

LA SENTENCIA SOARES DE MELO V. PORTUGAL DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: UN CASO DE DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE E INSTITUCIONAL... POR POBREZA

THE SOARES DE MELO V. PORTUGAL JUDGMENT OF THE STRASBOURG COURT: A CASE OF MULTIPLE AND INSTITUTIONAL DISCRIMINATION... DUE TO POVERTY

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2023 | Fecha de aceptación: 14 de febrero de 2024

Fernando REY MARTÍNEZ*

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo primordial analizar el caso Soares de Melo contra Portugal, describiendo el correcto abordaje que realizó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al resolver el caso, pero analizando también otras variables de discriminación que no fueron analizadas por aquel órgano de Justicia, precisamente porque no fueron planteadas por la recurrente. Se pretende demostrar que, en este caso, subyacía también una discriminación interseccional, basada primordialmente en la pobreza de la señora Soares de Melo.

Palabras clave: Esterilización; prohibición de contacto; discriminación; discriminación de género múltiple.

Abstract

The primary objective of this work is to analyze the case of Soares de Melo against Portugal, describing the correct approach taken by the European Court of Human Rights when resolving the case, but also analyzing other variables of discrimination that were not analyzed by that body of Justice. , precisely because they were not raised by the appellant. It is intended to demonstrate that, in this case, there was also intersectional discrimination, based primarily on the poverty of Mrs. Soares de Melo.

Keywords: Sterilization; prohibition of contact; discrimination; multiple gender discrimination.

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid.

SUMARIO: I. Introducción. II. Hechos, argumentos y fallo. III. Un caso de lesión del derecho a la vida familiar, pero ¿sólo de eso? IV. Un asunto de discriminación de género múltiple e institucional. V. El caso Soares de Melo, un asunto de discriminación por pobreza. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Con placer me sumo, a través del presente artículo, al homenaje de la profesora Ángela Figueruelo, con quien comparto amistad desde hace décadas y también, y, sobre todo, la misma pasión por la igualdad entre todas las personas.

Propongo aquí el análisis crítico de la Sentencia Soares de Melo contra Portugal, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de septiembre de 2016, que es un asunto que ha pasado en gran medida inadvertido para la literatura especializada pero que, como espero demostrar, presenta problemas de gran trascendencia en el campo del Derecho antidiscriminatorio.¹

Adelanto que la solución que se presta al caso me parece satisfactoria, pero, tras recordar sucintamente los principales hechos, argumentos y fallo de la Sentencia, procederé a leer el conflicto con las lentes de las categorías del Derecho antidiscriminatorio, proponiendo una interpretación si no alternativa a la del Tribunal, sí, al menos, complementaria. En mi opinión, la señora Soares de Melo fue víctima de una discriminación de género múltiple, sistemática e institucional en la que uno de los elementos principales fue la pobreza extrema en la que vivía.

II. HECHOS, ARGUMENTOS Y FALLO

La Sra. Liliane Sallete Soares de Melo, nacida en 1977, es una ciudadana de Cabo Verde que recurre al Tribunal de Estrasburgo alegando una violación de su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CR) porque las autoridades portuguesas internaron en diversas instituciones a siete de sus diez hijos con vistas a una futura adopción y le prohibieron visitarles. La señora Soares de Melo, se hallaba sin empleo, sin regularización, a esa fecha, de estancia en Portugal, se la había recomendado desde servicios sociales que se ligara las trompas pero se negó a hacerlo, las condiciones de la vivienda eran precarias, faltaba higiene y seguridad, varios de los hijos no iban a la escuela regularmente, no se hacía un seguimiento

¹ Melo v. Portugal, 2016, European Court of Human Rights (ECHR), 16-02-2016.

médico adecuado, y el padre de sus hijos practicaba la poligamia y se ausentaba del hogar familiar con frecuencia.²

La recurrente sostenía que sus hijos no estaban expuestos a violencia física o psicológica alguna y que la medida se adoptó, en realidad, por su situación de precariedad social. Ni se adoptaron medidas menos radicales que sí estaban disponibles, ni habría recibido una asistencia social adecuada. Además, había sido forzada por los servicios sociales a incluir en el acuerdo una cláusula según la cual debía someterse a una operación de esterilización, algo contrario a su cultura y religión. El Gobierno portugués justificaba la medida en atención al interés superior de los niños ya que se encontraban en peligro por la conducta negligente de la madre y su cónyuge y que esta situación no habría mejorado a pesar de los apoyos prestados durante años. En cuanto a la esterilización, sostuvo que era algo aceptado voluntariamente por la recurrente, pero que lo decisivo era la planificación familiar, no esa operación en concreto.³

