

# HACIA UNA SUPERACIÓN DE LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL PROTOCOLO NÚM. 12

David BONDIA GARCÍA

## I. INTRODUCCIÓN

Los cambios socio-políticos que se han producido en los últimos años en la sociedad internacional han tenido, como no podía ser menos, una incidencia directa en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Es por todo ello que el sistema europeo de protección de los derechos humanos establecido en el seno del Consejo de Europa, para no restar ajeno a estas transformaciones, inició su propio proceso de adaptación a la cambiante realidad. Dicho proceso se concretó, en los aspectos procesales, con la adopción y posterior entrada en vigor del Protocolo núm. 11 y, recientemente afectando a cuestiones sustantivas, con la adopción del Protocolo núm. 12, que vendrá a suponer, como a continuación se expondrá, una ampliación de los derechos y libertades garantizados.

Desde antaño esta ampliación se estaba haciendo necesaria puesto que, en estricta aplicación de las disposiciones convencionales, se ha venido produciendo una imposibilidad para las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado Miembro del Consejo de Europa de poder acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>1</sup> ante la vulneración por cuenta de las autoridades públicas de un Estado del principio de no discriminación cuando éste afecta a algún derecho o libertad no reconocido en el Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades

1. Desde ahora, el Tribunal Europeo.

Fundamentales<sup>2</sup> o en alguno de sus Protocolos Adicionales -siempre y cuando éstos hayan sido ratificados por los Estados<sup>3</sup>-.

De este modo, cabe afirmar, por ejemplo, que en ámbito europeo de protección de los derechos humanos el acceso a la justicia<sup>4</sup> se encuentra limitado puesto que si se pretende denunciar una discriminación en el goce o en el ejercicio de un derecho o libertad no reconocido en el Convenio Europeo, pero si consagrado en los ordenamientos jurídicos nacionales, el Tribunal Europeo —a través de su Comité de filtraje compuesto por tres jueces— deberá actualmente declararla inadmisibile, como así lo había venido haciendo hasta ahora la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, por ser incompetente *ratione materiae*.

Sin embargo, esta situación sufrirá una considerable transformación con la entrada en vigor del Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo que prevé la prohibición general de toda forma de discriminación, adoptado el 26 de junio de 2000 y abierto a la firma el 4 de noviembre de 2000<sup>5</sup>.

A raíz de este importante acontecimiento, el presente análisis pretende, en primer lugar, abordar el estudio de los límites al principio de no discriminación establecidos en el propio articulado del Convenio Europeo; en segundo lugar, realizar una apreciación de la incidencia de estos límites en los pronunciamientos del Tribunal Europeo; y, finalmente, valorar las aportaciones del Protocolo núm. 12 como vía para superar dichos límites.

## II. LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN ESTABLECIDOS EN EL PROPIO ARTICULADO DEL CONVENIO EUROPEO

La prohibición de discriminación se presenta, en general, como uno de los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos. Así, esta prohibición está presente en todos los instrumentos normativos

2. Desde ahora, el Convenio Europeo.

3. Así, por ejemplo, en el caso español el principio de no discriminación no puede ser invocado con respecto a los derechos y libertades reconocidos en el Protocolo núm. 4, de 1963, y en el Protocolo núm. 7, de 1984, puesto que éstos no han sido ratificados por España.

4. Se entiende por acceso a la justicia la posibilidad efectiva de recurrir a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y resolución de conflictos.

5. En fecha de 25 de mayo de 2001, el Protocolo núm. 12 ha sido firmado por 25 Estados, no constando aún ninguna ratificación.

internacionales y nacionales que propugnan el respeto de los derechos humanos y constituye, a su vez, un elemento central de todo sistema democrático.

En este marco hay que señalar que el concepto de discriminación implica una diferencia de trato en el reconocimiento, el goce o el ejercicio de un derecho humano o de una libertad fundamental fundado sobre un motivo que no concierne a ese derecho o a esa libertad<sup>6</sup>. Desde esta perspectiva, este concepto comporta una salvaguardia no sólo frente a un trato desigual a los iguales, sino que también su aplicación debe tender a evitar un trato igual a los desiguales<sup>7</sup>.

En consecuencia, el principio de no discriminación no excluye desigualdades de trato, es decir, no toda desigualdad implica una discriminación; lo decisivo será que el trato aparezca suficientemente justificado en la medida que se muestre convincentemente la igualdad de los igualmente tratados o la desigualdad de los no equiparados<sup>8</sup>.

Resulta necesario pues poner de relieve que el principio de no discriminación se compone de dos premisas: en primer lugar, la *igualdad ante la ley*, que rechaza toda discriminación entre los destinatarios de los preceptos legales; y, en segundo lugar, el principio judicial de *igualdad en la aplicación de la ley*, que pretende excluir también en el caso concreto toda desigualdad arbitraria.

