

DE LA IGUALDAD EN LOS DERECHOS A LA IGUALDAD DE DERECHOS: EL PROTOCOLO ADICIONAL N° 12 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS*

Xabier DEOP MADINABEITIA

I. INTRODUCCIÓN

El 26 de junio de 2000, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el Protocolo n° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH o “el Convenio”), relativo a la protección contra la discriminación, el cual ha sido abierto a la firma de los Estados miembros el 4 de noviembre de 2000 y entrará en vigor cuando sea ratificado por catorce Estados miembros.

Con la aprobación de este Protocolo se pretende poner fin a un grave déficit relativo al principio de igualdad, pues el CEDH, a diferencia de otros instrumentos internacionales¹, no reconoce el derecho a la igualdad ante la ley o a una igual protección por parte de la ley, sino que simplemente prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio (art. 14) y reconoce la igualdad de derechos de los cónyuges (art. 5 del Protocolo n° 7).

A continuación, tras exponer brevemente la protección que ofrece el CEDH contra la discriminación, estudiaremos el texto del protocolo con el fin

* Quiero dar las gracias al Departamento de Prensa del Consejo de Europa, que me ha facilitado parte de la documentación necesaria para la realización de este trabajo.

1. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26).

de averiguar si servirá para poner fin al déficit de protección existente actualmente.

II. EL ARTÍCULO 14 DEL CEDH

La prohibición de la discriminación fue inicialmente incluida en el artículo 14 del CEDH en los siguientes términos:

"El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio debe ser asegurado sin discriminación ("sin distinción alguna" en la versión francesa), especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

Del análisis de este precepto y de la jurisprudencia emanada de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), podemos señalar los siguientes caracteres:

1. *Ausencia de existencia independiente de este artículo*

Como puede observarse, este artículo no contiene una cláusula de igualdad ante la ley o de igual protección por parte de la ley, sino que afirma que no puede producirse discriminación *en el goce de los derechos reconocidos en el CEDH* y, aunque no se señale expresamente, en sus protocolos adicionales. Esta lamentable redacción dada a un principio de una magnitud tan importante, implica que no puede alegarse violación de este artículo en los casos en que se produzcan discriminaciones en el ejercicio de derechos humanos que no están recogidos en el CEDH ni en sus protocolos (p.e. el derecho de acceso a la función pública, el derecho a la nacionalidad, etc.). Igualmente, en los casos de Estados que no han ratificado alguno/s de los protocolos del Convenio, las personas residentes en estos Estados tampoco pueden alegar discriminación con relación al ejercicio de ciertos derechos contenidos en estos protocolos.

No obstante, esta gravísima y negativa consecuencia puede ser corregida en algunos casos particulares mediante estas soluciones:

a) Considerando que una discriminación constituye un trato degradante. Esta posibilidad ha sido defendida por la Comisión en el informe presentado en

1999 en el asunto *Chipre contra Turquía*, que ha sido introducido en el TEDH. En este informe se afirma que las violaciones de determinados derechos del Convenio (en particular el respeto a la vida privada y al domicilio) dirigidas exclusivamente contra la población greco-chipriota del Norte de Chipre constituyen un trato degradante y, por tanto, una violación del artículo 3 del Convenio².

b) Teniendo en cuenta que, en algunos supuestos, una discriminación en el ejercicio de un derecho no reconocido en el CEDH puede protegerse de forma colateral a través de otros derechos que sí lo están. Así, por ejemplo, una hipotética discriminación en el derecho de acceso a la función pública por razones religiosas podría suponer una violación de la libertad religiosa.

c) Aunque el artículo 14, como ha señalado reiteradamente el TEDH, no tiene existencia propia, sí tiene cierta autonomía, pues puede ser violado sin que se produzca una violación de alguno de los restantes preceptos del Convenio o sus protocolos³. Ahora bien, en estos casos, es preciso que los hechos del litigio recaigan sobre alguno de los derechos inscritos en el CEDH o sus protocolos. En el *caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* el Tribunal explica este requisito con este ejemplo:

"el artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) no obliga a los Estados a establecer un sistema de apelación jurisdiccional. Un Estado que lo establezca va, en consecuencia, más allá de las obligaciones dimanantes del artículo 6. Sin embargo, violaría el artículo 6 combinado con el artículo 14, si privara a algunos de esta vía de recurso sin razón legítima, otorgándola a otros para litigios de la misma naturaleza"⁴.

2. EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. Application n° 25781/94, *Cyprus v/Turkey*, Report of 4 June 1999, pars. 497-499.

3. Un excelente análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre esta característica del artículo 14 puede encontrarse en: FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" en *Jornadas de Estudio sobre el principio de igualdad*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 780-789.

4. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*, Judgment of 23 July 1968, fund. drcho I, B, pár. 9.