El Tribunal de Estrasburgo recuerda, en primer lugar, su jurisprudencia establecida sobre la materia: que el hecho de que los padres y los hijos estén juntos representa para ellos un elemento fundamental de la vida familiar; las medidas que lo impidan representan un límite del derecho protegido por el art. 8 CR. El límite será válido si está previsto por la ley, es necesario en una sociedad democrática y proporcional al fin legítimo que pretende. Se observa en la Sentencia que en el caso las partes aceptan que la medida recurrida es un límite del derecho de la recurrente a su vida familiar, límite previsto por la ley portuguesa.⁴

El Tribunal señala que las autoridades censuraban a la reclamante que no ofreciera condiciones materiales adecuadas a sus hijos. Por supuesto, se añade que no es tarea del Tribunal sustituir a dichas autoridades en la valoración de las posibles medidas a adoptar, pero la Sentencia constata que es “objetivamente evidente que la situación de la reclamante era particularmente frágil en la medida en que tenía una familia numerosa a cargo... que, además, criaba sola” (párrafo 105); sobrevivía con 393 euros al mes por ciertos abonos públicos y de donativos de terceros (banco de alimentos, etc.). Pese a ello, las autoridades no intentaron suplir estas carencias por medio de un apoyo económico complementario para cubrir las necesidades económicas de la familia (por ejemplo, en materia de alimentos, electricidad y agua corriente), así como de cuidado de los hijos para que la madre pudiera ejercer una actividad profesional remunerada (párrafo 106).⁵ De ahí que el Tribunal entienda que “las autoridades ya deberían haber adoptado medidas concretas para permitir que los niños vivieran con su madre antes de derivarlas

2 *Ídem.*
 3 *Ibidem.*
 4 *Ibidem.*
 5 *Ibidem.*

hacia una institución y abrir un proceso de adopción” (párrafo 106). Con cita de varias sentencias anteriores (B v. Rumanía, 2013; Todorova v. Italia, 2019 y Zhou v. Italia, 2014), se recuerda de nuevo que “en el caso de las personas vulnerables, las autoridades deben probar una atención particular y una protección reforzada”⁶ (párrafo 106).⁷

En este contexto, la propuesta de esterilización por parte de las autoridades “es particularmente grave” (párrafo 111) porque se podría haber aconsejado métodos anticonceptivos menos intrusivos. El Tribunal sostiene, como cuestión de principio, que una operación de esterilización jamás puede ser una condición para la continuidad de los derechos parentales (párrafo 111). De ahí también que no haberse sometido a esa operación no puede acarrear consecuencias negativas para la madre. Y, en cualquier caso, se reprocha que las autoridades judiciales portuguesas no tuvieron en cuenta debidamente las diferencias culturales respecto de la presión ejercida sobre la recurrente para que se esterilizara.⁸

La prohibición de contacto de la madre con sus hijos (que se mantuvo durante casi tres años) sólo hubiera sido conforme con el art. 8 del Convenio de Roma si la madre o el padre se hubieran mostrado particularmente indignos con sus hijos, lo que no sucedió en este caso.⁹ En efecto, se demostró que los lazos afectivos entre la recurrente y sus hijos eran particularmente fuertes, que no hubo en ningún momento situación de violencia o de malos tratos, abusos sexuales, carencias afectivas, un frágil estado de salud o un desequilibrio psíquico de los padres. Además, se internó a los hijos en tres instituciones distintas, prohibiendo a la madre las visitas, incluso con los recursos procesales pendientes, y esta separación fue “un obstáculo a los lazos fraternos” y, por tanto, contraria al interés superior de los niños (párrafo 114).¹⁰

El Tribunal también identifica graves fallos en el procedimiento. En ningún momento se requirió evaluación psicológica independiente alguna de la madurez y capacidad educativa de la madre, ni hubo pericia psicológica de los hijos. Tampoco hubo apoyo legal de la madre en las fases iniciales.

El Tribunal concluye que la medida impugnada no era pertinente y suficiente a la luz de la finalidad que perseguía y, por tanto, no era necesaria en una sociedad democrática. Las autoridades pudieron adoptar otras medidas menos restrictivas del derecho a la vida privada de la madre y sus hijos (como el acogimiento familiar o el institucional). Al obrar del modo en que lo hicieron, las

6 Case de B. v. Romania, 2013, European Court of Human Rights (ECHR), 19-05-2013; Todorova v. Italia, 2019, European Court of Human Rights (ECHR), 30-11-2019; Zhou v. Italia, 2014, European Court of Human Rights (ECHR), 02-06-2014.