En el ámbito de su configuración normativa debe destacarse que si bien en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, este principio de igualdad es proclamado desde dos perspectivas, es decir, como principio que rige el ordenamiento jurídico de todo Estado (art. 7)<sup>9</sup> y como principio que debe estar presente en la aplicación de los derechos en ella reconocidos (art. 2)<sup>10</sup>, el Convenio Europeo sólo recoge este último enfoque.

6. BOSSUYT, M.: *L'interdiction de la discrimination dans le Droit International des Droits de l'Homme*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 1976, pág. 128.

7. VIERDAG, E.W.: *The concept of discrimination in International Law with special reference to Human Rights*, Nijhoff, The Hague, 1973, pág. 162.

8. OLLERO, A.: "Principios de igualdad y teoría del derecho. Apuntes sobre la jurisprudencia relativa al artículo 14 de la Constitución", *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1986-87, pág. 177.

9. "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

10. "1.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Así, el art. 14 del Convenio Europeo, a pesar de ubicarse en el Título I de dicho Convenio —Derechos y Libertades—, no enuncia un derecho o una libertad en el sentido habitual. El art. 14 se sitúa después de las disposiciones que establecen derechos sustantivos (arts. 2 a 12), en comparación con otros textos internacionales de protección de los derechos humanos en los que la prohibición de discriminación se presenta como pórtico<sup>11</sup>. Este hecho ya indica que esta disposición del Convenio Europeo debe circunscribirse a la categoría de **derecho-garantía** puesto que tiene la función de proteger y garantizar a todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte el goce de los derechos y libertades reconocidos; es decir, debe operar como condición general de aplicación tendiente, por una parte, a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y libertades proyectados y, por otra parte, a constituir un serio intento para impedir la desnaturalización del Convenio Europeo y de los derechos y libertades en él consagrados, a través de la realización de prácticas discriminatorias<sup>12</sup>.

Como puede apreciarse, el art. 14 forma parte integrante de cada uno de los artículos del Convenio Europeo que establecen derechos y libertades<sup>13</sup>; esta afirmación obliga a matizar que, más que de subordinación, se debe hablar de interacción o relación recíproca puesto que si, de un lado, el artículo

2.- Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier limitación de soberanía”.

11. Así, por ejemplo, el art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de los dos Pactos Internacionales de 1966, así como el art. 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, el artículo 2 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y el artículo 2 de la Carta Árabe de los Derechos Humanos de 1994.

Criterio adoptado también por la Constitución española de 1978, en la que se recoge el derecho a no ser discriminado en el art. 14, coincidiendo numéricamente con el Convenio Europeo pero, a diferencia de éste, el precepto constitucional encabeza los que consagran “Derechos y Libertades” en el Capítulo II del Título Primero.

12. Se pretende evitar la desnaturalización del Convenio Europeo, pero se debe tener presente que queda fuera de su marco de actuación la posibilidad de promover programas para corregir las desigualdades que sufran los grupos desaventajados. Sin embargo, con la adopción en el seno del Consejo de Europa del Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, de 5 de febrero de 1995, los Estados Partes se obligan, en virtud de los arts. 4 y 5, a tomar las medidas adecuadas para favorecer una igualdad plena y efectiva entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría.

13. Así lo entendió el Tribunal Europeo al considerar, en el asunto Marckx, que “tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et des libertés” (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Marckx c. Belgique, Arrêt du 13 juin 1979, *Série A*, 31, p. 32).

14 sólo se aplica si entran en juego otros preceptos, de otro lado y al mismo tiempo, estos otros preceptos aparecen inspirados por aquél<sup>14</sup>.

En síntesis, la no discriminación establecida en el Convenio Europeo ha de englobarse en la categoría que SPERDUTI denomina *derechos accesorios y complementarios*<sup>15</sup>. Hasta el momento, la prohibición de discriminación en el ámbito del derecho europeo de los derechos humanos no tiene existencia independiente, en el sentido de **que la discriminación sólo está prohibida cuando se realiza respecto de un derecho o de una libertad reconocidos por el sistema jurídico en vigor**. El art. 14 exige, por tanto, que exista relación entre la discriminación alegada y los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo.

En su virtud, estas circunstancias han condicionado los pronunciamientos del Tribunal Europeo en los casos en los que entraba en juego una posible demanda por discriminación.

### III. LA INCIDENCIA DE LOS LÍMITES AL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL EUROPEO

Dicho lo anterior, hasta el momento, se pueden distinguir tres posibles hipótesis en cuanto a los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo sobre la aplicación de una medida discriminatoria en los ordenamientos internos de los Estados Partes en el Convenio Europeo: A) La discriminación se refiere a un derecho explícitamente reconocido en el Convenio Europeo; B) La discriminación se refiere a un derecho que sólo está implícitamente reconocido en

14. "D'après la jurisprudence constante de la Cour, l'article 14 complète les autres clauses normatives de la convention et des protocoles" (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Van der Mussele c. Belgique, Arrêt du 23 novembre 1983, *Série A*, 70, p. 43; Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, Arrêt du 28 mai 1985, *Série A*, 94, p. 71; Affaire Inze c. Autriche, Arrêt du 28 octobre 1987, *Série A*, 126, par. 36).

