

1.6. Responsabilidad civil

Derecho de daños y derecho antidiscriminatorio: estereotipos y discriminación por género, edad y discapacidad

Tort law and non-discriminatory law: stereotypes and gender, age and disability discrimination

por

ISABEL ESPÍN ALBA

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela*

RESUMEN: El derecho antidiscriminatorio europeo se ha construido sobre la base de la consecución de la igualdad efectiva por medio de iniciativas transversales de eliminación de la discriminación en sus diferentes facetas. Centrada inicialmente en las políticas públicas de igualdad, las medidas no discriminatorias han penetrado —aunque más lentamente— también en la esfera del derecho privado. Sectores más permeables a esta perspectiva como el derecho del trabajo o el derecho de familia, con todo, no guardan la exclusividad de la acción antidiscriminatoria. En este trabajo se analiza en clave dogmática, a partir del estudio de una serie de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un aspecto poco tratado por la doctrina especializada en género. La discriminación múltiple que pueden sufrir las mujeres, mayores y con algún tipo de discapacidad, en el ámbito del derecho de daños, debido a los estereotipos de género.

ABSTRACT: *European anti-discrimination law has been constructed on achieving effective equality through cross-cutting initiatives to eliminate discrimination in its different facets. Initially focused on public equality policies, non-discriminatory measures have spread —although more slowly than that— also in the sphere of private law. Law fields more permeable to this perspective such as labor law or family law, however, do not keep the exclusivity of the anti-discriminatory action. In this paper, a dogmatic approach is analyzed, based on the study of a series of judgments of the European Court of Human Rights, an issue not well studied by the specialized doctrine on gender: The multiple discrimination that older and disability women, may suffer in the area of tort law, due to gender stereotypes.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de daños. Derecho antidiscriminatorio. Daño moral. Negligencia médica. Estereotipos de género. Discriminación múltiple. Discriminación interseccional. Discriminación por género. Discriminación por edad. Discriminación por discapacidad.

KEY WORDS: *Tort law. Non-discriminatory law. Non-pecuniary loss. Medical negligence. Gender stereotypes. Multiple discrimination. Interseccional discrimination. Gender discrimination. Age discrimination. Disability discrimination.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: 1. GÉNERO, EDAD Y DISCAPACIDAD. 2. DAÑOS Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO.—II. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y ESTEREOTIPOS. 1. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE. 2. ESTEREOTIPOS.—III. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. CASOS EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—IV. EL CASO CARVALHO PINTO DE SOUSA MORAIS CONTRA PORTUGAL: 1. HECHOS. 2. LA DEMANDA Y EL FALLO. 3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL FALLO: JUICIO COMPARATIVO Y ESTEREOTIPOS. 4. OPINIONES DISIDENTES Y CONCORDANTES. 5. VALORACIÓN CRÍTICA.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El presente estudio se centra en el análisis sobre la edad como factor añadido a la discriminación por razón de género, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en particular, analiza el caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal (STEDH de 25 de julio de 2017). Este asunto tiene especial interés porque trata de una cuestión de discriminación múltiple o interseccional y de utilización de estereotipos de género. No valora el carácter discriminatorio de una norma —como ocurre, por ejemplo, en el caso Konstantin Markin contra Rusia o en el caso DH y otros contra República Checa—, sino que examina el resultado de la aplicación judicial de los estereotipos de género, en particular, su utilización en la fijación de la indemnización de unos daños causados por una negligencia médica, en un juicio de responsabilidad civil. También es interesante por lo que no dice, pues a pesar de que la demandante tenía una discapacidad, no se tuvo en cuenta este aspecto en la valoración de los daños.

1. GÉNERO, EDAD Y DISCAPACIDAD

El envejecimiento de la población europea es un tema que ocupa un lugar destacado en la agenda comunitaria (SPANIER et al, 2013), y no es ajena a la misma que se pueda hablar de una feminización del envejecimiento (PÉREZ VALLEJO, 2016, 446). De ahí que se pongan en marcha una serie de políticas públicas marcadas por el análisis de la perspectiva de género relacionadas con las prestaciones sanitarias y asistenciales.

No existe un consenso sobre a partir de qué edad se puede considerar una persona mayor, ya que la longevidad del ciclo vital del envejecimiento en las sociedades más avanzadas provoca cambios rápidos en la percepción de la vejez. Es un umbral móvil, muy relacionado con la esperanza de vida y con la mejora de las condiciones sociales (MORETÓN SANZ, 2007).

El criterio utilizado por la ONU reserva la calificación de persona adulta mayor para aquellos que han alcanzado los 60 años, dejando el término ancia-

no para los mayores de 70, mientras que en el ámbito comunitario están más extendidos los parámetros del Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones» de 16 de marzo de 2005 (seguidos por GETE ALONSO, 2012, 169 y PÉREZ VALLEJO, 2016, 447), que se refiere a trabajadores de edad (55 a 64 años), personas mayores (65 a 79 años), y a ancianos (a partir de los 80).

Con este trasfondo social y demográfico, la interrelación entre edad, mujeres y discapacidad tiende a situarse entre las principales preocupaciones sociales, y no puede ser tratada de modo compartimentado (MORETÓN SANZ, 2014). Por lo pronto, desde una perspectiva de políticas públicas comunitarias, los tres enfoques no deben disociarse, pues como recuerda PÉREZ VALLEJO (2013, 447), a mayor edad, peor salud y mayores dependencias.

Desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio, era previsible un aumento de la litigiosidad sobre la justificación de las diferencias de trato por motivos de edad, premisa que se complica si la persona discriminada reúne la condición de mujer y de persona con discapacidad, como ocurre en el citado Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal. Para dar respuesta a este tipo de conflicto, el TEDH ha introducido dos perspectivas que aquí se aprecian: la discriminación múltiple o interseccional, por una parte, y los estereotipos —particularmente aquellos relativos al género— para la evaluación de los posibles supuestos de discriminación.

2. DAÑOS Y DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

La referencia al derecho de daños en este trabajo no es tanto a la indemnización por discriminación, sino más bien, a la luz del Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais, a la discriminación en la indemnización. Es decir, cómo la utilización de estereotipos puede resultar discriminatoria en el cálculo de una indemnización por daños materiales y morales.

En efecto, la referida sentencia es pionera en este enfoque.

Hasta la fecha, la conexión entre derecho antidiscriminatorio y el derecho de daños estuvo en los remedios puestos a disposición de la persona que sufre discriminación. Así el artículo 10 de la Ley Orgánica de Igualdad dispone que «Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias». Bajo esta óptica, existe una amplia doctrina jurisprudencial, principalmente en el ámbito laboral, y son muchos los desafíos doctrinales que presenta, como por ejemplo, la posible configuración de unos *punitive damages* con valor disuasorio y preventivo o el eventual aumento de las indemnizaciones en los casos de discriminación múltiple (DE LAMA AYMA 2013, 310).

Con todo, desde el punto de vista de la discriminación en la fijación de la indemnización, nos encontramos con normas jurídicas pretendidamente neutrales desde una perspectiva de género o de cualquier otro factor de discriminación —como el artículo 1902 del Código Civil—. En consecuencia, aquí el foco debe ponerse en la aplicación de las normas, es decir, en el tratamiento que dan los tribunales ante la existencia de estereotipos o prejuicios hacia determinados colec-

tivos o características de las personas. Todo ello con el fin de evitar resoluciones judiciales discriminatorias.

II. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y ESTEREOTIPOS

En una sociedad globalizada y multicultural, resulta cada vez más compleja la configuración de la identidad de la ciudadanía en la que confluyen circunstancias y características que dificultan el tratamiento en igualdad y fomentan actuaciones públicas y privadas que promueven de modo directo o indirecto el trato desigual, no siempre justificado por criterios de razonabilidad y equidad.

Por ello, no sorprende que, en los últimos años, siguiendo la senda de los instrumentos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos, se haya producido una interesante correlación entre la construcción del concepto de la discriminación múltiple y la admisión del enfoque de los estereotipos en la evolución del derecho antidiscriminatorio europeo. En efecto, la resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013, sobre la eliminación de los estereotipos de género en la UE (2012/2116 [INI]) considera y explica que estos últimos se combinan frecuentemente con otros, como los estereotipos discriminatorios por motivos de edad, condición de migrante, orientación sexual, discapacidad, etc., y que por tanto afectan en mayor medida a las mujeres con múltiples identidades (GIMÉNEZ GLUCK, 2013, 57).

1. DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

La discriminación «interseccional» (*intersectional discrimination*) o múltiple¹ es un concepto que nace académicamente del trabajo de investigadoras feministas afroamericanas, destacadamente CRENSHAW, para indagar sobre la discriminación de mujeres afroamericanas por su doble condición, pero rápidamente fue alcanzando reconocimiento en textos internacionales, hasta su penetración en el Derecho de la Unión Europea. Con todo, en España, DE LAMA AYMÀ (2013, 273) ya advertía que, pese a la constatación del fenómeno, su recepción normativa consiste más en «referencias al término que a la definición de su concepto o su régimen jurídico»².

En el ámbito comunitario, el concepto de discriminación múltiple estuvo inicialmente vinculado a las políticas públicas, con el objetivo de identificar la interrelación de factores como la edad, el sexo, el origen étnico o la discapacidad, entre otros, para proponer medidas políticas que garanticen un acceso igualitario a los bienes y servicios. Paulatinamente ese planteamiento de las identidades complejas de cada persona se fue trasladando a la producción legislativa de normas antidiscriminatorias —como la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico— e, inevitablemente, está alcanzando la labor interpretativa de los tribunales.

2. ESTEREOTIPOS

El estereotipo es una imagen o idea arraigada en una sociedad y referido a las características de un determinado grupo de personas. Proporciona información

sobre los papeles sociales de sus miembros, permitiendo una rápida clasificación en categorías, de tal manera que se atribuyen a una persona ciertas cualidades y características por el mero hecho de pertenecer a un grupo. Están presentes en el lenguaje y en la expresión del pensamiento en las distintas sociedades, siendo objeto de estudio por diferentes ramas del conocimiento.

Estereotipar, en cuanto proceso, es ordenar el universo social agrupando las personas por categorías, prescindiendo del análisis individual de las circunstancias del sujeto analizado para atribuirle cualidades, características, acciones e intenciones. Las personas que forman parte de un cierto grupo social poseen atributos o características determinadas o tienen roles específicos asignados por construcciones sociales o culturales (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, 2015, 502).

No es nada sencillo determinar cuándo un estereotipo deja de ser una clasificación social o científica y pasa a ser dañino o perjudicial para el ejercicio de los derechos de una persona, pues al fin y al cabo, el derecho en su faceta normativa utiliza de modo constante, e inevitablemente, las generalizaciones y perfiles (TIMMER, 2015, 239) optimizando, principalmente con el recurso a datos estadísticos, el conocimiento de un entramado social.

Consecuentemente, no se trata de desconocer realidades sociales, biológicas o estadísticas³ o de descartar a priori el valor de las categorías⁴ — y tampoco de un tema de lenguaje «políticamente correcto» (VIVAS TESÓN, 2009, 1471)—, sino de determinar cuándo las técnicas de generalización y formación de categorías implican la violación de derechos fundamentales.

En lo que aquí interesa, los estereotipos de género pueden jugar un papel perjudicial para el ejercicio de los derechos de las mujeres en los procedimientos judiciales (RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, 2015, 501). Son asumidos como algo natural e innato y a menudo están profundamente arraigados en la sociedad, como normas sociales en muchas ocasiones invisibles, pudiendo conducir a una discriminación directa o indirecta. Actúan de una manera especialmente compleja en la configuración de discriminación interseccional, provocando muchos casos de discriminación indirecta.

Ahora bien, no es cuestión de perseguir la mera expresión de imágenes estereotipadas —aunque las mismas merezcan reproche social y políticas de erradicación⁵— sino que en sede probatoria, en los procedimientos judiciales, verificar en qué situaciones se ha abandonado la valoración individual, para sustituirla por la mera atribución de estereotipos ¿Para qué avanzar en el análisis del caso si ya sabemos que por ser mujer u hombre —y aquí se puede hablar de cualquier categoría— actuaron o deberían actuar, quisieron o deberían querer, necesitaron o deberían necesitar, de una determinada manera?

El derecho a una tutela judicial efectiva requiere que cada individuo reciba una valoración propia y única, y no la adjudicación de una apreciación prejuiciosa, sin tener en cuenta su individualidad.

Los estereotipos dañinos fijan identidades, intensifican la desigualdad y la discriminación, ya que ofrecen un discurso justificativo irracional del trato diferenciado. El mayor problema detectado es que crean jerarquías entre las diferentes categorías con el fin de negar o cerciorar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales a una persona. Generalizan en exceso y son resistentes a cualquier información nueva, puesto que se observan como naturales e inevitables. Consecuentemente, refuerzan la inequidad y promueven la discriminación.

En la doctrina norteamericana corresponde a Ruth BADER GINSBURG, en los años setenta del pasado siglo, inspirada en cierto modo por la experiencia de

las políticas públicas de igualdad suecas, un cambio decisivo en el enfoque de los estereotipos de género, en cuanto planteó ante los tribunales norteamericanos una serie de casos en que hombres veían mermados sus derechos por una atribución estereotipada de roles de género, en particular, la concesión de ayudas por el cuidado de mayores, permisos de paternidad, beneficios por maternidad. Hasta entonces los supuestos de violación de la Decimocuarta Enmienda de la Carta Magna norteamericana (principios de igualdad y de no discriminación) relativos a la discriminación por razón del sexo se habían llevado a cabo exclusivamente por mujeres demandantes (FRANKLIN, 2010, 84). Con esta estrategia de acciones judiciales promovidas por hombres se dirigió la atención de los tribunales hacia prácticas de atribución de roles —«proveedor de bienes y protector» frente a «ama de casa, madre, cuidadora»— que perpetuaban la discriminación entre mujeres y hombres.

Este punto de vista, que fue abriendo camino en los textos internacionales, es muy apropiado a la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres e inspiró todas las actuaciones normativas y judiciales sobre derecho antidiscriminatorio, pues los estereotipos pasan a conformar el análisis del hecho discriminatorio, es de decir, de la estimación de la existencia o no de un tratamiento diferenciado desfavorable o injusto hacia una persona por razón de su sexo, o de cualquier otra circunstancia (edad, raza o etnia, religión, orientación sexual, discapacidad, etc.).

No se busca combatir únicamente la inclusión de los estereotipos dañinos en las normas jurídicas, como cuando se establecen diferencias estereotipadas sobre el ejercicio de la responsabilidad parental. Se quiere atacar también las diferentes formas de perpetuación de los estereotipos perjudiciales —los medios de comunicación, la literatura, los sistemas educativos, etc.—, incluida la actuación de los jueces, cuya actividad tanto puede perpetuarlos como puede ser una poderosa herramienta para su eliminación, especialmente en los supuestos de violencia de género (CUSACK, 2014, 19).

Pues bien, directamente influido por la doctrina y jurisprudencia comparada, así como en aplicación de la legislación internacional y del CEDH, la jurisprudencia, tanto del TJUE como el TEDH, fue dando entrada a la valoración de los estereotipos como técnica antidiscriminatoria, especialmente en materia de género y de raza o etnia.

Las propuestas de acercamiento en la materia buscan en primer lugar detectar los estereotipos dañinos con el fin de restar sus efectos nocivos normativa y judicialmente.

Para el caso que va ocupar el núcleo de este artículo, el Asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais, interesan algunos estereotipos especialmente perjudiciales para la mujer madura o mayor.

En primer lugar, la imagen de la mujer cuidadora. Desde un punto de vista económico, las tareas relacionadas con el cuidado de los dependientes (hijos, personas discapacitadas) y del hogar familiar, no perciben remuneración y carecen de visibilidad respecto de su impacto en la economía de una sociedad, y en consecuencia, son desconsideradas por la misma⁶. Por ello, existe una dificultad añadida a la hora de tenerlas en cuenta, por ejemplo, para el cálculo de unos daños materiales o morales derivados de una acción u omisión que impida a una mujer seguir desempeñando dichas tareas⁷.

Para la mujer mayor, asimismo, es preciso tener que ponderar lo que describe PÉREZ VALLEJO (2013, 452) como la «prolongación del tradicional rol de mujer y madre, al rol de abuela solidaria y altruista».

