial*; Article 4.1 de la *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació*.

⁶⁷ Article 4.2 de la *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació*.

⁶⁸ Article 6 de la *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació*.

⁶⁹ Vegeu, per exemple, TJUE, *Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, cas 222/84 [1986] ECR 1651, 15 de maig de 1986, § 36.

⁷⁰ Article 14.2 de la *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones* (reformulada); article 4 de la *Directiva relativa a la igualtat racial*; article 4.1 de la *Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació*.

⁷¹ TJUE, *la Comissió contra Alemanya*, cas 248/83 [1985] ECR 1459, 21 de maig de 1985.

⁷² TJUE, *la Comissió contra França*, cas 318/86 [1988] ECR 3559, 30 de juny de 1988.

que impliquessin activitats per a les quals fos rellevant la pertinença a un sexe determinat. En aquest cas, les autoritats franceses volien reservar un percentatge de llocs per a candidats masculins per la possibilitat que fos necessari utilitzar la força per a reduir possibles esvalotadors i per desenvolupar altres funcions que no més els homes poden dur a terme. Encara que el TJUE va acceptar en principi els arguments, les autoritats franceses no van complir els requisits de transparència en relació amb les activitats concretes que havien de dur a terme únicament els candidats masculins i el Tribunal va estimar que les generalitzacions sobre la idoneïtat de gènere no eren suficients.

Exemple: en el cas *Johnston*, una dona policia que treballava a Irlanda del Nord va reclamar perquè no se li havia renovat el contracte. El cap de policia ho va justificar al·legant que les agents de sexe femení no estaven formades en el maneig d'armes de foc i considerava que «en una situació caracteritzada per greus disturbis interns, el fet que les agents portin armes de foc pot crear riscos addicionals que siguin assassinades i, per tant, pot resultar contrari a les necessitats de la seguretat pública». El TJUE va considerar que, encara que s'ha de tenir en compte l'amenaça per a la seguretat, aquesta amenaça afecta tant els homes com les dones, sense que aquestes últimes estiguin davant un risc superior. A menys que la justificació faci referència a factors biològics específics de la dona, com ara la protecció dels fills durant l'embaràs, el tracte diferent no està justificat per la raó que l'opinió pública demani la protecció de les dones.

Exemple: en el cas *Mahlburg*, la reclamant, embarassada, va ser rebutjada per a un lloc fix com a infermera perquè una part important del treball s'havia de dur a terme al quiròfan,⁷³ i s'al·legava el perjudici que podia causar a l'infant l'exposició a substàncies perilloses. El TJUE va considerar que, atès el caràcter fix del lloc de treball, resultava desproporcionat excloure'n la reclamant. La incapacitat per a treballar al quiròfan era merament temporal. Encara que les restriccions a les

condicions de treball de les dones embarassades són admissibles, han de circumscriure's estrictament en les funcions perjudicials, sense constituir una exclusió general del treball.

El paràgraf 18 del preàmbul de la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació recull una articulació més concreta de la causa de justificació pel que fa als requisits professionals essencials en relació amb certs serveis públics en matèria de seguretat. Això no constitueix en si mateix una causa de justificació independent, sinó l'especificació d'una de les conseqüències de la causa de justificació relativa al requisit professional essencial en un determinat context:

La present Directiva no obliga a contractar una persona, a mantenir-la en un lloc de treball o a facilitar-li formació si no és competent o no està capacitada o disponible per a dur a terme les tasques fonamentals del lloc en qüestió o per a seguir una formació determinada, sense perjudici de l'obligació d'implementar els ajustos raonables per a les persones amb discapacitat.⁷⁴

Normalment, això es pot aplicar a situacions de denegació de certs llocs considerats físicament exigents per a les persones de certa edat o amb discapacitat. Sobre aquest tema, l'article 3.4 de la Directiva permet als estats membres excloure expressament l'aplicació de les seves disposicions a les forces armades. Encara que aquesta disposició no figura en la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada), es pot apreciar com operaria analitzant dos casos de discriminació sexual en les forces armades analitzats amb referència a l'article 2.2 de la Directiva relativa a la igualtat de tracte, que contenia la causa de justificació del *requisit professional essencial*, ara inclosa en l'article 14.2 de la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada).

Exemple: en el cas *Sirdar*, la demandant, cuinera en una unitat de comando, havia estat acomiadada després de

⁷³ TJUE, *Mahlburg contra Land Mecklenburg-Vorpommern*, cas C-207/98 [2000] ECR I-549, 3 de febrer de 2000.

⁷⁴ Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació 2000/78/CE, DO L 303, 2 de desembre de 2000, p. 17.

les retallades en la despesa militar, que van introduir el principi d'interoperabilitat de les unitats de comando,⁷⁵ en virtut del qual totes les persones havien de ser capaces de desenvolupar funcions de combat, ateses les mancances de personal. El TJUE va acceptar que les unitats de comando íntegrament masculines estaven justificades per a garantir l'eficàcia de combat i que el principi d'interoperabilitat exclouia, per tant, les dones, ja que els comandos eren petites forces especialitzades normalment situades en primera línia d'atac, de manera que el TJUE va considerar aquesta disposició necessària per a complir l'objectiu d'assegurar l'eficàcia de combat.

Exemple: en el cas *Kreil*, la reclamant va sol·licitar treballar com a enginyera elèctrica a les forces armades,⁷⁶ però el lloc li va ser denegat perquè les dones estaven excloses de tots els destacaments militars que impliquessin l'ús d'armes i només podien participar en els serveis mèdics i musicals de l'exèrcit. El TJUE va considerar que l'exclusió era massa àmplia, perquè s'aplicava a pràcticament tots els destacaments militars, simplement, perquè les dones potser hi haurien d'utilitzar armes en algun moment, i qualsevol justificació ha d'estar més estretament relacionada amb les funcions que es desenvolupen normalment en els llocs concrets. La credibilitat de la justificació del Govern es va qüestionar també perquè en els llocs oberts a les dones també estaven obligades a completar la formació bàsica d'armes per a fins d'autodefensa i de defensa d'altres persones, de manera que la mesura no era proporcionada per a aconseguir la finalitat plantejada. D'altra banda, no s'han de fer distincions entre homes i dones pel fet que aquestes requereixin més protecció, a menys que es faci referència a factors específics de les circumstàncies de les dones, com ara la necessitat de protecció durant l'embaràs.

La justificació de la discriminació sexual sobre la base de l'eficàcia o l'eficiència de determinats serveis de seguretat o d'emergència resultarà, probablement, cada vegada més difícil, a mesura que evolucionin els rols de gènere i les actituds socials, de manera que els estats membres hauran de reconsiderar periòdicament les mesures restrictives.⁷⁷

2.6.4.2. Institucions religioses

La directiva relativa a la igualtat en l'ocupació permet expressament a les organitzacions basades en la *religió* o les *conviccions* d'imposar determinades condicions als empleats. L'article 4.2 estableix que les disposicions de la Directiva s'entendran sense perjudici «del dret de les esglésies i de les altres organitzacions públiques o privades amb una ètica que es basi en la religió o les conviccions [...] [a] exigir en conseqüència a les persones que treballin per a elles una actitud de bona fe i de lleialtat a l'ètica de l'organització». Els ocupadors relacionats amb organitzacions religioses poden quedar també inclosos en l'àmbit de la causa de justificació del *requisit professional essencial*, que permet un tracte diferent segons els principis religiosos de l'organització en qüestió.

Els articles 4.1 i 4.2 permeten, per tant, que organitzacions com les esglésies es neguin, per exemple, a contractar dones com a sacerdots, pastors o ministres, quan això contravé l'ètica de la seva religió. Encara que el TJUE no ha tingut encara l'oportunitat de decidir sobre la interpretació d'aquests punts, aquesta disposició s'ha aplicat ja en l'àmbit nacional. A continuació s'exposen dos casos en què es va al·legar aquesta causa de justificació per justificar el tracte diferent per raó de l'orientació sexual.

⁷⁵ TJUE, *Sirdar contra The Army Board i Secretary of State for Defence*, cas C-273/97 [1999] ECR I-7403, 26 d'octubre de 1999.

⁷⁶ TJUE, *Kreil contra Bundesrepublik Deutschland*, cas C-285/98 [2000] ECR I-69, 11 de gener de 2000.

⁷⁷ Article 31.3 de la *Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones* (reformulada).

Exemple: en un cas davant els tribunals finlandesos, l'Església Evangèlica Luterana de Finlàndia va denegar el nomenament com a capellà (adjunt al rector) d'una persona que mantenia una relació amb una altra del mateix sexe.⁷⁸ El Tribunal Administratiu de Vaasa va anul·lar la decisió perquè l'heterosexualitat no es podia considerar un requisit professional essencial del lloc. Es va tenir en compte la falta de menció de l'orientació sexual en les normes internes de l'Església sobre la designació de rectors i capellans.

Exemple: en el cas *Amicus*, es va plantejar davant els tribunals del Regne Unit la compatibilitat de les normes nacionals de transposició de la causa de justificació del requisit professional essencial en el context dels ocupadors religiosos amb la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació.⁷⁹ Es va remarcar que les excepcions al principi d'igualtat de tracte s'han d'interpretar restrictivament. Els termes de la normativa nacional permetien un tracte diferent quan l'ocupació «és per als fins d'una religió organitzada»; es va subratllar que aquest criteri resultava molt més restrictiu que «per als fins d'una organització religiosa». El tribunal va admetre les al·legacions del Govern, segons les quals aquesta excepció s'havia d'aplicar a un nombre molt limitat de llocs relacionats amb la promoció o la representació de la religió, com ara els ministres religiosos, i no s'havia de permetre que les organitzacions religioses, com ara els col·legis i les residències confessionals, al·leguessin que el càrrec de professor (que té com a finalitat l'educació) o d'infermera (que té com a finalitat primordial l'assistència sanitària) formen part d'«els fins d'una religió organitzada».

2.6.4.3. Excepcions per motius d'edat

L'article 6 de la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació estableix dues justificacions independents de la diferència de tracte per raó d'edat.

L'article 6.1 permet la discriminació per motius d'edat que persegueixi «objectius legítims de les polítiques d'ocupació, del mercat de treball i de la formació professional», sempre que compleixi el criteri de proporcionalitat. S'ofereix un nombre limitat d'exemples en què la diferència de tracte està justificada: l'article 6.1.b permet «l'establiment de condicions mínimes pel que fa a l'edat, l'experiència professional o l'antiguitat en el treball per a accedir a l'ocupació». No obstant això, aquesta llista no vol ser exhaustiva de manera que es pot ampliar en casos concrets.

L'article 6.2 permet la discriminació per raó d'edat per a beneficiar-se de prestacions professionals de seguretat social o per a optar-hi sense necessitat de superar una prova de proporcionalitat.

Exemple: en el cas *Palacios*, el TJUE va tenir una primera oportunitat d'analitzar l'àmbit de l'article 6, quan se li va plantejar l'aplicació d'aquest en el context de les edats de jubilació obligatòria.⁸⁰ Després de considerar que l'edat obligatòria de jubilació pertanyia a l'àmbit de l'article 6, el TJUE va analitzar si podia estar objectivament justificada. El TJUE va considerar rellevants les qüestions següents:

- en primer lloc, la mesura original tenia com a finalitat crear oportunitats en el mercat de treball en un marc econòmic caracteritzat per una desocupació elevada;
- en segon lloc, es va acreditar que la mesura transitòria s'havia adoptat a iniciativa dels sindicats i les organitzacions empresarials per a promoure una millor distribució de la feina entre les generacions;

⁷⁸ Tribunal Administratiu de Vaasa, Finlàndia, Vaasan Hallinto-oikeus, 04/0253/3. Resum en anglès disponible al portal de la FRA, cas 187-1.

⁷⁹ *Amicus MSF Section, R (sobre l'aplicació de) contra Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860 (admin.), Tribunal Superior del Regne Unit, 26 d'abril de 2004. Resum en anglès disponible al portal de la FRA.

⁸⁰ TJUE, *Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios, SA*, cas C-411/05 [2007] ECR I-8531, 16 d'octubre de 2007.

- en tercer lloc, la Llei 14/2005 es va promulgar novament amb la col·laboració dels sindicats i les organitzacions empresarials, aquesta vegada amb el requisit exprés que la mesura havia de «vincular-se a objectius coherents amb la política d'ocupació expressats en el conveni col·lectiu»;
- en quart lloc, la clàusula de jubilació obligatòria del conveni col·lectiu declarava que responia a la finalitat de «promoure l'ocupació».

Tenint en compte aquests factors, el TJUE va considerar que, «situada en el seu context, la [...] norma transitòria té per objecte regular el mercat nacional de treball amb la finalitat particular de reduir la desocupació». Sobre aquesta base, el TJUE va decidir que el conveni col·lectiu complia una finalitat legítima. Acceptada la legitimitat de la finalitat perseguida, el TJUE havia d'analitzar si la mesura era «adequada i necessària» per a aconseguir aquesta finalitat. El TJUE va reiterar que els estats membres tenen un ampli marge de discrecionalitat en l'àrea de la política de seguretat social i d'ocupació, i que d'això deriva que «les disposicions concretes poden variar en funció de la situació de cada estat membre». El Tribunal va considerar fonamental el requisit que els treballadors afectats tinguin accés a la pensió de jubilació, «el nivell de la qual no pot ser inadequat». També va resultar fonamental el fet que les disposicions en qüestió fossin fruit d'un conveni col·lectiu entre els sindicats i les organitzacions empresarials, cosa que introduïa en el procés un grau de flexibilitat que permetia tenir en compte en la decisió sobre la jubilació el mercat de treball afectat i les necessitats concretes de treball. Per tot el que s'ha exposat, el TJUE va considerar que la mesura transitòria que afectava el senyor Palacios i el conveni col·lectiu estaven objectivament justificats i eren, per tant, compatibles amb la Directiva marc. El plantejament que defensa el TJUE és que l'article 6 s'ha de contemplar de la mateixa manera que la justificació objectiva en els altres motius de protecció contra la discriminació anteriorment analitzats.

Exemple: en el cas *MacCulloch* del Regne Unit, es van plantejar davant el tribunal règims retributius que incloïen indemnitzacions d'acomiadament més grans en funció de l'edat i l'antiguitat,⁸¹ amb l'efecte obvi que els empleats de més edat i amb més antiguitat d'ocupació tenien dret a indemnitzacions més elevades que els nous empleats més joves. El Tribunal d'Apel·lació del Regne Unit va admetre que, en principi, la mesura estava objectivament justificada com a mitjà per a recompensar la fidelitat dels treballadors de més edat, concedir-los retribucions més elevades per raó de la seva vulnerabilitat en el mercat de treball i afavorir que deixessin lloc a empleats més joves, i va assenyalar també algunes directrius sobre el plantejament de la justificació objectiva. En aquesta línia, va indicar que abans de formular conclusions sobre aquesta justificació s'ha de fer una anàlisi detallada de la qüestió de la proporcionalitat.

Exemple: en el cas *Hütter*, es va plantejar davant el TJUE una llei austríaca que exclouïa la consideració de l'experiència laboral prèvia als divuit anys per a determinar la remuneració. *Hütter* i un altre company eren aprenents de TUG i, un cop acabada aquesta fase d'aprenentatge, se'ls va oferir un contracte de tres mesos. D'acord amb la legislació en qüestió, al senyor *Hütter*, que acabava de fer els divuit anys, se li va assignar una remuneració en funció de 6,5 mesos d'experiència laboral, mentre que al seu company, vint-i-dos mesos més gran, se li va fixar la remuneració en funció de 28,5 mesos d'experiència. Això donava lloc a una diferència en la remuneració mensual, malgrat que tots dos tenien nivells d'experiència similars.

⁸¹ *MacCulloch contra Imperial Chemical Industries plc* [2008] IRLR 846, Tribunal d'Apel·lació Laboral del Regn Unit, 22 de juliol de 2008.

El senyor Hütter va al·legar que la norma era més favorable a les persones que obtenien l'experiència després de complir els divuit anys. El TJUE va acceptar que la finalitat principal de la norma es podia considerar legítima: 1) perquè no situava en desavantatge les persones que havien cursat l'educació secundària respecte de les que havien cursat la formació professional i 2) perquè evitava de fer més costós l'aprenentatge en l'empresa i, per tant, promovia la integració dels joves que haguessin seguit aquesta mena de formació en el mercat de treball. Tot i admetre que l'Estat membre tenia un ampli marge de discrecionalitat per a determinar si la finalitat legítima era adequada i necessària, el TJUE va considerar que no s'havia establert adequadament una justificació objectiva, perquè tenia una repercussió desproporcionada entre els treballadors més joves, especialment en els casos amb el mateix nivell d'experiència, de manera que l'edat del sol·licitant repercutia en el valor de la remuneració, com en aquest cas.

S'ha de tenir en compte que aquest plantejament es correspon també amb el del TEDH, que va analitzar la qüestió de les diferents edats de les pensions en l'àmbit del CEDH, com s'exposa en el marc del cas *Stec*, en el capítol 4.2. En aquesta línia, les excepcions relatives a l'edat es corresponen amb els plantejaments dels tribunals respecte a les justificacions en matèria d'ocupació i de seguretat social.

Punts clau

- El CEDH estableix una causa de justificació general per a la discriminació directa. La legislació de la UE preveu causes de justificació específiques per a la discriminació directa, adaptades a l'àmbit de l'ocupació.
- La discriminació indirecta està subjecta a una causa de justificació general per justificació objectiva tant en la legislació de la UE com en el CEDH.
- El tracte diferent està justificat quan es persegueix una finalitat legítima i els mitjans per a aconseguir-la són adequats i necessaris.
- A més de la causa de justificació general per a la discriminació indirecta, en la legislació de la UE contra la discriminació hi ha altres causes de justificació més específiques: a) requisits professionals essencials, b) excepcions relatives a institucions religioses i c) excepcions particulars per a la discriminació per raó de l'edat.
- La discriminació per raó de l'edat és l'única característica protegida a la UE en què pot justificar-se objectivament la discriminació directa.

Bibliografia recomanada

BAMFORTH; MALIK; O'CONNOR. *Discrimination Law: Theory and Context*. Londres: Sweet and Maxwell, 2008. Capítols 4, 5, 6, 8.

BARNARD. *EC Employment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, cap. 6, 7, 8, 9, 10.

BERCUSSON. *European Labour Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, cap. 10, 11, 22.

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

ELLIS. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, cap. 6.

ERRC; INTERIGHTS; MPG. *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: From Principles to Practice*. Nottingham: Russell Press, 2004. Annex 5.

FREDMAN. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, cap. 4.

HEYDEN; VON UNGERN-STERNBERG. «Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot. Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK». *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

INTERIGHTS. *Non-Discrimination in International Law*. Londres: Interights, 2005, cap. 3, 4.

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

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

XARXA EUROPEA D'EXPERTS JURÍDICS EN LA NO-DISCRIMINACIÓ. *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination*. Luxemburg: Oficina de Publicacions, 2008.

–. *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*. Luxemburg: Oficina de Publicacions, 2007. [També disponible en francès i alemany]

–. *Age Discrimination and European Law*. Luxemburg: Oficina de Publicacions, 2005. [També disponible en francès i alemany]

–. *Religion and Belief in Employment*. Luxemburg: Oficina de Publicacions, 2006. [També disponible en francès i alemany]

SCHIEK; WADDINGTON; BELL (ed.). *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007, cap. 2, 3, 7.



3. Àmbit de la legislació europea contra la discriminació

3.1 Introducció

Encara que la legislació europea contra la discriminació prohibeix tant la discriminació directa com la indirecta, únicament ho fa en certs àmbits. La normativa contra la discriminació es va introduir a la UE amb la finalitat de facilitar el funcionament del mercat intern i és per això que ha estat tradicionalment restringida a l'àmbit de l'ocupació. Amb l'aparició de la Directiva relativa a la igualtat racial, l'any 2000, aquest àmbit es va ampliar per incloure també l'accés als béns i als serveis i al sistema públic de benestar, perquè es considera que per a garantir la igualtat en el mercat de treball resulta igualment necessari garantir-la en altres àmbits que afecten l'ocupació. La Directiva relativa a la igualtat entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis es va adoptar amb la finalitat d'ampliar l'abast de la igualtat per raons de sexe en l'accés als béns i als serveis. Tanmateix, la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació, de l'any 2000, que prohibeix la discriminació per raó de l'orientació sexual, la discapacitat, l'edat i la religió o les creences, només és aplicable en l'àmbit de l'ocupació. Com s'exposa en el capítol 1.1.2, actualment s'està estudiant d'ampliar la protecció d'aquestes característiques a l'àmbit de l'accés als béns i als serveis i al sistema de benestar.

En canvi, l'article 14 del CEDH garanteix la igualtat en relació amb l'exercici dels drets substantius que s'hi reconeixen; i el Protocol núm. 12 del CEDH, que va entrar en vigor el 2005, amplia l'àmbit de la prohibició de la discriminació a la protecció de tots els drets reconeguts en l'àmbit nacional, encara que no estiguin inclosos en l'àmbit dels drets emparats pel CEDH. Així i tot, el Protocol només ha estat ratificat per disset dels quaranta-set estats membres del Consell d'Europa, entre els quals sis estats membres de la UE. Això significa que els estats membres de la UE tenen obligacions diferents derivades de la legislació europea contra la discriminació.

En aquest capítol s'analitza l'àmbit d'aplicació de la normativa europea contra la discriminació, començant per una descripció general de l'abast de l'article 14 i del Protocol núm. 12 del CEDH i del mètode adoptat pel TEDH per a determinar-ne l'àmbit d'aplicació, i s'analitzen, a continuació, àrees substantives concretes de les directives contra la discriminació i se n'indica la correspondència amb àmbits també regulats per l'article 14. El capítol s'acaba amb una perspectiva general de les àrees d'aplicació del CEDH que queden fora del context concret de la legislació de la UE, com ara els àmbits de l'aplicació de la llei i de l'esfera personal.

3.2. Qui és el destinatari de la protecció de la legislació europea contra la discriminació?

Una qüestió prèvia que cal analitzar són els destinataris de la protecció derivada de la legislació de la UE i del CEDH. El CEDH protegeix totes les persones situades sota la jurisdicció d'un estat membre, siguin o no ciutadanes d'aquest estat i siguin o no dins del seu territori nacional, sempre que estiguin en àrees situades sota el control efectiu de l'estat (com ara els territoris ocupats).⁸² Per contra, la protecció derivada de la legislació de la UE té un àmbit d'aplicació més limitat. La prohibició de la discriminació per raó de nacionalitat en la legislació de la UE s'aplica en el marc de la lliure circulació de persones i únicament als ciutadans dels estats membres. D'altra banda, les directives contra la discriminació contenen diverses exclusions d'aplicació pel que fa als nacionals de països tercers (NPT), és a dir, els ciutadans dels estats que no són membres de la UE.

Les directives contra la discriminació exclouen expressament l'aplicació a la discriminació per nacionalitat, regulada en la Directiva relativa a la llibertat de circulació,⁸³ que només reconeix el dret a entrar i a residir en altres estats membres de la UE als ciutadans d'un estat membre de la Unió. Després d'un període de cinc anys

⁸² TEDH, *Loizidou contra Turquia* (núm. 15318/89), 18 de desembre de 1996.

⁸³ Directiva 2004/38/CE, relativa al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i a residir lliurement en el territori dels estats membres, DO L 158, 30 d'abril de 2004, p. 77.

de residència legal en un altre estat membre de la UE, els ciutadans de la UE adquireixen un dret de residència permanent amb drets equivalents als de la categoria de *treballador*. Això no significa, per descomptat, que els ciutadans d'altres estats membres no estiguin protegits per les directives contra la discriminació. Així doncs, un homosexual alemany acomiadat de la feina a Grècia per raó de l'orientació sexual es pot emparar en la Directiva relativa a la igualtat de tracte en l'ocupació. Simplement, quan formuli una reclamació per discriminació per raó de nacionalitat, la víctima ha de plantejar-la en l'àmbit de la raça o de l'origen ètnic o bé ha d'invocar la Directiva relativa a la llibertat de circulació.

Tant la Directiva relativa a la igualtat racial com la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació destaquen que no concedeixen cap dret d'igualtat de tracte per als nacionals de països tercers en relació amb les condicions d'entrada i de residència. La Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació declara, igualment, que no concedeix cap dret d'igualtat de tracte als NPT en relació amb l'accés a l'ocupació i al treball. La Directiva relativa a la igualtat racial estableix també que no afecta «cap tracte derivat de la situació jurídica dels nacionals de països tercers i dels apàtrides». Tanmateix, això no permet als estats membres excloure totalment de la protecció els NPT, que el preàmbul declara protegits per la Directiva, excepte en relació amb l'accés a l'ocupació. La Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada) i la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis no exclouen la protecció dels NPT.

En qualsevol cas, els NPT gaudeixen del dret a la igualtat de tracte en pràcticament els mateixos àmbits que cobreixen les directives contra la discriminació si reuneixen els requisits dels *residents de llarga durada* d'acord amb la Directiva relativa als nacionals de països tercers (que exigeix, entre altres coses, un període de residència legal de cinc anys).⁸⁴ La Directiva relativa

a la reagrupació familiar també permet, amb certes condicions, la reagrupació dels familiars dels NPT amb residència legal en un estat membre.⁸⁵

Per descomptat, aquestes disposicions de la legislació de la UE no impedeixen que els estats membres estableixin condicions més favorables en el dret intern. D'altra banda, la jurisprudència del TEDH, que s'analitza en el capítol 4.7, mostra que, encara que un estat pot considerar que els nacionals i els no nacionals no estan en una situació comparable (i, per tant, pot considerar admissible un tracte diferent en certes circumstàncies), en principi, tots els drets reconeguts en el CEDH s'han de garantir de la mateixa manera a totes les persones que estan sota la seva jurisdicció. Amb referència a això, el TEDH imposa als estats membres obligacions en relació amb els NPT que en algunes àrees van més enllà de les que estableix la legislació de la UE.

3.3. Àmbit d'aplicació del Conveni Europeu: l'article 14 i el Protocol núm. 12

3.3.1. Naturalesa de la prohibició de la discriminació establerta en el Conveni

L'article 14 garanteix la igualtat «[en] l'exercici de [...] els drets i les llibertats» reconeguts en el Conveni. Per tant, el TEDH no és competent per a conèixer de les reclamacions per discriminació fora de l'àmbit d'algun dels drets protegits en el CEDH.

En tots els casos en els que el TEDH analitza una presumpta vulneració de l'article 14, ho fa en relació amb algun dret substantiu. Els reclamants acostumen a al·legar la vulneració d'un dret substantiu i, a més, la violació d'un dret substantiu en relació amb l'article 14; és a dir, que la interferència en els seus drets, a més d'incomplir les obligacions derivades del dret substantiu, resulta també discriminatòria pel fet que altres

⁸⁴ Directiva 2003/109/CE, relativa a l'Estatut dels nacionals de països tercers residents de llarga durada, DO L 16, 23 de gener de 2004, p. 44.

⁸⁵ Directiva 2003/86/CE, relativa al dret a la reagrupació familiar, DO L 251, 3 d'octubre de 2003, p. 12.

persones en una situació comparable no estan afectades per aquest desavantatge. Tal com s'indica en el capítol 4, quan el TEDH determina que s'ha vulnerat un dret substantiu, molts cops no passa a analitzar la reclamació per discriminació si considera que això suposaria tornar a revisar una qüestió pràcticament idèntica.

En aquest apartat s'exposen breument, en primer lloc, els drets reconeguts pel CEDH i, a continuació, s'analitza la interpretació de l'àmbit d'aplicació del Conveni que en fa el TEDH a l'efecte de l'aplicació de l'article 14.

3.3.1.1. Drets reconeguts en el Conveni

Atès que l'article 14 s'aplica exclusivament a la discriminació en relació amb algun dels drets substantius reconeguts en el CEDH, cal saber quins són aquests drets. El Conveni conté una llista de drets principalment «civils i polítics», encara que també protegeix alguns drets «econòmics i socials».

Els drets substantius inclosos en el CEDH cobreixen un camp excepcionalment ampli, des del dret a la vida, fins al dret al respecte de la vida privada i familiar, i el dret a la llibertat de pensament, de consciència i de religió.

El TEDH coneix de les reclamacions per vulneració de l'article 14 quan es planteja una qüestió de discriminació en relació amb una de les àrees cobertes per un dret reconegut en el Conveni.

Aquesta és una diferència d'enorme importància entre la legislació de la UE i el CEDH, perquè aquest últim protegeix davant de la discriminació en qüestions no regulades per la normativa de la UE. Encara que la Carta de Drets Fonamentals de la UE obliga la Unió a no interferir en els drets humans pel que fa a les mesures que adopta (incloent-hi la prohibició de la discriminació), la Carta només és aplicable en els estats membres quan apliquen el dret de la UE; una limitació derivada del simple

fet que la UE no té realment una maquinària administrativa en els estats membres per a aplicar la normativa de la Unió i són les administracions dels mateixos estats les que exerceixen aquesta funció. Per tant, la Carta no té efecte en les àrees en què els estats membres no han delegat poders a la UE.