15. SPERDUTI, G.: "Le principe de non-discrimination dans la jouissance des droits de l'homme (A propos de l'affaire "Syndicat national de la police belge")", *Revue des droits de l'homme*, 1976, vol. IX-1, p. 79. Así, esta complementariedad y accesoriedad se entiende como una condición general de aplicación del resto de disposiciones normativas.

el Convenio Europeo; C) La discriminación se refiere a un derecho no reconocido en el Convenio Europeo<sup>16</sup>.

A continuación se procederá a analizar estos tres supuestos por separado.

A) *La discriminación se refiere a un derecho explícitamente reconocido en el Convenio Europeo*

En estos casos existe una combinación de una discriminación y de la violación del ejercicio de un derecho reconocido, pudiéndose plantear dos posibilidades:

a) En primer lugar, el derecho reconocido es violado, independientemente de cualquier discriminación. En estos supuestos se podrá alegar una segunda violación del Convenio Europeo, es decir, la discriminación añadirá una *agravante* a la violación inicial del derecho o libertad garantizados. Sin embargo, en la mayoría de ocasiones el Tribunal Europeo ha eludido pronunciarse sobre el art. 14 cuando se ha producido una violación de otro precepto, decisión que ha ido en contra del enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial. Así, el hecho de obviar un pronunciamiento sobre la violación del art. 14 puede conllevar consecuencias negativas para el justiciable en punto a una eventual satisfacción equitativa.

b) Y, en segundo lugar, puede suceder que el derecho reconocido en el Convenio Europeo no sea directamente violado. En este caso, el art. 14 se aplica no como agravante, sino en combinación con otra disposición. No existirá violación de dos disposiciones, como en el caso anterior, sino una violación de dos artículos combinados, es decir, se puede constatar la violación del art. 14 independientemente de una vulneración directa de otra disposición del Convenio Europeo.

Es en este sentido que se puede hablar de la autonomía del art. 14. Es suficiente, por tanto, un vínculo o una relación entre el art. 14 y el ejercicio de un derecho reconocido en el Convenio Europeo, sin ser necesario que se concluya la violación independiente de este último. Los casos más comunes en los que se produce una violación autónoma del art. 14 son aquellos en los que la realización de un derecho o de una libertad implica obligaciones posi-

16. CORTEN, O/PETIAUX, C./ROBERT, E.: "Lutte contre la Sida et discrimination: l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Revue Belge de Droit International*, vol. XXIII, 1990-1, pág. 194.

tivas para el Estado<sup>17</sup>. Los únicos casos en que el Tribunal Europeo ha constatado una violación del art. 14, son en combinación con el art. 8<sup>18</sup> o con los arts. 1<sup>19</sup> y 2<sup>20</sup> del Protocolo Adicional núm.1.

B) *La discriminación se refiere a un derecho que sólo está implícitamente reconocido en el Convenio Europeo*

Puesto que los derechos y libertades reconocidos deben ser respetados efectivamente y de manera concreta atendiendo a las finalidades del Convenio Europeo, se puede considerar que la evolución de los derechos humanos en las sociedades democráticas, como así lo ha estimado el Tribunal Europeo<sup>21</sup>,

17. Los órganos de Estrasburgo, realizando una interpretación teleológica del art. 1 del Convenio Europeo han desarrollado una fundamentación de las *obligaciones positivas* que los Estados deben asumir para dotar de efectividad a las disposiciones del Convenio Europeo y de los Protocolos Adicionales. La teoría de las obligaciones positivas supone una superación de la concepción clásica sobre las libertades individuales, consistente en una obligación de abstención por parte del Estado. Se trata de obligaciones de hacer, de adoptar medidas para garantizar el goce de los derechos reconocidos. En consecuencia, sobre los Estados Partes existen tanto obligaciones de no hacer, de no injerencia en los derechos humanos y libertades fundamentales protegidos, como obligaciones de hacer, para dotar de efectividad a los derechos garantizados. Así pues, constituyen una técnica interpretativa que condiciona a los Estados Partes a adoptar determinados actos concretos que van más allá de su simple deber de abstención.

Como ejemplo de la afirmación anterior se puede citar el asunto lingüístico belga en el que al interpretar que la realización del artículo 2 del Protocolo nº 1 –derecho a la instrucción– implica una obligación positiva para el Estado, el Tribunal Europeo concluyó que existía una violación del art. 14, combinado con el primer párrafo del art. 2 del Protocolo Adicional nº 1 (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique", Arrêt du 23 juillet 1968, *Série A*, 6, pág. 87)

18. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Marckx c. Belgique, Arrêt du 13 juin 1979, *Série A*, 31; Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, Arrêt du 28 mai 1985, *Série A*, 94; Affaire Vermeire c. Belgique, Arrêt du 29 novembre 1991, *Série A*, 214-C.

19. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Inze c. Autriche, Arrêt du 28 octobre 1987, *Série A*, 126; Affaire Darby c. Suède, Arrêt du 23 octobre 1990, *Série A*, 187; Affaire Pine Valley Developments et autres c. Irlande, Arrêt du 29 novembre 1991, *Série A*, 222.

20. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique", Arrêt du 23 juillet 1968, *Série A*, 6.

21. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Colozza c. Italie, Arrêt du 12 février 1985, *Série A*, 89, págs. 27-28.

tendrá por efecto la salvaguardia de determinados derechos implícitamente recogidos en el Convenio Europeo.

Así, por ejemplo, cuando la discriminación se produce sobre un derecho, como el derecho a la vida privada y familiar previsto en el art. 8 del Convenio Europeo, con implicaciones de naturaleza económica y social, medioambientales y/o relacionadas con la salud<sup>22</sup>, el Tribunal Europeo está en condiciones de constatar una violación del Convenio Europeo, en aplicación del criterio de la efectividad de los derechos característico del orden público europeo, al tratarse de un desarrollo de la teoría de las obligaciones positivas.

C) *La discriminación se refiere a un derecho no reconocido en el Convenio Europeo*

Al no tener, en efecto, el principio de no discriminación una existencia independiente, una demanda alegando una discriminación en el ejercicio de un derecho no reconocido en el Convenio Europeo no podrá beneficiarse del mecanismo de garantía instaurado por éste y, en consecuencia, será declarada inadmisible por el comité de filtraje del Tribunal Europeo.

Como se ha señalado anteriormente, a diferencia de otros instrumentos internacionales, el Convenio Europeo no contiene una prohibición general de no discriminación. Esto se debe principalmente al hecho de que los Estados Partes no estimaron conveniente someter el conjunto de sus sistemas jurídicos a un control internacional que estuviera facultado para tomar decisiones jurídicamente obligatorias<sup>23</sup>.

La ausencia de tal disposición no tiene consecuencias normativas pero sí jurisdiccionales. Es por ello que a pesar de que el Tribunal Europeo no autoriza discriminaciones en los derechos no reconocidos por el Convenio Europeo y por sus Protocolos Adicionales, no obstante, la competencia del Tribu-

22. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: *Affaire López Ostra c. Espagne*, Arrêt du 9 décembre 1994, *Série A*, 303-C, pág. 49.

Parte de la doctrina se pronuncia en este sentido al afirmar que se puede considerar "que l'évolution des droits de l'homme dans les "sociétés démocratiques" a pour effet une reconnaissance du droit à la santé comme droit implicitement couvert par la Convention européenne" (CORTEN, O/PETIAUX, C./ROBERT, E.: "Lutte contre la Sida et discrimination...", *op. cit.*, pág. 200).

23. BOSSUYT, M.: "Article 14". En: PETTITI, L.E./DECAUX, E./IMBERT, P.H.: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Ed. Economica, Paris, 1995, pág. 478.

nal Europeo para verificar la conformidad de las disposiciones nacionales con el art. 14 está limitada sólo a las prácticas discriminatorias que afecten a un derecho o a una libertad reconocidos<sup>24</sup>.

En consecuencia, antes de examinar el carácter discriminatorio o no de una distinción, se debe determinar si la materia sobre la que la distinción se ha practicado entra en el ámbito de aplicación material del Convenio Europeo o de sus Protocolos Adicionales<sup>25</sup>.

#### IV. HACIA UNA SUPERACION DE ESTOS LÍMITES

El 26 de junio de 2000, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que prevé la prohibición general de toda forma de discriminación. Dicho Protocolo fue abierto a la firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa a partir del 4 de noviembre de 2000 —día del 50 aniversario del Convenio Europeo— en la Conferencia Ministerial Europea sobre los Derechos Humanos y en él se estableció el requisito de 10 ratificaciones para su entrada en vigor.

Este nuevo Protocolo que representa, en palabras de Walter Schwinmer —Secretario General del Consejo de Europa—, una mejora significativa en la protección legal contra la discriminación en el ámbito europeo, desempeñará un papel esencial no sólo en la lucha contra el racismo y la intolerancia y un avance significativo en la igualdad entre las mujeres y los hombres, sino también una mejora para la erradicación de otras formas de discriminación. A continuación se abordará el análisis del Protocolo núm. 12 a partir de tres aspectos esenciales: por un lado, su génesis, por otro, sus prin-

24. Es decir, la prohibición de la discriminación se limita a las discriminaciones de derecho. Como manifiesta BOSSUYT, para poder combatir las discriminaciones de hecho es necesario poder extender la protección del derecho a los intereses que han padecido la discriminación inadmisibles (BOSSUYT, M.: *L'interdiction de la discrimination...*, op. cit., pág. 89).

25. Se hace necesario destacar que el art. 14 no es de aplicación en los casos en los que no existe lo que JIMENA QUESADA denomina *igualdad política* (JIMENA QUESADA, L.: "El derecho a la igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: su desarrollo jurisprudencial", *Revista General de Derecho*, Año L, núm. 597, junio 1994, págs. 6837-6838). Se refiere a los Estados descentralizados políticamente, en los que existe una autonomía normativa en cada entidad territorial, que puede legislar en materia de derechos y deberes propiciando una falta de uniformidad (desigualdad pero no discriminación) en los distintos territorios del respectivo Estado.

cipales características y, finalmente, una valoración crítica sobre el Protocolo núm. 12.