7 Melo v. Portugal, 2016, *op. cit.*, nota 1.

8 *Ibidem.*

9 Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CPDHLF], 04-11-1950.

10 Melo v. Portugal, 2016, *op. cit.*, nota 1.

autoridades portuguesas lesionaron ese derecho (art. 8 CR) –párrafo 120) Se ha violado ese mismo derecho también por otros tres motivos: 1) Porque la decisión del internamiento de los niños con vista a su adopción tuvo en cuenta el hecho de que su madre no se sometió a una operación de esterilización (párrafo 121) 2) Porque se prohibió a la madre cualquier contacto con sus hijos (párrafo 122) y 3) porque el procedimiento (administrativo y judicial) no fue conducido de modo equitativo teniendo en cuenta la ausencia de implicación efectiva de la reclamante (párrafo 123).¹¹

La reclamante solicitaba 150.000 euros por daño moral, pero el Tribunal la concede 15.000. También invita el Tribunal a las autoridades portuguesas a reexaminar la situación de la reclamante y de sus hijos a la luz de la Sentencia y a adoptar las medidas apropiadas en el superior interés de los menores.

El Voto concordante del Juez Sajó subraya que el interés superior del niño es, salvo caso excepcional, estar con sus padres y que no cabe “una comprensión unilateral y absolutista de la noción de supremacía del interés de niño” por parte de los servicios nacionales de protección de la infancia que pueda degenerar en paternalismo estatal “salvador”.

III. UN CASO DE LESIÓN DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR, PERO ¿SÓLO DE ESO?

La Sentencia me parece muy bien decidida. El Tribunal podría haber optado por un enfoque conservador y formalista negándose a examinar estrictamente el seguimiento estatal de un caso concreto de servicios sociales. Acaso se echa en falta en el fallo la estimación de lesión del art. 8 del Convenio de Roma¹² también por romper los vínculos entre los hermanos durante la estancia en tres instituciones estatales distintas, un dato que sí aparece, sin embargo, en el razonamiento de la Sentencia (párrafo 114).¹³

Parece evidente la cadena de errores lesivos del derecho de la madre y también de sus hijos al respeto a la vida familiar por parte de los servicios sociales y de la mayoría de órganos judiciales portugueses que intervinieron. Una de las causas probables de ello quizá sea que el derecho al respeto a la vida familiar del art. 8 del Convenio de Roma no parece tener correlatos claros y de contenido robusto en muchas de las constituciones de los Estados miembros;¹⁴ desde luego, en la mención del derecho aplicable que hace la Sentencia, se cita al Código Civil pero no a la Constitución portuguesa, que tampoco aparece en la argumentación. De

¹¹ *Ibidem.*

¹² Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CPDHLF], *op. cit.*, nota 9.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CPDHLF], *op. cit.*, nota 9.

modo que el caso planteado tenía una evidente estatura constitucional europea, pero no nacional. A partir de la Sentencia, la empezará a tener y esto es una buena noticia.

El fallo es razonable desde el juicio de proporcionalidad que hace el Tribunal: la separación tan estricta de la madre y los hijos (llegando a prohibir, incluso, las visitas) es una medida desproporcionadamente radical que se ha adoptado sin tener en cuenta que la madre no era lo que vulgarmente se conoce como una mala madre y sin valorar otras acciones menos restrictivas del derecho al respeto de la vida familiar. La presión a la que se somete a la reclamante por parte de los servicios sociales para que se esterilizara de modo permanente añade una nota dramática que parece confirmar la desidia y falta de respeto a la diversidad cultural y personal de la madre en el manejo del asunto. Un caso, insisto, en el que probablemente ninguna de las autoridades portuguesas que intervinieron llegaron a sospechar nunca que acabaría en Estrasburgo y con una dura sentencia condenatoria, además. Así pues, el conflicto se resuelve cabalmente desde la óptica del respeto a la vida familiar del art. 8 del Convenio de Roma.¹⁵

El Voto concurrente del Juez Sajó plantea el debate, en este contexto, sobre el papel de los servicios sociales respecto de la infancia y el rol de los padres. Posiblemente, desde una óptica conservadora de respeto a la idea de familia tradicional y de énfasis en el papel preferente de los padres en la crianza y educación de sus hijos por delante del Estado y sus servicios sociales.

