

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

**ÚLTIMAS TENDENCIAS DE UN MODELO DE
PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA EN
CONSTANTE EVOLUCIÓN: EL CASO J.D. Y A.
CONTRA REINO UNIDO.**

LAURA HERNÁNDEZ LLINÁS

Personal Investigador en Formación (FPU)

Área de Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca.

Resumen

El objeto central del presente trabajo es el comentario de un caso recientemente resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el asunto J.D. y A. contra Reino Unido. Las particularidades de este caso nos permiten comprobar algunas debilidades y fortalezas de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en materia de igualdad y no discriminación, un ámbito de incuestionable valor en el espacio europeo de derechos, así como destacar la emergencia de nuevos planteamientos tuitivos en relación con la siempre controvertida figura de la discriminación por indiferenciación.

Palabras clave: igualdad, discriminación, género, discapacidad, ajuste razonable.

“Latest trends in the constantly evolving antidiscrimination jurisprudence of the ECHR: Case of J.D. and A. versus United Kingdom”

Abstract

The main purpose of this essay is to analyse the judgement recently delivered by the European Court of Human Rights in J.D. and A. versus United Kingdom case. This case enables us to highlight some strengths and weaknesses of the Court's non-discrimination case-law, as well as to draw attention to a new protective approach that the Court takes when it comes to remedy the effects of discrimination by undifferentiation, an always controversial issue. Given the arrival of an increasing number of cases related to article 14 CEDH and the Court's broader interpretation of such article within the last decade, taking a closer look to its case-law on the matter seems to be of interest to study the development of common standards on the protection of human rights within the Council of Europe.

Key words: equality, discrimination, gender, disability, reasonable accommodation.

SUMARIO: [I. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO GARANTE DE LA IGUALDAD.](#) [II. LÍNEAS MAESTRAS DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.](#) [III. EL CASO J.D. Y A. CONTRA REINO UNIDO: LUCES Y SOMBRAS DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA.](#) [1. El caso J.D y A. contra Reino Unido.](#) [2. Inconsistencias doctrinales y una oportunidad perdida en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.](#) [IV. CONSIDERACIONES FINALES.](#)

I. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO GARANTE DE LA IGUALDAD.

El principio de igualdad, indudablemente, forma parte del ADN de nuestros Estados constitucionales modernos. Como tal, los Estados miembros del Consejo de Europa lo incluyeron en los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante CEDH), si bien su consagración se realizó a través de una fórmula prudente de aparentemente limitado alcance¹: la obligación de los Estados parte de garantizar *el goce de los derechos reconocidos en el Convenio 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.*

Cualquier Tribunal al que se le encomiende la garantía del principio de igualdad y no discriminación se enfrenta a una ardua tarea, dada la facilidad con la que los contornos que definen este principio se difuminan cuando tratamos de dotarlo de un contenido unívoco. Nunca es fácil determinar qué limitaciones y qué obligaciones concretas impone el respeto al principio de igualdad, en especial cuando se admite una lectura material o sustantiva del mismo, que complemente la prohibición de otorgar un tratamiento injustificadamente desigual o discriminatorio con la existencia de obligaciones positivas de protección por parte de los Estados. El manejo del concepto de igualdad propio de nuestros días coloca a los Tribunales Constitucionales en una posición delicada; se mueven, en este ámbito quizás más que nunca, en un terreno resbaladizo en el que no resulta sencillo determinar dónde termina su papel y dónde comienzan las atribuciones propias de otros poderes. Todo ello resulta un desafío

¹ La circunscripción del principio de igualdad al disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio llevó a la doctrina a plantear que este precepto suponía una *norma parasitaria, carente de existencia independiente, una garantía de segunda clase*. En este sentido, BAKER, A. "The enjoyment of rights and freedoms: a new conception of the 'ambit' under Article 14 ECHR", *The Modern Law Review*, 69(5), 2006, p. 714; WILDHABER, L. "Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights. A Second-Class Guarantee?", *Baltic Yearbook of International Law Online*, 2(1), 2002 p.72.

especialmente delicado para un órgano de la naturaleza del Tribunal de Estrasburgo, que ha de mantener siempre un difícil equilibrio entre su labor como garante de la efectividad de los derechos reconocidos en el Convenio, y el respeto a la soberanía y las dispares tradiciones culturales y valores propios de los Estados sometidos a su jurisdicción.

Durante los primeros años de funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), tal vez como resultado de la combinación de la formulación prudente del artículo 14 CEDH con las especiales dificultades que conlleva el control del principio de igualdad para un órgano de su naturaleza, se hizo un escaso desarrollo jurisprudencial del precepto². No obstante, son muchos los autores que han señalado un cambio de tendencia en los últimos quince años³. El Tribunal ha comenzado a asumir un rol más activo en la lucha contra la discriminación, cobrando el art. 14 una importancia cada vez mayor en su jurisprudencia. Una interpretación cada vez más garantista del mismo, unida a la llegada de un creciente número de casos relacionados con su vulneración, han convertido a los pronunciamientos del Tribunal en esta materia en un elemento de incuestionable valor en el espacio europeo de derechos, que cada vez recibe una mayor atención por parte de la academia.

La doctrina jurisprudencial desarrollada en torno a la garantía del principio reconocido en el art. 14 CEDH forma parte de un modelo europeo de protección antidiscriminatoria aún en construcción⁴, en cuya configuración ha resultado clave la influencia del

² Para una revisión sintética de los elementos claves en esta primera jurisprudencia, consultar FERNÁNDEZ SEGADO, F. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *El principio de igualdad en la Constitución española: XI Jornadas de Estudio*. Vol. 1, 1991, 777-836.

³ En este sentido, cabe citar los trabajos de ARNARDÓTTIR, O. M. “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Oslo Law Review*, 4(03), 2017, pp. 150-171; GERARDS, J. “The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination”. En M, BALBONI. *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Editoriale Scientifica, 2017; J. GERARDS, J. “The discrimination grounds of article 14 of the European convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 13(1), 2013, pp. 99-124; FREDMAN, S. “Emerging from the shadows: Substantive equality and article 14 of the European convention on human rights”, *Human Rights Law Review*, 16(2), 2016, pp. 273-301; PERONI, L., & TIMMER, A. “Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law”, *International Journal of Constitutional Law*, 2013, 11(4), 1056-1085; DANISI, C. How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence. *International Journal of Constitutional Law*, 2011, 9(3-4), 793-807; CARTABIA, M. The European Court of Human Rights: judging nondiscrimination. *International journal of constitutional law*, 9(3-4), 2011, pp. 808-814; O’CONNELL, R. Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR. *Legal Studies*, Vol. 29 No. 2, 2009, pp. 211–229.

⁴ Para un estudio más amplio sobre la progresiva construcción de un modelo antidiscriminatorio europeo, en el que convergen las tradiciones de interpretación y protección de los principios de igualdad y prohibición de la discriminación de los países europeos, la Unión Europea y el Consejo de Europa, ver:

Derecho antidiscriminatorio estadounidense y de la doctrina del Tribunal Supremo americano. De esta tradición ha tomado el TEDH herramientas conceptuales tan relevantes como la discriminación indirecta o la inversión de la carga de la prueba, que han adquirido una impronta particular a este lado del Atlántico⁵. Es también notable la influencia del Derecho antidiscriminatorio convencional elaborado en el seno de las Naciones Unidas, así como la del Derecho antidiscriminatorio de la Unión europea. Gracias a la permeabilidad de los textos de protección de los derechos humanos a los nuevos acuerdos que van surgiendo en la comunidad internacional, y a la activa labor de diálogo que mantienen los órganos encargados de su garantía, la protección frente a la discriminación es uno de los ámbitos donde con mayor claridad puede hablarse de fenómenos como la fertilización cruzada y el diálogo judicial internacional, tan característicos de la protección multinivel de los derechos humanos.

En el presente trabajo analizaremos un caso resuelto recientemente por el TEDH, el asunto J.D. y A. contra Reino Unido⁶, en el que se evidencian algunas de las principales fortalezas y debilidades de su jurisprudencia en esta materia. Las particularidades de este caso nos permitirán, además, analizar la posición del Tribunal con respecto a la discriminación por indiferenciación, una figura siempre controvertida, y comentar el innovador enfoque tuitivo que parece orientar algunos de sus últimos pronunciamientos.