Encara que la diferència en l'àmbit d'aplicació de la protecció derivada del CEDH i de les directives s'ha reduït des de l'aprovació de les directives contra la discriminació i des de l'ampliació de la protecció de l'accés als béns i als serveis i al sistema de benestar, alguns àmbits del Conveni proporcionen una protecció addicional a la de la normativa de la UE, tal com s'analitza a continuació.

3.3.1.2. Àmbit d'aplicació dels drets reconeguts en el Conveni

Quan el TEDH ha aplicat l'article 14, ha fet una interpretació àmplia de l'abast dels drets reconeguts en el CEDH:

- en primer lloc, ha establert amb claredat les competències que té per a conèixer de les reclamacions derivades de l'article 14 en relació amb un dret substantiu, encara que no se n'hagi produït una vulneració;⁸⁶
- en segon lloc, ha mantingut que l'àmbit d'aplicació del CEDH s'estén més enllà de la carta dels drets garantits, de manera que n'hi ha prou que els fets del cas estiguin relacionats en termes generals amb qüestions protegides en el Conveni.

Exemple: en el cas *Zarb Adami contra Malta*, el reclamant al·lega una discriminació per raó de sexe pel nombre desproporcionadament alt d'homes convocats per a formar part de jurats,⁸⁷ mentre que l'article 4.2 del CEDH prohibeix els treballs forçats. Tanmateix, l'article 4.3.d estableix que les «obligacions cíviques normals» no tenen la consideració de «treball forçat». El TEDH va estimar que, encara que les «obligacions cíviques

⁸⁶ Vegeu, per exemple, TEDH, *Sommerfeld contra Alemanya* [GC] (núm. 31871/96), 8 de juliol de 2003.

⁸⁷ TEDH, *Zarb Adami contra Malta* (núm. 17209/02), 20 de juny de 2006.

⁸⁸ TEDH, *E. B. contra França* [GC] (núm. 43546/02), 22 de gener de 2008.

normals» no pertanyen a l'àmbit d'aquest article (és a dir, que el CEDH no reconeix el dret a no haver de fer les funcions de jurat), els fets del cas sí que estan inclosos en l'àmbit d'aplicació del dret, atès que aquestes «obligacions cíviques normals» poden resultar «anormals» si s'apliquen de manera discriminatòria.

Exemple: en el cas *E. B. contra França*, les autoritats nacionals van denegar la sol·licitud d'adopció d'una dona lesbiana que vivia amb la parella.⁸⁸ La reclamant al·legava l'incompliment de l'article 8, en relació amb l'article 14. El TEDH va ressaltar que no se li demanava que analitzés si s'havia vulnerat l'article 8, cosa que resultava important, perquè aquest article no reconeixia en si mateix el dret a fundar una família ni a l'adopció, però va remarcar també que una reclamació per discriminació es podia considerar inclosa en l'àmbit d'un dret determinat encara que el cas en qüestió no estigués relacionat amb una facultat concreta reconeguda pel Conveni. El TEDH va estimar que, com que França havia reconegut en la legislació nacional el dret a adoptar, els fets del cas pertanyien inqüestionablement a l'àmbit de l'article 8 i que, atesos els fets del cas, l'orientació sexual de la sol·licitant havia estat un factor determinant a l'hora que les autoritats li deneguessin l'adopció, cosa que constituïa un tracte discriminatori respecte a altres persones solteres facultades per a adoptar d'acord amb la normativa nacional.

Exemple: en el cas *Sidabras i Džiautas contra Lituània*, els reclamants al·legaven una interferència en el dret al respecte a la vida privada i familiar per part de l'Estat, que els suposava un obstacle per accedir a l'ocupació pública i a certs aspectes de l'ocupació privada.⁸⁹ Encara

que el CEDH no reconeix el dret a l'ocupació, el TEDH va considerar que el cas s'incloua en l'àmbit de l'article 8, perquè «afecta la seva capacitat de desenvolupar relacions amb el món exterior en un grau molt substancial i els ha creat greus dificultats per a guanyar-se la vida, amb repercussions òbvies per a la vida privada».⁹⁰

Exemple: en el cas *Carson i altres contra el Regne Unit*, els reclamants al·legaven que el Govern els havia discriminat per raó de residència, pel fet de denegar-los la revisió a l'alça de la pensió en els mateixos termes aplicats als pensionistes residents al Regne Unit o en països amb què tenia acords bilaterals en aquesta àrea.⁹¹ El TEDH va considerar que, encara que el CEDH no reconeix el dret a la seguretat social ni a les pensions, en el cas en què l'Estat sí que el reconeix, es crea un dret de propietat protegit per l'article 1 del Protocol 1.

El TEDH ha considerat també en molts altres casos que quan hi ha el dret a percebre qualsevol classe de prestació de l'estat, aquest fet pertany a l'àmbit de l'article 1 del Protocol 1⁹² (pel fet de considerar-lo una propietat)⁹³ o de l'article 8 (perquè afecta la vida privada o familiar),⁹⁴ a l'efecte de l'aplicació de l'article 14. Aquest fet revesteix una importància especial pel que fa a la discriminació per raó de nacionalitat, ja analitzada en l'apartat 3.1.2, perquè la legislació de la UE és molt més restrictiva en aquest aspecte.

⁸⁸ TEDH, *Sidabras i Džiautas contra Lituània* (núm. 55480/00 i 59330/00), 27 de juliol de 2004.

⁸⁹ *Ibid.*, § 48.

⁹⁰ TEDH, *Carson i altres contra el Regne Unit* [GC] (núm. 42184/05), 16 de març de 2010.

⁹¹ L'anàlisi completa de l'article 1 del Protocol 1 està disponible al lloc web del Consell d'Europa sobre Formació en Drets Humans per a Professionals del Dret: Grgić, Mataga, Longar i Vilfan, *The right to property under the ECHR*, en línia, 2007, «Human Rights Handbook», núm. 10, <<http://www.coehelp.org/course/view.php?id=54>>.

⁹² Per exemple, TEDH, *Stec i altres contra el Regne Unit* [GC] (núm. 65731/01 i 65900/01), 12 d'abril de 2006 (pensions i prestacions d'invalidesa); TEDH, *Andrejeva contra Letònia* [GC] (núm. 55707/00), 18 de febrer de 2009 (pensions); TEDH, *Koua Poirrez contra França* (núm. 40892/98), 30 de setembre de 2003 (prestació per discapacitat); TEDH, *Gaygusuz contra Àustria* (núm. 17371/90), 16 de setembre de 1996 (prestació per desocupació).

⁹³ Per exemple, TEDH, *Weller contra Hongria* (núm. 44399/05), 31 de març de 2009 (una prestació econòmica de seguretat social per donar suport a les famílies amb fills).

3.3.1.3. El Protocol núm. 12

El Protocol núm. 12 prohibeix la discriminació en relació amb «l'exercici dels drets reconeguts per la llei», de manera que té un àmbit d'aplicació més extens que el de l'article 14, relatiu exclusivament als drets reconeguts en el CEDH. El comentari sobre el significat d'aquests termes en l'Informe Explicatiu del Consell d'Europa assenyala que aquesta disposició fa referència a la discriminació:

- a) a l'hora de gaudir de tot dret específicament reconegut a una persona per la legislació nacional;
- b) a l'hora de gaudir de tot dret derivat d'una obligació clara d'una autoritat pública d'acord amb la llei nacional, és a dir, quan una autoritat pública està obligada, en virtut de la llei nacional, a actuar d'una manera determinada;
- c) per una autoritat pública en l'exercici de facultats discrecionals (per exemple, la concessió de certs subsidis);
- d) per qualsevol altre acte o omissió d'una autoritat pública (per exemple, l'actuació dels responsables de l'aplicació de la llei a l'hora de controlar uns disturbis).⁹⁵

El comentari assenyala també que, encara que el Protocol protegeix principalment les persones davant la discriminació de l'estat, també fa referència a les relacions entre els particulars que l'estat normalment regula, com, «per exemple, la denegació arbitrària de l'accés a la feina, als restaurants i als serveis oferts al públic per particulars, com l'assistència mèdica o els subministraments com l'aigua o l'electricitat».⁹⁶ En termes generals, el Protocol núm. 12 prohibeix la discriminació fora de l'àmbit estrictament personal, quan les persones exerceixen funcions que les col·loquen en situació de decidir sobre la manera de posar béns i serveis a disposició del públic.

En l'únic cas estudiat pel TEDH en l'àmbit de l'article 1 del Protocol núm. 12, *Sejdić i Finci contra Bòsnia i Hercegovina*, analitzat en el capítol 4.6, el Tribunal va considerar que aquest instrument «introdueix una prohibició general de la discriminació» i que l'anàlisi dels casos de discriminació seria idèntic al que estableix el TEDH en el context de l'article 14.

3.4. Àmbit de les directives de la UE contra la discriminació

La prohibició de la discriminació en les directives de la UE contra la discriminació cobreix tres àrees: l'ocupació, el sistema de benestar i l'accés als béns i als serveis. Actualment, la Directiva relativa a la igualtat racial s'aplica en les tres àrees; la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació només s'aplica en l'àmbit de l'ocupació, encara que s'està debatent la legislació que l'ampliarà a aquestes tres àrees; i la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada) i la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis s'apliquen en l'àmbit de l'ocupació i de l'accés als béns i als serveis, però no en el de l'accés al sistema de benestar.

3.4.1. Ocupació

La protecció contra la discriminació en l'àmbit de l'ocupació s'estén a les tres característiques protegides establertes en les directives contra la discriminació.

⁹⁵ Protocol núm. 12 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (ETS núm. 177), Informe Explicatiu, § 22. Disponible a: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/hi/Html/177.htm>.

⁹⁶ *Ibid.*, § 28.

3.4.1.1. Accés a l'ocupació

El concepte d'accés a l'ocupació ha estat àmpliament interpretat pel TJUE.

Exemple: en el cas *Meyers contra Adjudication Officer*, el TJUE va considerar que l'accés a l'ocupació «no es refereix únicament a les condicions que hi havia abans que neixi una relació laboral» sinó a tots els factors d'influència que una persona ha de tenir en compte abans d'adoptar la decisió d'acceptar o no una oferta de treball.⁹⁷ En el cas *Meyers*, la concessió d'una determinada prestació pública (que depenia del nivell de renda) podia pertànyer aquest àmbit, ja que tenir el dret a percebre aquesta prestació influïa el candidat a l'hora de decidir si acceptava una feina, per la qual cosa aquesta consideració tenia una repercussió en l'accés a l'ocupació.

Exemple: en el cas *Schnorbus contra Land Hessen*, la reclamant va sol·licitar una plaça de pràctiques per adquirir qualificació de cara a incorporar-se a la judicatura.⁹⁸ La legislació nacional exigia que se superés un examen estatal, seguit d'un període de formació i d'un segon examen. La reclamant havia superat el primer examen, però se li va denegar la plaça de pràctiques per manca de vacants, de manera que es va endarrerir la seva incorporació fins que hi hagués noves places disponibles. La reclamant va al·legar que havia estat discriminada perquè s'havia donat preferència als candidats masculins que havien fet el servei militar. El TJUE va considerar que la legislació nacional que regula la data d'admissió a la plaça de pràctiques estava inclosa en l'àmbit de l'accés a l'ocupació, atès que el període de formació es considerava en si mateix com a ocupació i com a part del procés d'obtenció d'una plaça en la carrera judicial.

3.4.1.2. Condicions de treball, inclosos l'acomiadament i la retribució

També en aquest cas, el TJUE fa una interpretació bastant àmplia de l'àmbit d'aplicació, cosa que ha comportat, en última instància, que qualsevol circumstància derivada de la relació laboral es consideri inclosa en aquesta categoria.

Exemple: en el cas *Meyers*, la reclamant, una mare soltera, denunciava una discriminació indirecta per raó de sexe a causa del mètode utilitzat per a calcular el dret dels progenitors solters a una prestació familiar (*family credit*).⁹⁹ El TJUE havia d'aclarir si la disposició relativa a aquesta prestació (de l'Estat) era merament una qüestió de seguretat social o constituïa una condició de treball. Per a fer-ho, el TJUE va tenir en compte que per a tenir dret a percebre aquesta prestació s'havien de complir els tres requisits següents: que els ingressos de la reclamant no sobrepassessin certs límits; que la reclamant o el seu cònjuge o la persona amb qui conviqués exercís una activitat retribuïda; i que l'un o l'altre tinguessin al seu càrrec un membre de la família. El Tribunal va considerar que la Directiva relativa a la igualtat de tracte (ara substituïda per la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada)) no es podia estimar inaplicable pel simple fet que la prestació en qüestió formés part del sistema de seguretat social; va adoptar un plantejament més ampli i va analitzar si la prestació es concedia respecte d'una relació de treball. En aquest cas, per a tenir dret a beneficiar-se del sistema del *family credit*, la sol·licitant havia d'acreditar que ella o la seva parella exercien una activitat retribuïda. Aquest requisit d'acreditar una relació de treball determinava que el sistema del *family credit* quedava inclòs en la categoria de condició de treball.

⁹⁷ TJUE, *Meyers contra Adjudication Officer*, cas C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13 de juliol de 1995.

⁹⁸ TJUE, *Schnorbus contra Land Hessen*, cas C-79/99 [2000] ECR I-10997, 7 de desembre de 2000.

⁹⁹ TJUE, *Meyers contra Adjudication Officer*, cas C-116/94 [1995] ECR I-2131, 13 de juliol de 1995.

L'aplicació d'aquesta definició àmplia dels conceptes d'ocupació i de condicions de treball va portar el TJUE a considerar que la prestació del servei de guarderia a la feina¹⁰⁰ i la reducció de la jornada de treball hi quedaven també compreses.¹⁰¹

El TJUE ha adoptat també un plantejament bastant inclús en les qüestions de l'acomiadament i la remuneració. Pel que fa a l'acomiadament, cobreix totes les situacions en què té lloc la conclusió de la relació laboral i s'ha considerat que inclou, per exemple, l'extinció en el marc d'un pla de baixa voluntària¹⁰² o per jubilació obligatòria.¹⁰³

El concepte de *retribució* ha estat definit en l'article 157 del Tractat de Funcionament de la UE com «el salari o sou normal de base o mínim, i tota altra gratificació satisfeta, directament o indirectament, en diners o en espècie, per l'empresari al treballador per raó de la relació de treball». Això inclou una àmplia varietat de prestacions derivades de la relació de treball. L'àmbit d'aquesta definició ha estat analitzat en diversos casos pel TJUE, que l'ha considerat extensiu a totes les prestacions relacionades amb la feina, inclosos els viatges en tren,¹⁰⁴ les dietes per expatriació,¹⁰⁵ les pagues extraordinàries de Nadal¹⁰⁶ i les pensions professionals.¹⁰⁷ El que es busca bàsicament per a determinar si la qüestió està inclosa en el terme *retribució* és alguna forma de prestació derivada de l'existència de la relació de treball.

3.4.1.3. Accés a l'orientació i a la formació professional

La definició d'*orientació i formació professional* ha estat analitzada pel TJUE, que n'ha adoptat una formulació àmplia, en el context de la lliure circulació de persones.¹⁰⁸

Exemple: en el cas *Gravier*, un estudiant de nacionalitat francesa que volia estudiar art de tires còmiques a l'*Académie de Beaux-Arts de Lieja*¹⁰⁹ havia de pagar una taxa de matriculació que no s'exigia als estudiants del país amfitrió. El TJUE va considerar que:

[T]ota forma d'educació amb vista a la qualificació per a una professió, un ofici o una feina, o que proporcioni les competències que s'hi exigeixen és formació professional, amb independència de l'edat i del nivell de formació de l'alumne o l'estudiant i encara que el programa de formació inclogui un element d'educació general.

Exemple: aquesta definició es va aplicar en el cas *Blai-zot*, en què el reclamant havia sol·licitat un curs per a estudiar veterinària.¹¹⁰ El TJUE va considerar que, en general, un títol universitari està també comprès en el sentit de la *formació professional*, encara que la qualificació final que es concedeix al final del programa no ofereixi directament la qualificació necessària per a una determinada professió, ofici o ocupació. Només cal que el programa en qüestió proporcioni els coneixements, la formació o les capacitats necessàries per a una determinada professió, ofici o ocupació. Per tant, si un ofici concret no requereix una qualificació formal o si el

¹⁰⁰ TJUE, *Lommers contra Minister van Landbouw*, cas C-476/99 [2002] ECR I-2891, 19 de març de 2002.

¹⁰¹ TJUE, *Jamstalldhetsombudsmannen contra Orebro Lans Landsting*, cas C-236/98 [2000] ECR I-2189, 30 de març de 2000.

¹⁰² TJUE, *Burton contra British Railways Board*, cas 19/81 [1982] ECR 555, 16 de febrer de 1982.

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

¹⁰⁴ TJUE, *Garland contra British Rail Engineering Limited*, cas 12/81 [1982] ECR 455, 9 de febrer de 1982.

¹⁰⁵ TJUE, *Sabbatini contra European Parliament*, cas 20/71 [1972] ECR 345, 7 de juny de 1972.

¹⁰⁶ TJUE, *Lewen contra Denda*, cas C-333/97 [1999] ECR I-7243, 21 d'octubre de 1999.

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

¹⁰⁸ Conforme a l'article 7.3 del Reglament 1612/68, referent a la llibertat de circulació dels treballadors dins de la Comunitat (DO L 271, 19 d'octubre de 1968, p. 2), tot treballador «ha de tenir accés a les escoles de formació professional i als centres de readaptació d'ensenyament» en condicions igual de favorables que els treballadors nacionals.

¹⁰⁹ TJUE, *Gravier contra Ville de Liege i altres*, cas 293/83 [1985] ECR 593, 13 de febrer de 1985.

¹¹⁰ TJUE, *Blai-zot contra Université de Liège i altres*, cas 24/86 [1988] ECR 379, 2 de febrer de 1988.

títol universitari no constitueix en si mateix el requisit formal per a l'exercici d'una professió, això no impedeix que el programa es consideri com una *formació professional*. L'única excepció són «alguns cicles d'estudis concrets que, a causa de les seves característiques, van dirigits a persones que volen augmentar els seus coneixements generals més que no pas accedir a la vida professional».

3.4.1.4. Organitzacions de treballadors i d'ocupadors

Aquest àmbit fa referència no tan sols a la pertinença i a l'accés a organitzacions de treballadors i d'ocupadors, sinó també a la participació de les persones en aquestes organitzacions. D'acord amb les directrius de la Comissió Europea, la finalitat és garantir l'eliminació de la discriminació en la pertinença a aquestes organitzacions i en les prestacions que se n'obtenen.¹¹¹

3.4.1.5. El Conveni Europeu i l'àmbit de l'ocupació

Encara que el CEDH no fa referència directa al dret a l'ocupació, l'article 8 s'ha interpretat, en certs casos, com extensiu a l'àmbit de l'ocupació. En el cas citat anteriorment *Sidabras i Džiautas contra Lituània*, la prohibició del Govern que els antics agents del KGB accedissin a l'ocupació en el sector públic i en zones del sector privat es va considerar que quedava inclosa en l'àmbit d'aplicació de l'article 8, en relació amb l'article 14, perquè «afecta la seva capacitat de desenvolupar relacions amb el món exterior en un grau molt substancial i els ha creat greus dificultats per a guanyar-se la vida, amb repercussions òbvies en la vida privada».¹¹² De la mateixa manera, en el cas *Bigaeva contra Grècia* es va considerar que l'article 8 pot incloure també l'àmbit de l'ocupació, de manera que inclogui el dret d'accedir a una professió.¹¹³

El TEDH prohibeix també la discriminació per pertànyer a un sindicat. El dret a formar sindicats està, a més, garantit com a dret independent en el CEDH.¹¹⁴

Exemple: en el cas *Danilenkov i altres contra Rússia*, els demandants havien patit assetjament i un tracte desfavorable per part de l'ocupador per pertànyer a un sindicat.¹¹⁵ Les reclamacions civils que van dur a terme davant els tribunals nacionals van ser desestimades perquè la discriminació només es podia determinar en procediments penals i el fiscal s'havia negat a instar un judici penal, ja que el criteri de prova obligava l'Estat a demostrar «més enllà del dubte raonable» que la discriminació havia estat buscada per un dels directius de l'empresa. El TEDH va considerar que la falta d'una protecció judicial efectiva de la llibertat d'associació sindical en la legislació nacional constituïa una vulneració de l'article 11, en relació amb l'article 14.

3.4.2. Accés al sistema de benestar i a altres fórmules de seguretat social

Entre les directives contra la discriminació, només la Directiva relativa a la igualtat racial estableix una protecció general contra la discriminació en l'accés al sistema del benestar i a altres formes de seguretat social, incloent-hi l'accés a prestacions en espècie mantingudes en comú per l'estat, com l'assistència sanitària pública, l'educació i el sistema de seguretat social. Tanmateix, la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en matèria de seguretat social estableix el dret a la igualtat de tracte per raó de sexe en l'àmbit més concret de la *seguretat social*.

¹¹¹ Proposta de Directiva del Consell per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre les persones independentment de l'origen racial o ètnic, COM (1999) 566 final, 25 de novembre de 1999.

¹¹² TEDH, *Sidabras i Džiautas contra Lituània* (núm. 55480/00 i 59330/00), 27 de juliol de 2004.

¹¹³ TEDH, *Bigaeva contra Grècia* (núm. 26713/05), 28 de maig de 2009.

¹¹⁴ Per exemple, TEDH, *Demir i Baykara contra Turquia* (núm. 34503/97), 12 de novembre de 2008.

¹¹⁵ TEDH, *Danilenkov i altres contra Rússia* (núm. 67336/01), 30 de juliol de 2009.

3.4.2.1. Protecció social, incloses la seguretat social i l'assistència sanitària

L'abast concret d'aquesta àrea és incert, perquè no s'explica en la Directiva relativa a la igualtat racial i tampoc no ha estat interpretat encara per la jurisprudència del TJUE. Com s'ha indicat anteriorment, la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en matèria de seguretat social estableix la igualtat de tracte per raó de sexe en relació amb els *règims legals de seguretat social*.¹¹⁶ L'article 3.1 els defineix com a règims que presenten protecció davant de malaltia, invalidesa, vellesa, accident laboral, malaltia professional i desocupació a més d'«ajuda social, en la mesura en què l'objectiu sigui completar els règims anteriors o suplir-los».

No queda clar el significat de *protecció social*, encara que el Memoràndum Explicatiu de la Proposta de la Comissió per a la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones, com també els termes de la Directiva mateixa, impliquen que ha de ser un concepte més ampli que el de *seguretat social*.¹¹⁷ Atesa l'amplitud que busca la disposició, s'ha d'entendre que qualsevol forma de prestació oferta per l'estat, sigui econòmica o en espècie, queda inclosa en la categoria de *protecció social*, sempre que no estigui inclosa en la seguretat social. En aquesta línia, és molt probable que les àrees concretes d'aplicació de la Directiva relativa a la igualtat racial se superposin entre si.

No queda tampoc clar l'abast de la protecció davant la discriminació en el camp de l'assistència sanitària, però sembla que fa referència a l'accés a l'assistència sanitària pública en el punt de prestació del servei, com ara el tractament ofert pel personal mèdic i administratiu. Probablement, s'aplicarà també a les assegurances de serveis sanitaris privats en què es facin reemborsaments als pacients a través d'un règim d'assegurança

obligatòria. En aquest cas, sembla que la negativa a assegurar una persona o el cobrament d'una prima més gran per raons d'origen racial o ètnic queden inclosos en l'àmbit d'aquesta disposició o, en un altre cas, en el de l'accés a la prestació de béns i serveis.

3.4.2.2. Avantatges socials

L'àmbit dels *avantatges socials* ha estat desenvolupat de manera clara per la jurisprudència del TJUE en el context de la normativa sobre llibertat de circulació de les persones, amb una definició molt àmplia.

Exemple: en el cas Cristini, la reclamant era una italiana que vivia amb els fills a França. El seu difunt marit havia estat un treballador d'acord amb la legislació de la UE,¹¹⁸ però els ferrocarrils francesos van denegar a la senyora Cristini els descomptes en els bitllets per a les famílies nombroses per raó de la seva nacionalitat, al·legant que els avantatges socials a l'efecte de la legislació de la UE eren només els derivats d'un contracte de treball. El TJUE en va discrepar i va considerar que el terme havia d'incloure tots els avantatges, amb independència del contracte de treball, inclosos els descomptes en els bitllets de tren.

El TJUE va definir els *avantatges socials* en el cas *Even* com els avantatges:

que, amb independència que estiguin vinculats a un contracte de treball o no, es reconeguin amb caràcter general als treballadors nacionals en virtut de la seva condició objectiva de treballadors o pel sol fet de residir en el territori nacional, i el fet d'estendre'ls als treballadors nacionals d'altres estats membres sembla, en conseqüència, apropiada per a facilitar-ne la mobilitat dintre de la Comunitat.¹¹⁹

¹¹⁶ En contraposició als règims professionals, considerats com a retribució en la Directiva relativa a la igualtat entre homes i dones (reformulada).

¹¹⁷ Proposta de Directiva del Consell per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre les persones independentment de l'origen racial o ètnic, COM (1999) 566 final, 25 de novembre de 1999.

¹¹⁸ TJUE, *Fiorini (de soltera, Cristini) contra SNCF*, cas 32/75 [1975] ECR 1085, 30 de setembre de 1975.

¹¹⁹ TJUE, *Procediment penal contra Even*, cas 207/78 [1979] ECR 2019, 31 de maig de 1979, § 22.

El terme és aplicable a pràcticament tots els drets, sempre que s'ajustin a la definició del cas Even: no es fa distinció entre els drets concedits de manera absoluta o de manera discrecional. La definició no exclou tampoc els drets concedits després de l'extinció de la relació de treball i considerats avantatges socials, com el dret a una pensió.¹²⁰ Bàsicament, en el context de la llibertat de circulació, el concepte d'*avantatge social* fa referència a tot avantatge que ajudi el treballador emigrant a integrar-se en la societat del país amfitrió. Els tribunals han estat bastant flexibles a l'hora de considerar diferents supòsits com a avantatges socials:

- l'entrega d'un préstec sense interessos pel naixement de fills: tot i que la finalitat del préstec era estimular la natalitat, el TJUE va considerar que era un avantatge social, com a vehicle per a atenuar la càrrega econòmica per a les famílies de renda baixa;¹²¹
- la concessió d'una subvenció en el marc d'un conveni cultural per a ajudar els treballadors nacionals que estudiïn a l'estranger;¹²²
- el dret que se segueixi un procés penal contra una persona en l'idioma del seu país d'origen.¹²³

3.4.2.3. Educació

La protecció contra la discriminació en l'accés a l'educació es va desenvolupar inicialment en el context de la lliure circulació de les persones de conformitat amb l'article 12 del Reglament 1612/68, especialment pel que fa als fills dels treballadors. L'àrea de l'educació s'encavalcarà, probablement, amb la de la formació professional. No queda clar si inclourà també els programes d'educació superior exclosos de l'àrea de la formació professional cursats exclusivament amb la finalitat d'augmentar els coneixements generals.

Exemple: en el cas *Casagrande contra Landeshauptstadt München*, la reclamant era filla d'un italià que treballava a Alemanya.¹²⁴ Les autoritats alemanyes entregaven una subvenció mensual de manteniment dels infants en edat escolar amb la finalitat de facilitar l'«assistència a l'ensenyament». El TJUE va considerar que les mesures generals que perseguien facilitar l'assistència a l'educació pertanyien a l'àmbit de l'educació.

3.4.2.4. El Conveni Europeu i l'àmbit del benestar social i l'educació

Encara que el CEDH no inclou el dret a la seguretat social, la jurisprudència del TEDH ha establert clarament que les formes de seguretat social, com ara els pagaments de prestacions i pensions, estan incloses en l'àmbit de l'article 1 del Protocol núm. 1 o de l'article 8.¹²⁵

Malgrat que el CEDH no estableix tampoc el dret a l'assistència sanitària, el TEDH ha considerat que les qüestions relatives a l'assistència sanitària, com ara l'accés als registres mèdics,¹²⁶ queden compreses en l'article 8 o en l'article 3 si la falta d'accés a la salut és greu i pot constituir un tracte inhumà o degradant.¹²⁷ Es pot al·legar, per tant, que les reclamacions per discriminació en relació amb l'accés a l'assistència sanitària queden compreses en l'àmbit de l'article 14.

No queda clar si l'accés als avantatges socials en forma de prestacions en espècie, com els descomptes en bitllets de viatges, queda inclòs en l'àmbit del CEDH, encara que la interpretació àmplia de l'article 8 per part del TEDH sembla que indica que sí, especialment quan el destinatari és la unitat familiar.

¹²⁰ TJUE, *Comissió contra França*, cas C-35/97 [1998] ECR I-5325, 24 de setembre de 1998.

¹²¹ TJUE, *Reina contra Landeskreditbank Baden-Württemberg*, cas 65/81 [1982] ECR 33, 14 de gener de 1982.

¹²² TJUE, *Matteucci contra Communaute Francaise de Belgique*, cas 235/87 [1988] ECR 5589, 27 de setembre de 1988.