2. *No toda desigualdad implica una discriminación*

Como hemos visto al transcribir el contenido del artículo 14, existe una diferencia entre la versión inglesa y la francesa de este texto, estableciendo la primera que el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio ha de realizarse "sin discriminación" y la segunda que ha de realizarse "sin distinción alguna". Pues bien, el TEDH ha afirmado que este artículo debe leerse a la luz del texto de la versión inglesa, pues si se siguiese al pie de la letra la versión francesa podría llegarse a resultados absurdos y se ignoraría que en muchas ocasiones una desigualdad de derecho tiende a lograr una igualdad de hecho⁵.

En este mismo asunto y en todos en los que se ha alegado una violación del artículo 14, el Tribunal ha entendido que para que una diferenciación no sea discriminatoria deben darse estos tres requisitos:

a) Una justificación objetiva y razonable, esto es, una finalidad legítima.

b) Una razonable relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados.

c) La existencia de una situación comparable, es decir, que la situación de hecho de los individuos o grupos que se sienten víctimas de una discriminación y la de los individuos o grupos que ellos consideran que están favorecidos han ser diferentes⁶.

En otro orden de cosas, también hay que decir que las causas de discriminación enumeradas presuponen un elemento personal, como contraposición a un criterio territorial. Así, la Comisión y el TEDH han afirmado que no constituye discriminación la existencia de legislaciones diferentes en diferentes

5. *Ibidem*, fund. drcho I, B, pár. 10.

6. Para un análisis en profundidad de estos tres requisitos vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *Op. cit.* pp. 792-830.

territorios de un mismo Estado⁷ y que tampoco supone una discriminación delimitar las colectividades territoriales siguiendo criterios lingüísticos⁸.

3. *Carácter abierto de la lista de criterios discriminatorios*

El último inciso del artículo 14: "o cualquier otra situación", implica claramente que la lista de criterios que enumera no es exhaustiva sino simplemente indicativa. Así, por ejemplo, el TEDH declaró una violación de este artículo en el *caso Marckx*, en el que se cuestionaba la legislación belga en materia de igualdad de derechos sucesorios entre hijos legítimos e ilegítimos y en el asunto *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, en el que apreció una discriminación basada en la orientación sexual⁹.

III. EL PROTOCOLO ADICIONAL Nº 12

1. *Antecedentes*

Como consecuencia del grave déficit de protección contra la discriminación existente, en el seno del Consejo de Europa se formularon diferentes propuestas destinadas a establecer una auténtica protección contra la discriminación. La primera de estas propuestas es la Recomendación 234 (1960) de la Asamblea Parlamentaria de 22 de enero, que contenía un proyecto de un segundo Protocolo adicional al CEDH en cuyo artículo 6 se mencionaba el principio de igualdad ante la ley junto con el derecho a una igual protección

7. Esta cuestión fue planteada en dos asuntos. En el primero de ellos, la Comisión negó que fuese discriminatoria la existencia de diferentes tasas impositivas en Inglaterra y en Escocia y, en el segundo, el Tribunal no consideró discriminatorio la diferencia de trato de los actos homosexuales en Irlanda del Norte y en el resto del Reino Unido. *Vid.* EUROPEAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS. Application nº 13473/87, *G.M.P. v/the United Kingdom*, Decision of 11 July 1988. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Dudgeon v/the United Kingdom*, Judgment of 22 octubre 1981, Serie A, nº 45.

8. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Mathieu-Mohin and Clerfayt v/Belgium*, Judgment of of 2 March 1987, Serie A, nº 113.

9. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Marckx v/Belgium*, Judgment of 13 June 1979, Serie A, nº 31. *Salgueiro da Silva Mouta v/Portugal*, Judgment of 21 December 1999.

por parte de la ley (variante A) o el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (variante B). Esta Recomendación, estuvo en el origen del Protocolo nº 4, que recogió la mayor parte de los derechos que se mencionaban. Sin embargo, el artículo 6 de este proyecto no fue incluido, lo que consideramos injustificable y absolutamente criticable.

En los años 90, se dio un nuevo ímpetu a esta cuestión desde tres ángulos distintos: la protección de las minorías nacionales, la igualdad entre el hombre y la mujer y la lucha contra el racismo y la intolerancia.

En lo que respecta a la protección de las minorías nacionales, la Recomendación 1134 (1990) de la Asamblea Parlamentaria de 1 de octubre de 1990 propuso añadir en un protocolo adicional al CEDH una cláusula general de protección contra la discriminación y otras propuestas recomendaron la inclusión del derecho a la igualdad ante la ley de las personas pertenecientes a minorías nacionales en un convenio especial sobre la protección de las minorías nacionales o en un protocolo adicional al CEDH sobre la misma materia. Finalmente, se incluyó el derecho a la igualdad ante la ley de las personas pertenecientes a minorías nacionales en el artículo 4 del Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales, pero se desatendieron las propuestas de elaborar un protocolo adicional que, entre otros derechos, incluyese el principio de igualdad o una prohibición general de la discriminación.