II. LÍNEAS MAESTRAS DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.

Antes de analizar en profundidad el caso que será objeto de estudio en este trabajo, conviene repasar algunos de los elementos más relevantes de la jurisprudencia del TEDH en relación con el art. 14 CEDH. Como se anunció en el apartado anterior, su literalidad le confiere a este precepto un alcance aparentemente limitado. Al circunscribir la prohibición de discriminación al disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio, este queda configurado como un derecho carente de independencia. Como es de sobra conocido, este rasgo se superó definitivamente para varios Estados del

GIACOMELLI, L. *Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*. Giappichelli, 2018.

⁵ Para una visión general de la comparación entre los modelos antidiscriminatorios americano y europeo, consultar: GIACOMELLI, L. *Ibid.*, pp.130-169. El ejemplo paradigmático de cómo en Europa las categorías de inspiración americana adquieren un sentido y una dimensión propias es la discriminación indirecta. Esta figura, de cuño americano, ha conocido en la legislación y la jurisprudencia de los países europeos un desarrollo mucho mayor que en su lugar de origen. Sobre ello, HUNTER, R. C., & SHOBEN, E. W. Disparate impact discrimination: american oddity or internationally accepted concept? *Berkeley Journal of Employment & Labour Law*. 19, 1998, pp. 108 - 152.

⁶ TEDH, J.D. y A contra Reino Unido, 32949/17 y 34614/17, 24 de octubre de 2019.

Consejo de Europa con la promulgación del Protocolo n. 12, que consagró la prohibición de la discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la legislación interna de los Estados, con independencia de que éste haya sido recogido por el CEDH⁷. No obstante, antes de su entrada en vigor, la falta de independencia del derecho a no ser discriminado ya se había relativizado gracias a la interpretación expansiva del precepto realizada por el TEDH. Así, ya en 1968 este sostuvo que el principio de no discriminación goza de una cierta autonomía, afirmando que no es necesaria la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio para poder entrar a conocer de una presunta vulneración del art. 14 CEDH, bastando a tal efecto que la actuación estatal impugnada pertenezca al ámbito protegido por estos derechos⁸.

El segundo gran interrogante en relación al ámbito de aplicación de este precepto se refiere a la concreción de los motivos de discriminación prohibidos por el Convenio. Este elemento se ha demostrado más problemático que el anterior. Del precepto se desprende que el elenco de motivos recogido en el Convenio – sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento *o cualquier otra situación* – no tiene carácter exhaustivo. En consecuencia, resta por determinar qué otros motivos pueden quedar cubiertos por la cláusula abierta contenida en el precepto. La elección del criterio en virtud del cual escoger los motivos protegidos por el precepto, como con lucidez advirtió J. GERARDS, dependerá de la concepción de la naturaleza y la funcionalidad del propio precepto que se defienda⁹. Las opciones interpretativas por las que podía decantarse el Tribunal son susceptibles de reconducirse a dos modelos enraizados en distintas concepciones de la igualdad: el *personal-status approach* y el *equal treatment approach*. El primer modelo se asienta sobre la comprensión del precepto como una cláusula de prohibición de discriminación, es decir, como la interdicción de otorgar tratamientos diferenciados en base a una serie de motivos considerados problemáticos o sospechosos, bien por constituir éstos características inmutables e independientes de la

⁷ Para un análisis detallado de las novedades introducidas por el Protocolo, así como un recorrido por su proceso de gestación, ver: MADINABEITIA DEOP, X. De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos. El Protocolo adicional N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 16, p. 367-376.

⁸ El origen de esta doctrina expansiva del alcance del precepto es el asunto *Régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, n. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, de 23 de julio de 1968. Sobre la repercusión de este caso, y la configuración de la primera jurisprudencia del TEDH en esta materia: WILDHABER, L. Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights. A Second-Class Guarantee?. *Baltic Yearbook of International Law Online*, 2(1), 2002, pp. 71-82.

⁹ GERARDS, J. "The discrimination grounds of article 14 of the European convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, 13(1), 2013, 112-124.

voluntad del sujeto, como su sexo o su raza, bien por estar estrechamente conectadas con su autonomía, como su religión, o bien por estar vinculados con visiones prejuiciosas y estereotipadas sobre determinados colectivos, como su orientación sexual o su discapacidad. El segundo modelo, en cambio, se asienta sobre la comprensión del precepto como una expresión del principio general de igualdad. Siguiendo la regla de justicia aristotélica, este principio impondría al poder público la obligación de tratar de un mismo modo a quienes se encuentren en una situación equiparable y de modo distinto a quienes estén en situaciones diferentes, y se traduciría, en su aplicación práctica, en una exigencia de razonabilidad a la hora de establecer diferencias entre sujetos. De adoptarse este segundo modelo, una mayor diversidad de situaciones sería susceptible de ser analizada a la luz del artículo 14, y un número mucho mayor de casos de presuntas vulneraciones de este precepto merecería su admisión.

Tal y como evidenció GERARDS, el TEDH ha aplicado alternativamente ambos modelos en sus pronunciamientos, generando ambigüedad y confusión, e impidiendo la predictibilidad de sus decisiones en esta materia. Ello condujo al autor a calificar su jurisprudencia, en una crítica tan dura como desafortunadamente certera, como desigual, inconsistente, y carente de una base teórica sólida, hasta el punto de no resultar claro qué concepción de la prohibición de discriminación o del tratamiento desigualitario mantiene el Tribunal¹⁰. Siete años después de la publicación de aquel trabajo, ambos enfoques aún conviven en sus pronunciamientos. ARNARDÓTTIR¹¹ ha tratado de arrojar algo de luz sobre esta confusa jurisprudencia en fecha reciente, explicando que los motivos de discriminación a los que alude la Corte son susceptibles de ordenarse a lo largo de un espectro con dos extremos. Así, en uno de los extremos se encontrarían los *suspect discrimination grounds*, aquellos motivos de discriminación constitutivos de características personales inherentes al sujeto, o profundas convicciones o creencias del mismo que conforman su personalidad. Ante la concurrencia de este tipo de motivos de discriminación, el Tribunal suele estrechar el margen de apreciación correspondiente a los Estados, y frecuentemente declarará que ha existido una vulneración del art. 14 CEDH. En el extremo opuesto estarían los motivos de discriminación no relativos al status personal, en presencia de los cuales se exigirá al demandante una argumentación más reforzada para demostrar la comparabilidad de las situaciones impugnadas y la

¹⁰ Ibid. Pp. 122 y ss.

¹¹ ARNARDÓTTIR, O. M. Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights. *Oslo Law Review*, 4(03), 2017, p. 155.

aplicabilidad del precepto, y será más difícil que el Tribunal declare la vulneración del art. 14 CEDH y dicte un fallo estimatorio de las peticiones del demandante.

No puede negársele al esquema propuesto por ARNADÓTTIR un importante valor orientativo, sin embargo, tampoco podemos dejar de destacar que no es sencillo determinar a priori cuál será la intensidad del escrutinio empleado por el Tribunal – y, correlativamente, cuál será la amplitud del margen de apreciación nacional –, ni siquiera en aquellos casos en los que concurren motivos sospechosos de discriminación. Así, es cierto que, por lo general, en presencia de estos motivos se examinará la actuación estatal atentamente, a través del conocido como *very weighty reasons test*. Este test, de inspiración americana, a menudo se presenta como el *strict scrutiny* europeo. En su virtud, para levantar la sombra de sospecha que pesa sobre la diferenciación de trato considerada, y demostrar así su conformidad al CEDH, el Estado deberá aportar argumentos de especial peso que avalen su razonabilidad. En otras palabras, siempre que un tratamiento diferente se presente *prima facie* como discriminatorio, el Estado deberá demostrar que este persigue un objetivo legítimo y lo hace de manera proporcional; en caso de que el motivo para diferenciar se considere sospechoso, al Estado se le exigirá un esfuerzo argumentativo superior para salvar la conformidad al Convenio de su actuación. Sin embargo, la aplicación del *very weighty reasons test* no acompaña siempre a la identificación de una categoría sospechosa. No toda diferencia de trato basada en un rasgo habitualmente considerado sospechoso, como el origen nacional o el sexo, desencadenará la aplicación del *very weighty reasons test*; de hecho, incluso la raza, uno de los rasgos cuya protección tiene una tradición más longeva entre los Estados del Consejo de Europa, podría no hacerlo¹². Un ejemplo de ello es el caso Petrovic¹³, en el que una diferencia legislativa basada en el sexo en materia de permisos para el cuidado de los hijos recién nacidos no desencadenó la aplicación del *very weighty reasons test*, dadas las grandes diferencias que existen entre los Estados europeos en lo que respecta a la regulación de esta materia. También la religión y el origen nacional han dado lugar, en ocasiones, al empleo de un escrutinio estricto,

¹² Así lo afirma J. GERARDS en un estudio pormenorizado al respecto, en el que analiza la relación entre la figura del margen de apreciación nacional y la doctrina del *very weighty reasons test*. No puede decirse que exista un criterio general de aplicación automática que nos permita conocer con antelación cuál será la intensidad de escrutinio aplicada. GERARDS, J. “The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination”. En M, BALBONI. *The principle of discrimination and the European Convention of Human Rights*, Editoriale Scientifica, 2017.