¹²³ TJUE, *Procediment penal contra Mutsch*, cas 137/84 [1985] ECR 2681, 11 de maig de 1985.

¹²⁴ TJUE, *Casagrande contra Landeshauptstadt München*, cas 9/74 [1974] ECR 773.

¹²⁵ En particular, vegeu els casos següents: TEDH, *Andrejeva contra Letònia* [GC] (núm. 55707/00), 18 de febrer de 2009; TEDH, *Gaygusuz contra Àustria* (núm. 17371/90), 16 de setembre de 1996; i TEDH, *Koua Poirrez contra França* (núm. 40892/98), 30 de setembre de 2003; tots, analitzats en l'apartat 4.7.

¹²⁶ TEDH, *K. H. i altres contra Eslovàquia* (núm. 32881/04), 28 d'abril de 2009.

¹²⁷ TEDH, *Sławomir Musiał contra Polònia* (núm. 28300/06), 20 de gener de 2009.

L'article 2 del Protocol núm. 1 del CEDH inclou un dret autònom a l'educació i, per tant, el TEDH considera que les reclamacions per discriminació en el context de l'educació queden compreses en l'àmbit de l'article 14. En el CEDH, la discriminació per raó d'educació s'analitza en el cas *D. H. i altres contra la República Txeca*,¹²⁸ en l'apartat 4.1 del capítol 2, i en el cas *Oru i altres contra Croàcia*,¹²⁹ en l'apartat 3 del capítol 5.

3.4.3. Accés al subministrament de béns i serveis, inclòs l'habitatge

La protecció contra la discriminació en el camp de l'accés al subministrament de béns i de serveis, incloent-hi l'habitatge, s'aplica a la característica de la raça a través de la Directiva relativa a la igualtat racial i a la del sexe a través de la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis. El paràgraf 13 del preàmbul d'aquesta darrera Directiva precisa aquesta disposició i estableix que fa referència a tots els béns i els serveis «disponibles per al públic i que s'ofereixin fora de l'àmbit de la vida privada i familiar, i a les transaccions que s'efectuïn en aquest context», però n'exclou expressament l'aplicació al «contingut dels mitjans de comunicació i de la publicitat», i a «l'ensenyament públic o privat», encara que aquesta última exclusió no redueix l'àmbit d'aplicació de la Directiva relativa a la igualtat racial, que cobreix expressament l'educació. La Directiva també es refereix a l'article 57 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea:

Es consideren serveis a l'efecte del Tractat les prestacions concedides normalment a canvi d'una remuneració [...]

Els serveis comprenen, en particular:

- a) activitats de caràcter industrial,
- b) activitats de caràcter mercantil,
- c) activitats artesanals,
- d) activitats pròpies de les professions liberals.

Sembla, per tant, que aquest àmbit cobreix qualsevol context en què es presti un bé o un servei normalment a canvi d'una remuneració, sempre que no tingui lloc en un context completament personal i excloent-ne l'educació pública i privada.

La jurisprudència dels òrgans nacionals indica que aquest aspecte inclou situacions com l'accés i el servei rebut en bars,¹³⁰ restaurants i clubs nocturns,¹³¹ i botigues,¹³² la contractació d'una assegurança¹³³ i els actes de proveïdors privats, com els criadors de gossos.¹³⁴ Encara que l'assistència sanitària està específicament inclosa en la Directiva relativa a la igualtat racial, pot pertànyer també a l'àmbit dels serveis, especialment si es tracta d'assistència sanitària privada o si les persones estan obligades a contractar assegurances de malaltia obligatòries per a cobrir els costos sanitaris. En aquesta línia, el TJUE ha interpretat els serveis en el context de la llibertat de circulació de serveis per a cobrir l'assistència sanitària prestada a canvi d'una remuneració per una entitat amb ànim de lucre.¹³⁵

¹²⁸ TEDH, *D. H. i altres contra la República Txeca* [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007.

¹²⁹ TEDH, *Oru i altres contra Croàcia* [GC] (núm. 15766/03), 16 de març de 2010.

¹³⁰ Autoritat d'Igualtat de Tracte (Hongria), cas núm. 72, 7 d'abril de 2008. Resum en anglès, al portal informatiu de la FRA, cas 322-1; Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, *European Anti-Discrimination Law Review*, juliol 2009, núm. 8, p. 49.

¹³¹ Tribunal Suprem de Suècia, *Escape Bar and Restaurant contra Ombudsman* contra la discriminació ètnica T-2224-07, 1 d'octubre de 2008. Resum en anglès, al portal informatiu de la FRA, cas 365-1; Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, *European Anti-Discrimination Law Review*, juliol 2009, núm. 8, p. 68.

¹³² Bezirksgericht Döbling (Àustria), GZ 17 C 1597/05f-17, 23 de gener de 2006. Resum en anglès, disponible al portal informatiu de la FRA, cas 1-1, text original: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.

¹³³ Tribunal d'Apel·lació de Nîmes, *Lenormand contra Balenci*, núm. 08/00907, de 6 de novembre de 2008, i Sala Penal del Tribunal de Cassació de França, núm. M 08-88.017 i núm. 2074, 7 d'abril de 2009. Resum en anglès a: Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, *European Anti-Discrimination Law Review*, desembre 2009, núm. 9, p. 59.

¹³⁴ Tribunal d'Apel·lació de Svea, *Defensor del Poble davant la discriminació per raó d'orientació sexual contra A. S.*, cas núm. T-3562-06, 11 de febrer de 2008. Resum en anglès a: Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, *European Anti-Discrimination Law Review*, juliol 2009, núm. 8, p. 69.

¹³⁵ TJUE, *Kohll contra Union donis Caisses de Maladie*, cas C-158/96, [1998] ECR I-1931, 28 d'abril de 1998; TJUE, *Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, cas C-157/99 [2001] ECR I-5473, 12 de juliol de 2001; i TJUE, *Müller Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij*, cas C-385/99 [2003] ECR I-4509, 13 de maig de 2003.

Encara que la Directiva relativa a la igualtat racial no defineix l'habitatge, es considera que s'ha d'interpretar d'acord amb la legislació internacional de drets humans, en particular el dret al respecte del domicili particular de l'article 7 de la Carta de Drets Fonamentals de la UE i de l'article 8 del CEDH (atès que tots els estats membres de la UE formen part del Conveni i la mateixa UE s'hi incorporarà en el futur) i el dret a un habitatge adequat de l'article 11 del Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals (del qual tots els estats membres formen part). El TEDH ha interpretat el dret a l'habitatge d'una manera àmplia, incloent-hi els habitatges mòbils, com ara caravanes i remolcs, fins i tot quan estan ubicats il·legalment.¹³⁶ D'acord amb el Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals, l'habitatge adequat ha de complir un seguit de requisits i, en particular, ha de tenir una qualitat suficient per assegurar la protecció davant dels elements, ha de reflectir les necessitats culturals dels ocupants (és per això que inclou vehicles, caravanes, campaments i altres estructures no permanents), ha d'estar connectat a subministraments i sanejaments públics, i a serveis públics i oportunitats de treball a través d'una infraestructura adequada, i ha d'incloure una protecció adequada davant del desnonament forçat o sumari i ha de ser assequible.¹³⁷ Aquesta concepció de l'habitatge es reflecteix també en el plantejament adoptat per l'Agència de Drets Fonamentals de la UE (FRA) en l'informe *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality* [«Situació en matèria d'habitatge dels gitanos i els nòmades a la Unió Europea: Passos cap a la igualtat»].¹³⁸

Si s'adopta aquest plantejament, l'accés a l'habitatge inclouria no tan sols la garantia de la igualtat de tracte per part dels propietaris públics o privats i dels agents immobiliaris en la decisió d'arrendar i de vendre o no immobles a determinades persones, sinó també el dret

a la igualtat de tracte en la manera d'adjudicar l'habitatge (com ara l'adjudicació d'habitatges de baixa qualitat o llunyans a determinats grups ètnics), de mantenir-lo (com ara la falta de manteniment dels habitatges ocupats per certs grups) i de llogar-lo (com ara la falta de seguretat de l'arrendament o l'aplicació de rendes o fiances més altes als membres de determinats grups).

Exemple: a Bèlgica es va condemnar penalment i es va imposar una sanció civil a un propietari per denegar l'arrendament a persones d'origen congolès, tot i aportar aquestes persones referències adequades d'anteriors propietaris i proves d'ingressos suficients, al·legant que havia tingut problemes anteriorment amb estrangers en relació amb el pagament de la renda.¹³⁹

3.4.3.1. El Conveni Europeu i l'àmbit dels béns i els serveis, inclòs l'habitatge

El TEDH ha interpretat l'article 8 de manera que inclou els casos relatius a les activitats susceptibles de suposar conseqüències per a la vida privada, incloses les relacions de caràcter econòmic i social. El Tribunal ha adoptat també una visió àmplia de la interpretació del dret al respecte al domicili de l'article 8. Com s'ha assenyalat anteriorment, això inclou formes d'allotjament fix menys *convencionals*, com ara caravanes i cases mòbils. Si els habitatges públics estan en un estat especialment dolent i causen problemes als ocupants durant un període de temps llarg, el TEDH ho considera també un tracte inhumà.

Exemple: en el cas *Moldovan i altres contra Romania* (núm. 2), els reclamants havien estat expulsats dels seus habitatges, enderrocats en condicions especialment traumàtiques.¹⁴⁰ El procés de reconstrucció va ser particularment lent i l'allotjament provisional ofert, de qualitat especialment baixa. El TEDH va considerar que:

¹³⁶ TEDH, *Buckley contra el Regne Unit* (núm. 20348/92), 25 de setembre de 1996.

¹³⁷ Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals de l'ONU, Observació general núm. 4, «El dret a un habitatge adequat» (art.11.1). Doc. ONU E/1992/23, 13 de desembre de 1991.

¹³⁸ FRA, *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality* [Situació en matèria d'habitatge dels gitanos i els nòmades a la Unió Europea: Passos cap a la igualtat], informe de síntesi (Viena, FRA, març de 2010).

¹³⁹ *Correctionele Rechtbank van Antwerpen*, Decisió de 6 de desembre de 2004 (Bèlgica). Resum en anglès disponible al portal informatiu de la FRA, cas 15-1, text original a: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do? id = 15>.

¹⁴⁰ TEDH, *Moldovan i altres contra Romania* (núm. 2) (núm. 41138/98 i 64320/01), 12 de juliol de 2005.

les condicions de vida dels denunciants durant els últims deu anys, en particular l'entorn greument superpoblat i antihigiènic, i l'efecte perjudicial que suposen per a la salut i el benestar dels sol·licitants, combinats amb la durada del període durant el qual han hagut de viure en aquestes condicions i l'actitud general de les autoritats, han d'haver-los causat un patiment mental molt important, que ha perjudicat la seva dignitat humana i els ha provocat sentiments d'humiliació i de degradació.

Aquesta interpretació, juntament amb altres factors, va portar el TEDH a concloure que havia tingut lloc un tracte degradant contrari a l'article 3 del CEDH, encara que la terminologia utilitzada en l'extracte anterior indica que les condicions sofertes en l'allotjament haurien estat suficients també per arribar a aquesta conclusió.¹⁴¹

Exemple: en el cas Đokić contra Bòsnia i Hercegovina, el reclamant va al·legar una interferència en el dret a la propietat.¹⁴² Abans de la desaparició de l'ex Iugoslàvia, era professor en una escola militar i membre de les forces armades del país. Havia comprat un pis a Sarajevo, però quan va esclatar la guerra a Bòsnia i Hercegovina i l'escola militar es va traslladar a l'actual Sèrbia, el reclamant es va incorporar a les forces armades d'aquest Estat. Després del conflicte, les autoritats es van negar a restituir-li la propietat perquè havia servit en forces armades estrangeres. En l'àmbit nacional, això quedava justificat perquè es basava en la consideració que el sol·licitant havia estat un ciutadà *deslleial* perquè havia servit en forces armades estrangeres que havien participat en operacions militars a Bòsnia i Hercegovina. Encara que sense considerar que el cas s'inclouia expressament en l'àmbit de l'article 14 del CEDH, el TEDH va estimar que aquesta decisió s'havia adoptat únicament per raó de l'origen ètnic del sol·licitant (atès que el servei en determinades forces armades era indicatiu

d'aquest origen), particularment perquè no es podia acreditar que el reclamant hagués comès efectivament actes de *deslleialtat* més enllà de la integració formal en aquestes forces armades. A falta de restitució, l'absència d'indemnització o d'allotjament alternatiu constituïa una interferència desproporcionada en el seu dret a la propietat.

3.4.4. Accés a la justícia

Encara que les directives contra la discriminació no esmenten específicament l'accés a la justícia entre els exemples de béns i serveis, és possible incloure'l en aquest àmbit en la mesura que el sistema judicial constitueix un servei prestat al públic per l'Estat a canvi d'una remuneració. Com a mínim, les directives contra la discriminació exigeixen als estats membres que estableixin procediments judicials o administratius que permetin que les persones exerceixin els drets que se'n deriven.¹⁴³ Un altre principi consolidat de la legislació de la UE és el dret de les persones a la *protecció judicial efectiva* dels drets derivats de la legislació de la UE.¹⁴⁴ Per tant, fins i tot en el supòsit que no es pugui afirmar que l'accés a la justícia queda inclòs en els *béns i serveis*, sí que es pot afirmar amb certesa que l'accés a la justícia existeix com a dret autònom (sense el requisit d'acreditar la discriminació) en relació amb el compliment de les directives mateixes.

3.4.4.1. El Conveni Europeu i l'àmbit de l'accés a la justícia

El CEDH reconeix com a dret autònom l'accés a la justícia en el context del dret a un procés equitatiu de l'article 6. El TEDH ha resolt diversos casos en matèria de discriminació en l'accés a la justícia.

¹⁴¹ La jurisprudència del TEDH indica que, en certes circumstàncies, el tracte discriminatori pot constituir un tracte degradant. Per exemple, vegeu TEDH, *Smith i Grady contra el Regne Unit* (núm. 33985/96 i 33986/96), 27 de setembre de 1999.

¹⁴² TEDH, *Đokić contra Bòsnia i Hercegovina* (núm. 6518/04), 27 de maig de 2010.

¹⁴³ Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació, article 9.1; Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada), article 17.b; Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis, article 8.1; Directiva relativa a la igualtat racial, article 7.1.

¹⁴⁴ Vegeu, per exemple, TJUE, *Vassilakis i altres contra Vam Kerkyras*, cas C-364/07 [2008] ECR I-90, 12 de juny de 2010; TJUE, *Sahlstedt i altres contra Commission*, cas C-362/06 [2009] ECR I-2903, 23 d'abril de 2009; TJUE, *Angelidaki i altres contra Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, cas C-378/07 [2009] ECR I-3071, 23 d'abril de 2009.

Exemple: en el cas *Paraskeva Todorova contra Bulgària* es va considerar que el fet que el tribunal nacional denegés la suspensió de la condemna del reclamant, amb comentaris sobre la necessitat de corregir l'hàbit d'impunitat que hi ha entre les minories ètniques, constituïa una vulneració de l'article 6, en relació amb l'article 14.¹⁴⁵

Exemple: en el cas *Moldovan i altres contra Romania* (núm. 2), analitzat anteriorment, es va considerar que la demora excessiva en la resolució dels procediments civils i penals (set anys per a la primera sentència) constituïa una vulneració de l'article 6.¹⁴⁶ Les demores es van considerar degudes a l'elevat nombre d'errors de procediment i, en conjunció amb l'actitud discriminatòria generalitzada de les autoritats envers els reclamants gitanos, es va considerar que constituïen una vulneració de l'article 6, en relació també amb l'article 14.

Exemple: en el cas *Anakomba Yula contra Bèlgica* es va considerar que la normativa nacional, que impedia a la reclamant beneficiar-se de l'assistència jurídica gratuïta en el marc d'una acció d'impugnació de paternitat per no ser de nacionalitat belga, era contrària a l'article 6, en conjunció amb l'article 14.¹⁴⁷ Això no vol dir que els no nacionals tinguin un dret absolut a l'assistència jurídica gratuïta. En aquest cas, el TEDH va prendre en consideració diversos factors, com el fet que s'excloués la reclamant per no tenir un permís de residència vàlid, malgrat que en aquell moment estava en tràmit de renovació, i el termini d'un any per a reclamar en els casos de paternitat, cosa que no feia raonable pensar que la reclamant s'hagués d'esperar a haver renovat el permís per sol·licitar l'ajuda.

3.5. Aplicació del Conveni amb caràcter addicional a la legislació de la UE

A més dels casos analitzats anteriorment, en què la protecció derivada del CEDH coincideix amb la de les directives contra la discriminació, hi ha àmbits importants en què el CEDH proporciona una protecció addicional.

3.5.1. L'àmbit personal: vida privada i familiar, adopció, domicili i matrimoni¹⁴⁸

Un àmbit especialment important és el de la vida privada i familiar, en què els estats membres no han conferit a la UE poders legislatius amplis. En casos presentats davant el TEDH en aquesta línia s'ha plantejat la qüestió de la diferència de tracte en relació amb les normes de successió hereditària, l'accés dels progenitors divorciats als fills i qüestions de paternitat.

Tal com s'analitza en l'apartat següent i en el capítol 4, en els casos de *Mazurek contra França*,¹⁴⁹ *Sommerfeld contra Alemanya*¹⁵⁰ i *Rasmussen contra Dinamarca*¹⁵¹ es planteja la diferència de tracte en relació amb les normes de successió hereditària, l'accés dels progenitors divorciats als fills i qüestions de paternitat. L'article 8 s'estén també als casos d'adopció. El cas *E. B. contra França*, analitzat anteriorment, mostra també que l'adopció pot pertànyer a l'àmbit del CEDH encara que el dret a l'adopció no s'expliciti realment en el Conveni. El TEDH ha establert també l'abast general de l'article 8, amb referència a la jurisprudència anterior:

¹⁴⁵ TEDH, *Paraskeva Todorova contra Bulgària* (núm. 37193/07), 25 de març de 2010.

¹⁴⁶ TEDH, *Moldovan i altres contra Romania* (núm. 2) (núm. 41138/98 i 64320/01), 12 de juliol de 2005.

¹⁴⁷ TEDH, *Anakomba Yula contra Bèlgica* (núm. 45413/07), 10 de març de 2009, analitzat en el capítol 4.7.

¹⁴⁸ Una explicació de l'àmbit d'aplicació de l'article 8 del CEDH està disponible al lloc web del Consell d'Europa sobre Formació en Drets Humans per a Professionals del Dret: Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life*, en línia, 2001, «Human Rights Handbooks», núm. 1, <www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636>.

¹⁴⁹ TEDH, *Mazurek contra França* (núm. 34406/97), 1 de febrer de 2000.

¹⁵⁰ TEDH, *Sommerfeld contra Alemanya* [GC] (núm. 31871/96), 8 de juliol de 2003.

¹⁵¹ TEDH, *Rasmussen contra Dinamarca* (núm. 8777/79), 28 de novembre de 1984.

[E]l concepte de vida privada, en el sentit de l'article 8 del Conveni, és un concepte ampli que comprèn, entre d'altres, el dret a establir i a desenvolupar relacions amb altres éssers humans [...] el dret al desenvolupament personal [...] i el dret a la lliure determinació com a tal. El concepte inclou elements com el nom [...] la identificació de gènere, l'orientació i la vida sexual, que pertanyen a l'esfera personal protegida per l'article 8 [...] i el dret al respecte de la decisió de tenir o no tenir un fill.¹⁵²

Per tant, l'àmbit d'aplicació de l'article 8 és extremament ampli. El CEDH també té implicacions en altres àmbits, com el matrimoni, protegit especialment en l'article 12.

Exemple: en el cas Muñoz Díaz contra Espanya, la reclamant s'havia casat pel ritu gitano sense complir els requisits de la legislació nacional, de manera que el matrimoni no estava formalment constituït.¹⁵³ Malgrat això, les autoritats l'havien tractat com si estigués casada als documents d'identitat, l'abonament de prestacions i el llibre de família. En morir el marit, la reclamant va sol·licitar una pensió pública de viudetat, que li va ser denegada per no haver estat legalment casada d'acord amb la legislació nacional. El TEDH va considerar que l'Estat havia tractat la reclamant com si el matrimoni fos vàlid, cosa que la col·locava en una situació comparable a la d'altres cònjuges de bona fe (parelles que no estan legalment casades per raons tècniques, però que creuen que ho estan) que sí que tenien dret a una pensió de viudetat. Encara que el TEDH va estimar que no hi havia discriminació en la negativa a reconèixer la validesa del matrimoni (per l'article 12, en relació amb l'article 14), sí que la va determinar en el fet de denegar a la reclamant un tracte similar a altres cònjuges de bona fe i la pensió de viudetat (per l'article 1 del Protocol 1, en relació amb l'article 14).

Per tant, encara que la protecció del nucli de la dignitat humana té normalment un marge d'interpretació més restringit per part del TEDH, això s'ha d'equilibrar amb la protecció de les persones en situació de vulnerabilitat, els drets de les quals es podrien veure vulnerats.

Exemple: el cas Sommerfeld contra Alemanya feia referència a una llei alemanya que regulava l'accés d'un pare al fill.¹⁵⁴ D'acord amb la llei nacional, si els pares d'un infant no estaven casats, la mare podia denegar al pare l'accés al fill. En aquest cas, el pare havia d'anar als tribunals per anul·lar aquesta denegació d'accés. El Govern va al·legar que la llei no era discriminatòria, perquè els pares separats normalment mostraven poc interès pels fills. El TEDH va considerar que el marge d'interpretació de l'Estat era particularment restringit en els casos relatius al dret d'accés dels pares als fills i va declarar que «hauria d'haver-hi raons de molt pes per a considerar compatible amb el CEDH una diferència de tracte per raó de naixement dins o fora del matrimoni [...] El mateix passa pel que fa a la diferència de tracte envers el pare d'un infant nascut d'una relació de convivència no matrimonial respecte al pare d'un infant nascut en una relació matrimonial». El Tribunal va considerar que l'explicació del Govern no justificava la diferència de tracte.

En el cas anterior, el TEDH va considerar que els interessos del pare convergien amb els del fill; és a dir, que era d'interès per al fill tenir contacte amb el pare. Si els interessos del fill poguessin estar en conflicte amb els del pare, l'Estat sí que tindria un marge més gran d'interpretació per a determinar la millor manera de protegir el fill.

¹⁵² TEDH, *E. B. contra França* [GC] (núm. 43546/02), 22 de gener de 2008, § 43.

¹⁵³ TEDH, *Muñoz Díaz contra Espanya* (núm. 49151/07), 8 de desembre de 2009.

¹⁵⁴ TEDH, *Sommerfeld contra Alemanya* [GC] (núm. 31871/96), 8 de juliol de 2003, § 93. Sobre fets molt similars: TEDH, *Sahin contra Alemanya* [GC] (núm. 30943/96), 8 de juliol de 2003. Vegeu també TEDH, *Mazurek contra França* (núm. 34406/97), 1 de febrer de 2000, també relatiu a la diferència de tracte dels infants nascuts fora del matrimoni, analitzat en el capítol 4 (característiques protegides).

Exemple: en el cas *Rasmussen contra Dinamarca*, un pare qüestionava un termini de prescripció que li impedia impugnar la paternitat.¹⁵⁵ El TEDH va considerar que això suposava una diferència de tracte per raó de sexe, però que estava justificada per la finalitat legítima de proporcionar als fills seguretat i certesa sobre la seva situació i evitar que els pares poguessin abusar de la possibilitat d'impugnar la paternitat en un altre moment de la vida. Atesa l'escassa uniformitat en la manera que els estats membres del CEDH plantegen aquesta qüestió, el TEDH va concedir a l'Estat un marge ampli d'interpretació i va considerar justificada la diferència de tracte.¹⁵⁶

3.5.2. Participació política: llibertat d'expressió, de reunió i d'associació i eleccions lliures

Un dels principals objectius del Consell d'Europa és fomentar la democràcia, cosa que queda reflectida en molts dels drets del Conveni que faciliten el foment de la participació política. Encara que la legislació de la UE reconeix una sèrie limitada de drets en aquesta matèria (en particular, el dret dels ciutadans de la Unió a votar en les eleccions municipals i al Parlament Europeu), el CEDH conté garanties més àmplies que inclouen no tan sols el dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions, sinó també drets col·laterals, com ara la llibertat d'expressió, de reunió i d'associació.

Exemple: en el cas *Bączkowski i altres contra Polònia*, analitzat anteriorment, el fet de denegar l'autorització de celebrar una manifestació per a conscienciar sobre la discriminació per raó de l'orientació sexual, juntament amb les observacions públiques homòfobes de l'alcalde, va constituir una vulneració del dret a la llibertat de reunió (article 11), en relació amb l'article 14.¹⁵⁷

S'ha considerat també que el dret a la llibertat d'associació inclou la protecció de la constitució de partits polítics, a la qual el TEDH concedeix un alt grau de protecció davant d'interferències.¹⁵⁸ De la mateixa manera, tal com s'analitza en l'apartat 8 del capítol 4, les interferències en el dret a la llibertat d'expressió en el context del debat polític són objecte d'un escrutini rigorós.¹⁵⁹

3.5.3 Aplicació de la Llei

A més de garantir el dret substantiu a la vida (article 2) i la prohibició de la tortura i les penes o tractes inhumans o degradants (article 3), aquests articles obliguen també l'estat a investigar les circumstàncies en què té lloc una defunció o aquesta mena de tractes. En els casos *Nachova* i *Cakir*, el TEDH ha establert que aquest deure inclou l'obligació concreta de dur a terme una investigació dels possibles motius racistes subjacents a les vulneracions dels articles 2 i 3, i que el fet de no dur-la a terme constitueix una vulneració d'aquests articles, en conjunció amb l'article 14.¹⁶⁰

Exemple: en el cas *Turan Cakir contra Bèlgica*, el reclamant va al·legar brutalitat policial durant la detenció, que li va causar lesions greus de llarga durada, així com amenaces i insults racistes.¹⁶¹ El TEDH va considerar que la violència infligida vulnerava el dret del reclamant a no patir tractes inhumans i degradants (de l'article 3 del CEDH), i que la falta d'investigació adequada de les denúncies de maltractaments del reclamant per part de l'Estat vulnerava les seves obligacions d'actuació d'acord amb aquest article. El Tribunal va considerar igualment que el fet de no investigar els maltractaments constituïa també una vulneració de l'article 3, en relació amb el dret a no patir discriminació, perquè l'Estat tenia no tan sols l'obligació d'investigar les denúncies de maltractaments, sinó també les al·legacions que aquests maltractaments tinguessin caràcter discriminatori o motivació racial.

¹⁵⁵ TEDH, *Rasmussen contra Dinamarca* (núm. 8777/79), 28 de novembre de 1984.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ TEDH, *Bączkowski i altres contra Polònia* (núm. 1543/06), 3 de maig de 2007.

¹⁵⁸ Per exemple, TEDH, *Partit Socialista i altres contra Turquia* (núm. 21237/93), 25 de maig de 1998.

¹⁵⁹ TEDH, *Castells contra Espanya* (núm. 11798/85), 23 d'abril de 1992.

¹⁶⁰ TEDH, *Nachova i altres contra Bulgària* [GC] (núm. 43577/98 i 43579/98), 6 de juliol de 2005; TEDH, *Turan Cakir contra Bèlgica* (núm. 44256/06), 10 de març de 2009; i, també, TEDH, *Pečić contra Croàcia* (núm. 40116/02), 31 de maig de 2007.

¹⁶¹ TEDH, *Turan Cakir contra Bèlgica* (núm. 44256/06), 10 de març de 2009.

Exemple: el cas *Nachova contra Bulgària* afectava dos gitanos morts a trets quan fugien de la policia militar, que provava d'arrestar-los per absentar-se sense permís.¹⁶² En el moment de l'incident, l'agent que va matar les víctimes va cridar «maleïts gitanos» a un veí. El TEDH va considerar que l'Estat havia vulnerat el dret a la vida de les víctimes (conforme a l'article 2 del CEDH) no tan sols substantivament, sinó també des d'un punt de vista processal, perquè no havia investigat adequadament les morts, i que aquesta falta d'investigació constituïa també una vulneració de l'article 2, en relació amb el dret a no patir discriminació, perquè l'Estat tenia l'obligació específica d'investigar els possibles motius discriminatoris.

Encara que aquests dos casos fan referència a actes de personal de l'Estat, el deure d'aquest d'intervenir per protegir les víctimes del delicte i d'investigar-lo posteriorment també s'aplica als actes dels particulars.

Exemple: en el cas de *g7 membres de la Congregació de Testimonis de Jehovà de Gldani i 4 més contra Geòrgia*,¹⁶³ un grup de testimonis de Jehovà van ser atacats per un grup ultraortodox. La policia no hi va intervenir per evitar la violència, malgrat que havia estat avisada. La investigació posterior es va interrompre quan la policia va considerar que era impossible determinar la identitat dels autors. El TEDH va estimar que el fet que la policia no hi intervingués per protegir les víctimes de la violència de motivació racial i el fet que posteriorment no s'investiguessin adequadament els fets suposaven una vulneració de l'article 3 (dret a no patir penes o tractes inhumans o degradants) i l'article 9 (dret a la llibertat de religió), en relació amb l'article 14, perquè es basaven en motius religiosos.