Soares de Melo es un caso, por tanto, que gravita en la órbita de los derechos en el seno de las familias. Sin embargo, a mi juicio, este enfoque, aun siendo válido, por supuesto, no permite una visión completa del conflicto en presencia. En efecto, creo que el asunto no puede entenderse sin tomar en consideración el art. 14 del Convenio de Roma, relativo a la igualdad y la prohibición de discriminación.¹⁶

De hecho, el propio Tribunal observa de modo sagaz que, finalmente, a la señora Soares de Melo se la priva de la patria potestad de sus hijos por no reunir una serie de condiciones materiales que, en realidad, ella misma no podría procurarse, sino que deberían provenir del Estado (párrafo 106).¹⁷ En otras palabras, el Estado la hace responsable de una situación que, principalmente, es consecuencia de la omisión del Estado, no de su conducta.

Este es un punto de vista realmente interesante porque supone una mirada que contempla la realidad del caso desde un enfoque material, no formal.

Pero, a mi juicio, sigue siendo insuficiente. Porque el caso Soares de Melo, aunque la reclamante no lo alegara y, por tanto, el Tribunal no lo considerara, es también un asunto de discriminación. Veamos por qué.

15 Ídem.

16 *Ibidem.*

17 Melo v. Portugal, 2016, *op. cit.*, nota 1.

IV. UN ASUNTO DE DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO MÚLTIPLE E INSTITUCIONAL

En primer lugar, es imposible comprender la lesión de derechos que sufrió la señora Soares de Melo sin tener en cuenta que era una mujer en una situación particularmente vulnerable. En ningún momento la Sentencia adopta una perspectiva de género, pero parece evidente que resuelve un conflicto que es difícilmente imaginable que pudiera tener como víctima a un varón. Es una mujer, madre de diez hijos, que lucha, con sus limitados recursos personales y educativos y del mejor modo que sabe y puede, por sacar adelante a su familia sin un apoyo suficiente del padre de sus hijos o de las autoridades públicas. Se la discrimina como mujer y madre con la separación forzosa de sus hijos sin haber intentado fórmulas menos restrictivas y sin haberla prestado las condiciones mínimas para que pudiera cuidar correctamente de sus hijos.

Se trata de una discriminación de género múltiple porque concurren en el caso los rasgos de género, extranjería, pertenencia a una minoría étnica y pobreza. La propuesta de esterilización a la que se condiciona en gran medida las ayudas y la no separación de la familia, aunque formalmente voluntaria, puede también ser considerada una discriminación por razones ideológicas (donde cabe enmarcar el ideal de fecundidad de su cultura) y religiosas. La desidia de las autoridades en el manejo de la situación responde a todos estos factores que concurren simultáneamente en el acto de retirada de la patria potestad de la madre.

Es una discriminación de género múltiple o interseccional. Entre otras alusiones, el párrafo 14 de la Directiva 2000/43 sobre igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico pone como meta de la Comunidad la igualdad entre mujeres y hombres, “sobre todo considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples”.¹⁸ El Tribunal europeo de derechos humanos ha empleado la idea de discriminación múltiple o interseccional fundamentalmente en dos asuntos¹⁹ y, a mi juicio, podría haberlo hecho también en este.

¹⁸ 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 (PIIOE), Boletín Oficial del Estado (B.O.E), 19-07-2000 (Esp.).

¹⁹ En *B.S. v. España* (2012), sostuvo que las autoridades españolas no habían realizado una investigación efectiva de las alegaciones de tratos inhumanos y degradantes de la policía hacia una mujer nigeriana que ejercía la prostitución en Mallorca. El Tribunal afirmó que las decisiones judiciales españolas no habían tomado en cuenta la situación de vulnerabilidad de la mujer derivada de su posición de mujer africana ejerciendo la prostitución. *B.S. v. Spain*, 2012, European Court of Human Rights (ECHR), 24-07-2012; En este asunto, la invocación de la discriminación múltiple no fue determinante para el fallo; mayor relevancia tuvo en el segundo caso, *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal* (2017). A la demandante le practicaron una operación de manera negligente, a resultas de la cual sufrió severos daños, pero le redujeron la cuantía de la indemnización bajo los argumentos, verdaderamente ultrajantes, de que, para las mujeres de 50 años, la sexualidad ya no era tan importante y de que, en todo caso, dado que se dedicaba sólo a cuidar del esposo, no necesitaba ayuda alguna del hogar. El Tribunal falló que Portugal lesionó la prohibición de discriminación (en relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar) y que esta discriminación era

En el caso Soares de Melo se produce una discriminación múltiple por género porque la recurrente es tratada de modo diferente y peor que otras porque concurren simultáneamente diversos factores exclusógenos: género, etnia, extranjería, convicciones personales y pobreza, produciendo un resultado peculiar, genuino, que, debido a los hondos prejuicios sociales (machismo, xenofobia, etc.), no se daría respecto de otras situaciones precarias atendidas por los servicios sociales ni mucho menos respecto de la población general.