¹³ TEDH, Petrovic contra Austria, n. 20458/92 27 de marzo de 1998.

mientras que en otras no lo han hecho¹⁴. En definitiva, la aplicación de este test, a pesar de ser frecuente en presencia de ciertos motivos de discriminación, no es una consecuencia automática de ésta, sino que dependerá de una valoración de las circunstancias de cada caso concreto.

Una vez repasados los elementos más problemáticos en la definición del ámbito protegido por el artículo 14 CEDH, debemos detenernos en la consideración de otro factor igualmente controvertido y relevante para la intelección del precepto: qué tipo de obligaciones se pueden exigir en su virtud. Como ya adelantamos algunas líneas atrás, no es sencillo determinar qué limitaciones y qué comportamientos concretos impone el respeto al principio de igualdad. En este sentido, el TEDH ha abrazado una concepción amplia de este principio, aceptando que este no solamente se vulnera cuando se trata de modo diferente a personas situadas en situaciones sustancialmente similares, sin una justificación objetiva y razonable, sino también cuando los Estados no diferencian el tratamiento otorgado a personas cuyas situaciones sean sustancialmente distintas, sin aportar para ello una justificación objetiva y razonable¹⁵. Ello supone la acogida en su jurisprudencia de la llamada *discriminación por indiferenciación*. Esta figura ha sido especialmente polémica entre la doctrina española, debido a que nuestro Tribunal Constitucional, a diferencia del Tribunal de Estrasburgo, ha rechazado reiteradamente la posibilidad de admitir que resulte discriminatorio no tratar de forma diferente situaciones distintas¹⁶. Lo cierto es que la línea jurisprudencial abierta en el año 2000 con Caso Thlimmenos contra Grecia, la primera ocasión en la que el TEDH se pronunció en sentido abiertamente favorable a su reconocimiento, no ha tenido un desarrollo comparable a la prohibición del trato desigual ante supuestos iguales. Sin embargo, no por ello ha sido olvidada, y es más, el Tribunal ha citado con frecuencia aquel pronunciamiento, y nunca ha rechazado la figura de la discriminación por

¹⁴ Para un conocimiento más profundo sobre esta jurisprudencia, consultar: GERARDS, J. “The margin of...” op.cit.

¹⁵ De ello da cuenta Fernando Rey, que considera que el *leading case* de la primera parte de esta doctrina es Willis contra Reino Unido, de 11 de septiembre de 2002, mientras que el de la segunda sería Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000. REY MARTÍNEZ, F. “La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Pensamiento Constitucional*, 17(17), 2012, 291-319.

¹⁶ La doctrina contraria a la admisión de la figura de la discriminación por indiferenciación tiene su origen en pronunciamientos tan tempranos como la STC núm. 34/1981, de 10 de noviembre, FJ. 3., y se formuló con claridad en la STC núm. 86/1985, de 10 de julio, FJ. 3, momento a partir del cual ha sido una constante en su jurisprudencia. Para un estudio completo sobre esta problemática, en el que se propone, además, la superación de la posición tradicional del Tribunal y su aceptación de la discriminación por indiferenciación: COBREROS MENDAZONA, E. “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2007, pp. 71-114.

indiferenciación. En el momento actual, la profundización en las implicaciones de esta línea jurisprudencial podría resultar muy útil a los efectos del control jurisdiccional de ciertas obligaciones positivas de protección que están surgiendo en el Derecho antidiscriminatorio, como es el caso del deber de ajuste razonable en relación con las necesidades de las personas con discapacidad o las personas pertenecientes a minorías religiosas. Todo ello, como ya anunciamos, ha sido evidenciado en el caso J.D. y A. contra Reino Unido.

III. EL CASO J.D. Y A. CONTRA REINO UNIDO: LUCES Y SOMBRAS DE LA PROTECCIÓN ANTIDISCRIMINATORIA

1. El Caso J.D. y A. contra Reino Unido.

Las señoras J.D. y A., protagonistas de este caso, eran beneficiarias de un programa de protección social destinado a facilitar el acceso a la vivienda de ciudadanos con pocos recursos. En virtud de dicho programa, recibían cada mes una asignación monetaria para sufragar una parte del coste de la renta mensual debida en concepto de alquiler. En el año 2012 se modificó su normativa, con el objetivo de contener el gasto público, incentivando a aquellos beneficiarios que habitaran en una vivienda de un tamaño superior al estrictamente necesario a buscar una nueva vivienda más pequeña. A tal fin, se determinó cuál era el número de habitaciones imprescindibles para cada unidad familiar¹⁷, y se dispuso la aplicación de una deducción porcentual de la cantidad percibida para quienes que ocupasen viviendas con un número de habitaciones considerado excesivo – en concreto, una reducción del 14% en caso de tener una habitación más de las correspondientes, o del 25% en caso de tener dos o más –. La corrección de la cuantía percibida se aplicaba por igual a todos los beneficiarios del programa, sin tener en cuenta las circunstancias propias de cada familia. No obstante, se preveía la posibilidad de otorgar temporalmente una ayuda económica compensatoria (*discretionary housing payments*, DHP) a los afectados que, en atención a sus circunstancias particulares, tuvieran especiales dificultades para adaptarse a su nueva situación o encontrar una nueva vivienda con prontitud. La decisión de otorgar dicha ayuda debía ser motivada, y para ello las autoridades locales competentes contaban con una guía de buenas prácticas que les recomendaba tratar con flexibilidad los casos de

¹⁷ La asignación de dormitorios necesarios variaba en función del número de miembros de la unidad familiar; así, por ejemplo, se consideraba necesaria una habitación por cada pareja de adultos, una por cada dos descendientes, y una por cada descendiente cuyas circunstancias personales justificaran la necesidad de una habitación individual.

quienes vivieran en inmuebles adaptados a sus necesidades médicas, y las de familias con hijos adoptados o en régimen de acogida, así como tomar en consideración las necesidades que pudieran presentar mujeres víctimas de violencia de género. La valoración de la oportunidad de conceder o no las ayudas compensatorias en cada caso, con independencia de estas directrices orientativas, quedaba en manos de la autoridad competente, que contaba con un amplio margen de discrecionalidad.

En opinión de las demandantes, la modificación legislativa del programa de ayudas para el alquiler resultaba discriminatoria, en la medida en que no tomaba en consideración sus circunstancias personales, y daba un mismo trato normativo a situaciones que presentaban diferencias sustanciales. Las previsiones referidas a las ayudas compensatorias se demostraban insuficientes en la práctica para paliar la desprotección generada por dicho cambio normativo, y exponían a determinadas familias a una situación de especial vulnerabilidad. La primera demandante, la Señora J.D., tenía una hija de edad adulta, discapacitada e invidente que, debido a un daño cerebral provocado por la falta de oxígeno, sufría limitaciones en sus capacidades físicas e intelectuales que la hacían depender de una silla de ruedas y de los cuidados de su madre en su día a día, impidiéndole desarrollar una vida independiente. Su vivienda, en la que residía desde 1993, estaba adaptada a las necesidades de su hija: pasillos y puertas de mayor anchura de la habitual, un ascensor, una rampa de entrada, baños y dormitorio acondicionados. Tras la entrada en vigor de la nueva normativa, solicitó una ayuda económica compensatoria que le fue concedida temporalmente. La concesión de dicha ayuda se renovó periódicamente hasta marzo de 2017, momento a partir del cual la demandante quedó en espera de una nueva renovación, sin que en ningún momento se le ofreciera la posibilidad de trasladar su domicilio a una vivienda social de menor tamaño adaptada a las particulares necesidades de su hija.