Si bé sembla que la legislació de la UE podria imposar obligacions similars en l'àmbit de la Decisió marc del Consell relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal (analitzada en el capítol 4.6),¹⁶⁴ la Decisió no imposa una obligació específica d'investigar la possible existència de motius racistes pel que fa als delictes contra les persones.

3.5.4. Assumptes penals

A més de les qüestions relatives a l'aplicació de la llei en l'article 3.5.3, el CEDH aborda els assumptes penals des de diversos drets, incloent-hi el dret a un procés equitatiu, el dret a no patir una detenció arbitrària, la prohibició de la retroactivitat de les penes i d'un nou processament per un mateix delicte, el dret a la vida i el dret a no patir penes o tractes inhumans o degradants.

Exemple: en el cas *Opuz contra Turquia*, el TEDH va determinar discriminació indirecta per raó de sexe, en relació amb el dret a la vida i el dret a no patir tractes inhumans o degradants, perquè la policia i els tribunals no havien aplicat adequadament la llei relativa a la violència domèstica.¹⁶⁵

Exemple: en els casos *D. G. contra Irlanda* i *Bouamar contra Bèlgica* (analitzats en el capítol 4.5), els reclamants havien estat detinguts per les autoritats nacionals¹⁶⁶ i el TEDH va considerar que, encara que s'havia vulnerat el dret a la llibertat, no hi havia hagut discriminació, perquè el tracte diferenciat estava justificat per l'interès de la protecció dels menors.

¹⁶² TEDH, *Nachova i altres contra Bulgària* [GC] (núm. 43577/98 i 43579/98), 6 de juliol de 2005.

¹⁶³ TEDH, *g7 membres de la Congregació de Testimonis de Jehovà de Gldani i 4 més contra Geòrgia* (núm. 71156/01), 3 de maig de 2007.

¹⁶⁴ Decisió marc 2008/g13/JAI del Consell, de 28 de novembre de 2008, relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal, DO L 328, 6 de desembre de 2008, p. 55. Cal ressaltar que el TEDH ha acceptat que la incitació a la discriminació, a l'odi i a la violència contra un grup de persones per l'origen o la pertinença o no a un determinat grup ètnic, nació, raça o religió és una limitació específica a la llibertat d'expressió protegida pel CEDH. Vegeu, per exemple: TEDH, *Le Pen contra França* (núm. 18788/09), 20 d'abril de 2010; TEDH, *Féret contra Bèlgica* (núm. 15615/07), 16 de juliol de 2009; TEDH, *Willem contra França* (núm. 10883/05), 16 de juliol de 2009; i TEDH, *Balsyté-Lideikiené contra Lituània* (núm. 72596/01), 4 de novembre de 2008.

¹⁶⁵ TEDH, *Opuz contra Turquia* (núm. 33401/89), 9 de juny de 2009.

¹⁶⁶ TEDH, *D. G. contra Irlanda* (núm. 39474/98), 16 de maig de 2002; TEDH, *Bouamar contra Bèlgica* (núm. 9106/80), de 29 febrer de 1988.

Punts clau

- Els nacionals de països tercers gaudeixen també del dret a la igualtat de tracte en àmbits similars en general als inclosos en les directives de la UE contra la discriminació si reuneixen els requisits per a ser considerats residents de llarga durada d'acord amb la Directiva relativa als nacionals de països tercers.
- Els nacionals de països tercers que no tinguin la condició de residents de llarga durada gaudeixen de protecció limitada a l'empara de les directives contra la discriminació:
 - per motius d'orientació sexual, d'edat, de discapacitat i de religió o creences, en el dret d'accés a la formació professional i en les condicions de treball; tanmateix, no gaudeixen del mateix dret d'accés a l'ocupació;
 - d'acord amb la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada) i la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis, els nacionals de països tercers gaudeixen de protecció contra la discriminació per raons de sexe en l'accés a l'ocupació i als béns i als serveis.
- La protecció contra la discriminació a l'empara de les directives de la UE contra la discriminació té diferents àmbits d'aplicació:
 - l'origen racial i ètnic gaudeix de la protecció més alta, que s'estén a l'accés a l'ocupació, al sistema de benestar social i als béns i als serveis;
 - la discriminació per raó de sexe està prohibida en el context de l'accés a l'ocupació, a la seguretat social (un concepte més limitat que el del sistema general de benestar social) i als béns i als serveis;
 - l'orientació sexual, la discapacitat, la religió o les creences i l'edat només estan protegits en el context de l'accés a l'ocupació.
- EL CEDH conté una llista oberta de motius de protecció. Qualsevol persona pot invocar el Conveni davant les autoritats i els tribunals nacionals i davant el TEDH.
- El TEDH pot analitzar les alegacions de discriminació únicament en funció del dret substantiu en què es basin o en conjunció amb l'article 14.
- No es poden formular reclamacions únicament a l'empara de l'article 14; s'han de combinar sempre amb reclamacions basades en algun dels drets substantius del Conveni. Només cal que el reclamant relacioni de manera general l'àrea temàtica inclosa en l'àmbit del dret en qüestió.
- El Protocol núm. 12 del CEDH introdueix el dret independent a no ser objecte de discriminació. Aquest dret fa referència a tots els drets creats o derivats de la legislació o de la pràctica nacional, i el significat del terme discriminació és el mateix que en l'article 14.
- El plantejament que ha seguit el TJUE és configurar àrees d'aplicació extremament àmplies per donar efectivitat plena als drets de les persones derivats de la legislació de la UE.
- L'àmbit d'aplicació del CEDH, tant pel que fa als drets substantius que inclou com a la manera d'interpretar-los a l'efecte de l'aplicació de l'article 14, és especialment ampli, en comparació de les directives de la UE contra la discriminació.
- Unes àrees d'especial importància que queden excloses de l'àmbit d'aquestes directives i en gran part de la competència de la UE (i també per tant de l'àmbit de la Carta de Drets Fonamentals) són les relatives a la legislació sobre la vida privada i familiar, els drets relacionats amb la participació política i el dret penal.
- És molt important, per tant, que les víctimes de la discriminació analitzin acuradament si les seves reclamacions queden incloses en l'àmbit d'aplicació de les directives de la UE contra la discriminació quan plantegin la demanda.

Bibliografia recomanada

BELL. «Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive». *European Law Journal*, vol. 8 (2002), p. 384.

BOCCADORO. «Housing Rights and Racial Discrimination». A: XARXA EUROPEA D'EXPERTS JURÍDICS EN LA NO-DISCRIMINACIÓ. *European Anti-Discrimination Law Review*, juliol 2009, núm. 8, p. 21.

BROSIUS-GERSDORF. «Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher Sicht: der Fall Serfie Yigit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte». *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (2009).

COUSINS. «The European Convention on Human Rights and Social Security law». *Human Rights Law Review*, vol. 10, núm. 1 (2010), p. 191.

EDEL. *The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights*. 2010. (Human Rights Files; 22)

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

ERRC; INTERIGHTS; MPG. *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: From Principles to Practice*. Nottingham: Russell Press, 2004. Annex 5.c.

KAPUY. «Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable». *European Journal of Social Security*, vol. 9, núm. 3 (2007), p. 221.

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

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



4. Característiques protegides

4.1. Introducció

En les directives europees sobre la no-discriminació es prohibeix el tracte diferenciat basat en certes *característiques protegides*, que queden recollides en una llista fixa i limitada. Entre aquestes característiques figura el sexe (Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis, Directiva relativa a la igualtat de gènere [reformulada]), l'orientació sexual, la discapacitat, l'edat i la religió o les creences (Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació), a més de l'origen racial o ètnic (Directiva relativa a la igualtat racial). El CEDH, en canvi, conté una llista oberta, que coincideix amb les directives, però que va més enllà. L'article 14 estableix que no s'ha de discriminar «per raons de sexe, raça, color de la pell, llengua, religió, opinions polítiques o d'una altra mena, origen nacional o social, pertinença a una minoria nacional, riquesa, naixement o qualsevol altra situació». La categoria de qualsevol altra situació ha permès al CEDH incloure-hi les característiques (entre d'altres) expressament protegides per les directives sobre no-discriminació, és a dir, discapacitat, edat i orientació sexual.

En el capítol 1 s'ha referit que l'article 21 de la Carta de Drets Fonamentals de la UE també conté una prohibició de la discriminació. La Carta vincula les institucions de la Unió Europea, però s'aplica també als estats membres quan interpreten i apliquen la legislació comunitària. En les disposicions de la Carta sobre discriminació figura una combinació de les característiques que es consignen en el CEDH i en les directives sobre no-discriminació, encara que no s'hi esmenta la característica general de *qualsevol altra situació*.

Una *característica protegida* és un tret d'una persona que no es pot considerar rellevant a l'hora d'administrar-li un tracte diferenciat o d'atorgar-li un benefici determinat.

4.2. Sexe

La discriminació per raó de sexe no requereix gaires explicacions. Es refereix a la discriminació que es basa en la pertinença a un sexe o a l'altre. Es tracta de l'aspecte més desenvolupat de la política social de la UE i fa molt temps que rep la consideració de dret fonamental. El foment de la protecció per aquest motiu ha servit per a un propòsit doble: en primer lloc, un propòsit econòmic, perquè ha contribuït a eliminar distorsions de la competència en un mercat cada cop més integrat i, en segon lloc, un propòsit polític, perquè ha impulsat dins de la Comunitat el progrés social i la millora de les condicions de vida i de treball. En conseqüència, la protecció contra la discriminació per raó de sexe ha estat, i és encara, una funció fonamental de la Unió Europea. L'acceptació de la importància econòmica i social de garantir la igualtat de tracte es va concretar encara més amb la posició essencial que se li va atorgar a la Carta de Drets Fonamentals. Igualment, el CEDH desenvolupa també de manera adequada la protecció davant la discriminació per raó de sexe.

Encara que els casos de discriminació per raó de sexe solen consistir en situacions en què les dones reben un tracte menys favorable que els homes, no sempre és així.

Exemple: en el cas *Defrenne contra SABENA*, la demandant es queixava que se li pagava menys que als companys homes, malgrat que assumien tasques professionals idèntiques.¹⁶⁷ El TJUE va determinar que es tractava clarament d'un cas de discriminació per raó de sexe. En adoptar aquesta resolució, el TJUE va incidir en la dimensió econòmica i social de la Unió i en el fet que la no-discriminació contribueix a l'avenç de la UE per a aconseguir aquests objectius.

¹⁶⁷ TJUE, *Defrenne contra SABENA*, cas 43/75 [1976] ECR 455, 8 d'abril de 1976.

En el cas *Bilka*, referit anteriorment, el TJUE es va enfrontar a un cas de tracte diferenciat que es basava en consideracions de gestió per part d'un ocupador, que justificava l'exclusió de treballadors a temps parcial d'un programa de pensions complementàries per la necessitat d'incentivar el treball a temps complet i garantir una dotació de personal adequada. En aquest cas, el TJUE no va declarar expressament si considerava que aquesta mesura era proporcional o no al tracte diferenciat patit. Tanmateix, va ser més específic en el cas següent.

Exemple: en el cas *Hill*, l'Administració va adoptar un règim de treball compartit en la funció pública, segons el qual una plaça podia ser compartida per dos funcionaris a temps parcial, que treballarien el 50% de les hores totals corresponents a la plaça i cobrarien el 50% del sou regular.¹⁶⁸ Els treballadors tenien dret a tornar al seu lloc a temps complet quan estigués disponible. La normativa permetia que els treballadors a temps complet avansessin un nivell en l'escala retributiva cada any. Tanmateix, en el cas dels que compartien la feina, la promoció es dividia per la meitat, és a dir, que es requerien dos anys en una plaça compartida per a pujar un nivell en aquesta escala. Els dos demandants van tornar als seus llocs com a treballadors a temps complet, però es van queixar de la manera com se'ls havia aplicat la pujada de nivell. El TJUE va determinar que aquest règim constituïa un cas de discriminació indirecta per raó de sexe, perquè els que participaven en el programa de treball compartit eren majoritàriament dones. L'Administració argumentava que el tracte diferenciat estava justificat, perquè es basava en el principi d'aplicar l'ascens de nivell en funció dels anys de permanència real en la funció pública. El TJUE va determinar que l'argument de l'Administració constituïa una mera afirmació no sustentada per criteris objectius (perquè no hi havia proves que el període de permanència en la funció pública d'altres treballadors es calculés en funció

de les hores reals treballades). El TJUE hi va afegir que «un ocupador no pot justificar la discriminació derivada d'un règim de treball compartit únicament amb l'argument que si s'evités aquesta discriminació, es generaria un increment dels costos».

En aquesta línia, sembla que el TJUE no accepta fàcilment les justificacions d'un tracte discriminatori per raó de sexe quan es basen simplement en les consideracions financeres o de gestió dels ocupadors.

Exemple: en el cas de *Ünal Tekeli contra Turquia*, la demandant va denunciar que la legislació nacional obligava les dones a adoptar el nom del marit després del matrimoni.¹⁶⁹ Encara que la llei permetia que una dona conservés el nom de soltera, a més del del marit, el TEDH va determinar que es tractava d'un cas de discriminació per raó de sexe, perquè la legislació nacional no obligava un marit a modificar el seu cognom.

Exemple: en el cas de *Zarb Adami contra Malta*, el demandant va denunciar que en les convocatòries per exercir com a jurat hi havia discriminació, perquè la pràctica d'acord amb la qual s'elaboraven les llistes propiciava implícitament que els homes tinguessin més possibilitats de ser convocats.¹⁷⁰ Les estadístiques indicaven que més del 95% dels membres dels jurats en un període de cinc anys eren homes i el TEDH va determinar que, ja que homes i dones es troben en una situació comparable pel que fa a l'exercici dels seus deures civils, la situació constituïa un cas de discriminació.

El concepte de sexe s'ha interpretat també de manera que inclogués situacions en què el tracte discriminatori està relacionat amb el sexe del demandant en un sentit més abstracte, cosa que dóna lloc a una certa protecció, si bé limitada, de la identitat de gènere.

¹⁶⁸ TJUE, *Hill i Stapleton contra The Revenue Commissioners i Department of Finance*, cas C-243/95 [1998] ECR I-3739, 17 de juny de 1998.

¹⁶⁹ TEDH, *Ünal Tekeli contra Turquia* (núm. 29865/96), 16 de novembre de 2004.

¹⁷⁰ TEDH, *Zarb Adami contra Malta* (núm. 17209/02), 20 de juny de 2006.

La identitat de gènere es refereix a «la vivència íntima i individual del gènere tal com cada persona el sent profundament, que pot correspondre o no amb el sexe assignat en el moment de néixer. Aquesta vivència inclou la manera personal de viure el cos (que pot involucrar la modificació de l'aparença o la funció corporal a través de mitjans mèdics, quirúrgics o d'una altra mena, sempre que s'esculli de manera lliure) i altres expressions de gènere, com ara la vestimenta, la manera de parlar i les maneres».¹⁷¹

Així doncs, la definició d'*identitat de gènere* més acceptada engloba no tan sols els que se sotmeten a cirurgia de reassignació de sexe (*transsexuals*), sinó també els que escullen altres mitjans per expressar la seva sexualitat, com ara el transvestisme o, senzillament, l'adopció d'una manera de parlar o l'ús de cosmètics que s'associen normalment a membres del sexe oposat.

Després del cas *P contra S i Cornwall County Council*, la característica del sexe en les directives sobre no-discriminació comprèn també els casos de discriminació contra una persona pel fet que «es proposi sotmetre's, o s'hagi sotmès, a una reassignació de sexe». Per tant, sembla que la no-discriminació per raó de sexe, tal com s'interpreta en el dret comunitari, protegeix actualment la identitat de gènere únicament en un sentit limitat.

Exemple: el cas *K. B. contra NHS Pensions Agency*, relatiu a la denegació d'una pensió de viudetat al company transsexual de K. B.¹⁷² La denegació es devia al fet que la parella transsexual no podia satisfer el requisit d'estar casats (els transsexuals no podien contraure matrimoni en aquella època d'acord amb la legislació anglesa).

Després de considerar la qüestió de la discriminació, el TJUE va establir que no hi havia discriminació per raó de sexe perquè, a l'hora de determinar qui tenia dret a la pensió del cònjuge supervivent, no es va donar un tracte menys favorable basat en la condició de ser home o dona. Posteriorment, el TJUE va modificar el sentit de la seva consideració. Es va centrar en la qüestió del matrimoni i va posar en relleu que els transsexuals no podien contraure matrimoni i que, per tant, no es podien beneficiar d'aquest tipus de pensió, mentre que els heterosexuales sí que podien. A continuació, es va considerar el cas del TEDH de Christine Goodwin.¹⁷³ Sobre la base d'aquestes consideracions, el TJUE va resoldre que la legislació britànica en aquest àmbit era incompatible amb el principi d'igualtat de tracte, perquè impedia que els transsexuals es beneficiessin de part de la retribució de les seves parelles.

Exemple: unes consideracions similars es van plantejar en el cas *Richards*.¹⁷⁴ Richards, nascut home, es va sotmetre a una operació de reassignació de sexe. En aquest cas, es tractava el dret a pensions de l'Estat al Regne Unit, perquè en aquella època les dones rebien la pensió pública als seixanta anys, mentre que els homes s'havien d'esperar fins als seixanta-cinc anys per obtenir aquesta prestació. Quan Richards va sol·licitar una pensió estatal als seixanta anys, se li va denegar, amb l'argument que, legalment, se la reconeixia com a home i, per tant, no podia reclamar la pensió fins a arribar als seixanta-cinc anys. El TJUE va determinar que aquesta denegació equivalia a una desigualtat en el tracte per raó de la reassignació de sexe i, com a conseqüència, es va considerar un cas de discriminació contrari a l'article 4, apartat 1, de la Directiva relativa a l'aplicació progressiva del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones en matèria de seguretat social.¹⁷⁵

¹⁷¹ Aquesta definició àmpliament acceptada s'ha extret dels «Principis de Yogyakarta sobre l'aplicació de la legislació internacional de drets humans en relació amb l'orientació sexual i la identitat de gènere», març de 2007, disponibles a: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm. Aquests principis van ser adoptats per un comitè independent d'experts en legislació internacional sobre drets humans.

¹⁷² TJUE, *K. B. contra NHS Pensions Agency*, cas C-117/01 [2004] ECR I-541, 7 de gener de 2004.

¹⁷³ TEDH, *Goodwin contra el Regne Unit*, [GC] (núm. 28957/95), 11 de juliol de 2002.

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

¹⁷⁵ Directiva 79/7/CEE, de 19 de desembre de 1978, relativa a l'aplicació progressiva del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones en matèria de seguretat social, DO 1979 L6, p. 24.

El TEDH té pendent encara emetre una resolució que indiqui si s'inclou o no la identitat de gènere com a característica protegida en l'article 14, i si s'hi inclouria únicament els transsexuals o si s'hi interpretaria la identitat de gènere d'una manera més àmplia. Això no vol dir que el tribunal no s'hagi ocupat en absolut de la qüestió de la identitat de gènere. En aquesta línia, el TEDH va establir que la identitat de gènere i l'orientació sexual formen part de l'esfera de la vida privada de la persona, i que, per tant, han de quedar al marge de la ingerència de l'Administració.

Exemple: en els casos *Christine Goodwin contra el Regne Unit* i *I. contra el Regne Unit* es van tractar fets molt similars.¹⁷⁶ Les demandants, que s'havien sotmès en tots dos casos a operacions de reassignació de sexe d'home a dona, es van queixar que l'Administració es negava a autoritzar la modificació de les partides de naixement perquè hi quedés reflectit el seu nou sexe. Encara que altres documents i el nom de les demandants s'havien modificat, no era el cas de les partides de naixement, que se seguïen utilitzant en certs casos en què el gènere resultava legalment rellevant, com en l'àmbit de l'ocupació o la jubilació. Aquest fet comportava que les demandants s'enfrontessin a situacions de vergonya i d'humiliació en veure's obligades a revelar la seva condició d'homes des del punt de vista legal. El TEDH va resoldre que es tractava d'un cas de violació del dret al respecte de la vida privada i del dret al matrimoni conforme a l'article 12 (cosa que revocava jurisprudència anterior), però no va considerar si s'havia comès una infracció de l'article 14.

Exemple: en el cas *Van Kück*, a la demandant, que s'havia sotmès a una operació de reassignació de sexe i a un tractament hormonal, la seva companyia privada d'assegurances mèdiques li va denegar el reembossa-

ment dels costos d'aquestes intervencions.¹⁷⁷ El Tribunal d'Apel·lació alemany que va conèixer de la reclamació de la demandant contra l'asseguradora va determinar que els procediments mèdics no eren necessaris com es requeria, d'acord amb el contracte de les parts, i, per tant, la demandant no tenia dret al reembossament. El TEDH va resoldre que, tenint en compte la naturalesa de la identitat de gènere i la gravetat de la decisió de sotmetre's a procediments mèdics irreversibles, el plantejament que havia adoptat l'òrgan jurisdiccional nacional no tan sols no havia garantit que la demandant es beneficiés d'un procés equitatiu, cosa que infringia l'article 6 del CEDH, sinó que suposava també una violació del dret al respecte de la vida privada, garantit en l'article 8 del Conveni. Amb tot, el TEDH no va examinar el compliment de l'article 14, perquè va considerar que es tractava, en essència, dels mateixos fets.

En termes generals, sembla que la legislació sobre la identitat de gènere requereix un aclariment considerable a escala tant europea com nacional. Estudis recents de la legislació nacional que regula aquest àmbit posen en relleu que no hi ha un enfocament coherent a tot Europa i que, en general, s'aprecia una divisió entre els estats que consideren la *identitat de gènere* com a part de l'*orientació sexual* i els que la tracten com a part de la *discriminació per raó de sexe*.¹⁷⁸

Diversos casos relatius a les diferències de tracte per raó de sexe en relació amb l'edat de jubilació posen de manifest que el TEDH concedeix a l'Administració un ampli marge de valoració en els temes de polítiques fiscals i socials.¹⁷⁹

Exemple: en el cas *Stec i altres contra el Regne Unit*, les demandants van denunciar que, com a resultat de les edats diferents de jubilació d'homes i dones, s'havien

¹⁷⁶ TEDH, *Goodwin contra el Regne Unit* [GC] (núm. 28957/95), 11 de juliol de 2002; TEDH, *I. contra el Regne Unit* [GC] (núm. 25680/94), 11 de juliol de 2002, apartat 26. De manera similar, TEDH, *L. contra Lituània* (núm. 27527/03), 11 de setembre de 2007.

¹⁷⁷ TEDH, *Van Kück contra Alemanya* (núm. 35968/97), 12 de juny de 2003.

¹⁷⁸ Agència de Drets Fonamentals, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States. Part I: Legal Analysis* [«Homofòbia i discriminació per raons d'orientació sexual en els estats membres de la UE. Part I: Anàlisi jurídica»], Viena, FRA, 2009, p. 129-144; comissari per als Drets Humans, *Human Rights and Gender Identity* [«Drets humans i identitat de gènere»], Estrasburg, Consell d'Europa, 2009, 2 (document temàtic de Thomas Hammarberg, comissari per als Drets Humans, Estrasburg, 29 de juliol de 2009), CommDH/document temàtic.

¹⁷⁹ Aquests casos proporcionen també una anàlisi d'utilitat en relació amb la justificació del tracte diferenciat i, d'aquesta manera, en propicien un aclariment ulterior per a potenciar l'examen d'aquesta justificació abordada anteriorment en el manual.

vist desfavorides per l'alteració de les prestacions que havien de rebre, que s'havien determinat d'acord amb l'edat preceptiva per a tenir dret a pensió.¹⁸⁰ El TEDH va determinar que, en principi, la discriminació per raó de sexe només es pot justificar quan hi ha «raons molt importants». Tanmateix, «de conformitat amb el CEDH, es deixa normalment a l'Estat un marge ampli per a adoptar mesures de caràcter general en matèria d'estratègia econòmica o social [...] Gràcies al coneixement directe que tenen de la seva societat i les seves necessitats, les autoritats nacionals estan en principi més ben situades que el jutge internacional per a determinar què és d'utilitat pública en matèria econòmica o en matèria social, i el Tribunal respecta en general l'opció pel que fa a polítiques de l'assemblea legislativa, excepte si [...] es revela manifestament desproveïda de base raonable». El TEDH va determinar que, en origen, les diferents edats preceptives per a tenir dret a pensió constituïen, en realitat, una forma de mesures especials perquè es van concebre per compensar les dificultats financeres que podien patir les dones pel paper tradicional que tenen a la llar, que les priva d'un ingrés econòmic independent. Es va observar que l'Administració havia començat a introduir ajustos graduals per equiparar les edats de jubilació d'homes i dones, i que no havia actuat més enllà del seu marge d'interpretació quan van decidir fer els ajustos al llarg d'un nombre d'anys determinat, ni quan es va abstenir d'executar els canvis amb més promptitud.¹⁸¹

El TJUE ha adoptat un plantejament similar pel que fa a casos de tracte diferenciat justificats sobre la base de consideracions més àmplies en política d'ocupació.

Exemple: en el cas *Schnorbus*, la pràctica del Ministeri de Justícia de Hessen de donar preferència als candidats homes que havien completat el servei militar o civil

obligatori en l'accés a una formació jurídica pràctica va ser qualificada d'indirectament discriminatòria per raó de sexe.¹⁸² Això no obstant, el TJUE va dictaminar que la pràctica estava justificada objectivament, perquè només es pretenia contrarestar els efectes de demora que exercia el servei obligatori en les carreres professionals dels sol·licitants homes.

Exemple: en el cas *Megner i Scheffel* es va tractar el cas de la legislació alemanya que excloua l'ocupació en jornades de treball molt reduïdes (menys de quinze hores la setmana) i de curta durada dels règims obligatoris d'assegurança per malaltia i vellesa, així com de l'obligació de contribuir al règim d'assegurança per desocupació.¹⁸³ Es va determinar que aquesta normativa podia resultar indirectament discriminatòria per a les dones, que, de manera intrínseca, tenien més probabilitats de treballar a temps parcial i amb contractes de curta durada. El TJUE va acceptar l'argument de l'Administració que, si inclogués els treballadors amb jornades laborals molt reduïdes i amb contractes de curta durada en aquest règim, els costos associats a aquesta mesura donarien lloc a una revisió completa del sistema, que no es podria continuar finançant a través de cotitzacions. També va acceptar que hi havia una demanda d'empleats amb aquest tipus de jornades i de contractes, cosa que l'Administració només podia facilitar si els declarava exempts del règim de seguretat social. Si no s'adoptés aquest plantejament, és probable que aquests llocs de treball es cobrissin igualment, però d'una manera il·legal. El TJUE va acceptar que l'Administració actuava amb una finalitat de política social legítima i va assenyalar que cal concedir a l'Estat un «marge ampli de discrecionalitat» a l'hora d'escollir quines mesures resulten apropiades amb la finalitat de dur a terme la «política social i d'ocupació». En conseqüència, el tracte diferenciat es va considerar justificat.

¹⁸⁰ TEDH, *Stec i altres contra el Regne Unit* [GC] (núm. 65731/01 i 65900/01), 12 d'abril de 2006.

¹⁸¹ També, vegeu TEDH, *Barrow contra el Regne Unit* (núm. 42735/02), 22 d'agost de 2006, apartats 20-24, 37; TEDH, *Pearson contra el Regne Unit* (núm. 8374/03), 22 d'agost de 2006, apartats 12-13, 25; TEDH, *Walker contra el Regne Unit* (núm. 37212/02), 22 d'agost de 2006, apartats 21-22, 37.

¹⁸² TJUE, *Schnorbus contra Land Hessen*, cas C-79/99 [2000] ECR I-10997, 7 de desembre de 2000.

¹⁸³ TJUE, *Megner i Scheffel contra Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, cas C-444/93 [1995] ECR I-4741, 14 de desembre de 1995. En aquesta mateixa línia: TJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, cas C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 de desembre de 1995.

Aquest cas contrasta amb el que es comenta a continuació, en què el TJUE va concloure que la discriminació per raó de sexe no era justificable en el context de la política social, tot i les notables repercussions fiscals a què es va acollir l'Administració com a argument.

Exemple: en el cas *De Weerd* es va tractar la legislació nacional relativa a les prestacions per discapacitat.¹⁸⁴ El 1975, aquesta legislació va introduir la prestació per discapacitat per a homes i dones no casades, amb independència dels ingressos anteriors a la incapacitació. El 1979, la normativa es va modificar i la prestació es va començar a concedir també a les dones casades. Tanmateix, es va adoptar el requisit que el beneficiari hagués obtingut un determinat nivell d'ingressos durant l'any precedent a la concessió de la prestació. La legislació es va posar en qüestió, entre altres raons, perquè el requisit relatiu als ingressos discriminava indirectament les dones (que tenien menys probabilitats que els homes de percebre la renda exigida). L'Estat va argumentar que el benefici diferenciat quedava justificat per consideracions pressupostàries, en concret, la contenció de la despesa nacional. El TJUE va determinar que, encara que el dret comunitari no impedeix que l'Administració reguli quines categories de persones es beneficien de les prestacions de la seguretat social, l'Estat no pot actuar de manera discriminatòria quan efectui aquesta regulació.