Por lo que a la edad se refiere, e inicialmente con independencia del sexo, existe una corriente doctrinal influida por distintas ramas de las ciencias sociales que habla de *ageism*, que traducido por GETE ALONSO (2012, 118) como «edaísmo», entendido, en sus palabras, como «todas aquellas actitudes, conductas, valoraciones que, partiendo de determinados prejuicios o estereotipos comportan (se traducen) una discriminación hacia la persona por razón de edad».

En segundo lugar, y todavía respecto al caso comentado, están los estereotipos sobre la maternidad y la sexualidad de las mujeres. Ellos pueden llevar a que no se considere la individualidad de cada una, y se presuman intereses y necesidades que vinculan la sexualidad a la capacidad reproductiva.

Para terminar, en tercer lugar, en las situaciones en que convergen la situación de mujer y mayor, es frecuente que concorra algún grado de discapacidad, incrementando el margen de utilización de estereotipos negativos sobre la dependencia. Por ello, cumple recordar que el artículo 8.1 b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que «los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: ... b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida».

III. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El derecho a no ser discriminado está reconocido en numerosos instrumentos internacionales —especialmente la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en sus siglas en inglés)— y se enmarca en la conformación de los derechos humanos.

Concretamente, y para el Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais, interesa el artículo 14 CEDH «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», en relación con el artículo 8 CEDH «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

El derecho comunitario ha incidido directamente en la conformación del alcance del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo o por otras circunstancias o características que acompañan a los individuos o grupos, en los diferentes Estados miembros.

El artículo 19 (antiguo art. 13 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea posibilita que el Consejo —por unanimidad con arreglo a un

procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo— adopte «acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

El derecho antidiscriminatorio europeo se ha construido sobre la base de la consecución de la igualdad efectiva por medio de iniciativas transversales de eliminación de la discriminación en sus diferentes facetas. Centrada inicialmente en las políticas públicas de igualdad, las medidas no discriminatorias han penetrado — aunque más lentamente— también en la esfera del derecho privado. Sectores más permeables a esta perspectiva como el derecho del trabajo o el derecho de familia, con todo, no guardan la exclusividad de la acción antidiscriminatoria⁸.

Tribunales de referencia en materia de aplicación del principio de igualdad en la Unión Europea, el TJUE y el TEDH, fueron cimentando una teoría general del derecho antidiscriminatorio, conformada por una amplia casuística de carácter muy dinámico.

Por lo que atañe al reconocimiento de los estereotipos de género como factor de discriminación, antes de analizar la postura del TEDH, es preciso conocer algunas de las pioneras decisiones del TJUE en su labor interpretativa del derecho comunitario, especialmente en el ámbito del derecho social.

En ese sentido, el Tribunal de Justicia ha tomado la delantera en la identificación de los mitos y estereotipos, y en la tarea de sopesar su presencia en las normas comunitarias o en su aplicación. Interesa particularmente el debate relativo a la posible justificación de la diferencia de trato por motivos de edad introduciendo excepciones objetiva y razonablemente justificadas por una finalidad legítima, como las políticas de empleo, del mercado de trabajo o de la formación profesional, siempre a través de medios adecuados y necesarios para lograr el objetivo (STJUE de 13 de septiembre de 2011, Caso Reinhard Prigge, Michael Fromm, y Volker Lambach contra Deutsche Lufthansa AG).

Desde muy temprano se ha señalado la existencia de estereotipos de género, aunque sin abordarlos en la fundamentación jurídica de las resoluciones. En esa línea, la referencia a «trabajos de hombres» o del desempeño de trabajos nocturnos; pero, progresivamente se fue consolidando la perspectiva de los estereotipos en el análisis del hecho discriminatorio. Recientemente, la STJUE de 16 de julio de 2015 (Caso Maistrellis contra Ministerio de Justicia griego) en un supuesto de denegación de permiso parental porque la esposa no era trabajadora en activo, se fija que «una disposición como la que es objeto del litigio principal, lejos de garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre hombres y mujeres al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental», siguiendo el criterio también manifestado en la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Caso Pedro Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT), en la que se afirma que «el hecho de considerar, como sostiene el Gobierno español, que solo la madre que tenga la condición de trabajadora por cuenta ajena es titular del derecho a disfrutar del permiso controvertido en el litigio principal, en tanto que el padre que tenga la misma condición únicamente podría disfrutar de ese derecho, sin ser su titular, puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental».

2. CASOS EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha asumido en fechas recientes el valor de los estereotipos en la fundamentación de casos relativos a la discriminación por raza o étnica y por género (TIMMER, 2013, 240). Emerge la constatación⁹ de que determinadas normas tuvieron en cuenta estereotipos arraigados en la conciencia social, y que tal consideración debe formar parte del juicio sobre la razonable y objetiva justificación del trato diferenciado¹⁰.

La STEDH de 22 de marzo de 2012 (Caso Konstantin Markin contra Rusia) es emblemática en materia de estereotipos de género. Trata de una denegación de permiso de paternidad de tres años para el cuidado de un hijo menor de edad.

El Tribunal subraya que el avance de la igualdad de género en la actualidad es una obligación para los Estados europeos, por lo que únicamente circunstancias muy graves pueden justificar una diferencia de trato en función del sexo. En concreto, no se pueden imponer referencias a las tradiciones o las percepciones de la mayoría de la población de un Estado con el fin de fundamentar la razonabilidad.

Sobre el caso concreto afirma que «El Tribunal concluye que el reparto tradicional de roles entre los sexos en la sociedad no puede servir de justificación para la exclusión de los hombres, incluidos los que trabajan en el ejército, del permiso parental. Al igual que la Sala, la Gran Sala considera que los estereotipos ligados al sexo, como la idea de que son las mujeres quienes se ocupan de los niños, mientras que los hombres ganan dinero, no puede, en sí misma constituir una justificación válida de la diferencia de trato en cuestión, de la misma manera como tampoco lo pueden los estereotipos de mismo tipo basado en la raza, origen, color u orientación sexual»¹¹.

Este caso representó un importante cambio de criterio del TEDH respecto del contenido en la STEDH de 28 de febrero de 1998 (Caso Petrovic contra Austria), referido a la negación de un permiso de paternidad para atender a su hijo después del nacimiento. En ese momento la legislación austríaca reservaba ese permiso exclusivamente para las madres. El TEDH no lo estimó contrario al artículo 14 CEDH debido a la falta de uniformidad en las legislaciones de los Estados sobre la materia. De hecho, en el Asunto Konstantin Markin, el gobierno ruso alegó dicho precedente, pero el Tribunal apreció la evolución legislativa en los Estados con relación a esta materia, de la que, en la actualidad, se desprende un consenso respecto a que tanto el padre como la madre pueden solicitar y obtener un permiso de paternidad o maternidad, prueba de una verdadera evolución de la sociedad europea hacia modelos más igualitarios en las relaciones parentales.

A modo de precedente del Caso Konstantin Markin, el Tribunal europeo ya había puesto de manifiesto la necesidad de que los Estados fundamenten sus normas que contengan tratos diferenciados de acuerdo con principios racionales y no sobre patrones sociales o pautas culturales. Así ocurrió en DH y otros contra la República Checa (STEDH de 13 de noviembre de 2007) sobre la segregación de estudiantes gitanos en la educación primaria y en la que se manifestaba, entre otros, el estereotipo de que los progenitores de niños romaníes tienen una actitud negativa hacia el trabajo escolar¹², o en Andriele contra la República Checa (STEDH de 17 de febrero de 2011), que consideró que el sistema de pensiones de ese país estaba basado en el estereotipo del varón proveedor y mujer responsable del hogar.

Otro avance en la jurisprudencia del TEDH es la consideración de los estereotipos de género como un factor de discriminación más allá del método comparativo. Al compás de un sector doctrinal que propugna superar el método comparativo y avanzar hacia un test de la desventaja (GOLDBERG, 2011, 728), en

el Caso Bayev y otros contra Rusia (STEDH de 20 de junio de 2017) sin utilizar ningún elemento de comparación, entiende que la legislación rusa que prohíbe cualquier manifestación pública sobre la homosexualidad —v.gr. una marcha reivindicativa de derechos— en presencia de menores es discriminatoria en sí misma. Este enfoque tiene una importancia destacada en sede de estereotipos insertados en casos de discriminación múltiple, pues la aplicación del «rol de situación comparable» es especialmente difícil en esas situaciones (DE LAMA AYMÀ [2013, 273]).

