

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2021 a 31/8/2022)

Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2021 to 31/8/2022)

JEAN JACQMAIN*

Profesor Jubilado de la Universidad Libre de Bruselas

Traducción:

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Magistrado especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA***

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

JUAN ALBERTO TORMOS PÉREZ****

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

BELÉN GARCÍA ROMERO*****

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

doi: 10.20318/femeris.2023.7790

Resumen. El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades desde el 1 de septiembre de 2021 hasta el 31 de agosto de 2022 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal General de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También abarca las Sentencias dictadas por el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (Tribunal EFTA).

Palabras clave. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Principio de igualdad de trato y de oportunidades.

* El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, 2022, pp. 444 a 452. La crónica comprende decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a jean.jacqmain@ulb.be.

** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 1 “igualdad de remuneración: regímenes profesionales de seguridad social”, 2 “igualdad en las condiciones de trabajo: acoso moral y sexual en el trabajo” y 5 “discriminación fuera del ámbito de aplicación”; y ha realizado una revisión general con Jean Jacqmain, autor del estudio.

*** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 3 “igualdad en los regímenes legales de seguridad social” y 4 “protección de la maternidad”.

**** De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido los epígrafes 1 “discriminación por razón de la raza o del origen étnico”, 2 “discriminación por razón de edad” y 5 “discriminación por razón de la orientación sexual”.

***** De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido los epígrafes 3 “discriminación por razón de la discapacidad” y 4 “discriminación por razón de las convicciones”.

Abstract. This paper deals with the analysis of judgments related to the principle of equal treatment and opportunities and delivered from September 1, 2021 until August 31, 2022 by the Court of Justice and General Court of the European Union and the European Court of Human Rights. It also covers the Judgments handed down by the Court of the European Free Trade Association (EFTA Court).

Keywords. Court of Justice of the European, European Court of Human Rights, Principle of equal treatment and opportunities.

I. Igualdad entre trabajadores masculinos y femeninos

1. Igualdad de remuneración: regímenes profesionales de seguridad social

1.1. STJUE de 5 de mayo de 2022, BVAEB, C-405/20, EU:C:2022:347. El año pasado se había sometido ante el Tribunal de Justicia el caso de un pensionista austriaco que se quejaba de discriminación de género porque las medidas de actualización de las pensiones dejaban fuera a las pensiones más elevadas, que iban fundamentalmente a los hombres. Resolviendo la cuestión, el Tribunal de Justicia, sin decir absolutamente nada sobre su inoportunidad, descartó la posibilidad de discriminación (Sentencia de 24 de septiembre de 2020, Pensiones del personal directivo de YS Company, C-223/19).

Sigue el Tribunal impasible en este nuevo litigio de “varones discriminados”, entablado esta vez por tres pensionistas austriacos en relación con la limitación de las pensiones abonadas a funcionarios públicos en el marco de un régimen que, por ser un régimen de carácter profesional, determinaba que se encontrasen en juego el artículo 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE.

Cuestionado por el Verwaltungsgerichtshof, el Tribunal recuerda que el límite impuesto por su Sentencia de 17 de mayo de 1990 (Barber, C-262/88), y consagrado por el Protocolo 33 del TFUE, no tiene efecto sobre una medida que se aplica después (en el caso, a partir de 2018), aunque la carrera de pensión se refiera a los servicios completados antes del 17 de mayo de 1990.

En cuanto a la posible discriminación indirecta, la diferencia de trato es constatada por el tribunal nacional pues la restricción impugnada afecta cuatro veces más a hombres que a mujeres. El Tribunal de Justicia decide que el artículo 157 TFUE y el artículo 5.c) de la Directiva 2006/54/CE no se oponen a esta medida, siempre que persiga “de manera coherente y sistemática, los objetivos de garantizar la financiación sostenible de las pensiones de jubilación y de reducir la brecha entre los niveles de las pensiones financiadas por el Estado, sin ir más allá de lo necesario para lograr estos objetivos”. Es curioso observar que, en su mayor parte, el fallo está de acuerdo con las conclusiones del Abogado General A. Rantos, que el Tribunal de Justicia ni siquiera cita.

1.2. Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2022, Parfait c. Francia, demanda 7717/18. Además de reyes (según la obra de Maurice Druon), Francia también tiene “funcionarios malditos”. Un litigio sobre jubilación anticipada relativo a un plan de pensiones

aplicable en la Nueva Caledonia acabó ante el Tribunal de Estrasburgo. La legislación local, inspirada en la de la Francia metropolitana, condiciona la jubilación anticipada a la interrupción del trabajo por cuidado de hijos mediante diversos permisos, incluido el de maternidad, lo que podría dar lugar a una discriminación contra los hombres.

El Tribunal Europeo se remite a su Sentencia *Andrle c. República Checa* (17 de febrero de 2011, demanda nº 6268/08), que, sin embargo, se refería a un régimen legal y no profesional (diferencia relevante según la jurisprudencia del TJUE, que el TEDH no cita), y se limita a indicar que el interesado nunca ha interrumpido sus servicios como exige la ley. El recurso es inadmisibile.

2. Igualdad en las condiciones de trabajo: acoso moral y sexual en el trabajo.

2.1. STEDH de 9 de noviembre de 2021, Špadijer c. Montenegro, demanda 31549/18. Una guardia jefa de equipo en la sección de mujeres de la prisión de Podgorica, en Montenegro, había denunciado una grave situación irregular por acceso a la prisión de guardias varones. Como resultado, esos colegas fueron sancionados y ella fue intimidada y agredida, lo que condujo a su jubilación anticipada. Reclamó una indemnización sin éxito ante los tribunales internos.

El Tribunal Europeo, al conocer de su demanda, concluyó que los tribunales nacionales habían analizado los hechos de manera inadecuada y que el Estado en cuestión había incumplido su obligación de proteger la intimidad (artículo 8 del CEDH). La demandante obtiene 4.500 euros por daños morales.

En su visión general del contexto internacional, el Tribunal cita el artículo 26(2) de la Carta Social Europea revisada, que garantiza el respeto de la dignidad en el trabajo, y el Convenio núm. 190 de la OIT, sobre la protección contra la violencia y el acoso en el trabajo, disposición e instrumento que Montenegro no ha ratificado. Curiosamente, aunque la sentencia utiliza el término denunciante que describe acertadamente la conducta de la demandante, no menciona ni la Resolución 1729 ni la Recomendación 1916, de 29 de abril de 2010, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, ni la Recomendación de 30 de abril de 2014 del Comité de Ministros, sobre protección de denunciantes.