Aquests dos casos es poden conciliar sobre la base dels fets que tracten i, probablement, *De Weerd* s'ha de considerar com la norma, mentre que *Megner* i *Scheffel* constitueix l'excepció. El dret comunitari no obliga els estats membres a adoptar règims de seguretat social específics, però, quan els estableixi, els òrgans jurisdiccionals no han de permetre l'exclusió de certs grups simplement per consideracions fiscals, perquè aquesta pràctica pot menyscabar greument el principi de la

igualtat de tracte i donar lloc a abusos. En tot cas, el tracte diferenciat es pot tolerar si constitueix l'únic mitjà per a prevenir la caiguda del sistema d'assegurances per malaltia i desocupació en conjunt, sobretot en els casos en què, si no es tolerés aquest tracte diferenciat, es propiciaria que certs treballadors assumissin activitats laborals no regulades.

4.3. Orientació sexual

Generalment, els assumptes relatius a la discriminació per motius d'orientació sexual afecten persones que reben un tracte desfavorable per la seva condició d'homosexual o de bisexual, però aquesta característica també afecta la prohibició de la discriminació basada en el fet de ser heterosexual.

L'orientació sexual es pot entendre com la «capacitat individual de sentir una profunda atracció emocional, afectiva i sexual per persones d'un gènere diferent, del mateix gènere o de més d'un gènere, així com de mantenir-hi relacions íntimes i sexuals».¹⁸⁵

Exemple: en un cas remès al Defensor del Poble suec contra la discriminació per motius d'orientació sexual (*HomO*), una dona heterosexual es queixava que havia estat víctima d'aquesta mena de discriminació quan se la va rebutjar en una feina per a la federació nacional sueca per als drets de gais, lesbianes i transsexuals com a encarregada d'informar sobre el sexe segur.¹⁸⁶ L'organització li va comunicar que volia donar la feina a un home que s'hagués declarat homosexual o bisexual, amb l'objectiu d'aplicar un enfocament basat en la proximitat pel fet de compartir una condició igual o semblant. Es

¹⁸⁴ TJUE, *De Weerd, de soltera Roks, i altres contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen i altres*, cas C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 de febrer de 1994.

¹⁸⁵ Aquesta definició àmpliament acceptada s'ha extret dels «Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity» [«Principis de Yogyakarta sobre l'aplicació de la legislació internacional de drets humans en relació amb l'orientació sexual i la identitat de gènere»], març de 2007, disponibles a: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm.

¹⁸⁶ HomO, Resolució de 21 de juny de 2006, expedient núm. 262/06. Resum en anglès disponible en el lloc web d'HomO: <http://www.homo.do.se.oas.funcform.se/o.o.i.s?id=3662&template=.print.t>.

va determinar que la demandant no estava en una situació comparable a la d'un home homosexual o bisexual per a complir aquesta feina (i que, per tant, no podia demostrar que havia rebut un tracte menys favorable), o que, en qualsevol cas, la discriminació era justificable per raó d'un requisit professional real.

Encara que l'article 14 del CEDH no recull explícitament l'orientació sexual com a característica protegida, el TEDH ha declarat expressament que està inclosa entre les característiques diverses protegides per l'article 14 en un seguit de casos.¹⁸⁷

Exemple: en el cas *S. L. contra Àustria*, el demandant va denunciar que la legislació nacional vigent criminalitzava les relacions sexuals consensuades entre homes en els casos en què una de les parts era menor de divuit anys.¹⁸⁸ En canvi, a les dones se'ls permetia mantenir relacions sexuals (de naturalesa tant homosexual com heterosexual) des dels catorze anys. El TEDH va determinar que aquesta situació constituïa una discriminació per motius d'orientació sexual.

Exemple: en el cas *E. B. contra França*, a la demandant se li va denegar una sol·licitud d'adopció d'un infant amb l'argument que no hi havia un model de conducta masculí a casa seva.¹⁸⁹ La legislació nacional sí que permetia que els pares solters adoptessin infants i el TEDH va concloure que la decisió de les autoritats es basava fonamentalment en el fet que la demandant mantenia una relació i vivia amb una altra dona. En conseqüència, el TEDH va establir que es tractava d'un cas de discriminació per motius d'orientació sexual.

Cal destacar que el TEDH ofereix igualment protecció contra les ingerències de l'Administració relatives a l'orientació sexual *per se*, conforme a l'article 8 del CEDH sobre el dret a la vida privada. En aquesta línia, en els casos en què tingui lloc un tracte discriminatori

per aquest motiu, només cal denunciar una violació de l'article 8 sense que sigui necessari justificar l'existència d'aquest tracte.

Exemple: en el cas *Dudgeon contra el Regne Unit* es va tractar el cas de la legislació nacional que criminalitzava les relacions homosexuals consensuades entre adults.¹⁹⁰ El demandant va denunciar que, com a homosexual, i amb aquesta situació, corria el risc que l'acusessin en un procés judicial. El TEDH va determinar que aquest cas constituïa, *per se*, una violació del dret del demandant al respecte a la vida privada, que inclou la *vida sexual* de la persona. Va establir, així mateix, que, encara que la protecció de la moralitat pública constitueix un fi legítim, aquest objectiu es pot perseguir sense que hi hagi un nivell d'ingerència tan gran en la vida privada.

El TEDH ha mostrat un interès especial a garantir la protecció de les persones quan les ingerències de l'Estat afecten assumptes que es considera que concerneixen elements essencials de la dignitat personal, com la vida sexual o familiar pròpia. El cas següent il·lustra que les ingerències en la vida privada, quan afecten la sexualitat, resulten difícils de justificar.

Exemple: en el cas *Karner contra Àustria* es va tractar la interpretació de la legislació nacional (secció 14 de la Llei de lloguers), que generava el dret d'un familiar o d'una *parella de fet* a heretar automàticament un contracte d'arrendament quan l'arrendatari principal moria.¹⁹¹ El demandant havia cohabitat amb la seva parella, l'arrendatari principal, que havia mort. Els òrgans jurisdiccionals nacionals van interpretar que la legislació exclouïa les parelles homosexuals, malgrat que sí que podia incloure parelles heterosexuales que no estaven casades. L'Administració va acceptar que hi havia hagut un tracte diferenciat per motius d'orientació sexual, però argumentava que estava justificat per a protegir els membres de les famílies tradicionals pel que fa a la

¹⁸⁷ Vegeu, per exemple, TEDH, *Fretté contra França* (núm. 36515/97), 26 de febrer de 2002, apartat 32.

¹⁸⁸ TEDH, *S. L. contra Àustria* (núm. 45330/99), 9 de gener de 2003.

¹⁸⁹ TEDH, *E. B. contra França* [GC] (núm. 43546/02), 22 de gener de 2008.

¹⁹⁰ TEDH, *Dudgeon contra Regne Unit* (núm. 7525/76), 22 d'octubre de 1981.

¹⁹¹ TEDH, *Karner contra Àustria* (núm. 40016/98), 24 de juliol de 2003, apartats 34-43.

pèrdua de l'allotjament. El TEDH va determinar que, encara que la protecció de la família tradicional podia constituir un fi legítim, «el marge d'interpretació [...] és estret [...] quan hi ha diferències de tracte per motius de sexe o d'orientació sexual». El TEDH hi va afegir que «el principi de proporcionalitat no tan sols requereix que la mesura escollida sigui adequada en principi per a assolir l'objectiu que es persegueix. S'ha de demostrar també que calia, per a arribar a aquest objectiu, excloure determinades categories de persones (en aquest cas, les que mantenen una relació homosexual) de l'abast de l'aplicació de la secció 14 de la Llei de Lloguers». En aquesta línia, el TEDH va establir que hi havia discriminació, perquè l'Administració podria haver emprat mesures per protegir la família tradicional sense situar les parelles homosexuals en una situació de desavantatge.

4.4. Discapacitat

Ni el CEDH, ni la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació no contenen una definició de *discapacitat*. A causa de la naturalesa del paper que desenvolupa el TJUE, determinar què constitueix una discapacitat és a càrrec, freqüentment, dels òrgans jurisdiccionals nacionals i es presenta com a part dels antecedents objectius en els litigis que se sotmeten al TJUE. Tanmateix, el TJUE ha tingut unes quantes oportunitats d'emetre, en la seva jurisprudència, certes directrius limitades respecte a què constitueix una discapacitat.

Exemple: en el cas *Chacón Navas*,¹⁹² el TJUE va tenir l'oportunitat de considerar l'abast general de les disposicions sobre discriminació per raó de discapacitat i la va aprofitar per indicar que el terme discapacitat hauria de tenir una definició harmonitzada en la UE. El TJUE va indicar que cal considerar que una discapacitat, a l'efecte de la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació, es refereix a «una limitació que es deriva, en particular, de deficiències físiques, mentals o psicològiques, i que di-

ficulta la participació de la persona en qüestió en la vida professional», i hi va afegir que cal que sigui «probable que aquesta deficiència es mantingui durant un període prolongat». En aplicar aquesta definició a la senyora Navas, es va determinar que la demandant no patia cap discapacitat quan va iniciar un procediment judicial davant els òrgans jurisdiccionals espanyols per denunciar que havia estat víctima d'una discriminació per raó de discapacitat, pel fet de ser acomiadada després d'un període de baixa laboral per malaltia de vuit mesos. El TJUE va aclarir que cal distingir entre *malaltia* i *discapacitat*, i que la malaltia no és objecte de protecció.

Tal com s'ha examinat en el capítol 1, la UE forma part de la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat de 2006 i, com a resultat d'això, és molt probable que el TJUE es guii tant per la Convenció mateixa com per les interpretacions que emeti el Comitè dels Drets de les Persones amb Discapacitat, que s'encarrega de seguir-la i interpretar-la.¹⁹³ D'acord amb l'article 1 de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat:

Les persones amb discapacitat inclouen les que tenen deficiències físiques, mentals, intel·lectuals o sensorials a llarg termini, i que, quan interactuen amb diverses barreres, poden patir dificultats a l'hora de participar de manera plena i efectiva en la societat, en igualtat de condicions amb els altres.

Quan s'hagin convertit en part de la CDPD, la UE i les seves institucions (i els estats membres quan interpretin i apliquin el dret comunitari) estaran obligades a atènyer-se a aquest plantejament ampli i inclusiu quan interpretin el significat de *discapacitat*.

¹⁹² TJUE, *Chacon Navas contra Eurest Colectividades, SA*, cas C-13/05 [2006] ECR I-6467, 11 de juliol de 2006.

¹⁹³ Doc de l'ONU A/RES/61/611, 13 de desembre de 2006.

Encara que no figura expressament en la llista de característiques protegides del CEDH, el TEDH ha inclòs la discapacitat en la interpretació d'*altres* característiques conforme a l'article 14.

Exemple: en el cas *Glor contra Suïssa*, el TEDH va determinar que el demandant, que era diabètic, podia ser considerat com una persona amb discapacitat, amb independència que la legislació nacional classifiqués el trastorn com a una discapacitat *menor*.¹⁹⁴ El demandant, com a compensació per no haver completat el servei militar, havia estat obligat a pagar un impost que havien d'abonar tots els que fossin elegibles per a prestar aquest servei. Per a quedar exempt d'aquest tribut, calia demostrar una discapacitat d'un nivell mínim del 40% (considerada equivalent a la pèrdua de l'ús d'una extremitat) o ser objector de consciència. Als objectors de consciència se'ls obligava a desenvolupar un *servei civil*. La discapacitat del demandant era prou gran per qualificar-lo de no apte per a servir en l'exèrcit, però no arribava al llindar de gravetat exigida en la legislació nacional per a obtenir l'exempció de l'impost. Es va oferir a fer el *servei civil*, però la seva proposta va ser rebutjada. El TEDH va determinar que l'Estat havia tractat el demandant de manera comparable als que no havien dut a terme el servei militar sense justificació vàlida. Aquesta actuació constituïa un tracte discriminatori, perquè el demandant estava en una posició diferent (pel fet de ser rebutjat per a fer el servei militar, però estar disposat a prestar el servei civil i ser capaç de fer-lo) i, per tant, l'Administració hauria d'haver establert una excepció a la normativa vigent.

Com en el cas d'altres característiques protegides conforme al CEDH, no és infreqüent que els casos es tractin d'acord amb altres drets fonamentals i no d'acord amb un enfocament conjunt basat en un dret fonamental i en l'article 14, que prohibeix la discriminació.

Exemple: en el cas *Price contra el Regne Unit*, la demandant va ser condemnada a una pena de set dies de presó. Patia discapacitats físiques pel fet que la mare havia ingerit talidomida durant l'embaràs, amb el resultat que no tenia extremitats o estaven significativament reduïdes, i els ronyons no li funcionaven bé.¹⁹⁵ Com a conseqüència d'això, depenia d'una cadira de rodes per a desplaçar-se, requeria assistència per a anar al bany i per a netejar-se, i necessitava dispositius especials per a dormir. Durant la primera nit de detenció, se la va ubicar en una cel·la no adaptada per a persones amb discapacitats físiques i, com a conseqüència d'això, no va poder dormir de manera adequada, va patir grans dolors i va patir hipotèrmia. Després de ser traslladada a la presó, va ser assignada a les dependències hospitalàries, que es van adaptar parcialment, però va seguir experimentant problemes similars. Tampoc no se li va permetre carregar la cadira de rodes elèctrica, que es va quedar sense bateria. El TEDH va determinar que la demandant havia estat objecte d'un tracte degradant, en contravenció de l'article 3. La discriminació basada en un dels drets fonamentals del CEDH conforme a l'article 14 no es va plantejar en aquest cas.

Exemple: en el cas *Pretty contra el Regne Unit*, la demandant, que patia un trastorn degeneratiu, volia obtenir la garantia de l'Administració respecte a la possibilitat de sotmetre's a un suïcidi assistit en una data futura en què la malaltia hauria progressat fins al punt que no podria cometre el suïcidi per si mateixa, sense que aquest acte donés lloc a cap processament.¹⁹⁶ De conformitat amb la legislació nacional, assistir algú en la comissió d'un suïcidi constituïa un acte delictiu en si mateix i equivalia a un homicidi voluntari o involuntari. Entre altres arguments, la demandant va al·legar que se li havia conculcat de manera discriminatòria el dret a prendre decisions respecte al propi cos, protegit en el context del dret a la vida privada (conforme a

¹⁹⁴ TEDH, *Glor contra Suïssa* (núm. 13444/04), 30 d'abril de 2009.

¹⁹⁵ TEDH, *Price contra el Regne Unit* (núm. 33394/96), 10 de juliol de 2001.

¹⁹⁶ TEDH, *Pretty contra el Regne Unit* (núm. 2346/02), 29 d'abril de 2002.

l'article 8), perquè l'Estat li havia aplicat una prohibició uniforme del suïcidi assistit, cosa que exercia un efecte desproporcionadament negatiu en els que havien quedat discapacitats i que, per tant, eren incapaços de posar fi a la seva vida per si mateixos. El TEDH va determinar que la negativa a distingir entre els «que són i els que no són físicament capaços de cometre suïcidi» estava justificada, perquè introduir excepcions en la llei permetria, a la pràctica, que es cometessin abusos i se soscavés la protecció del dret a la vida.

4.5. Edat

La característica protegida de l'edat afecta senzillament el benefici o el tracte diferenciat basats en l'edat de l'interessat. Encara que la discriminació per raó d'edat *per se* no cau en l'àmbit de cap dret específic del CEDH (a diferència de la religió o l'orientació sexual), els problemes de discriminació per raó de l'edat poden plantejar-se en el context de diversos drets. En aquesta línia, el TEDH, com en altres àmbits, ha conegut de casos que indicaven l'existència de discriminació per motius d'edat, però no els ha analitzat en aquests termes, sobretot en relació amb el tracte dels menors en el sistema de justícia penal. El TEDH ha observat que l'edat s'inclou en l'apartat 'altra condició'.¹⁹⁷

Exemple: en el cas *Schwizgebel contra Suïssa*, una mare soltera de quaranta-set anys va denunciar que se li havia denegat una sol·licitud per a adoptar un infant.¹⁹⁸ Les autoritats nacionals van basar la decisió en la diferència d'edat entre la demandant i el menor, i en el fet que l'adopció imposaria una càrrega econòmica significativa, atès que la demandant ja tenia un fill. El TEDH va determinar que se li havia dispensat un tracte diferenciat respecte a dones més joves candidates a una adopció per motiu de l'edat. Tanmateix, la falta d'uniformitat entre estats respecte als límits d'edat acceptables per a optar a una adopció va permetre a l'Administració un ampli marge d'interpretació.

D'altra banda, la consideració de la diferència d'edat per l'autoritat nacional no s'havia aplicat de manera arbitrària i s'havia basat en la consideració de l'interès del menor i de la càrrega econòmica que un segon fill podia suposar per a la demandant, cosa que, al seu torn, podia repercutir en el benestar de l'infant. En conseqüència, el TEDH va dictaminar que la diferència de tracte era justificable.

Exemple: en els casos *T. contra el Regne Unit* i *V. contra el Regne Unit*, dos menors van ser jutjats i declarats culpables d'un homicidi comès als deu anys.¹⁹⁹ Els demandants van denunciar, entre altres coses, que no se'ls havia concedit un judici just a causa de l'edat i que la falta de maduresa els havia impedit participar de manera efectiva en la seva defensa. El TEDH va determinar que, quan jutja un menor, l'Estat ha de tenir «molt en compte l'edat, el nivell de maduresa i les capacitats intel·lectuals i emocionals del menor», i que ha de prendre mesures «per a promoure que puguin comprendre el procediment i participar-hi». El TEDH va concloure que l'Estat no havia actuat d'aquesta manera i que, en conseqüència, havia infringit l'article 6 del CEDH, sense examinar el cas des de la perspectiva de l'article 14.

Exemple: en els casos *D. G. contra Irlanda* i *Bouamar contra Bèlgica*, els demandants van ser detinguts per les autoritats nacionals.²⁰⁰ El TEDH va establir que, ateses les circumstàncies, aquesta actuació havia conculcat el dret a no ser objecte d'una detenció arbitrària. En tots dos casos, els demandants van denunciar també que el tracte va ser discriminatori en comparació del que es dispensava als adults, perquè la legislació nacional no permetia que es privés de llibertat els majors d'edat en circumstàncies iguals. El TEDH va determinar que, encara que hi va haver diferència en el tracte als adults i als infants, aquesta disparitat quedava justificada perquè l'objectiu subjacent en la privació de llibertat va ser la protecció dels menors; una consideració que no s'aplica als adults.

¹⁹⁷ TEDH, *Schwizgebel contra Suïssa* (núm. 25762/07), 10 de juny de 2010.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ TEDH, *T. contra el Regne Unit* [GC] (núm. 24724/94), 16 de desembre de 1999; TEDH, *V. contra el Regne Unit* [GC] (núm. 24888/74), 16 de desembre de 1999.

²⁰⁰ TEDH, *D. G. contra Irlanda* (núm. 39474/98), 16 de maig de 2002; TEDH, *Bouamar contra Bèlgica* (núm. 9106/80), 29 de febrer de 1988.

4.6. Raça, origen ètnic, color i pertinença a una minoria nacional

L'abast de la característica de *l'origen racial i ètnic* sembla que difereix lleugerament entre la UE i el CEDH, perquè en la Directiva relativa a la igualtat racial s'exclou expressament la nacionalitat del concepte de *raça* o d'*ètnia*. Mentre que en el CEDH s'al·ludeix a la *nacionalitat* o a l'*origen nacional* com una característica específica; en la jurisprudència que s'esmenta a continuació es posa en relleu que la nacionalitat es pot entendre com un element constitutiu de l'ètnia. Aquesta exclusió no obeeix al fet que la discriminació per motius de nacionalitat es permeti en el dret comunitari, sinó al fet que la manera en què aquest dret ha evolucionat ha donat lloc que aquesta discriminació es reguli en el context de la legislació sobre la lliure circulació de persones. A banda d'excloure expressament la nacionalitat, la Directiva relativa a la igualtat racial no conté una definició d'origen racial o ètnic. Hi ha altres instruments que permeten orientar-se respecte a com s'ha d'entendre *l'origen racial i ètnic*. D'altra banda, ni el *color*, ni la pertinença a una minoria nacional no es consignen expressament en la Directiva relativa a la igualtat racial, però sí que figuren com a característiques específiques en el CEDH. Aquests termes sembla que són indissociables de la definició de raça o d'ètnia, i així és com se'ls considera aquí.

En la definició de *racisme i xenofòbia* de la Decisió marc del Consell de la UE relativa a la lluita contra determinades formes i manifestacions de racisme i xenofòbia mitjançant el dret penal s'inclou la violència i l'odi dirigits a determinats grups mitjançant la referència a «la raça, el color, la religió, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic». La Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància (ECRI) del Consell d'Europa ha adoptat també una visió àmplia pel que fa a la definició de *discriminació racial*, en què s'inclouen les característiques de «raça, color, llengua, religió, nacionalitat i origen nacional o ètnic».²⁰¹ De la mateixa manera, en l'article 1 de la Conven-

ció Internacional de les Nacions Unides sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial, de 1965 (de la qual tots els estats membres de la Unió Europea i el Consell d'Europa formen part), es defineix la discriminació racial amb la inclusió de les característiques de «raça, color, llinatge o origen nacional o ètnic».²⁰² El Comitè per a l'Eliminació de la Discriminació Racial, responsable d'interpretar i de vigilar el compliment del tractat, ha declarat, així mateix, que, excepte si hi ha una justificació per fer el contrari, la determinació de si una persona és membre o no d'un grup racial o ètnic «s'ha de basar en l'autoidentificació de l'individu en qüestió».²⁰³ D'aquesta manera, s'evita que l'Estat exclougui de la protecció grups ètnics que no reconegui.

Encara que en el dret comunitari no s'al·ludeix expressament a la llengua, al color o a l'ascendència com a característiques protegides, aquesta ommissió no significa que no es puguin protegir com a part de la raça o de l'origen ètnic, en la mesura en què la llengua, el color i l'ascendència estan vinculades intrínsecament a la raça o a l'ètnia. Sembla, així mateix, que la nacionalitat podria englobar-se, sota les circumstàncies apropiades i en la mesura en què els factors que la integren també s'inclouen dins la raça i l'ètnia, en el marc d'aquestes dues.

La religió està expressament protegida com a característica específica en la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació. Tanmateix, pot ser que una presumpta víctima de discriminació religiosa tingui interès a associar la religió amb la característica de la raça perquè, segons dicta actualment el dret comunitari, l'abast de la protecció contra la discriminació per motius de raça és més ampli que el de la protecció que s'ofereix en els casos de discriminació religiosa. Això és així perquè la Directiva relativa a la igualtat racial afecta l'àrea de l'ocupació, però també l'accés als béns i als serveis, mentre que la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació només es refereix a l'àmbit de l'ocupació.

²⁰¹ ECRI, General Policy Recommendation núm. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination [«Recomanació general sobre polítiques núm. 7, relativa a la legislació nacional per a combatre el racisme i la discriminació racial»], ECRI (2003) 8, aprovada el 13 de desembre de 2002, apartats 1.b i 1.c.

²⁰² 660 UNTS 195.

²⁰³ CIEFDR, General Recommendation VIII concerning the interpretation and application of Article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention [«Recomanació general VIII relativa a la interpretació i l'aplicació de l'article 1, apartats 1 i 4 de la Convenció»].

Per explicar els conceptes de *raça* i d'*ètnia*, el TEDH ha dictaminat que la llengua, la religió, la nacionalitat i la cultura poden ser factors indissociables de la raça. En el cas *Timishev*, a un demandant d'origen txetxè no se li va permetre passar per un lloc de control, perquè els agents havien rebut instruccions de denegar l'accés als ciutadans amb aquest origen. El TEDH va oferir l'explicació que segueix:

L'ètnia i la raça són conceptes relacionats que se solapen. Mentre que el concepte de *raça* sorgeix de la idea de la classificació biològica dels éssers humans en subespècies d'acord amb trets morfològics com el color de la pell o les característiques facials, l'*ètnia* té l'origen en la idea dels grups socials marcats per la nacionalitat, l'afiliació tribal, la fe religiosa, la llengua compartida o els orígens i els antecedents culturals i tradicionals comuns.²⁰⁴

Exemple: el cas *Sejdić i Finci contra Bòsnia i Hercegovina* va ser el primer que es va resoldre conforme al Protocol núm. 12. Els demandants van denunciar que no s'havien pogut presentar a les eleccions.²⁰⁵ Com a part d'un acord de pau encaminat a posar fi al conflicte del decenni del 1990, es va aconseguir un acord per al repartiment de poder entre els tres grups ètnics principals. En aquest acord es va disposar que tot candidat que es presentés a les eleccions havia de declarar l'afiliació a la comunitat bosniana, sèrbia o croata. Els demandants, que eren d'origen jueu i romaní, es van negar a efectuar aquesta declaració i van al·legar que eren víctimes de discriminació per motius de raça i d'origen ètnic. El TEDH va reiterar l'explicació que havia donat de la relació entre raça i ètnia, i hi va afegir que «la discriminació deguda a l'origen ètnic és una forma de discriminació racial». La conclusió del TEDH respecte a la discriminació racial il·lustra la interacció entre ètnia i religió. D'altra banda, el TEDH va determinar que, malgrat els delicats termes de l'acord de pau, aquesta situació no podia justificar la discriminació que havien patit els demandants.

Exemple: en un cas remès a la Comissió d'Igualtat de Tracte d'Àustria, un ciutadà d'origen sikh va denunciar que se li havia denegat l'accés a un tribunal vienès perquè no va voler desprendre's de l'espasa cerimonial que porten els membres de la seva religió.²⁰⁶ La Comissió va tractar aquest cas com un cas de discriminació per raó de l'origen ètnic. Després d'examinar els fets, va establir que el tracte diferenciat estava justificat per raons de seguretat.

El TEDH ha actuat amb màxim rigor en el que es refereix a la discriminació per motius de raça o d'origen ètnic, i afirma que: «en la societat democràtica contemporània, establerta sobre els principis del pluralisme i del respecte a les diferents cultures, no es pot justificar objectivament cap diferència de tracte que es basi exclusivament o en un grau decisiu en l'origen ètnic d'una persona».²⁰⁷

Un estudi de cas d'utilitat, en què es posen en relleu les consideracions que s'han de tenir en compte quan es tracten denúncies de discriminació per motius de raça conforme al CEDH, es pot consultar al lloc web del Consell d'Europa sobre Formació en Drets Humans per a Professionals del Dret.²⁰⁸

4.7. Nacionalitat o origen nacional

En l'article 2, apartat a, del Conveni sobre Nacionalitat del Consell d'Europa, del 1996, es defineix la *nacionalitat* com «el vincle legal entre una persona i l'Estat». Encara que aquest tractat no ha estat objecte d'una ratificació generalitzada, la definició que fa es basa en normes acceptades del dret internacional públic²⁰⁹ i ha estat avalada, a més, per la Comissió Europea contra el Racisme i la Intolerància.²¹⁰ Es pot considerar que l'origen nacional denota la nacionalitat anterior d'una persona, que pot haver perdut, o adquirit mitjançant la naturalització, o que al·ludeix a la vinculació a una nació dins d'un Estat (com Escòcia dins el Regne Unit).

²⁰⁴ TEDH, *Timishev contra Rússia* (núm. 55762/00 i 55974/00), 13 de desembre de 2005, apartat 55.

²⁰⁵ TEDH, *Sejdić i Finci contra Bòsnia i Hercegovina* [GC] (núm. 27996/06 i 34836/06), 22 de desembre de 2009.

²⁰⁶ Comissió d'Igualtat de Tracte, Senat III. Resum en anglès disponible a FRA InfoPortal, cas 5-1. Text original: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.

²⁰⁷ TEDH, *Sejdić i Finci contra Bòsnia i Hercegovina* [GC] (núm. 27996/06 i 34836/06), 22 de desembre de 2009, apartat 44. Vegue, també, TEDH, *Timishev contra Rússia* (núm. 55762/00 i 55974/00), 13 de desembre de 2005, apartat 58.

²⁰⁸ Estudi de cas 15, «Arrest, pre-trial detention, ill-treatment of Roma man», disponible a www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1.

²⁰⁹ CIJ, *Nottebohm (Liechtenstein contra Guatemala)* [1955] CIJ informes, 4, 23, 6 d'abril de 1955: «la nacionalitat és un vincle legal que té com a fonament un fet social d'adhesió, una autèntica connexió d'existència, interessos i sentiments, juntament amb l'existència de drets i deures recíprocs».

²¹⁰ ECRI, General Policy Recommendation núm. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination, ECRI (2003) 8,

aprovada el 13 de desembre de 2002, apartat 6.