IV. EL CASO CARVALHO PINTO DE SOUSA MORAIS CONTRA PORTUGAL

1. HECHOS

Después de un cuadro de molestias, en mayo de 1995, la demandante se sometió a una cirugía ginecológica, en un hospital perteneciente al sistema público de salud portugués, para la extirpación de las glándulas bartolinas. Una vez dada de alta comenzó a experimentar un dolor intenso y una pérdida de sensibilidad en la vagina. Sufría incontinencia urinaria, tenía dificultades para sentarse y caminar, y no podía tener relaciones sexuales.

En una clínica privada, le diagnosticaron una lesión del nervio pudendo del lado izquierdo, sufrida como resultado de la referida intervención quirúrgica.

Así las cosas, el 26 de abril de 2000, Dña. Maria Ivone interpuso una demanda ante el Tribunal Administrativo de Lisboa contra el Hospital, en virtud de la Ley de Responsabilidad del Estado (Ley de Responsabilidad Civil Extracontractual por Hecho ilícito), solicitando una indemnización de 70.579.779 escudos, aproximadamente 325.050 euros, de los cuales 50.000.000 (249.399 euros) correspondieron a daños morales debido a la discapacidad física causada por la operación.

En la sentencia de primera instancia se ha reconocido el error médico, derivado de una actuación negligente del cirujano, según los parámetros del *lex artis*, y que había provocado importantes daños patrimoniales y morales, indemnizados con una cantidad de 80.000 euros en concepto de daños morales y de 92.000 euros por daños materiales, de los cuales 16.000 euros tenían por fin la contratación de los servicios de una persona para auxiliar a la demandante en las tareas domésticas.

Para llegar a esta conclusión consideró probados los siguientes hechos: a) que la demandante había sufrido desde 1995 una discapacidad general permanente del 73% y que la misma había sido consecuencia del corte del nervio pudendo izquierdo; b) que después de haber sido dada de alta del hospital, ella se había quejado del dolor asociado con la insensibilidad en la parte del cuerpo que había sido operada y que se había hinchado; c) el nervio pudendo izquierdo se había lesionado en la operación, lo que había derivado en el dolor que la demandante estaba sufriendo, así como en la pérdida de sensibilidad y en la hinchazón en el área vaginal; d) la demandante sufrió una disminución en la sensibilidad vaginal debido a la lesión parcial del nervio pudendo izquierdo.

Esta sentencia fue recurrida, ante el Supremo Tribunal Administrativo de Portugal (STA), que en sentencia de 9 de octubre de 2014, confirma los extremos relativos a la condena a una indemnización por daños y perjuicios, pero disminuye el valor del importe relativo a los daños materiales. En concreto, la cifra de 16.000 euros en concepto de contratación de personal doméstico se redujo a 6000 euros, por considerarlas excesivas, y los 80.000 relativos a los daños morales

a 50.000 euros sobre la base de que la demandante ya padecía trastornos físicos y psicológicos con anterioridad a la intervención.

Dos de los argumentos utilizados para la referida disminución están en la base de la demanda posteriormente presentada ante el TEDH. Por un lado, se afirmó que «no debe olvidarse que al momento de la operación la demandante ya tenía 50 años y tenía dos hijos, es decir, una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años más jóvenes, su importancia disminuye con la edad», y por otra parte, que «teniendo en cuenta la edad de los niños, ella [la demandante] probablemente solo necesite cuidar a su esposo, lo cual nos lleva a la conclusión de que no precisa contratar a una persona a tiempo completo».

2. LA DEMANDA Y EL FALLO

En el recurso planteado ante el TEDH la demandante alega violación del artículo 14 CEDH, conjuntamente con el artículo 8, ya que el Supremo Tribunal Administrativo portugués la había discriminado por su sexo y edad. En particular, se quejaba de la reducción del importe concedido en concepto de daños morales, y por el hecho de que no se hubiese tenido en cuenta la importancia de una vida sexual para ella como mujer.

El juicio comparativo propuesto por la demandante trae a colación dos sentencias del Supremo Tribunal de Justicia portugués (STJ). La primera de 4 de marzo de 2008, que examinó si la cantidad fijada para la indemnización de los daños morales —en un caso de negligencia médica— por un hombre de 59 años que sufrió una prostatectomía completa y que le causó impotencia e incontinencia urinaria, era excesiva o no. La indemnización de 224.459,05 euros en concepto de daños morales se consideró apropiada ya que, según el criterio del Tribunal, las consecuencias de la intervención quirúrgica son devastadoras e irreversibles. Destaca que a esa edad el demandante «experimentó un cambio radical en su vida social, familiar y personal ya que es impotente e incontinente y nunca más podrá vivir la vida como solía hacerlo. Ahora es una persona cuya vida es física y psicológicamente dolorosa y, por lo tanto, ha sufrido consecuencias irreversibles. No es irracional afirmar que su autoestima ha sufrido un tremendo impacto».

La segunda resolución, de 26 de junio de 2014, sobre una indemnización de 100.000 euros fijada en concepto de daños morales, para un caso en que un hombre había sido diagnosticado erróneamente con cáncer y, en consecuencia, se le había practicado una prostatectomía. El Tribunal consideró que la indemnización no era excesiva, puesto que el demandante de 55 años había sufrido un fuerte impacto emocional debido al diagnóstico de cáncer, y que además la prostatectomía había tenido un efecto permanente en su vida sexual.

Frente a estos planteamientos, el gobierno portugués argumentó que no hubo discriminación por sexo y edad en el caso examinado, pues la reducción de la indemnización tuvo como fundamento la concurrencia de distintas causas, además de la intervención médica, en particular, el hecho de que la demandante ya presentaba un cuadro clínico y psicológico complejo. En suma, que la cirugía simplemente había agravado lo que ya era una situación difícil. Reconoce el uso desafortunado de los términos para referirse a la vida sexual de la demandante, pero enmarca el resultado en un juicio razonable y proporcionado de fijación de los daños al caso concreto. En otro orden de cosas, pone en tela de juicio los dos casos alegados por la demandante a efectos comparativos, pues, según argumenta, corresponderían a supuestos fácticos muy distintos.

Con la fundamentación jurídica que a continuación se analizará, ante todo lo expuesto, el TEDH consideró por mayoría de cinco votos a dos que hubo violación del artículo 14 CEDH, interpretado a la luz del artículo 8 CEDH y, en consecuencia, el Estado portugués debe pagar a la demandante 3.250 euros en concepto de daños morales, más 2.460 por costes y gastos legales.

El fallo por mayoría fue publicado acompañado de dos votos discordantes reflejados en una única opinión y dos opiniones concordantes redactadas separadamente.

3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL FALLO: JUICIO COMPARATIVO Y ESTEREOTIPOS

Para decidir sobre si hubo o no una violación del artículo 14, en relación con el artículo 8 del CEDH, se apreció la legislación nacional portuguesa relevante al caso (regulación constitucional de los derechos fundamentales, normas de su Código Civil y legislación administrativa aplicables a la responsabilidad civil del Estado), así como la legislación internacional. En concreto, se remite a los artículos 1, 2 y 5 de la CEDAW, con mención expresa al documento de Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados de Portugal, relativos al encuentro de 28 de octubre de 2015 (CEDAW/C/PRT/CO/8-9), en la que se hace un ruego al Estado para que avance en una estrategia integral para combatir los estereotipos discriminatorios.

Todavía en materia de legislación internacional, considera legislación relevante para el asunto, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), de 5 de mayo de 2011, en particular sus artículos 1 y 121 según el cual «Las Partes tomarán las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres».

También se estima el contenido de dos Informes sobre la situación de los derechos de las mujeres en Portugal. Por un lado, el Informe de la Relatora especial de Naciones Unidas, Gabriela KNAUL, sobre la independencia de los magistrados y abogados, en su visita a Portugal del 27 de enero al 3 de febrero de 2015, emitido el 29 de junio de 2015 (A/HRC/29/26/add4), y que destaca en su punto 72 la necesidad de una mejor formación y sensibilización para evitar la repetición de prejuicios en las resoluciones judiciales, así como la toma de medidas contradictorias. En segundo lugar, el Informe del Observatorio Permanente de la Justicia Portuguesa, elaborado a petición de la Comisión de Ciudadanía e Igualdad de Género en noviembre de 2016, sobre cómo las autoridades judiciales se ocupan de los casos de violencia doméstica, en el que se señala que las decisiones de los magistrados portugueses difieren bastante entre sí, dependiendo de los antecedentes económicos, culturales y sociales del acusado. En especial manifiesta su preocupación por el sexismo legal e institucional prevaleciente, ejemplificado en un supuesto en que se suspende la ejecución de una pena de cárcel relativa a la agresión de un hombre a su esposa, en atención a que ella mantuvo relaciones sexuales con otros hombres¹³.