Aunque la demandante no invocó la dimensión de género, algunos de los insultos soportados eran de naturaleza sexista. En el Derecho de la Unión, tales elementos habrían respondido al concepto de acoso que el artículo 2.1.c) y 2.a) de la Directiva 2006/54/CE equipara a discriminación por razón de sexo.

2.2. STEDH de 30 de agosto de 2022, C. c. Rumanía, demanda 47358/20. El Tribunal de Estrasburgo se refirió ampliamente a la sentencia anterior en relación con un caso de acoso sexual. Ocupada por una empresa de limpieza que mantiene los edificios de una empresa ferroviaria pública, una trabajadora había sido perseguida con asiduidad por un jefe de estación. Sus quejas condujeron a su despido. Dado que el derecho rumano regulaba la cuestión solo en el ámbito del derecho penal, la denuncia de la víctima fue exa-

minada pero desestimada por la fiscalía, y el tribunal competente confirmó este análisis porque los hechos no se ajustaban a la definición muy restringida del delito.

En su demanda alegó una violación del artículo 6 del CEDH, pero el Tribunal examinó el caso en virtud del artículo 8. La constatación de deficiencias graves en la tramitación de la denuncia, que no tuvo en cuenta el informe de la autoridad y durante la cual la víctima fue a menudo maltratada, se considera una infracción del artículo 8 y la concesión de 7.500 euros por daños morales.

Visto desde la óptica del Derecho de la Unión, la exposición de los hechos de la Sentencia del Tribunal revela que el Consejo Nacional de Lucha contra la Discriminación, es decir, el organismo para la igualdad de trato en el sentido del artículo 20 de la Directiva 2006/54/CE, no tiene competencias para actuar cuando la situación denunciada sea objeto de un proceso penal. Además, el asunto arroja dudas sobre la eficacia del recurso penal exclusivo en relación con el acoso sexual según lo define el artículo 2.1.d) de la Directiva. Una vez más, una disputa ante el Tribunal de Estrasburgo demuestra que un Estado miembro ha dado al Derecho de la UE una transposición altamente objetable.

2.3. Decisión del TEDH de 20 de enero de 2022, *Boutchich et Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail c. Francia, demanda 28070/15*. El Tribunal Europeo ha tachado de su lista de asuntos pendientes una demanda contra Francia tras un caso de acoso sexual. En virtud de la Ley de 17 de enero de 2002, Francia había optado por sancionar penalmente el acoso sexual, pero una Sentencia dictada el 4 de mayo de 2012 por el Consejo Constitucional de la República anuló el delito por falta de precisión, lo que fue rápidamente subsanado. En el caso, y debido a la anulación, la Fiscalía había abandonado el proceso iniciado a raíz de la denuncia de la víctima y la asociación que se había adherido al proceso no había podido hacer valer sus quejas ante el Tribunal de Casación. El Tribunal Europeo inadmite la demanda porque el Gobierno francés había reconocido la violación de los artículos 3, 8 y 13 del CEDH e indemnizado a la víctima con 7.500 euros por daños patrimoniales y costas más 4.000 euros por morales.

3. Igualdad en los regímenes legales de seguridad social

3.1. STJUE de 14 de octubre de 2021, *INSS – Pensión de viudedad de supérstite pareja de hecho, C-244/20, EU:C:2021:854*. La Ley General de la Seguridad Social prevé la posibilidad de obtener una pensión de supervivencia cuando la muerte provoca la disolución tanto de un matrimonio como de una convivencia estable, que debe estar formalizada mediante su registro como pareja de hecho al menos dos años ante del fallecimiento. Una disposición preveía que esta exigencia solo se aplicaba a las comunidades autónomas con respecto a sus legislaciones propias; en este sentido el código civil catalán admite que la convivencia de hecho se puede probar por cualquier vía de derecho. No obstante, en 2014, el Tribunal Constitucional español ha anulado esta disposición por generar una discriminación por lugar de residencia.

Este trasfondo de carácter político y la consideración de que en España, como en otros lugares, son mayoritariamente mujeres quienes acaban solicitando una prestación de muerte y supervivencia, han provocado un litigio original.

Al cabo de veinte años de convivencia en la que habían nacido dos hijos, una pareja se había registrado solo unos meses antes del fallecimiento del varón. La superviviente se vio entonces obligada a demandar ante la denegación de la pensión por el INSS; y cuando el asunto llega ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, este plantea ante el TJUE algunas cuestiones. De ellas, la primera y principal evidencia una doble laguna en el Derecho de la UE sobre igualdad de género. El artículo 3.2 de la Directiva 79/7/CEE excluye de su campo de aplicación las prestaciones de muerte y supervivencia. Y el artículo 23 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión, consagrado a la igualdad de género, no parece contemplar la seguridad social legal, mientras que el artículo 21, que menciona el sexo entre una enumeración abierta de criterios, tiene un campo de aplicación indefinido. Así es que respecto del artículo 21, el TSJ de Cataluña invita al Tribunal de Justicia a confrontarlo con el artículo 3.2 de la Directiva para verificar si no sería acaso necesario declararlo inválido en la medida en que provoca respecto de las mujeres una discriminación indirecta contraria a lo establecido en los artículos 2 y 3 del TUE.

Así, el Juicio de la Sota de Corazones relatado en Alicia en el País de las Maravillas, se reabre ante el TJUE. Para este, la pensión de supervivencia no se incluye en ninguno de los riesgos enumerados en el artículo 3.1 de la Directiva, y especialmente no está ligado al de «vejez». En consecuencia, incluso si el tribunal debiera concluir con la falta de validez del artículo 3.2, su respuesta no tendría ninguna utilidad para la solución del litigio en el derecho nacional; la cuestión es entonces inadmisibile. Para sostener su razonamiento, el Tribunal asume que, en materia de regímenes profesionales de Seguridad Social, el artículo 7.1.a) de la Directiva 2006/54/CE contempla los mismos riesgos protegidos que la Directiva 79/7/CEE, pero el b) extiende ese campo de aplicación en particular a las prestaciones de muerte y supervivencia. Haciendo esto, el Tribunal insiste en el carácter «maravilloso» de su decisión, puesto que, si el riesgo de vejez no incluye como riesgo protegido la muerte y supervivencia, ¿a qué «prestaciones de supervivientes» se aplica la exclusión inscrita en el artículo 3.2? Al pronunciar «sentencia en lugar de veredicto», el Tribunal añade que, como el objeto del litigio no se enmarca en el Derecho de la Unión Europea, no es competente para responder a las demás cuestiones.