Exemple: en el cas *Chen* es va abordar la qüestió de si un infant tenia dret a residir en un estat membre en el cas que hagués nascut en un altre estat membre i que la seva mare, de la qual depenia, procedís d'un estat no membre.²¹¹ El TJUE va considerar que, quan un estat membre imposa el compliment de determinats requisits per atorgar la nacionalitat, i aquests requisits són satisfets, un altre estat membre no pot posar en qüestió aquest dret quan se li sol·liciti la residència.

Encara que el CEDH ofereix una protecció més gran que el dret comunitari pel que fa a la característica de la nacionalitat, també accepta obertament que l'absència d'un vincle legal de nacionalitat sol complementar-se amb la falta de connexions objectives amb un estat determinat, cosa que, al seu torn, impedeix que la presumpta víctima pugui afirmar que està en una situació comparable a la dels ciutadans d'aquest estat. L'essència del plantejament del TEDH consisteix en el fet que, com més proper sigui el vincle objectiu d'una persona amb un estat determinat, sobretot pel que fa al pagament d'impostos, menor serà la probabilitat que el Tribunal conclouï que el tracte diferenciat per raó de nacionalitat està justificat.

Exemple: en el cas *Zeibek contra Grècia*, a la demandant se li va denegar un dret a pensió destinat a persones amb *famílies nombroses*.²¹² Tot i que tenia el nombre de fills exigít, un d'aquests no disposava de la nacionalitat grega en la data en què la demandant va arribar a l'edat preceptiva per a tenir dret a pensió. Aquesta situació es devia a una decisió prèvia de l'Administració de retirar la nacionalitat a tota la família de la demandant (aquesta decisió va pecar de nombroses irregularitats) i a la posterior concessió de la nacionalitat únicament a tres dels fills (perquè el quart ja estava casat). El TEDH va determinar que s'havia aplicat una política de revocació de la nacionalitat als grecs musulmans en particular i que la denegació de la pensió no podia justificarse sobre la base de la preservació de la nació grega, perquè

aquest raonament equivalia, per se, a una discriminació per motiu de l'origen nacional.

Exemple: en el cas *Anakomba Yula contra Bèlgica*, una ciutadana congoleesa residia de manera il·lícita a Bèlgica.²¹³ Poc després de donar a llum, el seu permís de residència va expirar i va iniciar el procés per sol·licitar-ne la renovació. S'havia separat del seu marit congolès i tant ella com el pare biològic del seu fill, un ciutadà belga, volien establir la paternitat de l'infant. A aquest efecte, la demandant havia de presentar una reclamació al seu marit en el termini d'un any transcorregut des del naixement de l'infant. La demandant va sol·licitar assistència jurídica a fi de sufragar els costos del procediment, atès que no disposava de fons suficients. L'ajuda, però, se li va denegar, perquè només estava disponible per als ciutadans dels estats no membres del Consell d'Europa quan la reclamació afectava l'establiment del dret de residència. Es va aconsellar a la demandant que formalitzés la renovació del permís de residència i que tornés a presentar la sol·licitud més endavant. El TEDH va concloure que, en aquestes circumstàncies, s'havia conculcat el dret de la demandant a un procés equitatiu i que aquest fet es devia a la seva nacionalitat. No es podia justificar que l'Estat fes una diferència entre els que posseïen un permís de residència i els que no en una situació en què hi havia en joc aspectes rellevants de la vida familiar, es disposava d'un termini escàs per a establir la paternitat i la interessada havia emprès ja el procés de renovació del permís.

Com s'ha examinat en el capítol 3.1.2, el dret comunitari prohibeix la discriminació per motius de nacionalitat únicament en el context específic de la lliure circulació de persones. En particular, la normativa de la UE sobre la lliure circulació atorga drets limitats als ciutadans de països tercers. En qualsevol cas, el CEDH sí que imposa a tots els estats membres del Consell d'Europa (entre els quals figuren tots els estats membres de la UE) l'obligació de garantir els drets consignats en el Conveni a totes

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

²¹² TEDH, *Zeibek contra Grècia* (núm. 46368/06), 9 de juliol de 2009.

²¹³ TEDH, *Anakomba Yula contra Bèlgica* (núm. 45413/07), 10 de març de 2009.

les persones que estan sota la seva jurisdicció (inclosos els que no posseeixin la nacionalitat de l'estat en qüestió). El TEDH ha mantingut un equilibri entre el dret de l'estat a controlar les prestacions que ofereix als que gaudeixen del vincle legal de la nacionalitat i la necessitat d'impedir que les administracions discriminin les persones que han establert vincles objectius substancials amb l'estat. El TEDH ha seguit molt atentament els casos relacionats amb la seguretat social quan les persones interessades poden demostrar que han establert un vincle sòlid i objectiu amb l'estat de què es tracti.

El dret dels estats a regular els moviments d'entrada i de sortida a les seves fronteres per part de ciutadans no nacionals està àmpliament reconegut en el dret internacional públic i està acceptat pel TEDH. En aquesta línia, el TEDH ha intervingut fonamentalment en les denúncies relatives a la deportació de persones quan aquestes es veuen sotmeses a un tracte inhumà o degradant, o a càstigs i a tortura a l'estat de destí (conforme a l'article 3),²¹⁴ o han establert forts vincles familiars a l'estat amfitrió que es trencaran si es veuen obligades a abandonar el país (de conformitat amb l'article 8).²¹⁵

Exemple: en els casos C. contra Bèlgica i Moustaqim contra Bèlgica, els demandants, ciutadans marroquins, havien estat declarats culpables de delictes penals i havien de ser deportats.²¹⁶ Van denunciar que es tractava d'un cas de discriminació per motiu de nacionalitat, perquè ni els nacionals de Bèlgica, ni els no nacionals d'altres estats membres de la UE podien ser deportats en circumstàncies similars. El TEDH va determinar que els demandants no estaven en una situació comparable a la dels ciutadans belgues, perquè a aquests els assistia el dret a continuar en el seu estat d'origen, consagrat de manera específica en el CEDH (conforme a l'article 3 del Protocol 4). D'altra banda, la diferència en el tracte entre els nacionals de països tercers i els d'altres estats membres de la UE era justificable perquè la UE havia creat un ordenament jurídic especial, a més de la ciutadania de la Unió.

Aquests casos s'han de comparar amb situacions en què el demandant ha desenvolupat vincles objectius estrets amb l'estat amfitrió durant un període prolongat de residència, o mitjançant la contribució a l'estat a través del pagament d'impostos.

Exemple: en el cas Andrejeva contra Letònia, la demandant havia estat ciutadana de l'ex Unió Soviètica, amb dret a la residència permanent a Letònia.²¹⁷ D'acord amb la legislació nacional, la demandant havia treballat fora del país durant el període previ a la independència (malgrat que havia estat en el mateix lloc de treball en territori letó abans i després de la dita independència) i, en conseqüència, se li va estimar la pensió sobre la base del temps passat en aquest mateix càrrec després de la independència. Als ciutadans letons amb la mateixa plaça, en canvi, els assistia el dret a pensió sobre la base del període total de servei, també abans de la independència. El TEDH va determinar que la demandant estava en una situació comparable a la dels ciutadans letons, perquè era una «no nacional amb residència permanent», d'acord amb la legislació nacional, i havia satisfet els impostos d'acord amb aquesta condició. Es va establir que calien «raons molt importants» per a justificar un tracte diferenciat basat únicament en la nacionalitat; unes raons que el Tribunal va considerar que no hi eren, en aquest cas. Tot i acceptar que l'Estat gaudeix d'un ampli marge d'interpretació en matèria de política fiscal i social, la situació de la demandant, a la pràctica, s'aproximava massa a la dels ciutadans letons per a justificar una discriminació amb aquest argument.

Exemple: en el cas Gaygusuz contra Àustria, a un ciutadà turc que havia treballat en aquest país se li va denegar una prestació de desocupació per no tenir la ciutadania austríaca.²¹⁸ El TEDH va determinar que el demandant estava en una situació comparable a la dels nacionals austríacs, perquè era resident permanent i havia cotitzat al règim de la seguretat social mitjançant el pagament d'impostos. Va concloure, així mateix, que

²¹⁴ Vegeu, per exemple, TEDH, *Chahal contra el Regne Unit* (núm. 22414/93), 15 de novembre de 1996.

²¹⁵ Encara que aquests casos tenen menors probabilitats d'èxit. Vegeu, per exemple, TEDH, *Abdulaziz, Cabales i Balkandali contra el Regne Unit* (núm. 9214/80, 9473/81 i 9474/81), 28 de maig de 1985.

²¹⁶ TEDH, *C. contra Bèlgica* (núm. 21794/93), 7 d'agost de 1996; TEDH, *Moustaqim contra Bèlgica* (núm. 12313/86), 18 de febrer de 1991.

²¹⁷ TEDH, *Andrejeva contra Letònia* [GC] (núm. 55707/00), 18 de febrer de 2009.

²¹⁸ TEDH, *Gaygusuz contra Àustria* (núm. 17371/90), 16 de setembre de 1996.

l'absència d'un acord de seguretat social recíproc entre Àustria i Turquia no podia justificar el tracte diferenciat, perquè la situació del demandant, a la pràctica, s'aproximava en gran mesura a la dels ciutadans austríacs.

Exemple: en el cas de *Koua Poirrez contra França*, un ciutadà de la Costa d'Ivori va sol·licitar una prestació destinada a les persones amb discapacitat. Se li va denegar amb l'argument que només estava disponible per a ciutadans francesos o per a nacionals dels estats amb què França mantenia un conveni recíproc de seguretat social.²¹⁹ El TEDH va determinar que, a la pràctica, el sol·licitant estava en una situació similar a la dels ciutadans francesos, perquè complia tots els altres criteris recollits en la llei per a rebre la prestació, i s'havia beneficiat d'altres prestacions de la seguretat social que no depenien de la nacionalitat. El Tribunal va dictaminar que calien «raons molt importants» per a justificar una diferència en el tracte dispensat al demandant i a altres nacionals. Contràriament als casos examinats anteriorment, en què es va atorgar a l'Estat un ampli marge d'interpretació en matèria fiscal i de seguretat social, al Tribunal no el van convèncer l'argument de França relatiu a la necessitat d'equilibrar els ingressos i les despeses de l'Estat, o l'argument relatiu a la diferència objectiva que no hi havia cap acord de reciprocitat entre França i la Costa d'Ivori. Resulta interessant que la prestació en qüestió s'hauria d'abonar amb independència que el perceptor hagi cotitzat al règim nacional de la seguretat social o no (que havia estat el motiu principal per a no tolerar la discriminació per nacionalitat en els casos anteriors).

4.8. Religió o creença²²⁰

Encara que el dret comunitari conté una certa protecció limitada contra la discriminació per raó de religió o de creença, l'abast del CEDH és significativament més ampli, perquè en l'article 9 figura un dret independent a la llibertat de consciència, de religió i de creença.

Exemple: en el cas *Alujer Fernández i Caballero García contra Espanya*, els demandants van denunciar que, a diferència dels catòlics, no podien assignar una proporció de l'impost sobre la renda directament a la seva església.²²¹ El TEDH va determinar que l'assumpte era inadmissible, basant-se en el fet que l'església del demandant no estava en una posició comparable a la de l'església catòlica, perquè no havia efectuat cap sol·licitud en aquesta línia a l'Administració i perquè l'Administració mantenia un conveni recíproc en vigor amb la Santa Seu.

Exemple: en el cas *Cha'are Shalom Ve Tsedek contra França*, va ser part una organització jueva que certificava la carn kosher venuda als restaurants i carnisseries dels seus membres.²²² Com que considerava que la carn elaborada per una determinada organització jueva havia deixat d'ajustar-se als estrictes preceptes associats a aquesta mena de preparació, el demandant sol·licitava l'autorització de l'Estat per a dur a terme els seus propis sacrificis rituals. Aquesta sol·licitud es va denegar, amb l'argument que l'organització demandant no era prou representativa de la comunitat jueva francesa i que ja es feien sacrificis rituals autoritzats. El TEDH va determinar que, ateses les circumstàncies, l'organització no patia cap desavantatge real, perquè podia seguir obtenint d'altres fonts carn sacrificada conforme al mètode requerit.

²¹⁹ TEDH, *Koua Poirrez contra França* (núm. 40892/98), 30 de setembre de 2003.

²²⁰ Una explicació de l'abast de l'article 9 del CEDH està disponible en el lloc web del Consell d'Europa sobre Formació en Drets Humans per als Professionals del Dret: Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, en línia, 2007, «Human Rights Handbooks», núm. 2, <<http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122>>.

²²¹ TEDH, *Alujer Fernández i Caballero García contra Espanya* (dec.) (núm. 53072/99), 14 de juny de 2001.

²²² TEDH, *Cha'are Shalom Ve Tsedek contra França* [GC] (núm. 27417/95), 27 de juny de 2000.

Ni el TJUE ni el TEDH no han entrat a considerar àmpliament què constitueix verdaderament una religió o una creença susceptibles de protecció d'acord amb la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació o amb el CEDH, però aquests conceptes sí que han estat analitzats anteriorment i amb exhaustivitat pels òrgans jurisdiccionals nacionals.²²³

*Exemple: en el cas *Islington London Borough Council contra Ladele (Liberty intervening)*, es va sol·licitar al Tribunal d'Apel·lació del Regne Unit que considerés si la demandant, una secretària del Registre Civil, havia estat discriminada per motius de religió o de creença quan se li va imposar una sanció disciplinària per negar-se a registrar unions de fet.²²⁴ Aquesta negativa obeïa a les creences cristianes de la demandant. El Tribunal d'Apel·lació va dictaminar que no es tractava d'un cas de discriminació religiosa directa, perquè el tracte menys favorable no es basava en les creences religioses de la demandant, sinó en la negativa a complir una condició de la seva ocupació. La denúncia per discriminació indirecta també va ser rebutjada i el Tribunal d'Apel·lació va indicar que aquesta decisió se circumscriu en el compromís general del Consell de fomentar la igualtat i la diversitat, tant en la comunitat com internament, i que aquesta política no interferiria en el dret de la denunciada a tenir les seves creences. El Tribunal d'Apel·lació va considerar, també, que dictar una sentència en un altre sentit hauria generat una discriminació per un altre motiu, el de l'orientació sexual; el Tribunal acceptava, doncs, que el dret individual a la no-discriminació s'ha d'equilibrar amb el dret col·lectiu a la no-discriminació.*

En un seguit de casos relatius al dret substantiu a la llibertat de religió i de creença conforme al CEDH, el TEDH ha deixat clar que l'estat no pot provar de prescriure què constitueix una religió o una creença, i que aquestes nocions protegeixen «els ateu, els agnòstics, els escèptics i els indiferents», i protegeixen, d'aquesta

manera, els que opten per «tenir o no tenir creences religioses, i per practicar o no practicar una religió». En aquests casos també es posa en relleu que la religió i les creences són essencialment personals i subjectives, i que no tenen res a veure necessàriament amb una fe ordenada al voltant d'institucions.²²⁵ S'ha determinat que les religions més noves, com ara la cienciologia, també compleixen les condicions per a ser protegides.²²⁶

El TEDH ha desenvolupat el concepte de creença en el context del dret a l'educació recollit en l'article 2 del Protocol 1 del CEDH, que disposa que l'estat ha de respectar el dret dels pares que l'educació dels fills sigui «conforme a les seves conviccions religioses i filosòfiques». El TEDH ha assenyalat que:

La paraula *conviccions*, si es considera aïlladament i en l'accepció habitual, no és sinònim d'opinió i d'idees, tal com les utilitza l'article 10 del Conveni, que garanteix la llibertat d'expressió; s'adequaria més al terme francès *convictions* (en anglès, *beliefs*), que apareix en l'article 9, que consagra la llibertat de pensament, de consciència i de religió, i s'aplica a l'opinió que arriba a un determinat nivell de força, de serietat, de coherència i d'importància.²²⁷

El TEDH s'ha enfrontat recentment a casos relacionats amb la llibertat religiosa en el context dels estats que volen mantenir el laïcisme i reduir al mínim l'efecte potencialment fragmentador de la religió en les societats. En aquesta línia, ha atorgat una atenció especial a l'objectiu declarat de l'estat de prevenir els desordres i de protegir els drets i les llibertats dels altres.

*Exemple: en el cas *Köse i altres contra Turquia* es va tractar un codi d'indumentària que prohibia que les nenes portessin mocador al cap per anar a escola i es va denunciar que aquesta prohibició constituïa una discriminació per motius de religió, perquè l'ús d'aquesta*

²²³ El dret a la llibertat de religió i de creença es protegeix, així mateix, com a dret independent en l'article 18 del Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics, de 1966 (al qual s'han adherit tots els estats membres de la Unió Europea i del Consell d'Europa). Vegeu Comitè de Drets Humans de les Nacions Unides, Observació general núm. 22, article 18 («Llibertat de pensament, consciència i religió»).

²²⁴ *Islington London Borough Council contra Ladele (Liberty intervening)* [2009] EWCA Civ 1357, Tribunal d'Apel·lació del Regne Unit, 12 de febrer de 2010.

²²⁵ TEDH, *Unitat de Moscou de l'Exèrcit de Salvació contra Rússia* (núm. 72881/01), 5 d'octubre de 2006, apartats 57-58; TEDH, *Església Metropolitana de Bessaràbia i altres contra Moldòvia* (núm. 45701/99), 14 de desembre de 2001, apartat 114; TEDH, *Hassan i Chaush contra Bulgària* [GC] (núm. 30985/96), 26 d'octubre de 2000, apartats 62 i 78.

²²⁶ TEDH, *Església de la Cienciologia de Moscou contra Rússia* (núm. 18147/02), 5 d'abril de 2007.

²²⁷ TEDH, *Campbell i Cosans contra el Regne Unit* (núm. 7511/76 i 7743/76), 25 de febrer de 1982, apartat 36.

peça de vestir constitueix una pràctica religiosa musulmana.²²⁸ El TEDH va acceptar que les normes relatives a la indumentària no estan relacionades amb les qüestions d'afiliació a una determinada religió, sinó que es formulen per mantenir la neutralitat i el laïcisme a les escoles, cosa que, al seu torn, evita els desordres i protegeix els drets dels altres que no s'interfereixi en les seves creences religioses. Per tant, la denúncia es va considerar manifestament mal fonamentada i inadmissible. Un plantejament similar es va adoptar en un cas relacionat amb el codi d'indumentària dels professors.²²⁹

4.9. Llengua

Cal assenyalar que tant el Conveni Marc del Consell d'Europa per a la Protecció de les Minories Nacionals, de 1995²³⁰ (ratificat per trenta-nou estats membres), com la Carta Europea de les Llengües Regionals o Minoritàries, de 1992²³¹ (ratificada per vint-i-quatre estats membres), imposen obligacions específiques als estats relatives a l'ús de les llengües minoritàries. Tanmateix, en cap dels instruments no es defineix el significat de llengua. L'article 6, apartat 3, del CEDHL disposa explícitament certes garanties en el context dels processos penals, com ara el dret de tot acusat que l'acusació se li adreci en una llengua que compregui i que l'assisteixi un intèrpret en els casos en què no compregui ni parli la llengua utilitzada en l'audiència.

La llengua no figura, per se, com a característica protegida en les directives sobre no-discriminació, però sí que la recull com a tal el CEDH. En qualsevol cas, la llengua es pot protegir d'acord amb la Directiva relativa a la igualtat racial, en la mesura en què es pot vincular a la raça o a l'origen ètnic, i també pot ser considerada pel TEDH conforme a aquestes característiques. El TJUE també l'ha protegida a través de la característica de la nacionalitat, en el context de la Llei relativa a la lliure circulació de persones.²³²

El principal cas sotmès al TEDH relatiu a la llengua afecta el context de l'educació.

*Exemple: en el cas *Belgian Linguistics*, un conjunt de pares van denunciar que la legislació nacional relativa a la provisió de l'educació era discriminatòria per raó de llengua.²³³ En vista que a Bèlgica hi ha una comunitat de parla francesa i una altra de parla neerlandesa, en la legislació nacional es va estipular que l'educació impartida o subvencionada per l'Estat s'havia d'oferir en francès o en neerlandès en funció que la regió en qüestió es considerés francesa o neerlandesa. Els pares d'infants francòfons residents en regions de parla neerlandesa van denunciar que aquesta normativa impedia, o dificultava de manera considerable, que els seus fills fossin educats en francès. El TEDH va determinar que, encara que hi havia un tracte diferenciat, aquest estava justificat. La decisió es basava en la consideració que les regions eren majoritàriament monolingües. La diferència en el tracte estava, per tant, justificada, perquè no seria viable impartir formació en les dues llengües. A més, les famílies no tenien prohibit recórrer a l'educació privada en les regions de parla francesa i neerlandesa.*

Per aclarir més bé la manera com la característica protegida de la llengua es considera a la pràctica, es poden examinar dos casos resolts pel Comitè de Drets Humans (CDH) de les Nacions Unides, encarregat d'interpretar i controlar el compliment del Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics (al qual s'han adherit tots els estats membres de la UE).

*Exemple: en el cas *Diergaardt contra Namíbia*, els demandants pertanyien a un grup minoritari d'ascendència europea que havia gaudit anteriorment d'autonomia política i havien passat a pertànyer a l'Estat de Namíbia.²³⁴ La llengua utilitzada per aquesta comunitat era l'afrikaans. Els demandants van denunciar que, en els procediments judicials, se'ls obligava a utilitzar l'anglès*

²²⁸ TEDH, *Köse i altres contra Turquia* (dec.) (núm. 26625/02), 24 de gener de 2006.

²²⁹ TEDH, *Dahlab contra Suïssa* (dec.) (núm. 42393/98), 15 de febrer de 2001.

²³⁰ STCE núm. 157.

²³¹ STCE núm. 148.

²³² TJUE, *Groener contra Ministeri d'Educació i Dublin Vocational Educational Committee* cas C-379/87 [1989] ECR 3967, 28 de novembre de 1989.

²³³ TEDH, *cas Belgian Linguistics* (núm. 1474/62 i altres), 23 de juliol de 1968.

²³⁴ CDH, *Diergaardt i altres contra Namíbia*, Comunicació núm. 760/1997, 6 de setembre de 2000.

en lloc de la seva llengua materna. Van denunciar també una política estatal de no respondre en afrikaans a cap comunicació escrita o oral dels demandants, tot i tenir la capacitat d'utilitzar aquesta llengua. El CDH va determinar que no s'havia conculcat el dret a un judici just, perquè els demandants no havien pogut demostrar que els afectés negativament l'ús de l'anglès en els procediments judicials. Això suggereix que el dret a un intèrpret en un judici no s'estén a les situacions en què la llengua simplement no sigui l'idioma matern de la presumpta víctima. Afecta més aviat els casos en què la víctima no té la capacitat suficient de comprendre la llengua del judici, o de comunicar-s'hi. El CDH va concloure igualment que la política oficial de l'Estat de no comunicar-se en una llengua diferent de l'oficial (l'anglès) constituïa una infracció del dret a la igualtat davant la llei per raó de la llengua. Encara que l'Estat pot elegir la seva llengua oficial, ha de permetre que els funcionaris responguin en altres llengües quan siguin capaços de fer-ho.

4.10. Origen social, naixement i riquesa

Es pot considerar que aquestes tres característiques estan interrelacionades, perquè afecten un estatus imposat a la persona en virtut d'unes condicions socials, econòmiques o biològiques heretades.²³⁵ En aquesta línia, també poden estar interrelacionades amb la raça i l'ètnia. A part de la característica de naixement, són pocs, si n'hi ha, els casos que s'han remès al TEDH en relació amb aquestes característiques.

Exemple: en el cas *Mazurek contra França*, una persona que havia nascut fora del matrimoni va denunciar que la legislació nacional li impedia (com a fill «d'un adulteri») heretar més d'una quarta part del patrimoni de la seva mare.²³⁶ El TEDH va determinar que aquesta diferència en el tracte, basada únicament en el fet d'haver nascut fora del matrimoni, només es podia justificar per «ra-

ons molt importants». Encara que preservar la família tradicional constitueix un propòsit legítim, aquest objectiu no es pot aconseguir penalitzant un fill que no té control sobre les circumstàncies del seu naixement.

Exemple: en el cas *Chassagnou contra França*, els demandants van denunciar que no se'ls permetia fer ús de les seves terres d'acord amb els seus desitjos.²³⁷ Les lleis vigents en determinats territoris obligaven els petits propietaris a transferir els drets públics de caça a les seves terres, mentre que els propietaris de grans terrenys no estaven sotmesos a aquesta obligació i podien utilitzar les seves possessions com volguessin. Els demandants volien prohibir la caça a les seves terres i utilitzar-les per a la conservació de la vida salvatge. El TEDH va determinar que es tractava d'un cas de discriminació per raó de riquesa.

Les característiques d'origen social, naixement i propietat també figuren en l'article 2, apartat 2, del Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals, del 1966. El Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals, encarregat de seguir i interpretar el tractat, n'ha ampliat el significat en la seva Observació general.²⁰

En opinió del Comitè, les característiques d'origen social, naixement i riquesa estan interrelacionades. L'origen social es refereix a l'estatus social heretat de la persona. Es refereix a la posició adquirida per raó del naixement en una determinada classe social o comunitat (com les basades en l'origen ètnic, la religió o la ideologia), o a la que deriva de la situació social pròpia, com la pobresa o el fet de no tenir llar. D'altra banda, la característica del naixement es refereix a la condició d'haver nascut fora del matrimoni o a la de ser adoptat. La característica de la riquesa està relacionada amb l'estatus vinculat a la terra (com la condició d'arrendatari, de propietari o d'ocupant il·legal) o amb una altra forma de propietat.²³⁸

²³⁵ Les característiques d'origen social, naixement i riquesa també figuren en l'article 2, apartat 2, del Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals, de 1966 (del qual tots els estats membres formen part). Vegeu Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals, Observació general 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights [«No-discriminació en els drets econòmics, socials i culturals»], doc. de les Nacions Unides E/C.12/GC/20, 10 de juny de 2009, apartats 24-26, 35.

²³⁶ TEDH, *Mazurek contra França* (núm. 34406/97), 1 de febrer de 2000.

²³⁷ TEDH, *Chassagnou i altres contra França* (núm. 25088/94), 29 d'abril de 1999.

²³⁸ Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals, Observació general 20, Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights [«No-discriminació en els drets econòmics, socials i culturals»], doc. de les Nacions Unides E/C.12/GC/20, 10 de juny de 2009, apartats 24-26, 35.

4.11. Opinions polítiques o d'una altra mena

El TEDH recull expressament les *opinions polítiques o d'una altra mena* com una característica protegida, a diferència de les directives sobre no-discriminació de la UE, que no les preveuen. Suposadament, quan una persona manté una determinada convicció que no satisfà els requisits per a ser classificada com a *religió o creença*, aquesta convicció pot ser susceptible de protecció com a *opinió política o d'una altra mena*. El TEDH ha emès sentències en escasses ocasions respecte a aquesta característica. Com passa en altres àmbits del CEDH, les *opinions polítiques o d'una altra mena* estan protegides en virtut del dret a la llibertat d'expressió recollit en l'article 10 i, de la jurisprudència en aquest àmbit, és possible derivar-ne els aspectes que poden estar relacionats amb aquesta característica. A la pràctica, sembla que, quan una presumpta víctima considera que ha rebut un tracte diferenciat per aquest motiu, és més probable que el TEDH examini senzillament la denúncia d'acord amb allò que disposa l'article 10.

En una escala general, el TEDH va establir en el cas de *Handyside contra Regne Unit* que el dret a la llibertat d'expressió protegeix no tan sols la *informació* o les *idees* que es reben favorablement o es consideren inofensives o indiferents, sinó també les que ofenen, commocionen o pertorben l'estat o qualsevol sector de la població.²³⁹ Encara que hi ha una àmplia jurisprudència en aquest àmbit, en aquest apartat ens limitem a il·lustrar, mitjançant dos casos, que la opinió política rep, probablement, una protecció més gran que altres classes d'opinions.

Exemple: en el cas *Steel i Morris contra el Regne Unit*, els demandants eren activistes que havien distribuït pamflets que contenien al·legats fal·laços sobre la companyia McDonalds.²⁴⁰ Van ser demandats en un procés per difamació davant els òrgans jurisdiccionals nacionals i se'ls va condemnar a pagar danys i perjudicis. El TEDH va determinar que el procés per difamació constituïa una intromissió en la llibertat d'expressió, però que, a la vegada, servia al propòsit legítim de protegir la reputació de les persones. Tot i així, es va determinar també que la llibertat d'expressió en assumptes d'interès públic mereix una sòlida protecció i, atès que McDonalds és una entitat corporativa molt poderosa que no havia demostrat el menyscapte patit a causa de la distribució de diversos milers de pamflets, i que els danys i perjudicis atorgats eren relativament elevats en comparació dels ingressos dels demandants, la intromissió en la llibertat d'expressió d'aquests activistes resultava desproporcionada.

Exemple: en el cas *Castells contra Espanya* es va tractar el cas d'un diputat que va ser processat per insultar el Govern després de criticar la inacció d'aquest a l'hora d'abordar els atemptats terroristes al País Basc.²⁴¹ El TEDH va subratllar la importància de la llibertat d'expressió en un context polític, en particular, a causa del paper significatiu que té en el funcionament adequat d'una societat democràtica. En aquesta línia, el TEDH va concloure que tota ingerència exigiria «l'escrutini més rigorós».