Las discriminaciones múltiples implican una agresión especialmente odiosa de la dignidad humana, son discriminaciones con agravante y por ello reclaman del quehacer estatal (administrativo, normativo y judicial) una conducta de prevención, evitación y reparación especialmente intensa y diligente.

La discriminación de género múltiple subyacente en el caso Soares de Melo también puede calificarse de sistemática e institucional. ¿A qué nos estamos refiriendo? Cualquier discriminación supone, en primer lugar, la violación del derecho fundamental a la igualdad constitucional de una persona concreta. Pero no puede entenderse cabalmente qué es una discriminación sin atender a su contexto social y grupal. Porque lo característico de una discriminación en sentido estricto es que se va a tratar diferente y peor a una persona, sí, pero por la sola razón de su pertenencia a un grupo sobre el que recaen hondos prejuicios sociales. De forma que cada caso individual suele responder a un patrón discriminador subyacente basado en razones ideológicas (ideas *enfermas*, pero ideas). Un elemento central del concepto de discriminación sistemática es su arraigo histórico y tradicional; que es tan relevante que, a menudo, ni siquiera se percibe como una discriminación incluso por parte de la mayoría de las víctimas.

Naturalmente, la lucha contra una discriminación sistemática va más allá de una solución individual acordada judicialmente; requiere cambios normativos (e incluso culturales) de calado. Y podría justificar especialmente la utilización de medidas especialmente incisivas de acción positiva e incluso de discriminación positiva, bajo ciertas condiciones. De hecho, en estos casos siempre se dará la duda de si trata de auténticas acciones positivas o, más bien, de medidas para impedir discriminaciones hondamente arraigadas que suelen ser de tipo indirecto o de impacto.

Marie Mercat-Bruns²⁰ ha definido la discriminación sistemática como aquella que combina una discriminación directa y otra indirecta, ligada a políticas que afectan a muchas personas y a prácticas generalizadas que provocan el efecto combinado de perjudicar sistemáticamente a las mujeres u otros grupos

múltiple porque implicaba el género femenino y la edad de la reclamante. Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal, 2017, European Court of Human Rights (ECHR), 25-07-2017.

20 M. Mercat-Bruns, *Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality*, 2 European equality law review, 1 (2018).

protegidos y de hacerlo de modo permanente²¹. La deficiente atención por parte de los servicios sociales a mujeres de origen extranjero en situación de pobreza extrema podría ser un ejemplo (aunque en la Sentencia no se aportan datos en este sentido).

La noción de discriminación sistemática persigue obtener una mirada más amplia del complejo universo de la discriminación, más allá de las “estrechas lentes” de un caso u otro de discriminación directa o indirecta individuales y permite, e incluso reclama, más allá del caso individual planteado en Soares de Melo, una evaluación de las políticas sociales de un país determinado respecto de ciertos colectivos tradicionalmente subordinados.

La discriminación sistemática desemboca en segregación, ya sea laboral, educativa, de vivienda, o de otro tipo. La segregación es discriminación grupal. La segregación es el resultado natural de una discriminación sistemática o estructural; desde este punto de vista, es el antónimo perfecto de la igualdad, sólo que no se refiere a una persona del grupo en desventaja, sino a todo el grupo (sexual, de discapacitados, étnico, etc.) de que se trate.