Toma en consideración, además, los casos aportados por la demandante, es decir, las citadas sentencias del Supremo Tribunal de Justicia portugués, de 4 de marzo de 2008 y 26 de junio de 2014.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales, la fundamentación jurídica tiene como eje central el enfoque de los estereotipos de género como elemento discriminatorio, en este caso, en una acción judicial.

El Tribunal comienza destacando que el avance de la igualdad de género es hoy un objetivo importante para los Estados miembros del Consejo de Europa y que resulta inexcusable presentar razones especialmente singulares, capaces de sustentar que cualquier diferencia de trato pueda considerarse compatible con el Convenio.

Sobre los estereotipos de género, la STEDH de 25 de julio de 2017 recuerda que, en particular, las referencias a tradiciones, suposiciones generales o actitudes sociales predominantes en un país en particular son una justificación insuficiente para una diferencia de trato por razón de sexo¹⁴. Asimismo, enfatiza que impiden una evaluación individualizada sobre la capacidad y necesidades de la persona discriminada¹⁵.

En la aplicación de la doctrina de la Corte al caso, subraya que la fundamentación dada por el Tribunal portugués se basó, entre otros aspectos, en dos circunstancias estereotipadas. Por un lado, la consideración de que la demandante ya tenía cincuenta años en el momento de la cirugía, una edad en la que la sexualidad «no es tan importante» como en edades más jóvenes, y que asimismo, ella ya tenía dos hijos.

Por otro lado, el TEDH subraya la argumentación y la consiguiente reducción de la indemnización consistente en un importe destinado a la contratación de una persona para las tareas domésticas toda vez que, considerando la edad de los hijos, ella solo necesitaría «cuidar del marido».

Sin entrar en los valores fijados para la indemnización en el caso examinado, e incluso, reconociendo que puede ser justificable en otros supuestos controvertidos la edad y el sexo para la concreción de las partidas resarcitorias, el Tribunal centra el problema discriminatorio en la presuposición basada en una visión tradicional —alejada de un juicio adecuado al caso concreto— de que la sexualidad femenina está esencialmente vinculada a la reproducción, ignorando su relevancia física y psicológica para la autorrealización de la mujer como persona¹⁶.

Para el TEDH la motivación de la rebaja del monto de la indemnización por daños morales no es cuestión de una «redacción desafortunada», como mantuvo el Gobierno portugués, sino que la edad y el sexo de la solicitante parecen haber sido factores decisivos para el resultado final, introduciendo una diferencia de trato basada en esos motivos¹⁷. De igual modo, esos elementos discriminatorios estuvieron presentes en la reducción del importe destinado a la contratación de una persona para las tareas domésticas, en la medida en que reproducían una visión estereotipada de las necesidades de la demandante, sin una valoración individual.

En opinión del Tribunal, esas consideraciones muestran los prejuicios que prevalecen en la judicatura en Portugal, como se señala el citado Informe del 29 de junio de 2015 del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados, y las observaciones finales del Comité de la CEDAW sobre la necesidad de que el Estado demandado aborde el problema de los estereotipos discriminatorios basados en el género. También confirman las observaciones e inquietudes expresadas por el Observatorio Permanente de la Justicia de Portugal sobre el sexismo imperante en las instituciones judiciales en su informe de noviembre de 2016 sobre la violencia doméstica.

4. OPINIONES DISIDENTES Y CONCORDANTES

Pues bien, en la opinión disidente y en los dos votos concordantes se pueden ubicar la esencia de los argumentos y el valor de la decisión objeto de comentario. En ellos se debate dos perspectivas sobre el protagonismo de los estereotipos y de la multiplicidad de factores discriminatorios en la conformación de un caso, precisamente de discriminación.

Técnicamente, las posturas enfrentadas se han centrado en el peso del elemento comparativo en la conformación de un hecho discriminatorio objeto de sanción jurídica, pero no se puede obviar un cierto trasfondo filosófico cuando se lee el reproche final de los dos jueces firmantes de la opinión discordante en cuanto afirman que el supuesto controvertido carece de base sólida para conformar un supuesto discriminatorio y que «si un Juez tiene la intención de enviar un mensaje sobre un tema jurídico de relevancia general debe esperar el caso correcto para hacerlo, pues de lo contrario, él o ella simplemente se involucraría en política. No es más que una cuestión de legitimidad».

La opinión disidente de los jueces Ravarani y Bosnjak se resume en un único y detallado voto que defiende que la demandante no fue víctima de discriminación. Con este fin, advierten que los argumentos que sostienen esa conclusión son esencialmente metodológicos. En particular, insisten en la aplicación incorrecta del método comparativo en el juicio discriminatorio en cuestión y en la ausencia de una discriminación múltiple.

Así las cosas, empiezan poniendo de manifiesto la necesidad de utilizar el método de los tres pasos, presente en la jurisprudencia sobre derecho antidiscriminatorio. Señalan que, en primer lugar, es preciso identificar dos categorías de personas que son comparables y distinguibles, ya que del artículo 14 CEDH se desprende que la discriminación se contempla a la luz de la pertenencia de una persona a un grupo; en segundo lugar, procede determinar si los miembros de estas dos categorías de personas son en realidad tratadas de una manera diferente; y por último, si el trato es distinto, procederá examinar si esta diferenciación presenta una justificación objetiva y razonable.

Para ellos, la alegación de que la demandante fue discriminada por motivos de sexo y edad requiere una comparación con otros supuestos en los que hombres de edad similar hayan solicitado indemnización por incapacidad para mantener relaciones sexuales para, seguidamente dilucidar, si concurre una diferencia que conlleve una desventaja relativa de un grupo de personas en comparación con otro.

Descartada la existencia de normas discriminatorias en el derecho portugués sobre la materia, el análisis se centra en la valoración judicial de los daños en el caso concreto. Es ahí, donde los jueces discordantes no aprecian discriminación toda vez que, a su juicio, no concursan decisiones judiciales en las que hombres y mujeres sean sistemáticamente tratados de modo desigual. Los dos casos aportados por la demandante como elemento de comparación no conforman, en su opinión, jurisprudencia en sentido estricto, pues cualitativa y cuantitativamente no cumplen los requisitos para dicha consideración. De modo retórico se preguntan si dos sentencias pueden ser equivalente a la noción de jurisprudencia, y enfatizan que ambas resoluciones presentadas para la comparación emanan de situaciones fácticamente muy distintas y que no se trata de una cuestión de género, sino, en sus palabras, de un tema exclusivamente de edad.

A continuación, combaten el argumento de que se utilizaron estereotipos de género en la decisión del tribunal administrativo portugués, pues su uso podría

eliminar el valor esencial del método comparativo. Mantienen que los estereotipos no tuvieron un peso determinante en la mitigación de los daños, ya que el tribunal nacional sopesó factores, como los antecedentes médicos y psicológicos de la víctima del daño, siendo la edad una cuestión secundaria.

Reparemos que ellos ya parten de que el género no se tuvo en cuenta y que era una cuestión de edad. Por consiguiente, a pesar de la literalidad del fallo impugnado, afirman, sobre la posibilidad de detectar un estereotipo de género «el juicio impugnado *no usa un lenguaje* que apunta en tal dirección».

Frente a esa visión, las opiniones concordantes presentadas de modo separado por las juezas Yudkivska y Motoc contienen un concienzudo repaso sobre la doctrina de los estereotipos de género en la jurisprudencia del TEDH, tomando como referencia, asimismo, la doctrina científica sobre la materia y la experiencia en derecho comparado, especialmente la jurisprudencia norteamericana y el derecho sudafricano, e incluso con diversas referencias literarias para ilustrar la presencia arraigada de estereotipos en la sociedad. Parece especialmente destacado el valor que han dado al lenguaje de las decisiones judiciales como elemento discriminatorio *per se*, en cuanto demuestren objetivamente que se ha utilizado el estereotipo en la conformación del ilícito discriminatorio.