*A) Génesis del Protocolo núm. 12*

La Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia (ECRI), el Comité director para la igualdad entre mujeres y hombres (CDEG) y el Comité director para los derechos humanos (CDDH) durante años han venido estudiando activamente la posibilidad de establecer una garantía suplementaria a la establecida por el art. 14 del Convenio Europeo en el ámbito de la igualdad y la no discriminación<sup>26</sup>, y así superar los límites intrínsecos que afectan al mecanismo de garantía del Convenio Europeo.

A la luz de las proposiciones formuladas, el Comité de Ministros del Consejo de Europa decidió, en abril de 1996, encargar al Comité director para los derechos humanos el estudio sobre la posibilidad de elaborar un instrumento jurídico contra el racismo y la intolerancia, teniendo en cuenta la propuesta del ECRI consistente en reforzar la cláusula de no discriminación contenida en el Convenio Europeo.

En ese contexto, se barajaron diversas propuestas para la elaboración de dicho instrumento jurídico:

- a) Un Protocolo Adicional basado en la proposición del ECRI.
- b) Un Protocolo Adicional extendiendo de forma general el ámbito de aplicación del art. 14 del Convenio Europeo.
- c) Un convenio-marco u otro tipo de convenio internacional.
- d) Una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Finalmente, el Comité de Ministros consideró que lo más oportuno era la redacción de un Protocolo Adicional al Convenio Europeo en el que se extendiese de forma general el ámbito de aplicación del art. 14 del Convenio Europeo y que estableciera una lista no exhaustiva de motivos de discriminación.

26. Debe destacarse que con la adopción del Protocolo nº 7 al Convenio Europeo, en concreto en su art. 5, ya se estableció un garantía suplementaria específica referente únicamente a la igualdad entre los esposos.

B) *Características principales del Protocolo núm. 12*

Así, el art. 1 de dicho Protocolo establece que: “1. *El goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación 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.*

2. *Nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública, especialmente por alguno de los motivos enunciados en el párrafo 1”.*

Entre las principales características del Protocolo núm. 12 cabe destacar: a) la protección adicional y suplementaria contra la no discriminación y, b) los motivos de discriminación.

a) *La protección adicional y suplementaria frente a la no discriminación*

El alcance de la cláusula general de no discriminación prevista en el art. 1 del Protocolo núm. 12 va más allá del disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo. Así, este ámbito de protección adicional abarca los supuestos en los que una persona sufre una de las siguientes discriminaciones:

- Discriminación en el disfrute de cualquier derecho específicamente reconocido a los individuos por el derecho nacional.
- Discriminación en el disfrute de todo derecho dimanante de obligaciones precisas de las autoridades públicas según el derecho nacional.
- Discriminación por parte de las autoridades públicas en el ejercicio de su poder discrecional
- Discriminación por parte de las autoridades públicas basadas en otros actos u omisiones.

En consecuencia, el art. 1 del Protocolo núm. 12 abarca la protección ofrecida por el art. 14 del Convenio Europeo, pero su alcance es mayor. Al tratarse de un Protocolo Adicional, ni modifica ni suprime el art. 14 del Convenio Europeo, que continuará siendo de aplicación a los Estados Partes del Protocolo<sup>27</sup>.

27. Toda cuestión de interpretación respecto las relaciones entre ambas disposiciones deberá decidirla el propio Tribunal Europeo.

a) *Los motivos de discriminación*

El art. 1 del Protocolo núm. 12, al igual que el art. 14 del Convenio Europeo, enumera trece posibles motivos de distinción, que se corresponden, a excepción de uno —pertenencia a una minoría nacional—<sup>28</sup>, con los establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales. La lista de motivos no se presenta en general con carácter cerrado, sino que supone más bien un *numerus apertus*, al concluir dicho artículo haciendo referencia a *cualquier otra situación*.

Aunque es de destacar que, si bien el motivo es el elemento decisivo que permite constatar la existencia de una discriminación, es necesario relacionarlo con el derecho o la libertad sobre el que se realiza tal distinción.

Así, una vez identificado el motivo sobre el que se funda la distinción, se debe analizar la pertinencia de dicho motivo para justificar una distinción en el goce y disfrute de un derecho o libertad. En ausencia de esta pertinencia, es necesario concluir sobre el carácter arbitrario o discriminatorio de la distinción y, por tanto, constatar la existencia de una violación del art. 1 del Protocolo núm. 12.