²³⁹ TEDH, *Handyside contra el Regne Unit* (núm. 5493/72), 7 de desembre de 1976.

²⁴⁰ TEDH, *Steel i Morris contra el Regne Unit* (núm. 68416/01), 15 de febrer de 2005.

²⁴¹ TEDH, *Castells contra Espanya* (núm. 11798/85), 23 d'abril de 1992.

4.12. Altres característiques

Tal com es pot deduir de tot el que s'ha vist fins ara, el TEDH ha desenvolupat diverses característiques en la categoria d'altres, moltes de les quals coincideixen amb les que s'han establert d'acord amb el dret comunitari, com l'orientació sexual, l'edat i la discapacitat.

A més de la discapacitat, l'edat i l'orientació sexual, el TEDH ha reconegut així mateix que les característiques següents estan protegides en l'apartat d'*altres*: paternitat,²⁴² estat civil,²⁴³ pertinença a una organització,²⁴⁴ grau militar,²⁴⁵ paternitat d'un infant nascut fora del matrimoni²⁴⁶ i lloc de residència.²⁴⁷

Exemple: en el cas *Petrov contra Bulgària* es va tractar la pràctica d'una presó que permetia que els reclusos que estaven casats parlessin per telèfon amb la dona dues vegades al mes. El demandant havia viscut amb la seva companya durant un període de quatre anys i hi va tenir un fill abans de ser empresonat. El TEDH va determinar que, encara que el matrimoni gaudeix d'un estatus especial, a l'efecte de les normes relatives a la comunicació per telèfon, el demandant, que havia establert una família amb una parella estable, estava en una situació comparable a la de les parelles casades. El TEDH va assenyalar que, «encara que es pot concedir als estats contractants cert marge d'interpretació per a tractar de manera diferent les parelles casades i les no casades en els àmbits, per exemple, de la tributació, la seguretat social o la política social [...] no queda gaire clar per què les parelles casades i les no casades que han establert una vida familiar han de rebre un tracte diferent pel que fa a la possibilitat de mantenir contacte per telèfon quan un dels membres és a la presó». En conseqüència, el TEDH va concloure que la discriminació no estava justificada.

Aspectes essencials

- D'acord amb les directives sobre no-discriminació de la UE, les característiques protegides es limiten expressament al sexe, l'origen racial o ètnic, l'edat, la discapacitat, la religió i les creences, i l'orientació sexual. Conforme al CEDH, les característiques són obertes i poden desenvolupar-se segons el cas.
- De conformitat amb el dret comunitari, el sexe pot incloure la identitat de gènere en una mesura limitada i afecta la protecció de les persones que es proposen sotmetre's, o que ja s'han sotmès, a una reassignació de gènere mitjançant la cirurgia. El TEDH també ha examinat la identitat de gènere.
- Elements com el color, l'ascendència, la nacionalitat, la llengua o la religió pertanyen a la categoria de les característiques protegides de raça i d'ètnia d'acord amb el CEDH; tanmateix, resta pendent aclarir l'abast real d'aquesta característica en el dret comunitari, en espera de la jurisprudència del TJUE.
- La nacionalitat figura com a característica protegida en el CEDH. La discriminació per aquest motiu només es prohibeix en el dret comunitari en el context de la Llei sobre la lliure circulació de les persones.
- El terme religió s'ha d'interpretar de manera relativament àmplia i no s'ha de limitar a les religions tradicionals organitzades o consolidades.
- Fins i tot en els casos en què pot haver tingut lloc una discriminació, el TEDH examina amb freqüència les denúncies únicament sobre la base dels articles substantius del CEDH. D'aquesta manera, es pot atenuar la necessitat de comprovar un tracte diferenciat o de trobar un comparador.

²⁴² TEDH, *Weller contra Hongria* (núm. 44399/05), 31 de març de 2009.

²⁴³ TEDH, *Petrov contra Bulgària* (núm. 15197/02), 22 de maig de 2008.

²⁴⁴ TEDH, *Danilenkov i altres contra Rússia* (núm. 67336/01), 30 de juliol de 2009 (síndicat); TEDH, *Grande Oriente d'Itàlia di Palazzo Giustiniani contra Itàlia* (núm. 2) (núm. 26740/02), 31 de maig de 2007 (maçons).

²⁴⁵ TEDH, *Engel i altres contra els Països Baixos* (núm. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72), 8 de juny de 1976.

²⁴⁶ TEDH, *Sommerfeld contra Alemanya* [GC] (núm. 31871/96), 8 de juliol de 2003; TEDH, *Sahin contra Alemanya* [GC] (núm. 30943/96), 8 de juliol de 2003.

²⁴⁷ TEDH, *Carson i altres contra el Regne Unit* [GC] (núm. 42184/05), 16 de març de 2010.

Altres lectures

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

BREEN. *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006.

BRIBOSIA. «Aménager la diversité : le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse». *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 20, núm. 78 (2009), p. 319-373.

CANO PALOMARES. *La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona, Human Rights Institute of Catalonia, 2007, p. 35-57.

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

EVANS. *Manual on the wearing of religious symbols in public areas*. Strasbourg: Council of Europe, 2009.

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

INTERIGHTS. *Non-Discrimination in International Law*. London: Interights, 2005, capítol 5.

JOHNSON. «An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights». *Human Rights Law Review* (2010), p. 67-97.

KASTANAS. «La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme». A: AUER; FLÜCKIGER; HOTTELIER (ed.). *Les droits de l'homme et la Constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio*

Malinverni. Ginebra: Zurich: Basilea: Schulthess, 2007, p. 197-218.

LANDAU; BEIGBEDER. «From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work». *European Journal of International Law* (2008), p. 264-267.

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

LAWSON. «The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?». *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34 (2007), p. 563.

MACKAY. «The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities». *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34 (2007), p. 323.

PETTITI. «L'égalité entre époux», A: KRENC; PUÉCHAVY (ed.). *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme : actes du colloque organisé le 4 mai 2007*. Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris. Brussel-les: Bruylant; Nemesis, 2008, p. 29-46.

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

RUDYK. «A Rising Tide: the Transformation of Sex Discrimination into Gender Discrimination and its Impact on Law Enforcement». *International Journal of Human Rights* (2010), p. 189-214.

SHUIBNE. «Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?». *Irish Centre for European Law*, 2003.

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

TULKENS. «Droits de l'homme, droits des femmes : les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme». A: Caflisch (et al.). *Liber amicorum Luzius Wildhaber: Human rights, Strasbourg views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg*. Kehl: Estrasbourg: Arlington: N. P. Engel, 2007, p. 423-445.

5 Aspectes probatoris de la legislació contra la discriminació

5.1. Introducció

La discriminació no s'acostuma a manifestar de manera oberta i clarament identificable, de manera que resulta difícil moltes vegades provar la discriminació directa encara que, per definició, la diferència de tracte es basi *obertament* en una característica de la víctima. Com s'ha analitzat en el capítol 2, el motiu de la diferència de tracte no està, amb freqüència, relacionat de manera expressa o nominal amb cap altre factor (com les prestacions condicionades a la jubilació d'una persona, relacionades amb l'edat com a característica protegida). En aquesta línia, els casos en què les persones declaren obertament una de les característiques protegides com a raó del tracte diferent són relativament escassos. Es pot trobar una excepció a aquesta regla en el cas *Feryn*, en què el propietari d'una empresa belga advertia, mitjançant anuncis i verbalment, que no contractaria «immigrants». ²⁴⁸ El TJUE ho va considerar un cas clar de discriminació directa per raó de raça o d'origen ètnic. En qualsevol cas, els autors no sempre reconeixen que apliquen un tracte menys favorable a unes persones que a d'altres, ni tampoc els motius pels quals ho fan. Una dona pot ser rebutjada per a un lloc de treball indicant simplement que està «menys qualificada» que el candidat masculí, i en aquest cas a la víctima li pot resultar difícil provar que ha estat objecte d'una discriminació directa per raó de sexe.

Per compensar la dificultat d'acreditar que una diferència de tracte es deu a una característica protegida, la legislació europea contra la discriminació estableix el repartiment de la càrrega de la prova, de manera que si el reclamant pot acreditar uns fets a partir dels quals pugui presumir que ha patit una discriminació, correspon a l'autor la càrrega de provar que la discriminació no ha tingut lloc. Aquest desplaçament de la càrrega de la prova resulta especialment útil en les reclamacions

per discriminació indirecta, en què resulta necessari acreditar que una determinada disposició o pràctica té un efecte desproporcionat en un grup determinat. Per a establir la presumpció que ha tingut lloc una discriminació indirecta, el reclamant es pot haver de basar en dades estadístiques que mostren pautes generals de tracte diferent. Algunes jurisdiccions nacionals accepten també proves obtingudes a partir de dur a terme proves de *verificació in situ* (*situation testing*).

5.2. Repartiment de la càrrega de la prova

Encara que la persona que formula una reclamació és qui, normalment, ha de convèncer l'òrgan decisor que ha tingut lloc una discriminació, pot resultar especialment difícil demostrar que el tracte diferent rebut es deu a una determinada característica protegida, perquè el motiu subjacent en la diferència de tracte només és en la ment de l'autor. És per això que les reclamacions per discriminació s'acostumen a basar en inferències objectives relacionades amb la disposició o la pràctica en qüestió. Dit d'una altra manera, s'ha de convèncer el tribunal que l'única explicació raonable de la diferència de tracte és la característica protegida de la víctima, com ara el gènere o la raça. Aquest principi és aplicable tant en els casos de discriminació directa com indirecta.

Atès que el presumpte autor posseeix la informació necessària per a demostrar el fet, la legislació contra la discriminació permet compartir-hi la càrrega de la prova. Aquest principi del repartiment de la càrrega de la prova està molt consolidat en la legislació de la UE i el CEDH. ²⁴⁹

²⁴⁸ TJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, cas C-54/07 [2008] ECR I-5187, 10 de juliol de 2008.

²⁴⁹ A més dels casos exposats més endavant, vegeu la Directiva relativa a la igualtat racial (article 9), la Directiva relativa a la igualtat en l'ocupació (article 10), la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones (reformulada) (article 19) i la Directiva relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés als béns i als serveis (article 9). Vegeu, també, la jurisprudència del Comitè Europeu de Drets Socials: *SUD Travail Afers Socials contra França* (Reclamació Núm. 24/2004), 8 de novembre de 2005, i *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) contra Bulgària* (Reclamació núm. 41/2007), 3 de juny de 2008.

Repartiment de la càrrega de la prova: el demandant ha d'aportar proves suficients que indiquin la possibilitat d'un tracte discriminatori. Això crea una presumpció de discriminació que el presumpte autor ha de destruir.

Això s'ha explicat en la jurisprudència del TEDH, que, juntament amb altres mecanismes regionals i mundials de protecció dels drets humans, ha adoptat el principi del repartiment de la càrrega de la prova amb caràcter més general en relació amb l'acreditació de les reclamacions per vulneració dels drets humans. La pràctica del TEDH és analitzar les proves disponibles en conjunt, basant-se en el fet que l'estat posseeix, amb freqüència, el control sobre gran part de la informació necessària per a demostrar la reclamació. Per tant, si els fets presentats pel demandant semblen creïbles i són compatibles amb les proves disponibles, el Tribunal els considerarà provats, a menys que l'estat n'ofereixi una explicació alternativa. En paraules del TEDH, s'accepten com a fets les al·legacions:

que se sostinguin en la lliure valoració de totes les proves, incloses les inferències que poguessin derivar dels fets i de les al·legacions de les parts [...] [L] a prova pot resultar de la coexistència d'inferències prou fortes, clares i concordants o de presumpcions similars no refutades. D'altra banda, el grau de persuasió necessari per a arribar a una conclusió determinada i, en aquesta línia, el repartiment de la càrrega de la prova estan intrínsecament vinculats a l'especificitat dels fets, la naturalesa de les al·legacions formulades i el dret del CEDH en qüestió.²⁵⁰

Exemple: en el cas *Timishev contra Rússia*, el reclamant va al·legar que se li havia prohibit passar un control d'entrada a una determinada regió pel seu origen ètnic txetxè.²⁵¹ El TEDH ho va considerar corroborat pels documents oficials que denotaven que s'aplicava una política de restricció del moviment de les persones amb aquest origen ètnic. El TEDH no va considerar convincent l'explicació de l'Estat a causa de les contradiccions en què va caure quan al·legava que la víctima s'havia retirat voluntàriament després de ser-li denegada la prioritat a la cua, i va acceptar que el reclamant havia estat objecte de discriminació per raó de l'origen ètnic.

Exemple: en el cas *Brunnhofner*, la reclamant va al·legar una discriminació sexual pel fet de percebre una retribució inferior a la d'un company situat en el mateix nivell retributiu.²⁵² El TJUE va assenyalar que corresponia a la reclamant demostrar, en primer lloc, que percebia una retribució inferior a la del seu company i, en segon lloc, que desenvolupava un treball d'igual valor. Amb aquests dos fets n'hi havia prou per a establir la presumpció que el tracte diferent només es podia explicar per raó del sexe de la reclamant. La refutació dels fets corresponia a l'ocupador.

Cal tenir en compte dos aspectes. En primer lloc, és la legislació nacional la que determina quin tipus de proves són admissibles davant els òrgans nacionals, i aquesta legislació pot ser més estricta que les disposicions aplicades pel TEDH i el TJUE. En segon lloc, la regla de la inversió de la càrrega de la prova no s'aplica normalment en els casos penals contra els autors de delictes motivats per prejudicis racials, també coneguts com a delictes motivats per prejudicis, a causa, en part, del fet que la demostració de la responsabilitat penal exigeix un nivell superior de prova i, en part, també, de la dificultat d'exigir a l'autor que demostrï que no tenia motivacions racistes, una cosa completament subjectiva.²⁵³

²⁵⁰ TEDH, *Nachova i altres contra Bulgària* [GC] (núm. 43577/98 i 43579/98), 6 de juliol de 2005, § 147. Això es repeteix en el cas del TEDH, *Timishev contra Rússia* (núm. 55762/00 i 55974/00), 13 de desembre de 2005, § 39, i TEDH, *D. H. i altres contra la República Txeca* [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007, § 178.

²⁵¹ TEDH, *Timishev contra Rússia* (núm. 55762/00 i 55974/00), 13 de desembre de 2005, § 40-44.

²⁵² TJUE, *Susanna Brunnhofer contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, cas C-381/99 [2001] ECR I-4961, 26 de juny de 2001, § 51-62.

²⁵³ En relació amb el plantejament del TEDH sobre la inversió de la càrrega de la prova en l'àmbit de la violència racista, vegeu TEDH, *Nachova i altres contra Bulgària* [GC] (núm. 43577/98 i 43579/98), 6 de juliol de 2005, § 144-159. La legislació de la UE contra la discriminació no imposa la inversió de la càrrega de la prova en l'àmbit del dret penal.

El presumpte autor pot destruir la presumpció de dues maneres: demostrant que el reclamant no està en una situació similar o comparable a la *referència comparativa*, com s'analitza en el capítol 2.2.2, o que la diferència de tracte no es basa en la característica protegida, sinó en altres diferències objectives, com s'analitza en el capítol 2.6. Si l'autor no pot destruir la presumpció, ha d'aportar una causa que justifiqui la diferència de tracte i demostrar que es tracta d'una mesura objectivament justificada i proporcional.

Exemple: en el cas *Brunnhofer*, analitzat anteriorment, el TJUE va assenyalar de quina manera l'autor podia destruir la presumpció de discriminació. En primer lloc, calia que demostrés que els empleats de sexe masculí i femení no estaven realment en una situació comparable, perquè desenvolupaven treballs de diferent valor, cosa que podia passar si aquests treballs implicaven funcions de naturalesa substancialment diferent. En segon lloc, calia que acredités que la diferència de retribució s'explicava per factors objectius, no relacionats amb el sexe, cosa que podia passar si la retribució dels empleats masculins era complementada amb dietes de viatge per la necessitat de desplaçar-se llargues distàncies i de treballar i allotjar-se en un hotel durant la setmana laboral.

Exemple: en el cas *Feryn*, analitzat anteriorment, el TJUE va considerar que els anuncis i les declaracions fets per l'autor creaven una presumpció de discriminació directa, la qual l'autor podia destruir si acreditava que les pràctiques de contractació no comportaven a la pràctica un tracte diferent a les persones no blanques; per exemple, demostrant que contractava habitualment aquest tipus de persones.

5.2.1. Factors que no requereixen demostració

Algunes circumstàncies de fet que solen concórrer en els casos de discriminació, com ara que hi ha prejudicis o la intenció de discriminar, no són a la pràctica rellevants per a superar la prova jurídica de la discriminació. El que cal demostrar en els casos de discriminació és, simplement, que hi ha un tracte diferent basat en un motiu prohibit i no justificat. No és necessari demostrar, en canvi, els diversos factors accessoris que envolten les situacions de discriminació.

En primer lloc, no cal demostrar que l'autor actua motivat per prejudicis i que té, per tant, concepcions *racistes* o *sexistes* per a demostrar que té lloc una discriminació per raó de raça o de sexe. En general, la llei no pot regular les actituds, que són purament interiors a les persones, sinó únicament els actes a través dels quals aquestes actituds es manifesten.

Exemple: en el cas *Feryn*, el propietari de l'empresa va explicar que aplicava aquesta regla perquè els seus clients (no ell mateix) només volien treballadors blancs, però el TJUE no ho va considerar rellevant per a decidir si hi havia hagut discriminació. Normalment, no és necessari demostrar motius discriminatoris, a menys que es tracti d'acreditar la comissió d'un *delicte motivat per prejudicis*, perquè en aquest cas el dret penal exigeix nivells superiors de prova.

En segon lloc, no és necessari demostrar que la disposició o la pràctica en qüestió té per finalitat aplicar un tracte diferent. És a dir, encara que una autoritat pública o un particular desenvolupi una pràctica ben intencionada o de bona fe, aquesta pràctica constitueix una discriminació si té com a efecte un desavantatge per a un grup determinat.

Exemple: en el cas *D. H. i altres contra la República Txeca*, analitzat anteriorment, el Govern va al·legar que el sistema d'escoles especials tenia per objectiu afavorir l'educació dels infants gitanos i ajudar-los a superar les dificultats lingüístiques i la falta d'educació preescolar,²⁵⁴ però el TEDH va considerar irrellevant que la política en qüestió estigués dirigida o no als infants gitanos. Per a demostrar la discriminació era necessari acreditar que aquests havien resultat afectats negativament d'una manera desproporcionada respecte a la majoria de la població, no que hi hagués hagut una intenció de discriminar.²⁵⁵

En tercer lloc, en relació amb un cas de discriminació racial, el TJUE va considerar que no era necessari demostrar que efectivament hi havia hagut una víctima identificable, cosa que, cal suposar, és igualment aplicable a altres característiques protegides en circumstàncies similars. Encara que la legislació de la UE pot no requerir una víctima identificable, no passa el mateix per a accedir al TEDH, conforme als requisits d'admissibilitat de l'article 34 del CEDH.

Exemple: en el cas *Feryn* no era possible demostrar que algú hagués provat de sol·licitar un lloc i hagués estat rebutjat, ni trobar ningú que afirmés que havia desistit de sol·licitar-lo a causa de l'anunci. Dit d'una altra manera, no hi havia una víctima *identificable*, i el cas havia estat interposat per l'òrgan belga encarregat de vetllar per la igualtat. El TJUE va assenyalar que no era necessari identificar algú que hagués patit la discriminació, perquè els termes de l'anunci deixaven clar que les persones *no blanques* no provarien de sol·licitar el lloc, perquè sabien per endavant que no serien admeses. D'acord amb aquest fet, és possible demostrar que una legislació o una política és discriminatòria sense necessitat d'acreditar una víctima efectiva.

Exemple: en les *proves de verificació in situ (situation testing)*, analitzades anteriorment, les persones participen en les proves sabent o presumint que seran objecte d'un tracte desfavorable, perquè el seu objectiu no és realment accedir al servei en qüestió, sinó reunir proves, de manera que no tenen la condició de *víctimes* en el sentit tradicional, atès que el seu propòsit és assegurar el compliment de la llei, no obtenir una indemnització pels perjudicis soferts. En un cas plantejat a Suècia, en què un grup d'estudiants de dret van dur a terme aquesta mena de proves en clubs nocturns i restaurants, el Tribunal Suprem va considerar que els que havien participat en les proves estaven legitimats per a interposar una demanda per tracte discriminatori. Al mateix temps, la indemnització concedida podia reduir-se tenint en compte que no se'ls havia denegat una cosa que realment desitgessin (l'entrada a un establiment determinat).²⁵⁶

5.3. El paper de les estadístiques i altres dades

Les dades estadístiques poden exercir un paper important per a ajudar un reclamant a establir una presumpció de discriminació, especialment en el cas de la discriminació indirecta, atès que, en aquests casos, les disposicions o les pràctiques en qüestió són neutres en aparença. En aquest cas, cal centrar-se en els efectes de les disposicions o les pràctiques per a determinar si resulten desproporcionadament desfavorables per a determinats grups de persones, respecte a altres persones en una situació similar. L'aportació de dades estadístiques opera conjuntament amb la inversió de la càrrega de la prova: si les dades mostren, per exemple, que les dones o les persones amb discapacitat resulten particularment desfavorades, correspon a l'estat oferir una explicació alternativa d'aquestes xifres. El TEDH ho ha explicat detalladament en el cas *Hoogendijk contra els Països Baixos*:

²⁵⁴ TEDH, *D. H. i altres contra la República Txeca* [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007, § 79.

²⁵⁵ *Ibid.*, § 175, 184.

²⁵⁶ *Scape Bar and Restaurant contra Ombudsman* contra la discriminació ètnica T-2224-07, 1 d'octubre de 2008 (Suècia, Tribunal Suprem). Resum en anglès al portal informatiu de la FRA, cas 365-1; Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 8 (juliol 2009), p. 68.

[E]l Tribunal considera que quan un demandant és capaç de mostrar, sobre la base d'estadístiques oficials incontestables, que hi ha una indicació *prima facie* que una regla específica (encara que sigui formulada de manera neutral) afecta de fet un percentatge clarament més gran de dones que d'homes, correspon al govern demandat demostrar que això és el resultat de factors objectius sense relació amb qualsevol tipus de discriminació per sexe.

Quan han valorat les proves estadístiques, els tribunals no sembla que estableixin uns requisits mínims estrictes per a demostrar que té lloc una discriminació indirecta, encara que el TJUE sí que ressalta la necessitat d'arribar a una xifra substancial. En les conclusions de l'advocat general Léger en el cas *Nolte* s'exposa un resum de la jurisprudència del TJUE, en què s'assenyala que, en relació amb la discriminació sexual:

[p]er a presumir que és discriminatòria, una mesura ha d'afectar «un nombre molt més elevat de dones que d'homes» [*Rinner-Kuhn*²⁵⁷], «un percentatge considerablement inferior d'homes que de dones» [*Nimz*,²⁵⁸ *Kowalska*²⁵⁹] o «un percentatge molt superior de dones que d'homes» [*De Weerd*²⁶⁰].

Aquests casos indiquen que la proporció de dones a qui afecti la mesura ha de ser particularment marcada. En el cas *Rinner-Kuhn*, el Tribunal va inferir que hi havia una situació discriminatòria amb un percentatge de dones del 89%. En aquest cas, una xifra del 60% [...] resultaria, per tant, probablement insuficient per si mateixa per a inferir-ne que hi havia discriminació.²⁶¹

Exemple: en el cas *Schönheit*, una empleada a temps parcial va al·legar discriminació per raó de sexe²⁶² perquè la diferència en la quantia de les pensions, que no estava en relació amb la diferència de temps treballat, suposava, a la pràctica, una retribució menor per als empleats a temps parcial respecte als empleats a temps complet, i les proves estadístiques mostraven que el 87,9% dels empleats a temps parcial eren dones. Encara que la mesura era neutral, afectava negativament les dones de manera desproporcionada respecte als homes, de manera que el TJUE va admetre que creava una presumpció de discriminació indirecta per raó de sexe. En el cas *Gerster* es va considerar també suficient un desavantatge per als treballadors a temps parcial, el 87% dels quals eren dones.²⁶³

Exemple: el cas *Seymour-Smith* feia referència a una norma del Regne Unit en matèria d'acomiadament improcedent que atorgava una protecció especial als treballadors amb més de dos anys de treball continuat per al mateix ocupador.²⁶⁴ La reclamant va al·legar que això suposava una discriminació indirecta per raó de sexe, perquè les dones tendeixen a complir menys aquest requisit que els homes. Aquest cas és interessant perquè el TJUE va assenyalar que un nivell menor de desproporció encara podia demostrar una discriminació indirecta «si les dades estadístiques mostraven una diferència menys important però persistent i relativament constant durant un llarg període de temps entre els treballadors masculins i els treballadors femenins». No obstant això, respecte als fets concrets d'aquest cas, el TJUE va assenyalar que les estadístiques presentades, que indicaven que el 77,4% dels homes i el 68,9% de les dones s'ajustaven a aquest criteri, no acreditaven que només pogués complir aquesta regla un percentatge considerablement més baix de dones.

²⁵⁷ TJUE, *Rinner-Kuhn contra FWW Spezial-Gebaeudereinigung*, cas C-171/88 [1989] ECR 2743, 13 de juliol de 1989.

²⁵⁸ TJUE, *Nimz contra Freie Hansestadt Bremen*, cas C-184/89 [1991] ECR I-297, 7 de febrer de 1991.

²⁵⁹ TJUE, *Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg*, cas C-33/89 [1990] ECR I-2591, 27 de juny de 1990.

²⁶⁰ TJUE, *De Weerd, de soltera Roks, i altres contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen i altres*, cas C-343/92 [1994] ECR I-571, 24 de febrer de 1994.

²⁶¹ Conclusions de l'advocat general Léger de 31 de maig de 1995, § 57-58, a TJUE, *Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover*, cas C-317/93 [1995] ECR I-4625, 14 de desembre de 1995.

²⁶² TJUE, *Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main* i *Silvia Becker contra Land Hessen*, casos acumulats C-4/02 i C-5/02 [2003] TJUE ECR I-12575, 23 d'octubre de 2003.

²⁶³ TJUE, *Gerster contra Freistaat Bayern*, cas C-1/95 [1997] ECR I-5253, 2 d'octubre de 1997.

²⁶⁴ TJUE, *R. contra Secretary of State for Employment*, ex part *Seymour-Smith* i *Perez*, cas C-167/97 [1999] ECR I-623, 9 de febrer de 1999.

Exemple: el cas *D. H. i altres contra la República Txeca* afectava les reclamacions dels sol·licitants perquè s'havien exclòs els seus fills del sistema general d'educació i se'ls havia assignat a escoles especials per a persones amb dificultats d'aprenentatge, per raó del seu origen ètnic gitano.²⁶⁵ L'assignació dels infants gitanos a escoles especials es duia a terme mitjançant proves dissenyades per a mesurar la capacitat intel·lectual. Malgrat el caràcter aparentment neutre d'aquesta pràctica, la naturalesa de les proves feia intrínsecament més difícil per als infants gitanos arribar a un resultat satisfactori i incorporar-se al sistema educatiu general. El TEDH ho va considerar acreditat basant-se en proves estadístiques que mostraven la proporció especialment alta d'alumnes d'origen gitano a les escoles especials. Les dades presentades pels reclamants respecte a la regió geogràfica concreta on vivien mostraven que entre el 50% i el 56% dels alumnes d'aquestes escoles especials eren gitanos, mentre que només representaven al voltant del 2% de la població educativa total. Les dades de fonts intergovernamentals mostraven que en el conjunt del país, entre el 50% i el 90% dels gitanos anaven a escoles especials. El TEDH va considerar que encara que les dades no eren exactes, revelaven que el nombre d'infants gitanos afectats era «desproporcionadament alt» respecte a la seva participació en el conjunt de la població.²⁶⁶

Fins i tot en el cas que no es disposi de dades estadístiques, sembla que és possible demostrar que un grup protegit està desproporcionadament afectat, si les fonts disponibles són fiables i donen suport a aquesta anàlisi.

Exemple: el cas *Opuz contra Turquia* feia referència a una persona amb antecedents de violència domèstica que havia maltractat en diverses ocasions la seva dona i la mare d'aquesta, la qual, finalment, havia assassinat.²⁶⁷ El TEDH va considerar que l'Estat no havia prote-

git la reclamant i la seva mare davant un tracte inhumà i degradant ni havia protegit tampoc la vida de la mare, i que les havia discriminat, perquè la falta de protecció adequada s'havia degut a la seva condició de dones. El Tribunal va arribar a aquesta conclusió basant-se en proves que les víctimes de la violència domèstica eren principalment dones i en xifres que mostraven l'ús relativament limitat que els tribunals nacionals havien fet de les seves facultats per a adoptar mesures de protecció de les víctimes de la violència domèstica. El més interessant d'aquest cas és que no es van presentar davant el TEDH estadístiques que acreditessin que les víctimes de la violència domèstica eren principalment dones i, de fet, es va assenyalar que Amnistia Internacional manifestava que no hi havia dades fiables sobre aquest fet. El TEDH va acceptar la valoració d'Amnistia Internacional, una ONG de prestigi, i del Comitè de les Nacions Unides per a l'Eliminació de la Discriminació contra la Dona respecte al fet que la violència contra les dones era un problema important a Turquia.