En el voto de la jueza Yudkivska, la preocupación es detectar los estereotipos utilizados. Pone de manifiesto que el Supremo Tribunal Administrativo portugués —en consonancia con las «mejores tradiciones patriarcales»— conecta la vida sexual de la mujer con la procreación, punto en el que evidencia la discriminación por género, aunque la referencia literal se haga exclusivamente a la edad. Es, en su opinión, un claro supuesto de discriminación por sexo y edad, conclusión que considera más destacada si se tienen en cuenta los citados juicios de comparación, en los que, en casos similares relativos a hombres, la edad no se ha mencionado como elemento para rebajar las correspondientes indemnizaciones.

En respuesta a los votos disidentes, mantiene que los estereotipos dañinos afectaron la evaluación judicial de los daños, pues si bien es cierto que se consideraron otros factores, la redacción del fallo denota que sí se sopesaron los estereotipos, y matiza que, incluso, si su peso fue inferior en la adopción del fallo, el mero hecho de tomarlos en consideración ya representa un ataque a la dignidad personal de la demandante. La cuestión, puntualiza, es que los estereotipos perjudiciales y la percepción desfasada de los roles de género no tienen cabida en una evaluación judicial razonable.

Destaca, frente a la opinión discordante, que es cierto que un número cuantitativo y cualitativo más elevado de casos para comparar facilita el juicio sobre la discriminación, pero en el supuesto objeto de análisis, a la luz de decisiones anteriores del propio TEDH, no es necesaria una larga lista de casos similares para comparar, con el fin de encontrar discriminación, puesto que el lenguaje de la sentencia del 9 de octubre de 2014 del Supremo Tribunal Administrativo portugués es discriminatorio en sí mismo, pues no se refiere a las necesidades físicas diferenciales de hombres y mujeres, sino a la persistente percepción de que el enfoque principal de la vida sexual de una mujer es la función reproductiva.

Plantea que, con carácter general, puede ser razonable tener en cuenta la edad del reclamante para determinar el monto de los daños que se otorgarán; es evidente que un demandante más joven probablemente tendrá que vivir con una lesión determinada durante más tiempo que otro de mayor edad. Incluso podría ser razonable, en un caso que implique una pérdida física de la capacidad de tener relaciones sexuales, considerar si un reclamante se ve o no afectado por la incapacidad de tener hijos. Sin embargo, es irracional y degradante que el

Tribunal Administrativo especule sobre la vida sexual de la solicitante para hacer una presunción al respecto, basada en una generalización. En ese punto, no se tomó la molestia de evaluar la situación individual de la demandante, y estaba dirigido exclusivamente por un cliché perjudicial.

De igual modo, el voto concordante de la jueza Motoc enfoca el Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais en la senda de la eliminación de los prejuicios y estereotipos de género, puesto que el TEDH puede y debe dirigirse hacia las más profundas raíces de la discriminación.

Después de revisar el recorrido de los principales casos del TEDH que discutieron el tema de los estereotipos, encuentra que el presente caso es pionero en el análisis de dos de ellos: a) estereotipo sexual, relativo a diferencias físicas y biológicas (falta de interés sexual, después de los 50 años), y b) estereotipo de género, concerniente al rol social y comportamiento de las mujeres (cuidado del hogar y del marido).

Desde un punto de vista procesal, insiste en que el test de la comparación no es adecuado a los casos de estereotipación. Para el análisis de la desventaja es suficiente demostrar que los estereotipos son perjudiciales para el grupo al que pertenece la demandante y que la norma o resolución judicial o administrativa aplicada por el Estado se basa en dichos estereotipos.

Concluye que la igualdad de género sigue siendo un objetivo que debe alcanzarse, y abordar las profundas raíces de la desigualdad en forma de estereotipos es un medio importante para lograrlo.

5. VALORACIÓN CRÍTICA

Las decisiones judiciales basadas en estereotipos o prejuicios no valoran adecuadamente las necesidades, capacidades o circunstancias reales de una persona y, por lo tanto, distorsionan la verdad y comprometen la imparcialidad de los jueces (CUSAK, 2014, 22). En la sentencia del TEDH comentada, el elemento esencial para escudriñar una posible discriminación por parte de los tribunales portugueses es la construcción jurídica de los estereotipos de género.

En mi opinión, el enfoque múltiple o interseccional fue decisivo para el resultado alcanzado. Es cierto que en el fallo no se desarrolla el impacto de la discriminación múltiple, pero ella está en la esencia de la determinación del grupo al que pertenece la persona discriminada por los estereotipos: mujeres mayores de cincuenta años. La importancia de la consideración única de los dos factores es indiscutible, máxime si se tiene en cuenta el argumento barajado por los jueces disidentes que esgrimen que se trató en todo caso de una cuestión de edad, y nunca de género. En ese sentido, el enfoque interseccional fortalece la posición de la demandante a la hora de identificar los patrones que llevaron a la discriminación.

En este punto, especialmente en lo que concierne al estereotipo de la mujer cuidadora, creo que hubiese sido necesario un enfoque interseccional referido también a la condición de persona con discapacidad de la demandante. Ella tenía reconocida una discapacidad del 73% y la estimación de la necesidad de contratación de una persona para auxiliarla en las tareas domésticas se hace exclusivamente desde la perspectiva del cuidado del marido y de que ella ya no precisaría tanto apoyo, puesto que los hijos no conviven en el hogar. Se aplicó el estereotipo negativo sin valorar sus necesidades reales e individuales como mujer con discapacidad.

Una mujer a la que se le reconoce un grado tan elevado de dependencia no puede ver supeditada la valoración de los daños materiales sufridos por la negligencia médica a la presencia de un marido o de hijos en el hogar. Por ese motivo, entiendo que en el análisis del elemento interseccional faltó la perspectiva de la discapacidad que se une a la condición de mujer y mayor de la demandante. La apreciación conjunta de los tres elementos compone una fotografía más exacta del hecho discriminatorio objeto de evaluación por el Tribunal europeo.

V. CONCLUSIONES

I. El combate normativo y judicial a los estereotipos de género resulta útil para crear un entorno jurídico menos agresivo con las víctimas de discriminación. En el Caso Carvalho Pinto de Sousa de Moraes, el voto concordante de la jueza Yudkivska, siguiendo en trabajo de CUSACK, incide en su impacto respecto de los juicios relativos a la violencia contra la mujer, pero el alcance es mucho más amplio.

Identificar los mitos y estereotipos que pueden dificultar la imparcialidad de un enjuiciamiento y neutralizar sus efectos perjudiciales favorece la tutela judicial efectiva, y garantiza el ejercicio de los derechos y libertades en igualdad.

II. En esa línea, el derrumbe de los estereotipos dañinos de género, a pesar de la resistencia de algunos sectores académicos y judiciales, es una herramienta adecuada para avanzar en la igualdad entre mujeres y hombres, principalmente si se tiene en cuenta que trabaja en ambos sentidos, ya que la neutralización de ciertos estereotipos especialmente vinculados a los roles de género, pueden servir para fundamentar un trato más igualitario también para los hombres. Por ejemplo, sirve de apoyo para la determinación de la custodia compartida en los supuestos de ruptura de la relación entre los progenitores, en la medida en que permite indagar sobre la necesidad concreta del menor en cada caso, abandonando el foco de la mujer cuidadora y hombre proveedor, para adentrarse en una visión de la responsabilidad parental libre de los estereotipos de género, y marcada exclusivamente —o al menos esencialmente— por el interés superior del menor.

III. El Caso Carvalho Pinto de Sousa Moraes representa un hito en la conformación de la discriminación por sexo y edad. Desde un punto de vista más técnico, refuerza la idea de que la presencia relevante de estereotipos discriminatorios no requiere una valoración comparativa excesiva, pues la utilización de dichos estereotipos puede resultar en sí misma una acción discriminatoria.

Enfatiza el valor del lenguaje en la formación de la acción discriminatoria, y emplea fuentes normativas de calidad, en ocasiones soslayadas por los Tribunales nacionales, como la CEDAW y el Convenio de Estambul.