Este criterio de la arbitrariedad fue matizado por el Tribunal Europeo al tenerse que pronunciar a propósito de las divergencias existentes en los redactados en las dos lenguas oficiales. El art. 14 emplea en su versión francesa la expresión “*sans distinction aucune*”, mientras que la versión inglesa se refiere a “*without discrimination*”. Se trata de un aspecto formal que implica connotaciones prácticas dado los distintos significados que es posible atribuir a las dos redacciones oficiales del Convenio Europeo. Ante esta tesitura, el Tribunal Europeo concluyó que

“Malgré le libellé très général de la version française de l'article 14 ('sans distinction aucune'), l'article 14 n'interdit pas toute distinction de traitement dans

28. Aunque este motivo no establece un régimen especial de protección a las minorías, sino que se dirige a la protección individual de sus miembros, puesto que la salvaguardia de los derechos de las minorías queda aún fuera del ámbito material de aplicación del Convenio Europeo.

Para la protección de las minorías nacionales se ha elaborado, en el seno del Consejo de Europa, el *Convenio marco para la protección de las minorías nacionales*; sin embargo, su control no está supervisado por el Tribunal Europeo, dado que no se trata de un Protocolo Adicional, como en un principio se pretendía, sino que es otro tratado internacional diferente adoptado entre los Estados Miembros del Consejo de Europa.

l'exercice des droits et libertés reconnus. Cette version doit se lire à la lumière du texte, plus restrictif, de la version anglaise ('without a discrimination')<sup>29</sup>.

Esta situación ha sido subsanada en la redacción en lengua francesa del art. 1 del Protocolo núm. 12 en al que se hace referencia a “sans discrimination aucune” en lugar de la fórmula “sans distinction aucune” obrante en el art. 14 del Convenio Europeo.

De esta manera, los postulados del art. 14 del Convenio Europeo y del art. 1 del Protocolo Adicional núm. 12 no prohíben toda distinción respecto de los derechos y libertades reconocidos, pero sí que prohíben toda discriminación, es decir, toda distinción arbitraria<sup>30</sup>. De ello se desprende que la aplicación de cualquier distinción por parte de un Estado requiere su justificación.

Una diferencia de trato entre individuos ante situaciones análogas<sup>31</sup> tiene que ser establecida previamente por el juez, teniendo en cuenta que la discriminación supone no sólo una distinción, sino también la presencia de cierto grado de arbitrariedad. En efecto, si las situaciones son diferentes no existe, por tanto, distinción, no siendo posible la existencia de discriminación<sup>32</sup>.

De este modo, toda distinción no es una discriminación: el elemento esencial de la discriminación es el carácter arbitrario de la medida<sup>33</sup>. Esta noción de arbitrariedad puede ser definida como la falta de *justificación objetiva y razonable*<sup>34</sup>. Esto significa que una distinción es discriminatoria, “si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas

29. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique”, Arrêt du 23 juillet 1968, *Série A*, 6, pág. 69.

30. BOSSUYT, M.: “Article 14”, *op. cit.*, pág. 476.

31. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Lithgow et autres c. Royaume-Uni, Arrêt du 8 juillet 1980, *Série A*, 102, pág. 177; Affaire Jong, Baljet et Van der Brink c. Pays-Bas, Arrêt du 22 mai 1984, *Série A*, 77, pág. 62; Affaire Rasmussen c. Danemark, Arrêt du 28 novembre 1984, *Série A*, 87, pág. 36; Affaire Johnston et autres c. Irlande, Arrêt du 18 décembre 1986, *Série A*, 112, pág. 60.

32. COUSSIRAT-COUSTERE: “La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”, *Annuaire Français de Droit International*, 1983, pág. 288.

33. Así lo establece el Tribunal al hablar de “distinction de traitement arbitraire et dès lors discriminatoire” (COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique”, Arrêt du 23 juillet 1968, *Série A*, 6, pág. 50).

34. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire “relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique”, Arrêt du 23 juillet 1968, *Série A*, 6, pág. 33; Affaire Stubbings et autres c. Royaume-Uni, Arrêt du 22 octobre 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-IV, pág. 72.

un but légitime ou s'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé”<sup>35</sup>.

En consecuencia, el Tribunal Europeo deberá apreciar la existencia o no de *finalidad legítima, justificación objetiva y proporcionalidad*. Dada la existencia de estos criterios jurisprudenciales para la determinación de la arbitrariedad de una medida y debido al carácter general del principio de no discriminación, no se consideró necesario la inclusión de una cláusula restrictiva; se deja a los Estados un determinado margen de apreciación según las circunstancias, los ámbitos y el contexto en el que pueden aplicar ciertas distinciones, sin que éstas lleguen a constituir una discriminación.

### C) *Valoración crítica sobre Protocolo núm. 12*

La adopción del Protocolo núm. 12 constituye una medida suplementaria importante que va a permitir asegurar una mayor garantía colectiva de los derechos fundamentales a través del Convenio Europeo<sup>36</sup>; no obstante, de forma genérica y sin ánimo de ser exhaustivo, se deben apuntar tres posibles problemas que podrían llegarse a plantear ante la efectiva aplicación de este Protocolo:

a) La entrada en vigor del Protocolo núm. 12 comportará el aumento sustancial de las demandas que se plantearán ante el Tribunal Europeo<sup>37</sup>. En un futuro no muy lejano, deberá analizarse el impacto que el aumento de las demandas interpuestas alegando una violación del art. 1 del Protocolo núm. 12 ocasionará en el funcionamiento de un sistema jurisdiccional ya de por sí sumamente colapsado<sup>38</sup>.

35. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME: Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, Arrêt du 28 mai 1985, *Série A*, 94, pág. 72.

36. Así, se pondrá “fin a un grave déficit democrático relativo al principio de igualdad” que afecta al Convenio Europeo (DEOP MADINABEITA, X.: “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el Protocolo Adicional nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Internacional*, XVI, 2000, pág. 367).

37. CONSEIL DE L'EUROPE: Avis de la Cour européenne des droits de l'homme sur le projet de Protocole nº 12 à la Convention européenne des droits de l'homme (adopté par la Cour lors de sa réunion plénière administrative du 6 décembre 1999), Doc. 8608, 5 janvier 2000.

38. Sin embargo, no debería utilizarse el argumento del posible aluvión de demandas ante el Tribunal Europeo para retrasar su entrada en vigor. Este razonamiento ha sido esgrimido por el Gobierno español para desestimar por el momento no ya la ratificación, sino incluso la firma del Protocolo núm. 12. Así lo manifestó la señora Matador De Matos, en representación del Grupo Parlamentario Popular ante la

b) El presente Protocolo no entrará en vigor hasta tres meses después del depósito del décimo instrumento de ratificación; por tanto, todas las demandas que se interpongan alegando una vulneración del principio de no discriminación con respecto a un derecho no reconocido en el Convenio Europeo que se hayan producido antes de su entrada en vigor deberán ser declaradas inadmisibles *ratione temporis* al no tener carácter retroactivo. Sin embargo, puesto que la mayoría de medidas discriminatorias prolongan sus efectos en el tiempo, el Tribunal Europeo deberá pronunciarse sobre determinadas *situaciones continuadas* que tienen su origen en actos anteriores a la entrada en vigor del Protocolo núm. 12, pero cuyos efectos van a perdurar cuando ya esté vigente.

c) Con la adopción del Protocolo núm. 12 y vista su actual redacción se ha perdido una gran oportunidad de corregir la restricción a la actividad política de los extranjeros establecida en el art. 16 del Convenio Europeo<sup>39</sup>. Esta disposición tiene como consecuencia que en la práctica de una actividad política puedan establecerse restricciones al ejercicio de la libertad de expresión (art. 10) o al ejercicio de la libertad de reunión pacífica y de la libertad de asociación (art. 11) a los extranjeros, sin que ello suponga una violación del principio de no discriminación<sup>40</sup>. Se trata de un artículo que no

Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, al afirmar que el “hecho de considerar la igualdad y la no discriminación como un derecho autónomo va a suponer un notable incremento de demandas ante el tribunal recientemente reformado, con 41 jueces y jurisdicción sobre 900 millones de europeos. Sería un volumen de trabajo tan excesivo que podría hacer inoperante el tribunal...consideramos que, por razones de prudencia, es aconsejable retrasar la puesta en vigor del protocolo doce...”(CORTES GENERALES: *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión Constitucional*, año 2001, VII Legislatura, núm. 235, sesión núm. 8, celebrada el miércoles, 23 de mayo de 2001, pág. 3477).

Mas teniendo en cuenta que, en mayo de 2001, Amnistía Internacional se dirigió a los grupos parlamentarios solicitando de forma muy concreta la ratificación del Protocolo núm. 12 con motivo de que en agosto y septiembre de 2001 va a tener lugar en Sudáfrica la tercera conferencia mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia.

39. El art. 16 del Convenio Europeo establece: “Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser considerada como dirigida a prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros”.

40. Al extender esta restricción a las libertades de expresión, de reunión y de asociación, el art. 16 constituye una excepción a una regla consolidada en el ámbito internacional, que parte de que estas restricciones sólo se aplican al goce de los derechos políticos *strictu sensu*, es decir, al derecho de sufragio activo y pasivo y al derecho de acceder a la función pública (art. 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 13 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos).

tiene cabida en el sistema del Convenio Europeo puesto que en los artículos 1 a 14 no se hace mención alguna al criterio de la nacionalidad como corrector de su ámbito personal de aplicación. Al no haberse suprimido el art. 16 se pueden llegar a generar determinadas contradicciones cuando el Protocolo núm. 12 entre en vigor que deberán ser resueltas por el Tribunal Europeo<sup>41</sup>.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES

Con la adopción del Protocolo núm. 12 que prevé la prohibición general de toda forma de discriminación, el sistema de Estrasburgo ha dado un paso concluyente para configurar de forma definitiva al Convenio Europeo como instrumento para la consolidación de un orden público democrático europeo en materia de derechos humanos. De este modo, el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos suplirá las deficiencias que tenía desde su elaboración al carecer entre sus disposiciones de un principio rector que garantizara la no discriminación en general y la igual protección por parte del ordenamiento jurídico de los Estados.