Por su parte, el concepto de “discriminación institucional”, que es, por propia naturaleza, una variedad de discriminación estructural o sistemática, fue acuñado inicialmente, respecto de la discriminación racial, por Knowles y Prewit²²: una discriminación de este tipo se daría cuando “la conducta (discriminatoria) ha llegado a institucionalizarse tan sólidamente que los individuos generalmente no tienen que elegir nada para actuar de una manera discriminatoria. Las reglas y procedimientos de la organización ya han preestablecido la elección. Los individuos sólo tienen que adecuarse a las normas de la organización que les discriminan”. Esas organizaciones pueden ser tanto de tipo privado (empresas, por ejemplo) como público (administraciones públicas de todo tipo), pero, en definitiva, la responsabilidad última, al menos *in vigilando*, es del Estado por no impedir que las discriminaciones se produzcan de esa manera automática, permanente y tradicional, vía prejuicios inconscientes, inercias, ignorancia, irreflexión, etc., tanto que parecen naturales. Stephen Lawrence²³, observando cómo las discriminaciones institucionales “pueden prevalecer como parte del *ethos* o la cultura de la organización”, las califica como “una enfermedad corrosiva”.

21 Un ejemplo puede ser el de una empresa que no maneja adecuadamente la lucha contra el acoso sexual laboral. O la persistente exclusión de las mujeres con mayores desventajas tanto del acceso como de la promoción laborales en condiciones de igualdad con los compañeros varones. O la menor remuneración por trabajos de igual valor. O los requisitos para calcular una pensión de jubilación. O el caso D.H. y otros v. Chequia, del Tribunal europeo de derechos humanos (2007), contra la segregación escolar de los niños gitanos en varias ciudades de aquel país. D.H. y otros v. República Checa, 2007, European Court of Human Rights (ECHR), 13-11-2007.

22 K. Knowles, LL & Prewit, *Institutional Racism in America*, 143 (Prentice Hall, 1969).

23 William MacPherson se refiere específicamente a la discriminación racial, pero, evidentemente, el concepto es válido para todas las causas de discriminación. William MacPherson of Cluny, *Report of an Inquiry*, 6 (London, 1999).

Trasladando este marco conceptual a la situación de la señora Soares de Melo, ¿no cabe apreciar una organización pública de los servicios sociales que reflejan un fallo colectivo para proveer servicios sociales de calidad y personalizados para personas de ciertos grupos particularmente vulnerables? ¿O se trató simplemente de una mala praxis de un organismo público concreto en un caso determinado?

V. EL CASO SOARES DE MELO, UN ASUNTO DE DISCRIMINACIÓN POR POBREZA

A mi juicio, pues, el asunto en examen puede ser calificado como una discriminación múltiple e institucional de género, pero, incluso así, la catalogación conceptual resultaría insuficiente porque concurre otro factor fundamental que debe ser tenido en cuenta: la situación de extrema pobreza de la señora Soares de Melo. ¿Cabe imaginar una actuación de la Administración tan desidiosa, torpe e insuficiente en el caso de que la interlocutora no hubiera sido una mujer sin recursos de origen extranjero sino una mujer nacional, bien formada y con recursos económicos? La pobreza extrema marca, a lo que se ve, la frontera de nuestra comprensión de hasta dónde debe llegar la igualdad entre mujeres y hombres.

Ciertamente, “la fortuna” es uno de los rasgos sospechosos de discriminación expresamente previstos en el art. 14 de la Convención europea de derechos humanos, así como en el art. 1 del Protocolo número 12²⁴. Y, sin embargo, la discriminación por (no tener) fortuna, renta o patrimonio es un ilustre desconocido de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Este tipo de discriminación no parece tener contenido o densidad jurídica. Parece expresar un piadoso deseo de igualdad sin traducción jurídica alguna.

El caso Soares de Melo podría haber constituido una magnífica oportunidad para que el Tribunal europeo hiciera debutar jurídicamente el concepto de discriminación por (falta de) fortuna, es decir, por pobreza, que, sin necesidad de proclamarse marxista, es obvio que marca la diferencia social fundamental entre las personas de una misma comunidad. Un rasgo, además, como hemos visto, que empeora al resto de rasgos que sí gozan de protección (género, etnia, origen nacional, etc.), contribuyendo a formar discriminaciones múltiples, sistemáticas y estructurales. Y un rasgo que, como el resto, cuenta con un prejuicio ideológico subyacente que explica el hondo arraigo de los estereotipos sociales negativos hacia el colectivo de las personas con escasos recursos: la aporofobia²⁵.

24 Y también, por cierto, en el art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Acabar con la pobreza es, además, el primero de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (2015-2030). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [CDD-FFUE], 01-12-2000.

25 Concepto al que también alude el Informe sobre “Extrema pobreza y derechos humanos” del relator especial sobre este asunto, Olivier De Schutter, de 13 de julio de 2022, 5. Olivier De Schutter, *Extrema pobreza y derechos humanos*, 13-07-2022.