IV. Sin restar esa valoración extremadamente positiva, llama la atención que no se haya tenido en cuenta, manifiestamente desde el punto de vista de la propia demandante, su condición de mujer con discapacidad, puesto que se utilizó el estereotipo de género para disminuir la indemnización, obviando la valoración individual de la conveniencia de contratar una persona para atender a sus necesidades.

V. Merece una especial mención la aportación doctrinal de las opiniones concordantes, a los efectos de eliminar la utilización de estereotipos de género por parte de los tribunales. La jueza Yudkivska se pregunta si ¿no hay ecos de este estereotipo dominante en la sentencia del Supremo Tribunal Administrativo de Portugal? Esa reflexión es esencial, desde el punto de vista comunitario, para

todos los tribunales de los Estados miembros, y en el caso portugués, objeto del análisis, basta con observar el contenido de alguna reciente sentencia sobre violencia de género, para concluir que todavía queda mucho trabajo por delante¹⁸.

VI. Poco más que añadir, por ello cierro reiterando la reflexión final de la jueza Motoc: «La igualdad de género sigue siendo un objetivo que debe alcanzarse, y abordar las profundas raíces de la desigualdad en forma de estereotipos es un medio importante para alcanzar este objetivo».

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CUSACK, S. (2014). *Eliminating Judicial Stereotyping. Final paper submitted to the Office of the High Commissioner for Human Rights on 9 June 2014*. Disponible en stereotypingandlaw.wordpress.com Fecha de la consulta 13 de noviembre de 2017.
- DE LAMA AYMÀ, A. (2013). Discriminación múltiple. *Anuario de Derecho Civil*, vol. LXVI, 271-320.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, G. (2015). Los Estereotipos de Género en los Procedimientos Judiciales por Violencia de Género: El Papel del Comité CEDAW en la Eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación. *Oñati Socio-legal Series [online]*, vol. 5 (2), 498-519. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2611539>
- FERRANT G., PESANDO, L.M. y NOWACKA, K. (2014). *Unpaid Care Work: The missing link in the analysis of gender gaps in labour outcomes*, OECD Development Centre. Consultado en https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid_care_work.pdf
- FRANKLIN, C. (2010). The anti-stereotyping principle in constitutional sex Discrimination Law. *New York University Law Review*, vol. 85, 83-173.
- GETE ALONSO, M.C. (2012). Discriminación por edad y derecho privado. En: S. Navas Navarro (coord.), *Iguales y Diferentes ante el Derecho Privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 103-186.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2013). La legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea ante la multidiscriminación. En: R. Serra Cristóbal (coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 45-70.
- GOLDBERG, S.B. (2011). Discrimination by Comparison. *The Yale Law Journal*, vol. 120, 728-812.
- GURUL, S. (2017). Challenging Gender Stereotyping before the ECtHR: Case of Carvalho Pinto v. Portugal, *EJIL: Talk! (Blog of the European Journal of International Law)*. Consultado en <https://www.ejiltalk.org/challenging-gender-stereotyping-before-the-ecthr-case-of-carvalho-pinto-v-portugal/>
- MORETÓN SANZ (2014). Apuntes sobre la perspectiva de género ante el derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En: *El futuro de las políticas sociales desde el nacimiento hasta la senectud: la mujer como protagonista* (Dir. María Crespo Garrido y M.^a Fernanda Moretón Sanz), Colección Políticas de Bienestar Social. Presentación a cargo de Carmen Alemán. Valencia: Tirant lo Blanch, 343-352.
- (2007). Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Sección Asuntos*

- Sociales*, 70 (ejemplar dedicado a Mayores, autonomía personal y atención a la dependencia), 45-70.
- SPANIER, B., DORON, I., y MILMAN-SIVAN, F. (2013). Older Persons' use of the European Court of Human Rights. *J Cross Cult Gerontol*, vol. 28, 407-420.
- STARK, B. (2012). Anti-stereotyping and «The end of men». *Boston University Law Review*, Vol. 92:1, 1-12.
- TIMMER, A. (2015). Judging Stereotypes: What the European Court of Human Rights Can Borrow from American and Canadian Equal Protection Law. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 63, 239-284.
- VIVAS TESÓN, I. (2009). Mujer y discapacidad. En: *Investigación y género: avance en las distintas áreas del conocimiento*, Sevilla, 1469-1488.

VII. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH (Sección 4.^a) de 25 de julio de 2017. Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais contra Portugal (*JUR* 2017, 207155).
- STEDH de 20 de junio de 2017 (Sección 3.^a). Caso Bayev y otros contra Rusia (*JUR* 2017, 161101).
- STEDH (Sección 2.^a) de 28 de enero de 2013. Caso Horvath y Kiss contra Hungría (TEDH 2013, 15).
- STEDH (Gran Sala) de 15 de marzo de 2012. Caso Aksu contra Turquía (*JUR* 2010, 261980).
- STEDH (Sección 5.^a) de 17 de febrero de 2011. Caso Andrle contra la República Checa (TEDH 2011, 23).
- STEDH (Sección 4.^a) de 13 de julio de 2010. Caso Clift contra Reino Unido (*JUR* 2010, 234094).
- STEDH (Sección 1.^a) de 10 de junio de 2010. Caso Schwizgebel contra Suiza (TEDH 2010, 79).
- STEDH (Sección 2.^a) de 20 de mayo de 2010. Caso Alajos Kiss contra Hungría (*JUR* 2010, 160970).
- STEDH (Gran Sala) de 12 de abril de 2006. Caso Stec y otros contra Reino Unido (TEDH 2006, 28).
- STEDH (Gran Sala) de 22 de marzo de 2012. Caso Konstantin Markin contra Rusia (*JUR* 2012, 107695).
- STEDH (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2007. Caso D.H. y otros versus República Checa (*JUR* 2007, 329300).
- STEDH (Sección 4.^a) de 16 de noviembre de 2004. Caso Ünal Tekeli contra Turquía (TEDH 2004, 88).
- STEDH de 28 de febrero de 1998. Caso Petrovic contra Austria (TEDH 1998, 66).
- STEDH de 24 de junio de 1993. Caso Schuler-Zraggen contra Suiza (TEDH 1993, 28).
- STEDH de 28 de mayo de 1985. Caso Abdulaziz y otros contra Reino Unido (TEDH 1985, 8).
- STEDH de 13 de junio de 1979. Caso Marckx contra Bélgica (TEDH 1979/2).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE (Sala Primera) de 18 de octubre de 2017. Caso Kalliri (TJCE 2017, 192).

- STJUE (Gran Sala) de 16 de noviembre de 2016. Caso Gorka Salaberriá Sorondo contra Academia Vasca de Policía (TJCE 2016, 298).
- STJUE (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2015. Caso Maistrellis (TJCE 2015, 306).
- STJUE (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2011. Caso Reinhard Prigge, Michael Fromm, y Volker Lambach contra Deutsche Lufthansa AG (TJCE 2011, 261).
- STJCE de 13 de marzo de 1997 (Sala Quinta). Caso Comisión contra Francia (TJCE 1997, 52).
- STJCE (Pleno) de 15 de mayo de 1986. Caso Johnston contra Royal Ulster Constabulary (TJCE 1986, 86).

NOTAS

¹ Utilizo las expresiones como sinónimas, pero sus conceptos están más delimitados por la doctrina y por la jurisprudencia internacional, comparada y comunitaria. *Vid.* la clasificación de la discriminación múltiple en DE LAMA AYMA, A. (2013, 273). Así la discriminación interseccional sería aquella donde varios motivos o factores de discriminación interactúan de manera simultánea produciendo una nueva situación de discriminación o agravando una ya existente. La ventaja de este enfoque es que revela que no estamos ante una mera acumulación de discriminaciones «sino ante una discriminación analíticamente diferente» (GIMÉNEZ GLUCK, 2013, 59).

² La Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad hace referencia a la discriminación múltiple en su Exposición de Motivos, pero después no desarrolla la figura, más allá de la mención de la combinación de varios motivos de discriminación y la descripción de supuestos de doble discriminación.

³ Incluso porque, el trato diferenciado por categorías puede favorecer un trato más igualitario de las mujeres, como en el supuesto de exigencia de una estatura inferior para las mujeres, a los efectos del ingreso en Cuerpos y Fuerzas de seguridad (STJUE de 18 de octubre de 2017. Caso Kalliri).