3.2. STJUE del 24 de febrero de 2022, TGSS – Desempleo de las personas trabajadoras al servicio de hogar familiar, C-389/20, EU:C:2022:120. Otro aspecto de la legislación española parece más simple de presentar. El régimen jurídico particular referido a las personas trabajadoras en el hogar excluye la protección por desempleo, y la cobertura voluntaria opcional no es posible. Cuando una trabajadora doméstica solicita cotizar para poder disfrutar de la cobertura por desempleo, el organismo competente niega esa posibilidad y la trabajadora presenta una demanda ante el Juzgado do contencioso-administrativo de Vigo (Galicia). Y este se dirige al Tribunal de Luxemburgo.

Con apoyo en las conclusiones del Abogado General M. Szpunar, el Tribunal admite rotundamente la sospecha de discriminación indirecta contra las mujeres y menciona que existe una «desventaja particular», la formulación que se encuentra en el artículo 2.1.b) de la Directiva 2006/54/CE cuando ese concepto no figura en el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE sobre la que pivota el caso, puesto que se trata de un régimen legal de Seguridad Social. El Tribunal registra, sin ponerlas en duda, las estadísticas que establecen que el 95% de personas trabajadoras de servicio doméstico en el hogar son mujeres.

El Gobierno español presenta de modo inmediato justificaciones de la discriminación indirecta: la preocupación por mantener el empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social; hace también valer las especificidades del sector, donde los empleadores son personas particulares. El Tribunal acepta como legítimas estas consideraciones de política social, pero estima que el Gobierno no demuestra de qué modo la exclusión de la cobertura por desempleo contribuye a la consecución de los objetivos declarados, tanto más cuanto la aplicación de la medida parece incoherente, puesto que no alcanza a otros trabajadores que prestan servicios a particulares, como los jardineros. Finalmente, la medida inflige a las personas interesadas un perjuicio desproporcionado, que contribuye a la precariedad de su situación. En estas condiciones, el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE se opone a la medida.

3.3. STJUE de 30 de junio de 2022, INSS – Compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente total, C-625/20, EU:C:2022:508. La legislación española, en este tercer asunto, de nuevo se revela prodiga en desigualdades de trato fundadas en el género, pero administrados/as, profesionales y los órganos judiciales, se muestran cada vez más hábiles para evidenciarlas.

Víctima de un accidente vascular cerebral, a una empleada administrativa le había sido reconocida una prestación de incapacidad permanente. Mas tarde, esta persona pudo retomar una actividad de asistente de guardería, que una fractura muy grave le impide seguir desempeñando. En función de sus años de cotización referidos a este periodo en el que había retomado la actividad profesional, podría haber pretendido obtener una segunda prestación, pero la aplicación de la legislación lo impidió: la compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente solo está permitida si se trata de acumular una pensión del régimen general y una del régimen de trabajadores autónomos.

A partir de la reclamación de la interesada, un Juzgado de lo Social de Barcelona planteó al TJUE la eventualidad de una discriminación indirecta de las mujeres debido al hecho de que estas han de afrontar obstáculos ligados al reparto desigual de las cargas familiares, y encuentran más dificultades que los hombres para ejercer una actividad independiente. Estos, si se da el caso, se encuentran favorecidos por la regla de compatibilidad evocada más arriba.

Una vez más, el litigio provoca un debate ajustado y complejo en torno a las estadísticas (¿qué grupo hace falta comparar con que otro grupo?) pero, como recomienda la Abogada General L. Medina, el tribunal concluye con que hay una discriminación indirecta, contraria al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE.

El Gobierno español había alegado como justificación la necesidad de mantener el equilibrio del Sistema de Seguridad Social, que se pondría en peligro con el reconocimiento de dos prestaciones por una misma situación protegida. El Tribunal de Luxemburgo estima legítima esta preocupación, pero la Comisión Europea hizo observar que la financiación de los dos regímenes (el general y el de personas trabajadoras autónomas) incumbe a un mismo presupuesto de la Seguridad Social. El Tribunal declara entonces que la regla de incompatibilidad es aplicada de manera incoherente, lo que compromete su pertinencia. Resulta preocupante que este análisis sugiere que, en el futuro, la discriminación puede ser eliminada mediante una igualación a la baja.

3.4. STJUE de 7 de julio de 2022, Pensionsversicherungsanstalt – Periodos de cuidado de hijos en el extranjero, C-576/20, EU:C:2022:525. Preguntado por el Oberster Gerichtshof austriaco, el Tribunal se separa de las conclusiones del abogado general N. Emiliou, y confirma que el principio de libre circulación de personas inscrito en el artículo 21 del TFUE implica que, atendiendo al artículo 44.2 del Reglamento (CE) 987/2009, los «periodos de cuidado de hijos» cumplidos en el extranjero deberían ser tenidos en cuenta para la concesión de una pensión de jubilación por el Estado miembro en el que la persona interesada ha trabajado antes y después de estos periodos.

La dimensión de género no aparecía invocada en este asunto, pero vienen a la memoria que solo se preocupan de mujeres este, y los precedentes a los que el tribunal se refiere (SSTJUE de 2 de noviembre de 2000, Elsen, C-135/99; de 7 de febrero de 2002, Kauer, C-28/00; y de 19 de julio de 2012, Reichel-Albert, C-522/10). Como la noción de «personas que han cuidado de hijos» figura también en el artículo 7.1.b) de la Directiva 79/7/CEE tiene sentido señalar ahora el interés de un examen que aproxime los dos instrumentos legislativos.