S'ha de tenir en compte que les dades estadístiques poden no ser sempre necessàries per a demostrar la discriminació indirecta; depèn dels fets concrets del cas. En particular, pot ser suficient la prova de les pràctiques o creences d'altres persones pertanyents a la mateixa categoria protegida.

Exemple: en el cas *Orković i altres contra Croàcia*, algunes escoles havien establert classes amb programes d'estudi reduïts respecte a les classes normals²⁶⁸ i s'al·legava que aquestes classes contenien un nombre desproporcionadament alt d'estudiants gitanos i, per tant, constituïen una discriminació indirecta per raó de l'origen ètnic. El Govern va al·legar que aquestes classes s'havien constituït en funció de la competència en croat i que una vegada que l'estudiant arribava a un domini adequat de la llengua, se'l traslladava a les classes generals.

²⁶⁵ TEDH, *D. H. i altres contra la República Txeca* [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007.

²⁶⁶ TEDH, *D. H. i altres contra la República Txeca* [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007, § 18, 196-201.

²⁶⁷ TEDH, *Opuz contra Turquia* (núm. 33401/89), 9 de juny de 2009.

²⁶⁸ TEDH, *Orković i altres contra Croàcia* [GC] (núm. 15766/03), 16 de març de 2010, § 152-153.

El TEDH va considerar que, a diferència del cas D. H., les estadístiques per si soles no creaven una presumpció de discriminació. En una escola hi havia un 44% d'alumnes gitanos, el 73% dels quals assistien a classes formades només per gitanos. En una altra escola hi havia un 10% d'alumnes gitanos i el 36% d'aquests assistien a classes formades només per gitanos. Això confirmava que no hi havia una política general d'assignació automàtica dels gitanos a classes separades. No obstant això, el TEDH va assenyalar que podia determinar la discriminació indirecta sense basar-se en dades estadístiques. En aquest cas, pel fet que la mesura d'assignar els infants a classes separades en funció del domini insuficient del croat només s'apliqués als estudiants gitanos, cosa que creava una presumpció de tracte diferenciat.

Exemple: es va plantejar davant el Defensor del Principi d'Igualtat d'Eslovènia un assumpte relatiu a un ocupador que donava als empleats àpats que incloïen amb freqüència productes derivats de carn i greix de porc. Un empleat musulmà va sol·licitar una dieta mensual alternativa per a comprar-se el seu propi menjar, que l'ocupador només concedia als empleats que poguessin acreditar la necessitat de règims alimentaris diferents per raons mèdiques.²⁶⁹ Era un cas de discriminació indirecta, perquè una pràctica aparentment neutra tenia una repercussió intrínsecament negativa per als musulmans, que no poden menjar carn de porc. En les circumstàncies d'aquest cas no era necessari aportar dades estadístiques per determinar que la disposició afectava negativament els musulmans, perquè resulta fàcil observar que no poden menjar carn de porc per les seves pràctiques religioses.

Exemple: es va plantejar davant els tribunals del Regne Unit el cas d'un ocupador que prohibia als empleats portar joies (incloses les de motivació religiosa) a l'exterior de l'uniforme.²⁷⁰ Una empleada cristiana va reclamar que això constituïa una discriminació per raó de la seva religió perquè no se li permetia portar una creu. Durant el judici i els posteriors recursos, els tribunals van admetre que la mesura podia constituir una discriminació indirecta per motius religiosos si s'acreditava que portar la creu era una obligació del credo cristià. A aquest efecte, el Tribunal de Treball va sol·licitar proves pericials sobre les pràctiques religioses, en lloc de dades estadístiques sobre el nombre de cristians que portaven símbols religiosos a la feina.

Punts clau

- El motiu subjacent en el tracte menys favorable és irrelevant, el que és important és la repercussió que té.
- La legislació de la UE no exigeix acreditar que hi ha una víctima identificable.
- La càrrega inicial de la prova del fet que té lloc la discriminació correspon al reclamant.
- Es poden utilitzar proves estadístiques per a ajudar a establir una presumpció de discriminació.
- A continuació, la càrrega de la prova passa al presumpte autor, que ha d'acreditar que el tracte menys favorable no es basa en una de les característiques protegides.
- La presumpció de discriminació es pot destruir si es demostra que la víctima no està en una situació similar a la referència comparativa o que la diferència de tracte es basa en un factor objectiu no relacionat amb la característica protegida. Si l'autor no aconsegueix destruir la presumpció, encara pot provar de justificar la diferència de tracte.

²⁶⁹ Defensor del Principi d'Igualtat (Eslovènia), Decisió núm. UEM-0921-1/2008-3, 28 d'agost de 2008. Resums en anglès, al portal informatiu de la FRA, cas 364-1; Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, *European Anti-Discrimination Law Review*, núm. 8 (juliol 2009), p. 64.

Bibliografia recomanada

BRAGOÏ. «La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur : CourEDH, Gde Ch., D. H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007». *L'Europe des Libertés : Revue d'Actualité Juridique*, núm. 25 (2008), p. 18-19.

ERRC; INTERIGHTS; MPG. *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: From Principles to Practice*. Nottingham: Russell Press, 2004, capítol 4: «Strategic Litigation in Practice».

INTERIGHTS. *Non-Discrimination in International Law*. Londres: Interights, 2005, capítol 4: «Procedure: Making a Discrimination Claim».

Horizons Stratégiques, núm. 5: La discrimination saisie sur le vif : Le testing (2007). Disponible en línia a: <<http://www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm>>. [Publicació periòdica amb un seguit d'articles relatius a les proves de verificació in situ o situation testing]

XARXA EUROPEA D'EXPERTS JURÍDICS EN LA NO-DISCRIMINACIÓ. *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law*. Luxemburg: Oficina de Publicacions, 2007, capítol 3: «The role of data in ensuring compliance with equal treatment law».

SCHIEK; WADDINGTON; BELL. *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007, capítol 8.5.1.E: «Situation Testing».

Jurisprudència de la Cort Internacional de Justícia

Nottebohm (Liechtenstein contra Guatemala) [1955]
ICJ Reports, 4, 23, 6 d'abril de 1955

Jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea

Abrahamsson i Leif Anderson contra Elisabet Fogelqvist, cas C-407/98 [2000]

Allonby contra Accrington i Rossendale College, cas C-256/01 [2004]

Angelidaki i altres contra Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis, cas C-378/07 [2009]

Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group, cas C-262/88 [1990]

Bilka-Kaufhaus GmbH contra Weber Von Hartz, cas 170/84 [1986]

Blaizot contra Université de Liège i altres, cas 24/86 [1988]

Burton contra British Railways Board, cas 19/81 [1982]

Casagrande contra Landeshauptstadt München, cas 9/74 [1974]

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV, cas C-54/07 [2008]

Chacon Navas contra Eurest Colectividades SA, cas C-13/05 [2006]

Chen contra Secretary of State for the Home Department, cas C-200/02 [2004]

Coleman contra Attridge Law i Steve Law, cas C-303/06 [2008]

Commission contra França, cas 318/86 [1988]

Commission contra França, cas C-35/97 [1998]

Commission contra Alemanya, cas 248/83 [1985]

Procés penal contra Even, cas 207/78 [1979]

Procés penal contra Mutsch, cas 137/84 [1985]

De Weerd, nee Roks, i altres contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen i altres, cas C-343/92 [1994]
Defrenne contra SABENA, cas 43/75 [1976]
Dekker Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus, cas C-177/88 [1990]

Fiorini (de soltera Cristini) contra SNCF, cas 32/75 [1975]

Garland contra British Rail Engineering Limited, cas 43/75 [1976]

Gerster contra Freistaat Bayern, cas C-1/95 [1997] ECR I-5253, 2 d'octubre de 1997

Gravier contra Ville de Liège i altres, cas 293/83 [1985]

Groener contra Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee cas C-379/87 [1989]

Hilde Schönheit contra Stadt Frankfurt am Main i Silvia Becker contra Land Hessen, casos acumulats C-4/02 i C-5/02 [2003]

Hill i Stapleton contra The Revenue Commissioners i Department of Finance, cas C-243/95 [1998]

Jamstalldhetsombudsmannen contra Orebro Lans Landsting, cas C-236/98 [2000]

Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, cas 222/84 [1986]

K. B. contra NHS Pensions Agency, cas C-117/01 [2004]

Kalanke contra Freie Hansestadt Bremen, cas C-450/93 [1995]

Kohll contra Union des Caisses de Maladie, cas C-158/96, [1998]

Kowalska contra Freie und Hansestadt Hamburg, cas C-33/89 [1990]

Kreil contra Bundesrepublik Deutschland, cas C-285/98 [2000]

Lewen contra Denda, cas C-333/97 [1999]

Lommers contra Minister van Landbouw, cas C-476/99 [2002]

Mahlburg contra Land Mecklenburg-Vorpommern, cas C-207/98 [2000]
 Marschall contra Land Nordrhein-Westfalen, cas C-409/95 [1997]
 Maruko contra Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, cas C-267/06 [2008]
 Matteucci contra Communauté Française de Belgique, cas 235/87 [1988]
 Megner i Scheffel contra Innungskrankenkasse Vorderpfalz, cas C-444/93 [1995]
 Meyers contra Adjudication Officer, cas C-116/94 [1995]
 Müller Fauré contra Onderlinge Waarborgmaatschappij, cas C-385/99 [2003]

Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg, cas C-184/89 [1991]
 Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover, cas C-317/93 [1995]

P. contra S. i Cornwall County Council, cas C-13/94 [1996]
 Palacios de la Villa contra Cortefiel Servicios SA, cas C-411/05 [2007]
 Peerbooms contra Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, cas C-157/99 [2001]

R. contra Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith i Perez, cas C-167/97 [1999]
 Reina contra Landeskreditbank Baden-Württemberg, cas 65/81 [1982]
 Richards contra Secretary of State for Work and Pensions, cas C-423/04 [2006]
 Rinner-Kuhn contra FWW Spezial-Gebäudereinigung, cas C-171/88 [1989]

Sabbatini contra European Parliament, cas 20/71 [1972]
 Sahlstedt i altres contra Commission, cas C-362/06 [2009]
 Schnorbus contra Land Hessen, cas C-79/99 [2000]
 Sirdar contra The Army Board i Secretary of State for Defence, cas C-273/97 [1999]
 Susanna Brunnhofer contra Bank der österreichischen Postsparkasse AG, cas C-381/99 [2001]

Vassilakis i altres contra Dimos Kerkyras, cas C-364/07 [2008]

Webb contra EMD Air Cargo (UK) Ltd, cas C-32/93 [1994]

Jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans

97 membres de la Congregació de Testimonis de Jehová de Gldani i 4 més contra Geòrgia (núm. 71156/01), 3 de maig de 2007

Abdulaziz, Cabales i Balkandali contra el Regne Unit (núm. 9214/80, 9473/81 i 9474/81), 28 de maig de 1985
 Alujer Fernandez i Caballero García contra Espanya (dec.) (núm. 53072/99), 14 de juny de 2001

Anakomba Yula contra Bèlgica (núm. 45413/07), 10 de març de 2009

Andrejeva contra Letònia [GC] (núm. 55707/00), 18 de febrer de 2009

Aziz contra Xipre (núm. 69949/01), 22 de juny de 2004

Bączkowski i altres contra Polònia (núm. 1543/06), 3 de maig de 2007

Balsytė-Lideikienė contra Lituània (núm. 72596/01), 4 de novembre de 2008

Barrow contra el Regne Unit (núm. 42735/02), 22 d'agost de 2006

Belgian Linguistics Cas (núm. 1474/62 i altres), 23 de juliol de 1968

Bigaeva contra Grècia (núm. 26713/05), 28 de maig de 2009

Bouamar contra Bèlgica (núm. 9106/80), de febrer de 29 1988

Buckley contra el Regne Unit (núm. 20348/92), 25 de setembre de 1996
Burden contra el Regne Unit [GC] (núm. 13378/05), 29 d'abril de 2008

C. contra Bèlgica (núm. 21794/93), 7 d'agost de 1996
Campbell i Cosans contra el Regne Unit (núm. 7511/76 i 7743/76), 25 de febrer de 1982
Carson i altres contra el Regne Unit [GC] (núm. 42184/05), 16 de març de 2010
Castells contra Espanya (núm. 11798/85), 23 d'abril de 1992
Cha'are Shalom Ve Tsedek contra França [GC] (núm. 27417/95), 27 de juny de 2000
Chahal contra el Regne Unit (núm. 22414/93), 15 de novembre de 1996
Chassagnou i altres contra França (núm. 25088/94), 29 d'abril de 1999
Església de la Cienciologia de Moscou contra Rússia (núm. 18147/02), 5 d'abril de 2007

D. G. contra Irlanda (núm. 39474/98), 16 de maig de 2002
D. H. i altres contra la República Txeca [GC] (núm. 57325/00), 13 de novembre de 2007
Dahlab contra Suïssa (dec.) (núm. 42393/98), 15 de febrer de 2001
Danilenkov i altres contra Rússia (núm. 67336/01), 30 de juliol de 2009
Demir i Baykara contra Turquia (núm. 34503/97), 12 de novembre de 2008
Đokić contra Bòsnia-Hercegovina (núm. 6518/04), 27 de maig de 2010
Dudgeon contra el Regne Unit (núm. 7525/76), 22 d'octubre de 1981

E. B. contra França [GC] (núm. 43546/02), 22 de gener de 2008
Engel i altres contra els Països Baixos (núm. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 i 5370/72), 8 de juny de 1976

Féret contra Bèlgica (núm. 15615/07), 16 de juliol de 2009

Fretté contra França (núm. 36515/97), 26 de febrer de 2002

Gaygusuz contra Àustria (núm. 17371/90), 16 de setembre de 1996
Glor contra Suïssa (núm. 13444/04), 30 d'abril de 2009
Goodwin contra el Regne Unit, [GC] (núm. 28957/95), 11 de juliol de 2002
Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani contra Itàlia (núm. 2) (núm. 26740/02), 31 de maig de 2007

Handyside contra el Regne Unit (núm. 5493/72), 7 de desembre de 1976
Hasan i Chaush contra Bulgària [GC] ((núm. 30985/96), 26 d'octubre de 2000
Hoogendijk contra els Països Baixos (admissibilitat) (núm. 58641/00), 6 de gener de 2005

I. contra el Regne Unit [GC] (núm. 25680/94), 11 de juliol de 2002
Església Metropolitana de Bessaràbia i altres contra Moldàvia (núm. 45701/99), 14 de desembre de 2001

K. H. i altres contra Eslovàquia (núm. 32881/04), 28 d'abril de 2009
Karner contra Àustria (núm. 40016/98), 24 de juliol de 2003
Köse i altres contra Turquia (dec.) (núm. 26625/02), 24 de gener de 2006
Koua Poirrez contra França (núm. 40892/98), 30 de setembre de 2003

L. contra Lituània (núm. 27527/03), 11 de setembre de 2007
La Sucursal de Moscou de la Salvation Army contra Rússia (núm. 72881/01), 5 d'octubre de 2006
Le Pen contra França (núm. 18788/09), 20 d'abril de 2010
Loizidou contra Turquia (núm. 15318/89), 18 de desembre de 1996
Luczak contra Polònia (núm. 77782/01), 27 de novembre de 2007

Mazurek contra França (núm. 34406/97), 1 de febrer de 2000

Moldovan i altres contra Romania (núm. 2) (núm. 41138/98 i 64320/01), 12 de juliol de 2005
Moustaquim contra Bèlgica (núm. 12313/86), 18 de febrer de 1991
Muñoz Díaz contra Espanya (núm. 49151/07), 8 de desembre de 2009

Nachova i altres contra Bulgària [GC] (núm. 43577/98 i 43579/98), 6 de juliol de 2005

Opuz contra Turquia (núm. 33401/02), 9 de juny de 2009
Orlić i altres contra Croàcia [GC] (núm. 15766/03), 16 de març de 2010

Paraskeva Todorova contra Bulgària (núm. 37193/07), 25 de març de 2010
Pearson contra el Regne Unit (núm. 8374/03), 22 d'agost de 2006
Petrov contra Bulgària (núm. 15197/02), 22 de maig de 2008
Pretty contra el Regne Unit (núm. 2346/02), 29 d'abril de 2002
Price contra el Regne Unit (núm. 33394/96), 10 de juliol de 2001

Rasmussen contra Dinamarca (núm. 8777/79), 28 de novembre de 1984

S. L. contra Àustria (núm. 45330/99), 9 de gener de 2003
Sahin contra Alemanya [GC] (núm. 30943/96), 8 de juliol de 2003
Schwizgebel contra Suïssa (núm. 25762/07), 10 de juny de 2010
Pečić contra Croàcia (núm. 40116/02), 31 de maig de 2007
Sejdić i Finci contra Bòsnia-Hercegovina [GC] (núm. 27996/06 i 34836/06), 22 de desembre de 2009
Sidabras i Džiautas contra Lituània (núm. 55480/00 i 59330/00), 27 de juliol de 2004
Sławomir Musiał contra Polònia (núm. 28300/06), 20 de gener de 2009
Smith i Grady contra el Regne Unit (núm. 33985/96 i

33986/96), 27 de setembre de 1999
Partit Socialista i altres contra Turquia (núm. 21237/93), 25 de maig de 1998
Sommerfeld contra Alemanya [GC] (núm. 31871/96), 8 de juliol de 2003
Stec i altres contra el Regne Unit [GC] (núm. 65731/01 i 65900/01), 12 d'abril de 2006
Steel i Morris contra el Regne Unit (núm. 68416/01), 15 de febrer de 2005

T. contra el Regne Unit [GC] (núm. 24724/94), 16 de desembre de 1999
Thlimmenos contra Grècia [GC] (núm. 34369/97), 6 d'abril de 2000
Timishev contra Rússia (núm. 55762/00 i 55974/00), 13 de desembre de 2005
Turan Cakir contra Bèlgica (núm. 44256/06), 10 de març de 2009

Ünal Tekeli contra Turquia (núm. 29865/96), 16 de novembre de 2004

V. contra el Regne Unit [GC] (núm. 24888/74), 16 de desembre de 1999.
Van Kück contra Alemanya (núm. 35968/97), 12 de juny de 2003

Walker contra el Regne Unit (núm. 37212/02), 22 d'agost de 2006
Weller contra Hongria (núm. 44399/05), 31 de març de 2009
Willem contra França, (núm. 10883/05), 16 de juliol de 2009
Wintersberger contra Àustria (núm. 57448/00), 5 de febrer de 2004

Zarb Adami contra Malta (núm. 17209/02), 20 de juny de 2006
Zeibek contra Grècia (núm. 46368/06), 9 de juliol de 2009

Jurisprudència del Comitè Europeu de Drets Socials

Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) contra Bulgària (Reclamació núm. 41/2007), 3 de juny de 2008
SUD Travail Affaires Sociales contra França (Reclamació núm. 24/2004), 8 de novembre de 2005

Jurisprudència del Comitè de Drets Humans

Diergaardt i altres contra Namíbia, Comunicació núm. 760/1997, 6 de setembre de 2000

Jurisprudència dels òrgans jurisdiccionals nacionals

Àustria - Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 de gener de 2006

Àustria - Comissió d'Igualtat de Tracte, Senat III

Bèlgica - Decisió del Correctionele Rechtbank van Antwerpen, 6 de desembre de 2004

Bulgària - Decisió núm. 164 en el cas civil núm. 2860/2006, Tribunal Regional de Sofia, 21 de juny de 2006

Xipre - Ref. AKI 37/2008, Comissió de la Igualtat, 8 d'octubre de 2008

Eslovènia - Defensor del Principi d'Igualtat, Decisió UEM-0921-1/2008-3, 28 d'agost de 2008

Finlàndia - Vaasan Hallinto-oikeus - 04/0253/3, Tribunal Administratiu de Vaasa

França - Boutheiller c. Ministère de l'éducation, Sentència núm. 0500526-3, Tribunal Administratiu de Rouen, 24 de juny de 2008

França - Decisió M 08-88.017 i núm. 2074, Sala Penal del Tribunal de Cassació, 7 d'abril de 2009

França - Lenormand contra Balenci, núm. 08/00907, Tribunal d'Apel·lació de Nîmes, 6 de novembre de 2008

Hongria - Decisió núm. 654/2009, 20 de desembre de 2009, Autoritat de la Igualtat de Tracte

Hongria - Autoritat de la Igualtat de Tracte, cas núm. 72, abril de 2008

Suècia - Escape Bar and Restaurant contra Ombudsman contra la discriminació ètnica T-2224-07, Tribunal Suprem, 1 d'octubre de 2008

Suècia - HomO, expedient núm. 262/06, Resolució de 21 de juny de 2006

Suècia - Ombudsman contra la discriminació per motius d'orientació sexual contra A. S., cas núm. T-3562-06, Tribunal d'Apel·lació de Svea, 11 de febrer de 2008

Regne Unit - *Amicus MSF Section, R (sobre l'aplicació de) contra Secretary of State for Trade and Industry*, Tribunal Superior del Regne Unit, 26 d'abril de 2004

Regne Unit - *Eweida contra British Airways Plc*, Tribunal d'Apel·lació del Regne Unit, 12 de febrer de 2010.

Regne Unit - *Islington London Borough Council contra Ladele (Liberty intervening)*, Tribunal d'Apel·lació del Regne Unit, 12 de febrer de 2010

Regne Unit - *James contra Eastleigh Borough Council* [1990] Cambra dels Lords del Regne Unit 6, 14 de juny de 1990

Regne Unit - *MacCulloch contra Imperial Chemical Industries plc*, Tribunal d'Apel·lació Laboral del Regne Unit, 22 de juliol de 2008



Instruments internacionals

Conveni Europeu de Drets Humans (4 de novembre de 1950)

Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics (16 de desembre de 1966)

Pacte Internacional dels Drets Econòmics, Socials i Culturals (16 de desembre de 1996)

Convenció de les Nacions Unides contra la Tortura (9 de desembre de 1975)

Convenció Internacional sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació Racial (4 de gener de 1969)

Convenció de les Nacions Unides sobre l'Eliminació de totes les Formes de Discriminació contra la Dona (18 de desembre de 1979)

Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (13 de desembre de 2006)

Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets de l'Infant (20 de novembre de 1989)

Declaració Universal dels Drets Humans (10 de desembre de 1948)

Instruments de la Unió Europea

Recomanació 92/131/CEE de la Comissió, relativa a la protecció de la dignitat de la dona i de l'home en el treball

Declaració del Consell relativa a l'aplicació de la Recomanació de la Comissió sobre la protecció de la dignitat de la dona i de l'home en el treball (19 de desembre de 1991)

Directiva 79/7/CEE del Consell, relativa a l'aplicació progressiva del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones en matèria de seguretat social (19 de desembre de 1978)

Directiva 2000/78/CE, relativa a la igualtat en l'ocupació (27 de novembre de 2000)

Directiva 2006/54/CE, relativa a la igualtat de tracte (reformulada) (5 de juliol de 2006)

Directiva 76/207/CE, relativa a la igualtat de tracte (9 de febrer de 1976)

Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea

Directiva 2004/113/CE, relativa a la igualtat en l'accés als béns i als serveis (13 de desembre de 2004)

Directiva 2006/54/CE (5 de juliol de 2006), relativa a la igualtat de tracte entre homes i dones en matèria de seguretat social

Directiva 2000/43/CE, relativa a la igualtat racial (29 de juny de 2000)

Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea (25 de març de 1957)

Tractat de Lisboa (1 de desembre de 2009)

- i. Council Directive 79/7/EEC on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security (19 December 1978) [BG - CS - DE - EL - EN - ES - FR - HU - IT - PL - RO]
- ii. Edel, The prohibition of discrimination under the European Convention on Human Rights, Human Rights Files, núm. 22, 2010 [EN - FR]
- iii. European Commission, Combating Discrimination: A Training Manual, 2006 [BG - CS - DE - EL - EN - ES - FR - HU - IT - PL - RO]
- iv. European Network of Equality Bodies (Equinet), Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice, Volume I [EN - FR], Volume II [EN - FR], Volume III [EN - FR], Volume IV [EN]
- v. European Network of Equality Bodies (Equinet), Combating Discrimination in Goods and Services [EN - FR]
- vi. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), The Impact of the Racial Equality Directive. Views of Trade Unions and Employers in the European Union, 2010 [EN]
- vii. Case studies on Articles 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 and 14 of the European Convention of Human Rights, as well as on Article 1 of Protocol 1 to the ECHR [DE - EN - FR]
- viii. Summaries of selected European Court of Human Rights cases in Hungarian [HU]

Fonts	Adreça Web
Lloc web del Consell d'Europa sobre Formació en Drets Humans per a Professionals del Dret	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Equinet, Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice, volums I-IV	www.equineteurope.org/equinetpublications.html
Xarxa Europea d'Experts Jurídics en la No-Discriminació, Nous Informes	http://www.non-discrimination.net/publications
Grgić, Mataga, Longar i Vilfan, The right to property under the ECHR, 2007, «Human Rights Handbook», núm. 10	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123 http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/hi/Html/177.htm
Protocol núm. 12 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (ETS núm. 177), informe explicatiu, § 22	www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636
Kilkelly, The Right to Respect for Private and Family Life, 2001, «Human Rights Handbooks», núm. 1	
Equinet, Combating Discrimination in Goods and Services	www.equineteurope.org/68.html
«Principis de Yogyakarta sobre l'aplicació de la legislació internacional de drets humans en relació amb l'orientació sexual i la identitat de gènere»	www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm
Portal d'informació de l'Agència de Drets Fonamentals de la Unió Europea	http://infoportal.fra.europa.eu
Informe de la FRA sobre The impact of the Racial Equality Directive. Views of Trade Unions and Employers in the European Union	http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm
Estudi de cas 15, detenció, retenció prèvia al judici i tractament incorrecte d'un home gitano	www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1
Murdoch, Freedom of Thought, Conscience and Religion, 2007, «Human Rights Handbooks», núm. 2	http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122
Manuale de drets humans del Consell d'Europa	http://www.coe.int/t/dghl/publications/hrhandbooks/index_handbooks_en.asp
Combating Discrimination: A Training Manual	http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&langId=en

Nota sobre les citacions

La jurisprudència indicada anteriorment proporciona al lector tota la informació necessària per a trobar la sentència completa del cas en qüestió, fet que pot resultar d'utilitat si el lector vol conèixer més bé l'argumentació i l'anàlisi que l'òrgan jurisdiccional ha aplicat per adoptar la seva decisió.

Molts dels casos citats en aquesta publicació corresponen al TJUE o al TEDH i constitueixen, per tant, el centre de la resta de l'anàlisi. Tanmateix, es poden utilitzar tècniques similars quan s'utilitzin les bases de dades de jurisprudència nacional.

El lector pot accedir gratuïtament a la jurisprudència del TEDH en el portal HUDOC: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/>, amb un còmode cercador que fa molt fàcil cercar la resolució en qüestió. La manera més senzilla per a trobar la jurisprudència que es vol consultar és introduir el número de la sol·licitud a la casella «Application number».

El lector pot accedir gratuïtament a la jurisprudència del TJUE mitjançant el cercador CURIA: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en>, que fa molt fàcil la recerca de la resolució en qüestió. La manera més senzilla de trobar la jurisprudència que es vol consultar és introduir el número de la sol·licitud a la casella «Case number».

Aquests dos cercadors (o qualsevol altre que utilitzeu) permeten, també, cercar casos per dates. Per a facilitar la recerca de jurisprudència mitjançant la data de la sentència, aquesta s'ha inclòs en tots els casos citats en el manual.



La legislació europea contra la discriminació, integrada per les directives de la UE contra la discriminació i l'article 14 i el Protocol núm. 12 del Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, prohibeix la discriminació en una gamma de contextos i per un seguit de motius. En aquest manual s'analitza la legislació europea contra la discriminació derivada d'aquestes dues fonts com a sistemes complementaris. Es recorre indistintament a l'una o a l'altra en els casos en què se superposen i se'n ressalten també les diferències. L'imponent corpus jurisprudencial desenvolupat pel Tribunal Europeu de Drets Humans i el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en l'àmbit de la no-discriminació feia convenient oferir un manual assequible, acompanyat d'un CD-ROM, per als professionals del dret dels estats membres de la UE i del Consell d'Europa, entre d'altres, com ara els jutges, els fiscals, els advocats i els responsables de l'aplicació de la Llei.



La Regidoria de Dona i Drets Civils de l'Ajuntament de Barcelona va decidir traduir aquest Manual de legislació europea contra la discriminació per tal de posar a l'abast de les entitats, els professionals del dret i la ciutadania en general una eina útil i pràctica de lluita contra la discriminació. En aquest projecte la Regidoria ha comptat amb el recolzament i col·laboració de l'Institut de Drets Humans de Catalunya i del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.