La segunda demandante, la Señora A, vivía con su hijo. El menor era fruto de una violación a manos de un hombre con quien la demandante había mantenido tiempo atrás una breve relación sentimental, durante la cual fue víctima de malos tratos. La violación tuvo lugar después de que este último saliera de prisión, tras cumplir su condena por la comisión de un delito de homicidio en grado de tentativa. Según consta en las sentencias del procedimiento interno, este hombre acosó reiteradamente a la demandante, hasta presentarse en su casa y, ante el rechazo de ella, proceder a agredirla y violarla. Estos hechos ocurrieron en 2002. Años después el agresor comenzó de nuevo

a acosar a la demandante, que contactó con la policía y fue protegida como beneficiaria de un programa llamado Plan Santuario (*Sanctuary Scheme*). Este programa tenía por objeto la vigilancia y atención personalizada de aquellas víctimas de violencia de género que corrieran un especial peligro, garantizando su seguridad en sus domicilios. Con el objetivo de que aquellas mujeres que así lo desearan no tuvieran que abandonar sus hogares, evitando así la pérdida del apoyo psicológico que les proporciona un entorno vecinal conocido y cercano, sus residencias eran adaptadas a sus particulares necesidades de protección. Así, se monitorizaban algunas áreas de la vivienda, y se habilitaba una *habitación del pánico* en la cual la víctima pudiera sentirse protegida, y acceder con facilidad a un mecanismo con el cual avisar a la policía para que acudiera a su auxilio en casos de emergencia. Al igual que la primera demandante, la Señora A solicitó que se le concediera una ayuda económica compensatoria, y su petición fue satisfecha de manera temporal. A principios del año 2015 se le denegó la renovación de dicha ayuda. Gracias a la intervención de la secretaria de Estado, que tuvo noticia de la inminente evicción de la demandante de su domicilio por impago, la autoridad local rectificó su decisión y reanudó el pago de la ayuda económica. En la sentencia no consta si en el momento de la presentación del caso ante el TEDH la demandante estaba disfrutando o no de sucesivas prórrogas de dicha ayuda.

En definitiva, las demandantes consideraban que la nueva normativa introducida en 2012 no contemplaba ciertas diferencias existentes entre sus destinatarios, diferencias ante las cuales el legislador nacional, en virtud de la prohibición de discriminación reconocida en el CEDH, no podía permanecer indiferente. En concreto, el legislador no había otorgado un trato diferenciado a las personas con hijos discapacitados ni a las mujeres víctimas de maltrato, suponiendo esto una discriminación por indiferenciación por razón de discapacidad y género respectivamente. La primera demandante alegó la vulneración por parte del Reino Unido del artículo 14 CEDH, en conexión con el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH y con el derecho a la propiedad privada del artículo 1 del Protocolo n. 1 al CEDH. La segunda demandante, una vulneración del artículo 14 en conexión con el artículo 8 CEDH. El TEDH, en uso de su capacidad para determinar la calificación jurídica que merecen los hechos sometidos a su consideración a la luz del Convenio con independencia de la calificación propuesta por las partes, consideró que ambos casos debían ser examinados como presuntas violaciones de su artículo 14 en conexión con el derecho a la propiedad

privada del artículo 1 del Protocolo 1. Cuando un Estado parte promulga una ley estableciendo una prestación social como la examinada en este caso, debe entenderse que dicha ley genera un interés relativo a la propiedad que forma parte del ámbito protegido por el Protocolo n. 1.

Atender las demandas de la Señora J.D. presupone, en primer lugar, aceptar que el CEDH prohíbe la discriminación por asociación¹⁸, es decir, la discriminación a la que una persona es sometida como consecuencia de su relación con otra. Dicho extremo no supone obstáculo alguno para el Tribunal, que apenas dedica un par de líneas a confirmar que dar un trato discriminatorio a una persona por razón de la discapacidad de su hijo constituye una discriminación por razones de discapacidad en el sentido del artículo 14, algo que fue así reconocido por primera vez en el año 2016, en el caso Guberina contra Croacia¹⁹. Por su parte, atender las demandas de la Señora A presupone aceptar que la violencia de género es una forma de discriminación prohibida por el art. 14, una afirmación que el Tribunal ha mantenido constante en su jurisprudencia desde la resolución en 2009 del caso Opuz contra Turquía²⁰, y que en esta ocasión también se asume con naturalidad y sin necesidad de una argumentación exhaustiva.

El Tribunal entiende, además, que la consecuencia de la reforma normativa en cuestión – el riesgo de perder su hogar – supone, tal y como alegan las demandantes, un perjuicio mucho más severo para ellas que para otros destinatarios de la norma. Aceptando que el haber recibido un trato igual resultaba para ellas en un perjuicio particularmente grave, dado que su situación era significativamente diferente, el Tribunal pasa a preguntarse si tal trato indiferenciado puede entenderse como discriminatorio. Conforme a su reiterada jurisprudencia, una medida tal sería discriminatoria en caso de carecer de una finalidad

¹⁸ La discriminación por discapacidad no se contempla en el CEDH. El primer caso en el que el TEDH admitió que la discapacidad supone uno de los motivos protegidos por el art. CEDH fue asunto *Glor contra Suiza – Glor contra Suiza*, n. 13444/04, 30 de abril 2009 – . Conviene destacar con Andrea Broderick que *el reconocimiento de las personas con discapacidad como un grupo particularmente vulnerable y marginado en la sociedad como consecuencia de discriminación sufrida en el pasado y la aplicación de un estándar de escrutinio estricto en las respectivas presuntas vulneraciones de sus derechos coincide con la entrada en vigor de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad* [aprobada en el seno de Naciones Unidas]. Como ya señalamos anteriormente, el Derecho antidiscriminatorio es un ámbito en el que existe una intensa influencia recíproca entre diferentes textos de protección de derechos y resoluciones de los órganos garantes de los mismos. BRODERICK, A. “A reflection on substantive equality jurisprudence: The standard of scrutiny at the ECtHR for differential treatment of Roma and persons with disabilities”. *International Journal of discrimination and the Law*, 15(1-2), 2015, p.109.

¹⁹ TEDH, *Guberina contra Croacia*, n. 23682/13, 22 de marzo de 2016.

²⁰ TEDH, *Opuz contra Turquía*, n. 33401/02, de 9 de julio de 2009.

objetiva y razonable. Dadas circunstancias del caso, estima oportuno valorar razonabilidad de la medida a través del *very weighty reasons test*.

Sentado este planteamiento del problema, el Tribunal valora individualmente cada uno de los casos para determinar la razonabilidad o no de la medida cuestionada, llegando a conclusiones contrarias. En el primer caso, la nueva regulación se considera proporcional al objetivo perseguido y, en consecuencia, no discriminatoria. En el segundo, sin embargo, la regulación se considera desproporcionada y discriminatoria. Para alcanzar su primera conclusión el Tribunal pondera varios elementos. Por una parte, admite que un cambio de domicilio sería *extremadamente disruptivo y altamente indeseable* para la demandante, si bien un traslado a una casa más pequeña y bien adaptada no entraría en contradicción con sus especiales necesidades. Admite también que la regulación de los pagos compensatorios no ofrece estabilidad ni certeza a las personas afectadas. Sin embargo, otorga especial relevancia al hecho de que esta normativa permite a las autoridades locales tomar decisiones individualizadas, y a que en ella se hace referencia a la obligación de las autoridades de actuar conforme a la *Human Rights Act* y a la *Equality Act*, normas en virtud de las cuales deben respetar los derechos convencionales y velar en el ejercicio de sus funciones por la eliminación de la discriminación por razones de discapacidad. En opinión del Tribunal, la observancia de estas normas impondrá el otorgamiento de las ayudas a quien no pueda trasladarse a una vivienda acondicionada a las necesidades derivadas de la discapacidad. La existencia del plan de provisión de las ayudas complementarias con estas garantías constituye razón de peso suficiente para satisfacer las exigencias del Tribunal en materia de proporcionalidad de la medida en relación a su legítimo objeto. Ello hace de la medida examinada un tratamiento igual para una situación significativamente diferente que, sin embargo, obedece a una justificación objetiva y razonable y, por tanto, no resulta discriminatorio²¹.