4. Protección de la maternidad

4.1. STJUE de 2 de septiembre de 2021, INPS – Prestaciones por nacimiento y de maternidad para los titulares de permiso único, C-350/20, EU:C:2021:659. Un caso de política de inmigración merece ahora nuestra atención bajo este título. La legislación italiana concede una “prestación por natalidad” destinada a sufragar los gastos relacionados con cada nacimiento o adopción, y una “prestación por maternidad” que reemplaza los subsidios que se pueden causar si la interesada no tiene derecho a ella. En respuesta al Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia precisa que las disposiciones de la Directiva 2011/98/UE, relativas al permiso único y a los derechos de los trabajadores de terceros países, deben leerse de conformidad con el artículo 34 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión y el artículo 3.1. b) y j) del Reglamento (CE) 833/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. En consecuencia, el artículo 12.1.e) de la Directiva se opone a las normas nacionales que niegan las prestaciones en cuestión

a las personas extranjeras titulares del permiso único, mientras que se las conceden a los titulares del permiso de residencia para residentes de larga duración.

4.2. Sentencia del Tribunal EFTA de 29 de julio de 2022, A c. Arbeids- og velferdsdirektoratet, E-2/22. El Tribunal EFTA tuvo que responder a una pregunta preliminar bastante similar a la anterior STJUE. Después de trabajar en su país, una mujer sueca siguió a su esposo noruego a Oslo, donde reanudó sus estudios. La pareja se había divorciado mientras ella estaba embarazada, por lo que solicitó un “subsidio de transición”, destinado a un padre soltero que tiene hijos pequeños a cargo y no puede reclamar otro beneficio de Seguridad Social. La institución competente rechazó la solicitud, porque la interesada en cuestión no cumplía la condición de antigüedad de afiliación en el régimen, y la controversia que se suscitó se centró en la cuestión de la valoración de previos períodos de trabajo en Suecia.

Cuestionado por la Jurisdicción de seguridad social, el Tribunal EFTA confirma que la prestación controvertida es una “prestación familiar” en el sentido del artículo 3.1.j) del Reglamento (CE) 833/2004, aplicable por el Acuerdo EFTA.

4.3. Sentencia del Tribunal EFTA de 29 de julio de 2022, Anna Bryndís Einarsdóttir c. The Icelandic Treasury, E-5/21. En el mismo día que la anterior, el Tribunal EFTA respondió, esta vez al Tribunal de Distrito de Reykjavik, respecto de la base reguladora que sirve para calcular el subsidio de maternidad / paternidad. Una islandesa había trabajado en Dinamarca antes de regresar a su país, donde había ejercido su profesión. Según la legislación nacional, el subsidio se establece en relación con la remuneración obtenida en el país, pero en este caso el resultado fue menos favorable que si se tuviera en cuenta el período de trabajo en Dinamarca. El Tribunal EFTA determina que el artículo 6 del Reglamento (CE) 833/2004 no se ocupa del cálculo de las prestaciones y que, con respecto a las prestaciones dinerarias, las normas islandesas son coherentes con el artículo 21.2; no obstante, afirma que estas disposiciones deben aplicarse de conformidad con el artículo 29 del Acuerdo EFTA, que, en el ámbito de la Seguridad Social, impone la totalización de los períodos de empleo en caso de migración. Por tanto, la prestación se calculará como si el interesado hubiera trabajado en Islandia dentro del mismo período.

5. Discriminación fuera del ámbito de aplicación

STEDH de 5 de julio de 2022, Dimici c. Turquía, demanda 70133/16. Mencionamos aquí una sentencia del TEDH porque reafirma enérgicamente la obligación de los Estados de dar prioridad, cuando corresponda, a los derechos afirmados por el CEDH sobre la libertad individual, especialmente si esta se ha ejercido en un contexto jurídico que ha evolucionado. En 1536 una persona había establecido una fundación para acciones caritativas y el ingreso excedente iría a sus descendientes varones. En el Siglo XXI, una descendiente en línea directa y, después de su muerte, sus propios herederos se vieron

privados de esta ventaja. El Tribunal consideró que se había violado el artículo 1 del Primer Protocolo, solo o conjuntamente con el artículo 14 del CEDH. Dado que el Derecho turco preveía tal control, el TEDH consideró que la reanudación del procedimiento ofrecía la reparación del perjuicio causado.

ii. Otras discriminaciones

1. Discriminación por motivos de raza u origen étnico

1.1. Decisión del TEDH de 8 de febrero de 2022, Mihalache c. Rumanía, demanda 19976/15. Tras la muerte de un niño atropellado por un coche, el responsable del accidente indemnizó a la madre, pero no al padre, porque, aunque padre y madre habían vivido juntos durante veinte años, a aquel nunca se le había reconocido la paternidad y la legislación rumana no permite el reconocimiento después de la muerte del niño. Ante el Tribunal Europeo, el demandante alegó una violación del artículo 6 de la CEDH y argumentó que en la comunidad gitana no era costumbre realizar dicha formalidad. El Tribunal considera que las disposiciones legales en cuestión persiguen un objetivo legítimo y que el demandante no ha demostrado que afectaran a los gitanos más que al resto de los ciudadanos. La pretensión, por tanto, fue inadmitida.

1.2. Decisión del TEDH de 22 de febrero de 2022, Uçkun e.a. c. Turquía, demanda 45942/11. En 2010, en una localidad de Turquía, una comunidad gitana sufrió violencia física. Los tribunales habían impuesto indemnizaciones y el realojo de las personas afectadas, pero el alcalde y el comisario de policía habían sido absueltos tras el proceso incoado contra ellos. Por esta razón, el TEDH conoció de una demanda que invocaba varias disposiciones del CEDH, en relación con el artículo 14. El Tribunal consideró que los demandantes habían perdido la condición de víctimas y concluyó inadmitiendo la demanda.

1.3. Decisión del TEDH de 8 de marzo de 2022, Faulkner and McDonagh c. Irlanda, demandas 30391/18 y 30416/18. Teniendo en cuenta las gestiones realizadas por las autoridades, el Tribunal inadmitió los recursos relativos al desalojo de familias que vivían ilegalmente en terrenos municipales. El caso tenía la particularidad de que se trataba de Travellers, una minoría autóctona no sedentaria propia de Irlanda (que tiene un equivalente en Escocia). Desde este ángulo, se podría haber suscitado un interesante debate si la Directiva 2000/43/CE (artículo 3.1.h) se hubiera invocada ante los tribunales nacionales.