Hasta el momento, el principio de no discriminación únicamente aparece recogido en el art. 14 del Convenio Europeo, aunque sólo haciendo referencia al ejercicio de los derechos reconocidos en el propio Convenio Europeo o en su Protocolos Adicionales. Ante esta tesitura, los límites intrínsecos al principio de no discriminación establecidos en el articulado del Convenio Europeo comportan una incidencia directa en los pronunciamientos del Tribunal Europeo: cuando se alega una discriminación con respecto a un derecho no reconocido, la demanda debe ser declarada inadmisibile por incompetencia *ratione materiae*. Esta situación es debida a que los Estados Partes, en el momento de la redacción del Convenio Europeo, no estimaron conveniente someter el conjunto de sus sistemas jurídicos a un determinado control supranacional que estuviera facultado para adoptar decisiones jurídicamente obligatorias.

Desde esta perspectiva, el Protocolo núm. 12 supone una superación de estos límites al constituir una medida suplementaria importante en vistas a asegurar una mayor protección de los derechos humanos y de las libertades

41. Así, por ejemplo, un Estado en su legislación interna puede establecer una restricción a la libertad de asociación de los extranjeros, justificada por la autorización obrante en el art. 16 del Convenio Europeo, pero esa misma medida ser contraria a lo establecido en el art. 1 del Protocolo núm. 12.

fundamentales, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito supranacional. Aún cuando se debe instar a los Estados para que no retrasen en exceso su entrada en vigor, ésta comportará algunos problemas jurídicos que deberán ser resueltos por el Tribunal Europeo.

## ANEXO

### PROTOCOLO NÚM. 12 AL CONVENIO EUROPEO PARA LA SALVAGUARDIA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Los Estados miembros del Consejo de Europa, firmantes del presente Protocolo,

Teniendo en cuenta el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a una igual protección de la ley;

Resueltos a adoptar nuevas medidas para promover la igualdad de todos por medio de una garantía colectiva que establezca la prohibición general de discriminación en el marco del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (desde ahora, "el Convenio");

Reafirmando que el principio de no discriminación no impide que los Estados partes adopten determinadas medidas con la finalidad de promover una igualdad plena y efectiva, siempre que exista una justificación objetiva y razonable,

Han convenido lo siguiente:

#### **Artículo 1: Prohibición general de discriminación**

1. El goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación 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.

2. Nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública, especialmente por alguno de los motivos enunciados en el párrafo 1".

## **Artículo 2: Aplicación territorial**

1. Cualquier Estado puede, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, designar el o los territorios en los cuales se aplicará el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado puede, en cualquier momento posterior, en notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, extender la aplicación del presente Protocolo a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Protocolo entrará en vigor, con respecto a dicho territorio, el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses después de la recepción de la declaración por el Secretario General.

3. Cualquier declaración hecha en virtud de los dos párrafos anteriores podrá retirarse o modificarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada o la modificación tendrá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de la recepción de la notificación por el Secretario General.

4. Toda declaración hecha conforme al presente artículo se considerará como hecha de conformidad con el párrafo 1 del artículo 56 del Convenio.

5. Cualquier Estado que haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 1 o 2 del presente artículo podrá, en cualquier momento posterior, declarar que acepta, con respecto a uno o varios territorios contemplados en dicha declaración, la competencia del Tribunal para conocer de las demandas de personas físicas, de organizaciones no gubernamentales o de grupos de particulares conforme al artículo 34 del Convenio, en virtud del artículo 1 del presente Protocolo.

## **Artículo 3: Relaciones con el Convenio**

Los Estados Partes consideran los artículos 1 y 2 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio y todas las disposiciones del Convenio se aplicarán en consecuencia.

## **Artículo 4: Firma y ratificación**

El presente Protocolo estará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del Convenio. Será sometido a ratificación, aceptación o aprobación. Ningún Estado miembro del Consejo de Europa podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber simultánea o anteriormente ratificado el Convenio. Los instrumentos de ratificación,

aceptación o aprobación serán depositados ante el Secretario General del Consejo de Europa.

#### **Artículo 5: Entrada en vigor**

1. El presente Protocolo entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses siguientes a la fecha en que diez Estados miembros del Consejo de Europa hayan manifestado su consentimiento en quedar vinculados por el presente Protocolo conforme a las disposiciones de su artículo 4.

2. Para cualquier Estado miembro que manifieste ulteriormente su consentimiento en quedar obligado por el presente Protocolo, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses desde la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

#### **Artículo 6: Funciones del depositario**

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a todos los Estados miembros del Consejo de Europa:

1. la firma;
2. el depósito de todo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación;
3. la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo de conformidad con sus artículos 2 y 5;
4. cualquier otro acto, notificación o comunicación referente al presente Protocolo.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello, han firmado el presente Protocolo.

Hecho en Roma, el 4 de noviembre de 2000, en francés e inglés, haciendo igualmente fe los dos textos, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario General del Consejo de Europa comunicará copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