Por lo que respecta a la valoración de la proporcionalidad de la medida en relación con el segundo caso, el Tribunal plantea la existencia de un conflicto entre dos intereses igualmente legítimos de dos normativas enfrentadas con consecuencias contrarias: la normativa B 13, que introdujo las reducciones de las ayudas originales para incentivar el cambio de vivienda de sus destinatarios, y el Plan Santuario, cuyo objetivo era mantener a sus beneficiarias, víctimas de violencia de género, en sus hogares. El impacto de tratar

²¹ Párrafos 101 y 102 de la sentencia comentada.

a las beneficiarias del Plan Santuario del mismo modo que a cualquier otro beneficiario del programa de protección social afectado por la medida B 13 resulta desproporcionado, dado que *el gobierno no ha proporcionado ninguna razón de peso para justificar el haber dado prioridad a un objetivo frente a otro, y la previsión de los pagos compensatorios discrecionales no puede hacer proporcional la relación entre la medida y su objetivo, dado que ésta pertenece a un cambio normativo orientado a incentivar el abandono de sus hogares de estas personas*. En razón de todo ello, concluye que la imposición de la regulación B 13 a aquellas mujeres beneficiarias del Plan Santuario carece de justificación objetiva y razonable y constituye, por tanto, una discriminación que vulnera el artículo 14 CEDH en relación con el derecho de propiedad reconocido en el Protocolo n. 1, y recuerda que *en el contexto de la violencia doméstica los Estados miembros tienen un deber cualificado de protección de la integridad física y psicológica de los individuos frente a posibles amenazas de otras personas, incluyendo aquellos casos donde esté en juego el derecho de una persona al disfrute de un hogar libre de violencia*²².

La sentencia de la Sala se acompaña de un voto disidente de los jueces Pejchal y Wojtyczek, que no consideran que haya existido una vulneración del CEDH en relación con el trato recibido por la Señora A²³. La principal crítica que dirigen contra la opinión de la mayoría es que su decisión excede el ámbito competencial propio de la Corte, faltando a la debida cautela que ésta debe demostrar en las decisiones relativas al

²² Párrafos 103 a 105 de la sentencia comentada.

²³ En opinión de estos magistrados, si bien es innegable que tanto ella como la Señora J.D. tenían un interés especial en permanecer en sus hogares, no se demuestra que sus particulares necesidades no puedan satisfacerse en una residencia diferente. Critican especialmente la definición de la categoría protegida – mujeres beneficiarias del programa de vivienda social y del Plan Santuario cuya residencia tenga un tamaño excesivo para las necesidades de su familia –. Según los magistrados, no todas las mujeres víctimas de violencia de género se ven afectadas por esta medida, ni todas ellas se benefician de la protección de alguno de estos programas. Tampoco todas las que se benefician del Plan Santuario se verán obligadas a cambiar de residencia, ni siquiera todas las mujeres maltratadas quieren permanecer en sus hogares. Además, no existe evidencia estadística que demuestre que la medida impugnada afecta más a las mujeres víctimas de maltrato, o a las mujeres en general, que a los hombres. Por otro lado, insisten en que la legislación examinada afecta a otras muchas personas vulnerables, como las personas con discapacidad, y no está demostrado que las mujeres víctimas de maltrato encuentren siempre obstáculos especialmente difíciles de sortear para encontrar una nueva vivienda, o para afrontar un pago más elevado en concepto de alquiler. Aplicando un razonamiento similar al de la demandante, otros muchos colectivos, como los inmigrantes, que también concentran a un importante porcentaje de población con escasos ingresos, podrían poner en cuestión la legitimidad de cualquier política gubernamental que los afectara de manera diferente y presuntamente discriminatoria. Al TEDH no el corresponde tomar decisiones sobre qué colectivos deben ser protegidos de manera reforzada dados los recursos públicos existentes; esta decisión es de carácter político, y debe ser tomada por las autoridades políticas estatales, democráticamente elegidas.

reparto de los recursos públicos, una elección política que corresponde al legislador nacional.

2. Inconsistencias doctrinales y una oportunidad perdida en la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La sentencia analizada confirma la mayoría de los rasgos de la jurisprudencia del TEDH en materia de prohibición de la discriminación expuestos en los apartados anteriores. Comienza constatando que *solamente aquellas diferencias de tratamiento basadas en los motivos enumerados en el artículo pueden dar como resultado una discriminación comprendida en el significado del artículo 14*, y ello comprende las diferencias *basadas en características identificables o status*, inclinándose así por el que hemos identificado como *personal-status approach*. Acepta, por otro lado, un significado amplio de la discriminación, entendiendo que puede existir una vulneración del Convenio no solamente cuando se otorga un trato diferenciado a dos supuestos iguales, sino también cuando dos supuestos diferentes reciben un mismo trato. Partiendo de estas premisas, analiza los asuntos sometidos a su consideración haciendo uso del *very weighty reasons test*.

La diferente conclusión alcanzada en relación con el caso de las Señoras J.D y A tras su aplicación puede resultar, al menos a priori, sorprendente. ¿Cuál es la razón para considerar la regulación proporcionada en relación con la situación de la primera demandante, y desproporcionada en relación con la situación de la segunda, cuando ambas se verían significativamente más perjudicadas al abandonar su hogar que el resto de destinatarios de la norma?

Aunque no aparece formulada de manera clara en la sentencia, la respuesta a este interrogante parece residir en la diferente intensidad del perjuicio que provoca en las demandantes el abandono de su hogar. El razonamiento que parece seguir el Tribunal es que la protección de la primera demandante exige que resida en una vivienda adaptada a la discapacidad de su hija, sea la vivienda que sea, pero acondicionada de tal forma que le permita desarrollar su vida sin verse obstaculizada por sus condiciones físicas. Una normativa que garantice esto no contrariará el CEDH. La protección de la segunda demandante exige en cambio que ésta resida en su casa, en su propia casa, y solo esta vivienda le proporcionará un entorno tal que puedan considerarse satisfechas las obligaciones positivas que pesan sobre el Estado en relación con su protección. Una

normativa que fuerce a la demandante a abandonar su hogar solo podría resultar conforme al CEDH si viniera avalada por *very weighty reasons*, y esta exigencia no ha sido cumplida por el Reino Unido.

Al margen de que se comparta o no la valoración que hace el Tribunal de las necesidades de cada demandante, la construcción de su argumentación para resolver el caso revela una falta de consistencia en la aplicación del *very weighty reasons test*, que se demuestra más o menos estricto en función de la mayor o menor sensibilidad que el Tribunal tenga frente a las necesidades de un determinado colectivo. Así, cuando el Tribunal examina el caso de la Señora J.D., madre de una hija discapacitada, el objetivo de la norma B 13, incentivar el abandono de sus casas para contener el gasto público, no se cuestiona. No se exige su justificación. Basta con que el Estado proporcione las garantías necesarias para paliar las consecuencias que la medida examinada tendrá para aquellas personas que, debido a su discapacidad, se encuentren en situación de vulnerabilidad. Las garantías dispuestas en este sentido por el Reino Unido se consideran suficientes y, en consecuencia, la medida examinada no se retiene discriminatoria. Cuando el Tribunal estudia el caso de la Señora A., víctima de maltrato, el objetivo de incentivar el abandono de sus hogares por parte de los beneficiarios de las ayudas al pago de la renta originales, antes incuestionado, pasa a ser objeto de un cuidadoso escrutinio. En esta ocasión, la satisfacción del *very weighty reasons test* no depende de que el Estado demuestre que paliará los efectos de la norma B 13 para las mujeres beneficiarias del Plan Santuario; lo que se exige ahora en virtud del test es la justificación del propio objetivo de la medida examinada. Justificar que se persiga el abandono de sus casas por parte de estas mujeres. Lo que explica este desplazamiento de la atención del Tribunal hacia el objetivo de la norma B 13, aparentemente, es la existencia de otra norma que persigue un objetivo contrario, el Plan Santuario, una “norma rival” que no existía en el primer caso. Sin embargo, la existencia de un conflicto de normas con objetivos contrarios no parece una forma convincente de plantear el problema. Aunque no existiera en el ordenamiento inglés una norma concreta que abiertamente persiguiera el objetivo de evitar el traslado de domicilio de estas personas, ¿puede hacerse depender el estándar mínimo de protección de un colectivo exigible al Estado de la existencia en el ordenamiento nacional de normas que velen explícitamente por su protección? ¿no debería, más bien, juzgarse la adecuación de las normas nacionales a las exigencias de protección derivadas del Convenio?