1.4. Sentencia del TEDH de 19 de mayo de 2022, L.F. c. Hungría, demanda 621/14. En este caso, el alcalde de una localidad de Hungría ordenó una inspección contra una familia gitana, realizada sin base legal, y la denuncia de las víctimas fue desesti-

mada. El Tribunal Europeo apreció una vulneración del artículo 8 de la CEDH, pero como el cabeza de familia no había utilizado en el procedimiento nacional los recursos de la legislación antidiscriminatoria contra los gitanos, la vulneración relacionada con el artículo 14 del CEDH fue desestimada. Los herederos del solicitante (que falleció durante el procedimiento) recibieron 4.000 € en concepto de daños morales.

1.5. Sentencia del TEDH de 31 de mayo de 2022, X. a.o. c. Albania, demandas 73548/17 y 45521/19. El Tribunal de Estrasburgo ha vuelto a recibir peticiones de padres sobre la base del artículo 1 del Protocolo Adicional 12 del CEDH. Un municipio de Albania había concentrado en una misma escuela a los niños, por un lado, gitanos y, por otro, de origen egipcio. El Comisionado para la Protección contra la Discriminación obligó entonces a las autoridades en cuestión a abandonar esta política, al considerarla perjudicial para el desarrollo de los niños. Refiriéndose a precedentes similares (Sentencias de 13 de noviembre de 2007, D.H. e.a. c. República Checa, demanda 57325/00, y de 16 de marzo de 2010, Oršuš e.a. c. Croacia, demanda 15766/03), el Tribunal Europeo concluye que ha habido una vulneración; a cada familia solicitante se le reconoce el derecho a 4.500 € de indemnización por daños morales.

Si el Estado hubiera sido parte de la Unión, el caso se habría vinculado con la Directiva 2000/43/CE, cuyo ámbito incluye la educación (artículo 3.1.g).

2. Discriminación por razón de edad

2.1. Sentencia del TJUE de 2 de junio de 2022, HK c. Danmark et HK c. Privat, C-587/20, EU:C:2022:419. En Dinamarca, una trabajadora ha pasado la mayor parte de su carrera en una sección de la federación sindical “HK”, que afilia a trabajadores de comercio y de oficina. Ejerció como presidenta durante cinco mandatos de 4 años, pero se le impidió postularse para un sexto porque superó los 60 años, que, según los estatutos de la organización, constituyen el límite de edad para ser elegida. En su denuncia, la Comisión de Igualdad de Trato apreció una discriminación basada en la edad y ordenó al sindicato que indemnizara a la trabajadora. Dado que su decisión no fue ejecutada, esta Comisión emprendió acciones legales y el Østre Landsret solicitó al TJUE que aclarara si la función controvertida se enmarca en el artículo 3.1.a) de la Directiva 2000/78/CE, que se refiere a las condiciones de acceso al empleo.

Como sugiere el Abogado General J. Richard de la Tour, el Tribunal recuerda que la Directiva se deriva del artículo 19.1 del TFUE y está destinada a servir un interés social de carácter general al cual no puede ser un obstáculo la libertad de asociación, incluyendo la libertad sindical. Al argumento de que la función presidencial se atribuye por elección y tiene carácter político, el Tribunal responde que el tipo de participación o vínculo con la organización es irrelevante con respecto a la Directiva y, además, que el Reglamento (UE) 492/2011 relativo a la libre circulación de trabajadores también contempla el derecho a solicitar puestos directivos en una organización sindical.

El Tribunal concluye que es de aplicación el artículo 3.1 de la Directiva 2000/78/CE, refiriéndose no solo al punto a), sino también al punto d), que se refiere a “la afiliación y la participación en una organización de trabajadores”.

2.2. Sentencia del TJUE de 14 de julio de 2022, Commission c. VW e.a., C-116/21 P a C-118/21 P, C-138/21 P y C-139/21 P, EU:C:2022:557. Esta Sentencia del Tribunal de Justicia confirma la percepción de que las pensiones debidas a los supérstites de los funcionarios constituyen una grave amenaza para las finanzas de la Unión, de las que el Tribunal se ha erigido en guardián. En este caso, se abordaban los recursos interpuestos por la Comisión y el Consejo contra sentencias dictadas por el Tribunal General en tres asuntos.

El origen de las controversias se encuentra en los artículos 17 y 20 del Anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios, según los cuales, si el matrimonio hubiera sido anterior al acceso del funcionario a la jubilación, la unión debe haber durado al menos 1 año para lucrar el derecho a pensión de supervivencia; y si se contrae después del acceso a la jubilación, la unión debe haber durado 5 años. En dos de los casos, el de cuius y su supérstite habían estado casados, divorciados y luego reconciliados; en el tercero, los interesados habían convivido de hecho durante mucho tiempo antes de divorciarse cada uno por su parte y casarse. En cualquier caso, el período de 5 años no se cumplió.

El Tribunal General había decidido que la diferencia de trato resultante de las dos duraciones requeridas y determinadas por el momento de celebración del matrimonio, tenía efectos desproporcionados y no podía justificarse con arreglo al artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (principio de igualdad ante la ley) ni al artículo 21 (prohibición de discriminación por motivos de edad). Por ello, el Tribunal aplicó la excepción de ilegalidad a las disposiciones controvertidas del Estatuto de los Funcionarios y anuló las decisiones que denegaban las pensiones de viudedad/de supervivencia.

Impasible, el TJUE se remite a su Sentencia de 19 de diciembre de 2019 (HK c. Commission, C-460/18 P) en la que establece que el legislador de la Unión ejerce una potestad discrecional en la elaboración de dichas disposiciones, y que los tribunales no pueden realizar valoración alguna salvo que exista una “diferenciación arbitraria o manifiestamente inadecuada” (Sentencia de 25 de marzo de 2021, Álvarez y Bejarano e.a. c. Comisión, C-517/19 P y C-518/19 P). Según el Tribunal, por lo tanto, es importante casarse a tiempo y permanecer en ese estado. Enrique VIII de Inglaterra se estremece en su tumba.

2.3. Sentencias del TEDH de 26 de octubre de 2021, Šaltinyté c. Lituania, demanda 32934/19. Hace tres años, el TEDH se pronunció (Sentencia de 24 de octubre de 2019, J.D. e.a. c. Reino Unido, demandas 32949/17 y 34614/17) sobre un doble asunto en relación a prestaciones de Seguridad Social destinadas a facilitar el acceso a la vivienda, en el que una de las demandantes alegaba discriminación indirecta por razón de sexo ya que las mujeres constituyen la gran mayoría de las familias monoparentales, que se enfrentan en especial a dificultades en este ámbito. Es sorprendente que esta dimensión no se haya planteado en un caso lituano con un objeto bastante similar. Se trata aquí de un subsidio para la compra de una vivienda otorgado a las “familias jóvenes de bajos recursos”. Am-

bos progenitores, o el progenitor soltero, no debían tener más de 35 años, por lo que se denegó el beneficio a una madre soltera de 37 años. El Tribunal Administrativo Regional y el Tribunal Supremo Administrativo desestimaron su recurso, sin considerar necesario consultar al Tribunal Constitucional, en vista de su previa jurisprudencia.