Adela Cortina²⁶ lo ha descrito magistralmente:

“Y es que no repugnan los orientales capaces de comprar equipos de fútbol... ni los futbolistas de cualquier etnia o raza, que cobran cantidades millonarias pero son decisivos a la hora de ganar competiciones... Ni molestan los gitanos triunfadores en el mundo del flamenco... Por el contrario, lo cierto es que la puerta se cierra ante los refugiados políticos, ante los inmigrantes pobres, que no tienen que perder más que sus cadenas, ante los gitanos que venden papelinas en barrios marginales y rebuscan en los contenedores... las puertas de la conciencia se cierran ante los mendigos sin hogar, condenados mundialmente a la invisibilidad”.

El problema, afirma Cortina, “no es entonces de raza, de etnia ni tampoco de extranjería... el problema es de pobreza”. Es el pobre, el áporos, quien molesta, incluso el de la propia familia. “El rechazo al pobre está más extendido y es más profundo que los demás tipos de aversión²⁷”.

El rasgo del status socio-económico es abordado en diversos ordenamientos, tanto el internacional como estatales, desde diversas categorías, no todas ellas estrictamente fungibles y sin que se suelen definir con precisión: “origen social”, “status social”, “fortuna”, “patrimonio”, “posición social”, “condición social”, “clase social”, “bienestar”, “ingresos”, “situación económica”, “status financiero”, “desempleo”, o, incluso, “(nivel de) educación”. Probablemente, sugiere T. Kadar²⁸, sería útil identificar una serie de indicadores para definir el status socio-económico, tales como el nivel educativo y de alfabetización, redes de apoyo familiar o de otro tipo, carencia de hogar, localización geográfica, fuentes y nivel de ingresos, tipo de trabajo o profesión y situación de empleo y desempleo.

Pese a que el status socio-económico se está abriendo paso en el ordenamiento internacional aplicable y en bastantes Estados, se discute vivamente en el seno de la Unión Europea si esto es razonable o no. Tamas Kadar²⁹ sintetiza algunos de los argumentos a favor y en contra. A favor, las obligaciones internacionales derivadas tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea; las personas que viven en la pobreza y la exclusión social son un grupo social desventajado o vulnerable, un claro *group-out*, con acceso limitado al ejercicio real de sus derechos y a la protección institucional y judicial; la pobreza suele verse combinada con otros rasgos como la etnia minoritaria, la extranjería, etc., de modo que podrían aprovecharse las sinergias en el abordaje de las discriminaciones múltiples.

26 A. Cortina, Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia, 21 (Paidós, 2017).

27 *Ibidem*, p. 22.

28 T. Kadar, An analysis of the introduction of socio-economic status as a discrimination ground, 18 (Equality & Rights Alliance, 2016).

29 *Ibidem*.

En contra, la falta de especificidad del status socio-económico (sobre todo allí donde no se define con claridad), de manera que no se refiere a un grupo social determinado, sino a personas concretas de la comunidad; a diferencia de los otros rasgos sospechosos, la pobreza no es inmutable; la pobreza no es un tema legal, sino político. A esto habría que añadir que diversas cláusulas de la Constitución, bajo el principio vertebral del Estado social, habilitan e incluso ordenan la lucha contra la pobreza en todas sus formas. Y, en este sentido, quizá la cláusula del status socio-económico tampoco añadiría nada nuevo, útil o interesante.

Ninguno de estos argumentos contrarios me parecen concluyentes: la falta de claridad conceptual es fácilmente superable (basta con definirlo bien a partir de los criterios antes mencionados u otros); es evidente que se trata de una situación individual, pero también social, incluso aunque sea compleja y abarque numerosos tipos (eso ocurre también con la edad, que se refiere al mismo tiempo a todas las personas de cualquier edad, pero sobre todo a niños, jóvenes y personas mayores, o con la discapacidad, que no es una sino múltiple porque reviste numerosas formas muy diferentes entre sí: no hay discapacidad, sino discapacidades); por otro lado, la pobreza es mucho más inmutable de lo que parece (y nos gustaría), de hecho, está demostrado que la pobreza en gran medida se hereda y lo único capaz de evitar esto es una educación inclusiva de calidad; y, finalmente, la pobreza es un asunto político, por supuesto, pero también jurídico: de nuevo, hay que recordar que el Derecho no es ideológicamente neutral y cuando se concibe así la experiencia histórica enseña que es una falsedad destinada a mantener el statu quo social desigual y discriminador. En realidad, no es que la pobreza sea un asunto político que de alguna manera se escapa a las estrecheces connaturales del Derecho; es que es un asunto social que si fuera captado por el Derecho de esta manera tan potente, se convertiría (lo que es deseable) en un asunto político, cesando, quizá, su invisibilidad y también esa sensación tan extendida de problema insoluble (en realidad, se trata de una discriminación sistemática e institucional de difícil pero no imposible remedio).