En realidad, nada hay de irrazonable en suponer, como hace el Tribunal, que la protección adecuada de una víctima de violencia de género exige que ésta pueda permanecer en su hogar, mientras que la protección adecuada de una persona con discapacidad puede satisfacerse en un domicilio diferente, siempre y cuando este sea accesible y cuente con las adaptaciones necesarias. Sin embargo, todo ello no se explica en la sentencia. Nada se argumenta para justificar la diferente postura Tribunal en uno y otro caso, que parece depender, sencillamente, de una diferente sensibilidad en lo que respecta a las necesidades de las personas con discapacidad y de las mujeres víctimas de maltrato, mostrando este una mayor inclinación a la tutela de los intereses de las segundas.

Esta falta de sensibilidad frente a las necesidades de las personas con discapacidad contrasta con las posiciones que ha mantenido el Tribunal en sentencias recientes, en las que parecía estar dispuesto a sentar un estándar más garantista para la protección de este colectivo. Así, el razonamiento seguido en el presente caso se distancia de forma evidente del que sostuvo en el caso Çam contra Turquía en el 2016. En aquella ocasión el Tribunal consideró discriminatoria la denegación de la admisión de una alumna invidente en el Conservatorio Nacional de Música, cuya candidatura fue rechazada alegando las autoridades competentes que una persona invidente no tenía las capacidades necesarias para estudiar en el conservatorio, a pesar de haber obtenido un buen resultado en la prueba de admisión, dada la falta de estructuras adecuadas para que ésta pudiera participar en las clases. El Tribunal determinó que las autoridades nacionales no habían considerado la posibilidad de adaptar sus estructuras educativas a las necesidades de la estudiante, faltando así a su obligación de proveer un ajuste razonable a las necesidades de las personas con discapacidad allí donde ello no suponga una carga excesiva al Estado y, por ende, vulnerando el art. 14 CEDH²⁴.

En el asunto Guberina contra Croacia, resuelto pocos meses después, las autoridades croatas no consideraron las particulares necesidades de un demandante cuyo hijo tenía una discapacidad que limitaba su movilidad y le hacía depender de una silla de ruedas a la hora de aplicar la normativa fiscal, otorgando un trato igual a una situación significativamente diferente a la de otros contribuyentes. La norma fiscal cuya aplicación se consideró discriminatoria eximía del pago de impuestos sobre la compra de una nueva vivienda a quienes realizaran la adquisición para “satisfacer las

²⁴TEDH, Çam contra Turquía, n. 51500/08, 23 de febrero de 2016; P. 69

necesidades habitacionales de la familia”. Las autoridades turcas interpretaban que la norma resultaba aplicable a quienes se trasladaran debido a elementos como la insuficiente superficie de la primera vivienda, o la falta de electricidad, agua corriente u otros servicios públicos, pero no a un caso como el del demandante, donde la primera vivienda no se ajustaba a las necesidades familiares por carecer de ascensor y estructuras accesibles para una persona en silla de ruedas. El Tribunal estimó que la falta de toma en consideración de las circunstancias particulares del demandante y la falta de equidad inherente a la forma en la cual las autoridades competentes aplicaban la normativa fiscal interna constituían una violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo n. 1²⁵.

En ambos casos la argumentación del Tribunal se construyó teniendo presente la figura del ajuste razonable. En *Çam contra Turquía* llegó a afirmar que *la discriminación por razones de discapacidad también cubre el rechazo [por parte de las autoridades nacionales] a realizar ajustes razonables*²⁶. Si en el asunto J.D. y A contra Reino Unido hubiera sido resuelto conforme a la línea doctrinal que parecía haberse abierto en estas dos sentencias, la solución alcanzada por el Tribunal podría haber sido distinta.

El ajuste razonable es una de las más recientes construcciones jurídicas al servicio de la igualdad²⁷. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del 2006²⁸ lo define como *aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades*

²⁵ TEDH, *Guberina contra Croacia*, n. 23682/13, 22 de marzo de 2016; P. 98

²⁶ TEDH, *Çam contra Turquía*, n. 51500/08, 23 de febrero de 2016; P. 67

²⁷ Algunos autores han destacado que la acogida de la lógica del ajuste razonable en las sentencias del TEDH, si bien solo se ha hecho explícita en los dos pronunciamientos referidos, ya estaba implícita en el razonamiento que se siguió en el Caso *Glor contra Suiza*. En este sentido, ver: ITXASO ELÓSEGUI, M. “El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público”. *Anuario de filosofía del derecho*, (30), 2014, p. 85. También: BRODERICK, A. (2015). “A reflection (...), op. cit, p.110.

²⁸ A los efectos del presente trabajo, es importante destacar que el Consejo de Europa ha elaborado una serie de documentos en los cuales se alude a la Convención de Naciones Unidas como el estándar a seguir en el marco europeo de protección de derechos humanos. En concreto, ver: Recommendation CM/Rec(2010)2 of the Committee of Ministers to member states on deinstitutionalisation and community living of children with disabilities (Adopted by the Committee of Ministers on 3 February 2010 at the 1076th meeting of the Ministers’ Deputies), Recommendation CM/Rec(2009)6 of the Committee of Ministers to member states on ageing and disability in the 21st century: sustainable frameworks to enable greater quality of life in an inclusive society (Adopted by the Committee of Ministers on 8 July 2009 at the 1063rd meeting of the Ministers’ Deputies).

fundamentales, y dispone en su artículo 2 que la denegación de ajustes razonables es una de las formas de discriminación por discapacidad prohibidas²⁹.

Nacido en el ámbito laboral para la lucha contra la discriminación por motivos religiosos, su importación a la legislación de protección de las personas con discapacidad y su extensión más allá del escenario laboral es fruto de la progresiva implantación del conocido como *modelo social de discapacidad*³⁰. El rasgo distintivo de este modelo es que no plantea la discapacidad como una condición propia de la persona, independiente de cualquier factor externo, sino como una circunstancia que resulta de la interacción entre las condiciones físicas o psíquicas de la persona y su entorno, de tal modo que la discapacidad aparece allí donde el entorno obstaculiza la participación plena y efectiva de la persona en la sociedad³¹. En coherencia con este nuevo enfoque, que plantea la discapacidad como un fenómeno social, y cuya influencia en los textos nacionales e internacionales de tutela de los derechos de las personas con discapacidad cada vez es mayor³², los Estados tienen una responsabilidad activa en la remoción de los obstáculos que se interponen entre las personas que sufren alguna limitación en sus capacidades físicas o psíquicas y el disfrute de sus derechos en condiciones de igualdad³³. Por ello, una falta de atención a su deber de ajuste razonable constituiría una discriminación.

²⁹ Sobre ello FERRI, D. “L’accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization”. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 19(2), 2017, 392 y ss.

³⁰ El modelo social se opone al modelo médico-asistencial de discapacidad. Sobre su gestación en los años sesenta y su progresiva expansión en las décadas posteriores: BARNES, C. “Capire il «Modello Sociale della Disabilità»”. *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico*, 2(1), 2008. Para una definición sencilla del modelo, podemos tomar la de A. Broderick: *The social model focuses on positive obligations to remove all types of societal barriers – whether physical, environmental, attitudinal or other. It requires that society adapts to persons with disabilities, rather than requiring disabled individuals to fit in with the so-called ‘norm’*. BRODERICK, A. (2015). “A reflection (...)”, op. cit., p. 110

³¹ Esta es la lógica que inspira hoy la redacción de los convenios internacionales de protección de las personas con discapacidad. Es especialmente patente la huella que ha dejado en el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Una muestra de ello es su artículo primero, en virtud del cual *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*.”. Añade además la Convención, en su artículo segundo, que *“Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*.

³² En este sentido, ver: FERRI, D. “L’accomodamento (...)”, op.cit. pp. 381-420.