Sobre la solicitud de la demandante, el TEDH señala que los Estados miembros del Consejo de Europa tienen diferentes políticas de vivienda, dependiendo en particular de sus respectivas situaciones demográficas y sus posibilidades presupuestarias, y que, en este caso, la justificación proporcionada por el gobierno respecto al límite de los 35 años parece aceptable. El Tribunal sostuvo por unanimidad que no se había vulnerado el artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 1 del Primer Protocolo; por lo que respecta a la negativa de recurrir al Tribunal Constitucional, considera que fue debidamente fundamentado vis-à-vis el artículo 6 de la Convención.

Visto desde el Derecho de la Unión Europea, la “ayuda a la vivienda” solo encuentra expresión en materia de discriminación basada en la raza o el origen étnico (Directiva 2000/43/CE) y por razón de género (Directiva 2004/113/CE). La Directiva 2000/78/CE no se aplica a una prestación legal como la de Lituania, y además en lo que se refiere a una diferencia de trato basada en la edad, las facultades de excepción que ofrece su artículo 6 indudablemente habrían dado lugar ... al mismo debate que ante el Tribunal de Estrasburgo.

3. Discriminación por motivos de discapacidad

3.1. STJUE de 21 de octubre de 2021, Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-824/19, EU:C:2021:862. Una peculiaridad de la legislación búlgara es que la participación en un juicio como miembro del jurado tiene la consideración de actividad asalariada; las condiciones de acceso solo incluyen, en cuanto a la aptitud física, la ausencia de cualquier enfermedad mental. Una mujer invidente que cumplía con todas estas condiciones había sido admitida en el puesto “tras un procedimiento iniciado por el consejo municipal” de Sofía. Asignada a una sala de lo penal del tribunal de distrito, no fue citada a ninguna vista durante más de un año. Planteó una queja ante el presidente del tribunal denunciando trato discriminatorio por parte del juez de sala y solicitó ser reasignada, pero no obtuvo respuesta. A raíz de su denuncia, la Comisión para la Defensa contra la Discriminación impuso multas a los dos magistrados; el Tribunal Administrativo confirmó esa decisión. Tras el recurso de los dos demandantes, el Tribunal Supremo Administrativo consultó al TJUE.

La Comisión se adhiere a las conclusiones del Abogado General H. Saugmandsgaard Øe y se remite a su jurisprudencia reciente (Sentencia de 15 de julio de 2021, Tartu Vangla, C-795-19) para considerar que, en materia de discapacidad, el recurso a la excepción de los requisitos del puesto (artículo 4.1. de la Directiva 2000/78/CE) no es admisible si las autoridades en cuestión ni siquiera han considerado la posibilidad de ajustes razonables, tal como prescribe el artículo 5. Así pues, el Tribunal concluye que los artículos 2.2.a) y 4.1 de la Directiva, leídos a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Convención de los derechos de las personas

con discapacidad de Naciones Unidas, se oponen a la exclusión de una persona ciega de la condición de miembro de un jurado.

Nos deberíamos cuestionar, en consecuencia, la coherencia de un sistema legal en el que las autoridades públicas admiten a una persona candidata para tal función, pero los magistrados pueden luego impedirle desempeñarla.

3.2. Sentencia del TGUE de 27 de octubre de 2021, WM c. Comisión, T-411/18, EU:C:2021:742, y 30 de marzo de 2022, PO c. Comisión, T-36/21, UE:C:2022:192. A título informativo, destacamos dos sentencias del Tribunal General de la Unión Europea que desestiman recursos contra decisiones de contratación fallidas, ya que la Comisión Europea parece tener una práctica ejemplar de ajustes razonables para candidatos con discapacidad.

3.3. STJUE de 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20, EU:C:2022:85. El sistema ferroviario belga está organizado, desde 1991, en tres empresas públicas autónomas: la SNCB, encargada de la explotación; Infrabel, de la infraestructura; y HR Rail, que actúa como empleador de todo el personal puesto a disposición de las otras dos. Un trabajador fue contratado y admitido en prácticas (con vistas a su nombramiento estatutario) en Infrabel como agente de mantenimiento de las vías. Una afección cardíaca le obligó a llevar un marcapasos, lo que conllevó su reconocimiento como persona con discapacidad. Sin embargo, este dispositivo es sensible a los campos electromagnéticos que emiten las vías férreas, por lo que el servicio médico interno declaró al afectado incapacitado permanente para la función para la que había sido contratado debido a la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo. Dado que el reglamento de personal solo permite el traslado a otra función para el personal con nombramiento permanente, HR Rail decidió despedir al interesado, quien interpuso recurso de anulación ante el Consejo de Estado. Este último consideró preguntar al TJUE acerca de la Directiva 2000/78/CE.

El TJUE comparte las conclusiones del Abogado General A. Rantos y aclara que el interesado sí entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. A continuación, recuerda que es cierto que el puesto de trabajo debe ser el objeto principal de los ajustes razonables a que se refiere su artículo 5, pero que, en su defecto, se muestra favorable a una definición amplia del concepto. Por lo tanto, el cambio a otra función puede ser una medida adecuada, siempre que la persona tenga las aptitudes necesarias y el empresario no tenga que soportar cargas excesivas, es decir, debe existir un puesto de trabajo adecuado.

3.4. Decisión del TEDH de 30 de septiembre de 2021, Laniado c. Francia, demanda 27789/17. Al igual que en el ámbito del acceso a la vivienda (supra, sentencia Šaltinyté c. Lituania), el carácter incompleto de la Directiva 2000/78/CE, cuyo ámbito de aplicación material no incluye regímenes legales de seguridad social, obligó a una solicitante a recurrir al TEDH. Este último, además, le explicó modestamente que no era competente para aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (artículos 21 y 26, en este caso).