También es muy interesante, en este sentido, el Informe sobre “Extrema pobreza y derechos humanos” del relator especial sobre este asunto, Olivier De Schutter, de 13 de julio de 2022, porque analiza el problema de la pobreza desde la óptica del Derecho Antidiscriminatorio³⁰.

30 Las personas en situación de extrema pobreza “viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material que se alimentan mutuamente” (p. 4). El “maltrato social” es la respuesta que reciben normalmente de su comunidad y esto “alimenta el maltrato o abuso institucional, definido como el fracaso de las instituciones públicas y privadas a la hora de responder adecuadamente a las circunstancias, necesidades y aspiraciones de las personas en situación de pobreza” (p. 5) Esto se halla en la línea de lo afirmado en páginas anteriores sobre el carácter de discriminación institucional sufrida por la señora Soares de Melo. Olivier De Schutter, *op. cit.*, nota 25.

La dimensión objetiva del derecho a no sufrir discriminación, en este caso, por la situación socio-económica, conlleva el mandato de acciones positivas con prioridad frente a otros grupos sociales en desventaja. No obstante, la igualdad de oportunidades depende de los criterios políticos de las mayorías gubernamentales y parlamentarias de cada momento (que son distintas en la formulación de las mejores soluciones dependiendo del prisma partidista) y del volumen de recursos públicos disponibles. Como ha escrito Bob Hepple³¹, “sería ilusorio creer que (la igualdad de oportunidades) pueda ser trasladada en términos legales de una manera que guíe, sin más, a la tierra prometida de la (transformadora) igualdad”. Plasmar un deseo en un texto jurídico, por más elevado y noble que sea, no lo transforma mágicamente en un derecho subjetivo. Pero tampoco es lógico condenarlo sin más a la irrelevancia más absoluta. La cláusula de prohibición de discriminación por pobreza no predetermina las cantidades de dinero público que deban prestarse, ni el modo en que deban organizarse, por ejemplo, los servicios sociales de un país, pero sí permite establecer un nivel mínimo de cantidad y calidad de dichos servicios por debajo del cual se estaría lesionando el derecho y esto es algo que los tribunales sí podrían controlar sin incurrir en activismo. Habría un umbral de pobreza intolerable discernible en vía judicial, que sería aún más inadmisibles si concurrían otros factores de discriminación.

VI. CONCLUSIÓN

Aunque el asunto Soares de Melo está correctamente argumentado y decidido, es un buen banco de pruebas para explorar el impacto del Derecho antidiscriminatorio en una situación en la que puede justificarse la concurrencia de una discriminación de género múltiple, sistemática e institucional en la que la pobreza extrema opera como un factor fundamental para entender por qué las autoridades sustrajeron a los hijos la patria potestad de su madre e incluso la mera posibilidad de visitarlos.

Si bien no lo ha hecho en Soares de Melo, cabe desear que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplique en el futuro la cláusula de prohibición de discriminación por (carencia de) fortuna, llenando de contenido jurídico lo previsto en el art. 14 del Convenio de Roma y en el art. 1 de su Protocolo Adicional número 12. Porque, como muy bien señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas³², “la discriminación puede provocar la pobreza, del mismo modo que la pobreza puede ocasionar discriminación”.

31 B. Hepple, *Equality. The legal framework*, 227 (Hart. Pu., 2014).

32 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales: la pobreza y el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, 11-05-2001, pár. 11.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- A. Cortina, Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia, 21 (Paidós, 2017).
- B. Hepple, Equality. The legal framework, 227 (Hart. Pu., 2014).
- K. Knowles, LL & Prewit, Institutional Racism in America, 143 (Prenticer Hall, 1969).
- M. Mercat-Bruns, *Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality*, 2 European equality law review, 1 (2018).
- T. Kadar, An analysis of the introduction of socio-economic status as a discrimination ground, 18 (Equality & Rights Alliance, 2016).
- William MacPherson se refiere específicamente a la discriminación racial, pero, evidentemente, el concepto es válido para todas las causas de discriminación. William MacPherson of Cluny, Report of an Inquiry, 6 (London, 1999).