³³ En palabras de M. CROSSLEY, *Una vez reconocido que las principales desventajas asociadas a la discapacidad son el resultado de prácticas y estructuras sociales, en lugar de ser el desafortunado*

A través del reconocimiento de la figura del ajuste razonable como una obligación estatal en los textos internacionales de protección de derechos humanos, se pretende promover la toma de conciencia por parte de las autoridades nacionales de su responsabilidad en la aparición de las situaciones de vulnerabilidad y exclusión que pueden sufrir estas personas. El sentido de esta figura no es tanto la elaboración de políticas públicas genéricas para la inserción social o laboral de estos grupos, como podría ser el otorgamiento de incentivos fiscales a aquellas empresas que contraten un porcentaje determinado de personas con discapacidad, sino que en el diseño de toda norma se dispongan las previsiones necesarias para permitir que, en su aplicación, las autoridades competentes puedan flexibilizar la respuesta normativa ante las particulares necesidades de cada persona. Este enfoque, más inclinado a la protección de cada individuo y a la adaptación del ordenamiento a sus concretas necesidades que a la promoción de remedios pensados para grupos de población vulnerable³⁴, se mantiene cuando utilizamos la figura del ajuste razonable en sede judicial. Así, ante los tribunales, ya sean éstos ordinarios, constitucionales, u órganos internacionales de protección de derechos, el ajuste razonable constituye un mecanismo de reacción contra los tratamientos de formulación neutral que resulten especialmente perjudiciales para una persona dadas sus circunstancias personales en relación con su discapacidad. En este sentido, comparte algunos rasgos con la discriminación indirecta o por impacto, pero no se confunde con esta categoría; al menos no con la primera formulación de este tipo de discriminación. A diferencia del modelo tradicional de discriminación indirecta o por impacto, exigirle al Estado un ajuste razonable no pretende desenmascarar la motivación discriminatoria de aquellas normas que perjudican proporcionalmente a un número superior de personas con discapacidad respecto de los afectados sin discapacidad, sino que implica un control de las obligaciones positivas de un Estado. Supone un paso adelante en la protección antidiscriminatoria, en la medida en que se desprende de manera definitiva del elemento subjetivo de la discriminación, y un cambio de perspectiva que difumina la protección grupal para dar mayor relevancia a las particulares necesidades de cada situación personal.

resultado de una lotería natural, la reivindicación de que la sociedad asuma su responsabilidad en remediar dichas desventajas se deduce de manera natural. CROSSLEY, M. Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project. *Rutgers LJ*, 35, 2003, p. 18.

³⁴ Existe un intenso debate sobre la repercusión que esto tiene en relación con la naturaleza de las medidas de ajuste razonable que, para algunos autores, son claramente diferentes de las acciones positivas, pero para otros son una acción positiva *sui generis*. Ibid. p.80 y ss.

La virtualidad práctica del ajuste razonable en sede judicial tiene relación con la distribución de la carga de la prueba: implica que si el demandante demuestra la falta de ajuste razonable de la normativa nacional, o de su aplicación, a sus especiales necesidades, las autoridades estatales deberán justificar adecuadamente por qué no pudieron cumplir con sus obligaciones activas de protección. Así, la obligación de ajuste razonable va siempre acompañada de su excepción: supone el deber de poner en práctica las adaptaciones oportunas, a menos que ello suponga una carga excesiva, una *carga desproporcionada o indebida*, en los términos de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, o *undue hardship* en la terminología original estadounidense.

La aplicación de la lógica de las obligaciones estatales de ajuste razonable al caso planteado por la Señora J.D. habría condicionado el desarrollo de la argumentación que da forma a la sentencia del TEDH. No puede decirse que el recurso a esta figura hubiera implicado, necesariamente, un fallo favorable a las peticiones de esta demandante, ya que es un concepto aún en construcción, de fronteras imprecisas y que en ningún caso impone obligaciones absolutas a los Estados, que siempre pueden justificar que la adaptación de su normativa o de sus prácticas les supondría una carga excesiva que no tienen el deber de asumir. No obstante, lo que sí parece claro es que construir la sentencia en uso de la obligación estatal de ajuste razonable hubiera impuesto un estándar de protección más exigente al Reino Unido. Así, de haberse partido de que sobre este Estado pesaba un deber de acomodar su normativa a las necesidades particulares de las personas con discapacidad y, en este caso, a las de la Señora J.D. y su hija, el Reino Unido habría tenido que demostrar por qué exceptuar a esta familia de la aplicación de la reducción de las ayudas introducida en 2012 resultaba una carga desproporcionada o indebida, pasando a encontrarse en una situación equiparable a la que el Tribunal tomó como punto de partida en relación con la situación de las mujeres víctimas de maltrato.

En todo caso, y al margen de las conclusiones que el Tribunal hubiera alcanzado de haber seguido el cauce argumentativo aquí propuesto, ello habría tenido la ventaja de dar un nuevo impulso a la acogida de este concepto, alimentando el proceso de fertilización cruzada que venía desarrollándose entre su propia interpretación de las obligaciones estatales en materia antidiscriminatoria del CEDH, la Convención de derechos de las personas con discapacidad, y las resoluciones de su Comité homónimo,

un proceso de convergencia y armonización en la protección de este colectivo que comenzaba a despertar esperanzas de cambio entre la doctrina. Se perdió así la oportunidad de contribuir a la consolidación de un marco de protección más completo, actualizado, y capaz de dar una respuesta más atenta a las particulares características de la situación de exclusión que sufren las personas con discapacidad.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha visto a lo largo de este trabajo, la protección del principio de igualdad y no discriminación ha adquirido una importancia creciente en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. La evolución de la interpretación del artículo 14 CEDH no ha sido lineal, y no puede decirse aún que exista un modelo de protección antidiscriminatoria claramente definido. Se alternan pronunciamientos en los que el Tribunal se muestra más deferente con los Estados, con otros en los que asume un papel más activo en la promoción de la igualdad, sin que puedan inferirse de su trayectoria unas pautas que nos permitan predecir con precisión qué postura asumirá respecto a un caso concreto. Si bien son varios los autores que, en los últimos años, han tratado de sistematizar los asuntos relativos a esta materia, para extraer de ellos directrices que nos permitan orientarnos, por el momento, las conclusiones aportadas por sus trabajos resultan una brújula poco fiable. Resta siempre un elemento de incertidumbre, que hará depender la perspectiva adoptada por el Tribunal de la valoración que le merezcan las concretas circunstancias y el conjunto de elementos presentes en el caso a resolver.

Con respecto al asunto J.D. y A. contra Reino Unido, merece la pena realizar dos últimas consideraciones. Por un lado, en él se demuestra la débil consistencia de las herramientas que el Tribunal utilizaba para dar forma a su argumentación. Así, el *very weighty reasons test*, que suele activarse ante la presencia de rasgos sospechosos de discriminación, no impone un método de escrutinio claramente definido, reconducible a fases de examen fácilmente identificables. Por el contrario, parece más bien que el Tribunal confecciona las exigencias derivadas de este test a la medida del caso concreto que debe resolver. Una cierta flexibilidad en las técnicas empleadas por el Tribunal puede resultar positiva; al fin y al cabo, no hay que olvidar su vocación es responder ante vulneraciones de derechos y garantizar su protección, lo cual exige tener presentes las particularidades de las situaciones sometidas a su examen, y cerciorarse de que su respuesta garantice la eficacia de los derechos reconocidos en el Convenio. La necesidad de ductilidad en la estructura del Derecho que con tanto acierto señaló

ZAGREBELSKY, y que tan natural como imperativa resulta en su aplicación por parte de los Tribunales de Derechos Humanos, se extrema, más aún si cabe, en materia antidiscriminatoria. En este ámbito, una rigidez excesiva en el enjuiciamiento de un caso puede conducir a soluciones miopes e injustas. Así, por ejemplo, hacer pesar una misma sombra de sospecha sobre cualquier diferenciación basada en un rasgo como la raza o el sexo, aplicando siempre un escrutinio muy estricto, con independencia del contexto y la finalidad de la clasificación enjuiciada, conduciría a examinar de un mismo modo medidas de discriminación directa y medidas de acción positiva diseñadas para tratar de revertir los efectos de la discriminación sufrida en un pasado³⁵. De la misma manera, un esquema decisorio que no permitiera apreciar las singularidades del contexto específico podría imposibilitar la remoción de prácticas de formulación neutral con efectos discriminatorios. En definitiva, en el fenómeno de la discriminación requiere atender siempre al contexto, y contar con herramientas que ofrezcan una elasticidad suficiente en sede judicial. No obstante, es necesario alcanzar un equilibrio entre flexibilidad y claridad metodológica, y la jurisprudencia del TEDH en materia discriminatoria en ocasiones se tambalea y amenaza con caer en un exceso de casuismo, llevándose por delante el rigor y la coherencia debida en sus fórmulas de decisión.