La legislación francesa prevé que el beneficiario de una pensión de invalidez puede seguir percibiéndola si, al alcanzar la edad legal, solicita la suspensión de su pensión de jubilación, por ejercer una actividad asalariada. Sin embargo, la concesión de otra prestación de seguridad social impide el abono de la pensión de invalidez. Esto es lo que le pasó a una trabajadora, despedida por motivos económicos y a la que se le reconoció la prestación por desempleo. Al impugnar la decisión de retirar la prestación adoptada por la Caja Regional del Seguro de Salud, la pretensión de la interesada fue desestimada en todas las fases del procedimiento judicial y acudió al TEDH, ante el cual invocó una violación del artículo 14 de la CEDH en relación con artículo 1 del Protocolo 1.

El Tribunal de Estrasburgo no aprecia ninguna “diferencia de trato que carezca manifiestamente de fundamento razonable y se base en un motivo discriminatorio”. La solicitud es, en consecuencia, inadmisibile.

3.5. STEDH de 25 de enero de 2022, Negovanović a.o. c. Serbia, demanda 29907/16. El ajedrez no está reconocido como disciplina olímpica o paralímpica, pero es objeto de competiciones internacionales. En Serbia entra en el ámbito de un decreto que recompensa el rendimiento deportivo bajo la triple forma de diploma, pensión vitalicia y pago único. Cuatro jóvenes ciegos, medallistas en encuentros internacionales, denunciaron no haber obtenido estos galardones, agotando un procedimiento que llegó hasta el Tribunal Constitucional.

Sobre la base del artículo 1 del Protocolo 12, el TEDH consideró que el decreto no distingue entre atletas sin discapacidad y con discapacidad y declaró que se había producido una violación por 5 votos contra 2. A cada demandante se le concedieron 4.500 euros por daños morales. Los jueces disidentes, J.F. Kjølbrot (presidente) y P. Koskelo critican a sus colegas por no haber examinado suficientemente el argumento del gobierno, según el cual el presupuesto disponible impone una selección basada en el mejor rendimiento, aunque en categorías distintas (aquí, videntes y ciegos), lo que excluye la discriminación.

3.6. Decisión del TEDH de 31 de mayo de 2022, Arnar Helgi Lárusson c. Islandia, demanda 23077/19. Un parapléjico islandés había denunciado sin éxito ante los tribunales la falta de instalaciones que permitieran el acceso en silla de ruedas a un centro cultural y otro juvenil (donde le hubiera gustado acompañar a sus hijos) en una localidad cercana a la capital. Ante el Tribunal Europeo, alegó una violación de los artículos 14 y 8 combinados de la CEDH.

El Tribunal se remitió a sus oportunos precedentes y se mostró satisfecho con las decisiones judiciales que fallaron a favor del ayuntamiento, el cual alegó verse obligado a priorizar dado el presupuesto disponible; declaró infundada la denuncia. El juez disidente A. Zünd consideró que el argumento era débil porque uno de los locales en cuestión había sido objeto recientemente de una importante renovación que podría haber incluido las reformas que faltaban.

De nuevo en este caso, cabe señalar que la Directiva 2000/78/CE (implementada a través del Acuerdo EEE) no habría sido de ninguna ayuda, ya que su ámbito de aplicación solo abarca las cuestiones relativas con el empleo.

4. Discriminación basada en las creencias

4.1. STJUE de 13 de enero de 2022, MIUR y Ufficio Scolastico Regionale per la Campania, C-282/19, EU:C:2022:3. En las escuelas públicas de Italia, los profesores que imparten cursos (optativos) de religión católica son contratados mediante contratos de trabajo de duración determinada. 18 de los profesores afectados interpusieron un recurso contra el ministerio competente ante el Tribunale de Nápoles, que, a su vez, se dirigió al Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia señala que la diferencia de trato impugnada no se basa en las creencias religiosas, sino en la relación laboral, por lo que el asunto no debe analizarse a la luz de la Directiva 2000/78/CE, sino únicamente de la cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, Anexo a la Directiva 1999/70/CE. Esta disposición, que es objeto de una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia (por todas, la Sentencia de 20 de junio de 2019, Ustariz Aróstegui, C-72/18), tiene por objeto evitar los abusos de la práctica controvertida al prever la transformación de la relación laboral en un contrato de duración indefinida, salvo que la sucesión responda a necesidades objetivas. Estas pueden, en su caso, justificar una diferencia de trato entre dos categorías de trabajadores que se encuentren en la misma situación prevista.

Siguiendo las conclusiones del Abogado General E. Tanchev, el Tribunal de Justicia afirma que la cláusula 5 se opone a una legislación nacional que excluye a las personas afectadas de la regla general que prohíbe la sucesión de contratos de duración indefinida, adoptada en la transposición de un Acuerdo marco, aunque no exista ninguna otra medida que garantice la aplicación efectiva de esta norma. Por otra parte, el hecho de que el acceso al puesto de que se trate dependa de un título conferido por una autoridad eclesiástica no constituye una razón objetiva de exclusión, ya que dicho título se expide una sola vez y no para cada renovación del contrato de trabajo.

4.2. Decisión del TEDH de 19 de mayo de 2022, Paturel c. Francia, demanda 22154/18. En Francia, una asistente familiar a cargo del cuidado de los niños fue despedida en varias ocasiones por la autoridad competente, de conformidad con la legislación específica, cada vez que no tenía niños que cuidar durante varios meses. Testigo de Jehová, alegó que estas decisiones desfavorables se basaban en sus creencias religiosas. Así, por un lado, interpuso un recurso administrativo por motivación irregular y, por otro, una denuncia penal por discriminación y acoso. Ambos procedimientos fracasaron.

Ante el TEDH, invocó tanto una violación del artículo 14 de la CEDH combinada con los artículos 8 y 9, como otra del artículo 6. El Tribunal se remite a su jurisprudencia (en particular, STEDH de 2 de febrero de 2016, Sodan c. Turquía, demanda 18650/05) y considera que, en ambos procesos, los órganos jurisdiccionales nacionales con cierto concluyeron que no se cuestionaron las creencias de la demandante. La solicitud resulta inadmisibles.

Se desconoce si, antes de que el asunto acabara en el “Derecho de Estrasburgo”, se había debatido conforme al “Derecho de Luxemburgo” (Directiva 2000/78/CE) en los procedimientos nacionales franceses.