⁴ La aplicación de categorías relacionadas con la edad puede estar justificada en normativas que tengan en cuenta el ejercicio de actividades que requieren determinado condicionamiento físico. Así, el caso Gorka Salaberriá Sorondo contra Academia Vasca de Policía y Emergencias (STJUE de 16 de noviembre de 2016).

⁵ Especialmente las políticas que promuevan la eliminación de los estereotipos en la educación o en los medios de comunicación.

⁶ Recientemente, la resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2014-2015 (2016/2249(INI)) considera que en el año 2015 «tres cuartas partes de las tareas domésticas y dos tercios de las tareas de cuidado parental corrieron a cargo de las mujeres trabajadoras, que tuvieron que hacer frente, por lo tanto, a una doble carga de responsabilidades; que, en general, las mujeres asumen una responsabilidad considerablemente mayor en las tareas de cuidado parental y en las tareas domésticas; que los estereotipos y los roles de género tradicionales siguen ejerciendo una gran influencia en la división de las tareas entre las mujeres y los hombres en el hogar, en el lugar de trabajo y en la sociedad en general; que ese reparto tradicional de responsabilidades tiende a perpetuar el *statu quo*, lo que limita las oportunidades de empleo y el desarrollo personal de las mujeres, y les deja poco tiempo para integrarse en la vida social y comunitaria o para participar en la economía; que un reparto equitativo entre hombres y mujeres del «trabajo no remunerado», como la prestación de cuidados y las tareas domésticas, constituye un requisito previo para la independencia económica de las mujeres a largo plazo».

Ilustra esta realidad el estudio patrocinado por la OCDE sobre el trabajo no remunerado de cuidado de las personas y del hogar: FERRANT G., PESANDO, L.M. y NOWACKA, K. (2014), *Unpaid Care Work: The missing link in the analysis of gender gaps in labour outcomes*, OECD Development Centre. Consultado en https://www.oecd.org/dev/development-gender/Unpaid_care_work.pdf

⁷ La citada resolución del Parlamento Europeo, de 12 de marzo de 2013 reconoce que «Los roles de género tradicionales y los estereotipos siguen teniendo una gran influencia en la división de roles entre mujeres y hombres en el hogar, en el lugar de trabajo y en la sociedad en general, y se representa a las mujeres como las personas a cargo del hogar y de los niños, mientras que se representa a los hombres como protectores y como principal fuente de ingresos de la familia; que los estereotipos de género tienden a perpetuar el statu quo de los obstáculos heredados a la hora de alcanzar la igualdad de género y a limitar las opciones de empleo y el desarrollo personal de las mujeres, impidiéndoles realizar su pleno potencial como personas y como agentes económicos, y por lo tanto constituyen una barrera importante para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres».

⁸ Desde un punto de vista legislativo, destacamos, entre otras, las siguientes Directivas como fundamentales para el acervo antidiscriminatorio europeo: 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo a la formación y a la promoción de profesionales y a las condiciones de trabajo; 2006/54/CE que refunde toda la materia anterior en materia de igualdad de oportunidades y trato en materia de empleo y ocupación; 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministros; y, finalmente la Directiva 2010/41/UE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y que deroga la Directiva 83/613/CEE.

⁹ Ello no significa que no se hubiese detectado la presencia de estereotipos en casos anteriores, pero los mismos no conformaron un elemento de análisis del trato discriminatorio, como en estos dos asuntos: la STEDH de 13 de junio de 1979 (Caso Marckx contra Bélgica), en la que se demostró inconsistente el argumento del Gobierno belga de que las madres solteras no tienen el mismo interés en el cuidado de los hijos que una madre casada, justificando una diferencia de trato en la determinación de la filiación materna; y en la STEDH de 28 de mayo de 1985 (Caso Abdulaziz y otros contra Reino Unido), en la que el gobierno del Reino Unido justificaba una diferencia de trato en su legislación migratoria en que «un número mayor de hombres que de mujeres puede sentirse inclinado a buscar trabajo».

¹⁰ El resultado de ese juicio no significa que siempre se demuestre que hubo discriminación. Así, la STEDH de 15 de marzo de 2012 (Caso Aksu contra Turquía) asume la existencia de un estereotipo negativo, pero niega que hubiese un trato discriminatorio en el supuesto enjuiciado.

¹¹ Se tuvieron presentes las siguientes alegaciones finales del Comité de la CEDAW de 30 de julio de 2010, en un procedimiento contra la Federación Rusa: «20. El Comité observa nuevamente con preocupación la persistencia de las prácticas, tradiciones y actitudes patriarcales y de estereotipos profundamente arraigados sobre el papel, las responsabilidades y la identidad de hombres y mujeres en todos los ámbitos de la existencia. Observa con pesar en este sentido lo anteriormente dicho, por el Estado parte, sobre el papel de las mujeres como madres y proveedoras de cuidados. Lamenta que (...) hasta la fecha, el Estado parte no ha tomado medidas eficaces y sistemáticas para cambiar o eliminar los estereotipos y los valores y las prácticas tradicionales nocivas. 21. El Comité insta encarecidamente al Estado a aplicar sin demora una estrategia integral que incluya la revisión y la redacción de la legislación y la definición de objetivos y plazos, con el fin de que evolucionen o desaparezcan las prácticas tradicionales y los estereotipos discriminatorios contra las mujeres (...) El Comité constata que es necesario el cambio de perspectiva sobre las mujeres, consideradas no tanto en su papel como madres y esposas sino como individuos y actores de una sociedad, en igualdad de condiciones con los hombres, para la plena aplicación del Convenio y el establecimiento de la igualdad de los sexos (...)».

¹² Cfr. También la STEDH, de 28 de enero de 2013 (Caso Horvath y Kiss contra Hungría), en la que se considera discriminatoria la legislación que promueve asignación de escuela para niños con necesidades educativas especiales durante la etapa de educación primaria, con un plan de estudios muy limitado, basada en pruebas de test culturalmente sesgadas y

obsoletas, que contienen exclusivamente estereotipos, sin analizar las necesidades concretas de los niños.

¹³ El estudio: Conceição Gomes, Paula Fernando, Tiago Ribeiro, Ana Oliveira e Madalena Duarte «*Violência doméstica: Estudo avaliativo das decisões judiciais*», Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, noviembre de 2016.

¹⁴ Cita el Caso Ünal Tekeli contra Turquía (STEDH de 16 de noviembre de 2004), que sobre el apellido de soltera de una mujer después del matrimonio, consideró que los Estados no pueden imponer tradiciones derivadas del papel primordial del hombre y del papel secundario de la mujer en la familia.

¹⁵ Indica, mutatis mutandis, el caso Alajos Kiss contra Hungría, sobre el derecho de voto de las personas con discapacidad (STEDH de 20 de mayo de 2010, con más referencias).

¹⁶ Ejemplifica, a modo de precedente, con el Caso Schuler-Zraggen contra Suiza (STEDH de 24 de mayo de 1983), sobre discriminación por razón de sexo en el ejercicio del derecho a un proceso equitativo.

¹⁷ Señala el caso Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal (STEDH de 21 de diciembre de 1999).

¹⁸ La Sentencia del «Tribunal de Relação» de Oporto, de 11 de octubre de 2017, confirma la sentencia de primera instancia que suspende las penas de prisión de los dos acusados (el marido agresor y otro hombre con el que la víctima tuvo una relación también marcada por los malos tratos) por el hecho de que la brutal agresión se diese en el contexto de un adulterio. Enfatiza la sentencia que «el adulterio de la mujer es un gravísimo atentado al honor y a la dignidad del hombre». Recuerda que hay sociedades en la que «la mujer adúltera es blanco de lapidación hasta la muerte» y que «en la Biblia, podemos leer que la mujer adúltera debe ser punida con la muerte». Y, por último evoca, con cierta nostalgia, que no hace mucho tiempo que el Código Penal portugués de 1886 punía al hombre que matase a su mujer en acto de adulterio con una pena casi simbólica.

La cita de esa sentencia podría tener un valor anecdótico, pero ello no es así, en cuanto que otras decisiones de similar contenido aparecen recogidas en el Informe realizado por el Observatorio Permanente de la Justicia Portuguesa; y, asimismo, llama la atención que se trate de una decisión de un Tribunal colegiado que se podría suponer menos vulnerable a estereotipos asumidos por los jueces individualmente.