Por otro lado, merece la pena destacar también, esta vez en un tono más positivo, cómo el caso J.D. y A. constata que el Tribunal de Estrasburgo maneja un concepto amplio de discriminación, y que en ningún momento ha renunciado a la posibilidad de exigir de los Estados comportamientos positivos en la garantía del principio de no discriminación. Así, la condena al Reino Unido en relación con la desatención de las particulares necesidades de la Señora A., más allá de las consecuencias beneficiosas que tuvo para la demandante, supone una llamada de atención a los Estados firmantes del CEDH: no pueden ignorar las necesidades de algunos colectivos especialmente vulnerables a la hora de proyectar e implementar sus políticas públicas. Descuidar las obligaciones de protección de determinadas personas expuestas a una situación de discriminación equivale a discriminar. Así, discriminatorios no son solo los

³⁵ Al margen de la posición que se defiende sobre la legitimidad y oportunidad del uso de estas en unos y otros contextos, no parece razonable aplicarles un mismo nivel de escrutinio que a las formas de discriminación directa. El problema de aplicar un mismo escrutinio a estos dos tipos de medidas ha suscitado intensos debates en Estados Unidos, entre partidarios de una lectura *color-blind*, clasificatoria, de la Constitución, y los partidarios de la lectura de la decimocuarta enmienda como portadora de un principio anti-subordinación. Conviene consultar al respecto dos trabajos clásicos de la doctrina estadounidense: Kennedy, R. "Persuasion and distrust: A comment on the affirmative action debate", *Harvard Law Review*, 99, 1985, pp. 1327-1346; Strauss, D. A. "The myth of colorblindness", *The Supreme Court Review*, 1986, pp. 99-134.

comportamientos que de forma directa perjudican a una persona por su pertenencia a un colectivo. Ni siquiera se agota el abanico de conductas discriminatorias incluyendo también las medidas de formulación neutral desproporcionadamente perjudiciales para un grupo determinado – discriminaciones indirectas –. El concepto de discriminación asumido se amplía, para incorporar aquellas conductas que, sin pretenderlo, provocan un efecto perjudicial sobre miembros concretos de un colectivo vulnerable, empujando así a los Estados a prever y prevenir los efectos negativos que sus políticas podrían provocar en estos individuos, a cuyas particulares necesidades deben dar respuesta.

Dado que en nuestras sociedades conviven formas de discriminación abierta, con otras muchas formas de exclusión estructural que, si bien pueden no ser fruto de decisiones conscientemente discriminatorias, contribuyen a perpetuar la situación de subordinación o exclusión de quienes han sufrido diferentes formas de opresión o desventaja, un enfoque de este tipo debe ser valorado muy positivamente. Apunta en una dirección transformadora que, en pronunciamientos futuros, podría revelarse muy eficaz en la lucha contra la discriminación. En este sentido, en su consideración global, el asunto J.D. y A. se construye sobre unas premisas teóricas que tienen el potencial de permitir importantes avances en el desarrollo de un modelo antidiscriminatorio objetivo, capaz de implicar más a los Estados europeos en la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad efectiva entre sus ciudadanos.

Dicho esto, no obstante, es pertinente señalar que el tipo de enfoque antidiscriminatorio aquí defendido otorga una importante capacidad de revisión y un amplio margen de discrecionalidad a los órganos encargados de la garantía del respeto al principio de igualdad. En este sentido, como ya dijimos al comienzo del presente trabajo, el manejo del concepto de igualdad propio de nuestros días los coloca en una posición delicada. Sin embargo, lo delicado de su tarea no la convierte en un cometido menos trascendental para aquellas sociedades que se pretendan democráticas. Este problemático juego de equilibrios se nos presenta, entonces, como un reto irrenunciable, un desafío que no podemos dejar de afrontar. Darle la espalda a su solución implicaría, o bien renunciar al control del poder del Tribunal, o bien renunciar a una lucha efectiva contra la discriminación. Por eso, precisamente, de cara al futuro sería deseable que el Tribunal de Estrasburgo hiciera un uso valiente de su capacidad de fiscalización de la actuación estatal, afianzando así el compromiso con la defensa de una igualdad real y efectiva que poco a poco se abre paso en su jurisprudencia, pero al mismo tiempo debe

acompañar este compromiso con una teoría y unos esquemas de decisión más sólidos, para facilitar el control de sus decisiones y, a la par, reforzar su legitimidad.

JURISPRUDENCIA CITADA

TEDH, Petrovic contra Austria, n. 20458/92 27 de marzo de 1998
 TEDH, Thlimmenos contra Grecia, n. 34369/97 de 6 de abril del 2000
 TEDH, Glor c. Suiza, n. 13444/04, 30 de abril 2009
 TEDH, Opuz contra Turquía, n. 33401/02, de 9 de julio de 2009
 TEDH, Çam contra Turquía, n. 51500/08, 23 de febrero de 2016
 TEDH, Guberina contra Croacia, n. 23682/13, 22 de marzo de 2016
 TEDH, J.D. y A contra Reino Unido, 32949/17 y 34614/17, 24 de octubre de 2019

BIBLIOGRAFÍA

Arnardóttir, O. M. “Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights”, *Oslo Law Review*, 4(03), 2017, pp. 150-171.
 Barnes, C. “Capire il «Modello Sociale della Disabilità»”, *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico*, 2(1), 2008, pp. 87-96.
 Baker, A. “The enjoyment of rights and freedoms: a new conception of the ‘ambit’ under Article 14 ECHR”, *The Modern Law Review*, 69(5), 2006, pp.714-737.
 Broderick, A. “A reflection on substantive equality jurisprudence: The standard of scrutiny at the ECtHR for differential treatment of Roma and persons with disabilities”, *International Journal of discrimination and the Law*, 15(1-2), 2015, pp. 101-122.
 Cartabia, M. “The European Court of Human Rights: judging nondiscrimination”, *International journal of constitutional law*, 9(3-4), 2011, pp. 808-814.
 Cobreros Mendazona, E. “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2007 pp. 71-114.
 Crossley, M. “Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project”, *Rutgers LJ*, 35, 2003.
 Danisi, C. “How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence.” *International Journal of Constitutional Law*, 9(3-4), 2011, pp. 793-807.
 Ferri, D. “Reasonable accommodation as a gateway to the equal enjoyment of human rights: from New York to Strasbourg”, *Social Inclusion*, 6(1), 2018, pp. 40-50.
 Ferri, D. “L’accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic Borrowing alla Cross-Fertilization”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 19(2), 2017, pp. 381-420.
 Fernández Segado, F. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” *El principio de igualdad en la Constitución española: XI Jornadas de Estudio*. Vol. 1, 1991, 777-836.

- Fredman, S. "Emerging from the shadows: Substantive equality and article 14 of the European convention on human rights", *Human Rights Law Review*, 16(2), 2016, pp. 273-301.
- Gerards, J. "The discrimination grounds of article 14 of the European convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, 13(1), 2013, pp. 99-124.
- Giacomelli, L. *Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli. 2018.
- Hunter, R. C., & Shoben, E. W. "Disparate impact discrimination: american oddity or internationally accepted concept?", *Berkeley Journal of Employment & Labour Law*. 19, 1998, pp. 108 - 152.
- Itxaso Elósegui, M. "El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público." *Anuario de filosofía del derecho*, (30), 2014, pp. 69-96.
- Karlan, P. S., & Rutherglen, G. "Disabilities, discrimination, and reasonable accommodation", *Duke Law Journal*. 46, 1996, pp. 1-41.
- Kennedy, R. "Persuasion and distrust: A comment on the affirmative action debate", *Harvard Law Review*, 99, 1985, pp. 1327-1346.
- Madinabeitia Deop, X. "De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos. El Protocolo adicional N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 16, 2000, pp. 367-376.
- O'connell, R. "Cinderella comes to the Ball: Art 14 and the right to non-discrimination in the ECHR", *Legal Studies*, vol. 29 No. 2, 2009, pp. 211-229.
- Palacios, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI. 2008.
- Peroni, L., & Timmer, A. "Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law", *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 2013, pp. 1056-1085.
- Rey Martínez, F. "La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Pensamiento Constitucional*, 17(17), 2012, pp. 291-319.
- Strauss, D. A. "The myth of colorblindness", *The Supreme Court Review*, 1986, pp. 99-134.
- Wildhaber, L. "Protection against Discrimination under the European Convention on Human Rights. A Second-Class Guarantee?", *Baltic Yearbook of International Law Online*, 2(1), 2002, pp. 71-82.