4.3. Decisión del TEDH de 24 de mayo de 2022, L.F. c. Reino Unido, demanda 19839/21. A diferencia de un caso algo similar (STEDH del 24 de octubre de 2019, J.D. y otros contra el Reino Unido, demandas 32949/17 y 34614/17), la dimensión de género no se planteó en esta demanda presentada ante el TEDH. En el distrito londinense de Hackney, una mujer y sus cuatro hijos, dos de los cuales presentan síntomas de autismo, tuvieron que abandonar una vivienda social que el departamento competente había considerado inadecuada para la seguridad de los niños. Un tribunal había ordenado a la autoridad local que les proporcionara un alojamiento adecuado, lo que no parecía posible. Sin embargo, la solicitante había tenido conocimiento de la disponibilidad de casas que eran propiedad de una fundación aprobada por el ayuntamiento. El objeto social de esta organización es proporcionar vivienda a los miembros de la comunidad judía ortodoxa, que es numerosa en el municipio. Cuando la fundación rechazó la solicitud de la interesada, se planteó un procedimiento por discriminación por razón de las creencias religiosas que llegó hasta el Tribunal Supremo, quien confirmó la valoración de los tribunales inferiores, según la cual la diferencia de trato tenía una justificación legítima y proporcionada. Esto se debía a la precaria situación de la comunidad jasídica, que a su vez era discriminada en el empleo y la vivienda, debido al ambiente de intolerancia antisemita. Planteada demanda ante el TEDH alegando la violación de los artículos 14 y 8 combinados del CEDH, el TEDH considera convincente el razonamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales y declara inadmisibles la demanda. Una vez más, la legislación de la UE no habría aportado nada en este caso, ya que la Directiva 2000/78/CE no cubre bienes y servicios como el acceso a la vivienda.

4.4. Decisión del TEDH de 9 de noviembre de 2021, De Wilde c. Países Bajos, demanda 9476/19. Los Países Bajos están demostrando ser una tierra donde florecen las “convicciones” más asombrosas. Hace un tiempo, el TEDH declaró inadmisibles la demanda de una organización brasileña que se quejaba de la confiscación de bidones de un líquido supuestamente esencial para su culto, pero que contenía una sustancia psicotrópica prohibida (Sentencia de 6 de mayo de 2014, Fränklin-Beetjes y CEFLU-Luz da Floresta c. Holanda, demanda 28167/07). En el caso ahora analizado, una seguidora del movimiento pastafari solicitó al mismo Tribunal que declarara una violación de los artículos 14 y 9 combinados del CEDH, porque las autoridades y los tribunales holandeses se negaron a expedirle un documento de identidad y un permiso de conducir, en cuyas fotos aparecía supuestamente con un colador de espaguetis. El Tribunal declaró inadmisibles la demanda al considerar que no había creencias religiosas en cuestión. Este análisis es correcto, ya que la secta del Monstruo del Espagueti Volador es un engaño destinado a ridiculizar el creacionismo con éxito incluso fuera de los EEUU, donde tuvo su origen.

5. Discriminación por razón de orientación sexual

5.1. Sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2021, Stolichna obshtina, rayon Pancharevo, C-490/20, EU:C:2021:1008. Casadas en Gibraltar, una búlgara y una británi-

ca se instalan en España, donde nace su hija; el acta de nacimiento las designa como “madre A” y “madre”. La primera solicita una tarjeta de identidad búlgara para la niña, cuya emisión requiere la presentación de un certificado de nacimiento, según un modelo que se refiere a una “madre” y un “padre”. La “madre A” se negó a someterse a esta formalidad y se dirigió al Tribunal administrativo de Sofía, que plantea cuestión prejudicial ante el TJUE.

El Tribunal está de acuerdo con las conclusiones de la Abogada General J. Kokott y especifica que, interpretado a la luz de los artículos 20 y 21 del TFUE y los artículos 7 (vida familiar), 24 (protección de la infancia) y 45 (libre circulación) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, la Directiva 2004/38/CE obliga al Estado a expedir la tarjeta de identidad a su nacional cuya filiación se establezca mediante el certificado de nacimiento extranjero, y a abstenerse de obstaculizar su derecho a la libre circulación, que es el objetivo de la Directiva. Estas obligaciones no implican en modo alguno que el Estado en cuestión deba reconocer el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo si considera que su identidad nacional se vería comprometida.

5.2. Decisión del TEDH de 16 de noviembre de 2021, S.-H. c. Polonia, demandas 56846/15 y 58469/15. El TEDH ha conocido una demanda suscitada por la denegación por parte de la administración, y luego por los tribunales polacos, de una solicitud de reconocimiento de nacionalidad presentada a nombre de dos gemelos menores. Sus padres son una pareja homosexual masculina formada por dos ciudadanos israelíes, uno de los cuales también tiene nacionalidad polaca. Los niños son fruto de una gestación subrogada realizada en Estados Unidos, donde la justicia de California designó a la pareja como padres. La denegación se debe al hecho de que Polonia no reconoce la gestación subrogada ni la crianza por parejas del mismo sexo.

Sosteniendo que los niños residen en Israel, donde su situación familiar no está en disputa, y ya tienen doble nacionalidad israelí y estadounidense, el Tribunal concluye que ni el artículo 8 ni el artículo 14 (orientación sexual) del CEDH resultan aplicables en el presente caso, porque los interesados no pueden invocar la condición de víctimas; la pretensión, por tanto, se desestima.

Cabe preguntarse si el caso habría conducido a otro resultado a la luz del Derecho de la Unión Europea, que el TEDH citó para contextualizar el asunto (artículo 21.1 del TFUE, Directiva 2004/38/CE y STJUE de 5 de junio de 2018, Coman e.a., C-673/16). Probablemente no, ya que el progenitor que tiene la nacionalidad polaca no reside en el Estado miembro en cuestión.

5.3. STEDH de 7 de abril de 2022, Callamand c. Francia, demanda 2338/20. El TEDH ha apreciado nuevamente una vulneración del artículo 8 de la CEDH, porque los tribunales franceses no habían justificado adecuadamente su negativa a permitir que una mujer mantuviera relaciones personales con el hijo de su ex cónyuge, nacido por reproducción asistida, después de su divorcio. Sin embargo, el Tribunal consideró que la denuncia relativa a la discriminación por orientación sexual había sido planteada tardíamente en el litigio nacional, lo que, ante el Tribunal, hizo inadmisibles la invocación del artículo 14 del CEDH.