Por otro lado, el Comité Director para la Igualdad entre el Hombre y la Mujer (CDEJ) propuso al Comité de Ministros en 1994 la inclusión del derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer en un protocolo adicional al CEDH. Esta propuesta fue transmitida por el Comité de Ministros al Comité Director de Derechos Humanos (CDDH) quien, en un informe de octubre de 1996, acordó que era preciso el establecimiento en el Consejo de Europa de normas relativas a la igualdad entre el hombre y la mujer, pero expresó sus reservas acerca de un proyecto de protocolo basado en una aproximación sectorial.

Paralelamente, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) consideró que la protección contra la discriminación racial debía ser reforzada por medio de un protocolo adicional que contuviera una cláusula general contra la discriminación por razón de raza, color, lengua, religión u origen nacional o étnico.

Esta propuesta también fue transmitida para su estudio al CDDH que, en octubre de 1997, dirigió un informe al Comité de Ministros en el que se

mostraba favorable a la adopción de un protocolo adicional al CEDH relativo a la igualdad entre hombres y mujeres y que constituyese un instrumento jurídico contra el racismo y la intolerancia. Con base en este informe, el Comité de Ministros encargó al CDDH la elaboración, antes de diciembre de 1999, de un proyecto de protocolo al CEDH que ampliase el ámbito de protección del artículo 14.

El 28 de julio de 1999, el CDDH hizo público un proyecto de protocolo y de informe explicativo y, tras consultar al TEDH y a la Asamblea Parlamentaria, finalizó el texto del proyecto de protocolo en marzo de 2000 y lo transmitió al Comité de Ministros, que lo adoptó el 26 de junio de 2000 y lo abrió a la firma de los Estados el 14 de noviembre de 2000.

2. *Contenido del Protocolo*

El Protocolo, basado en el “principio fundamental con arreglo al cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a una igual protección por parte de la ley” (segundo párrafo del preámbulo), establece en su artículo 1 que:

“1. El disfrute de cualquier derecho establecido por la ley debe ser asegurado sin discriminación de ninguna clase especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2. Nadie puede ser discriminado por una autoridad pública por ninguna razón, especialmente por las mencionadas en el apartado 1”.

Esta redacción, en primer lugar, prohíbe la discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la legislación interna de los Estados, tanto si está garantizado por el CEDH o sus protocolos como si no lo está. De esta forma se supera el inconveniente ya señalado del artículo 14 del CEDH. En segundo lugar, prohíbe toda discriminación cometida por una autoridad pública, término que no sólo debe comprender las autoridades administrativas, sino también los tribunales y órganos legislativos¹⁰. Además, tal y como menciona el proyecto de *Informe Explicativo*, este artículo afecta también a las discriminaciones cometidas por las autoridades públicas en el ejercicio de su

10. *Explanatory Report*, par. 30.

poder discrecional (p.e. al otorgar subvenciones) o por cualquier otra acción u omisión (p.e. el comportamiento de las fuerzas del orden cuando controlan un tumulto)¹¹.

Otras características de este artículo son las siguientes:

a) En coherencia con la versión inglesa y con la jurisprudencia emanada del TEDH, en la versión francesa se sustituyen las palabras *sans distinction aucune* por *sans discrimination aucune*, con el fin de armonizar las dos versiones y continuar permitiendo las diferenciaciones legítimas. En esta línea, el cuarto párrafo del preámbulo se cuida de reafirmar que el principio de no discriminación no impide a los Estados Partes tomar medidas con el fin de promover una igualdad completa y efectiva, siempre que exista una justificación objetiva y razonable.

b) Se mantiene la misma lista de criterios discriminatorios y la cláusula abierta relativa a otras posibles situaciones en las que pueda encontrarse una persona. De esta forma, se ha desaprovechado la oportunidad de modernizar su contenido incluyendo otros criterios como la edad, la minusvalía o la orientación sexual, aunque es evidente que estos grupos estarán protegidos por el último inciso del artículo 1.1 que hace referencia a “cualquier otra situación”.

En lo que se refiere a las discriminaciones provenientes de particulares, el *Informe Explicativo* indica que el protocolo no impone a los Estados una obligación positiva general de las Partes de adoptar medidas para prevenir o remediar las discriminaciones entre personas privadas, pues considera que esta cuestión estaría mejor tratada en un convenio específico de naturaleza programática dedicado exclusivamente a la discriminación. De todas formas, también recuerda que el Protocolo no se opone a las normas internas más favorables y que del deber de los Estados de “asegurar” contenido en el apartado 1 podrían derivarse algunas obligaciones positivas relativas a determinadas relaciones entre personas privadas que normalmente están reguladas por la ley y en las que el Estado tiene cierta responsabilidad (p.e. contratos de trabajo, denegación arbitraria de acceso a restaurantes, etc.).

Esta interpretación se contradice con la jurisprudencia del TEDH, que ha interpretado plausiblemente que del artículo 1 del CEDH¹² se derivan obligaciones positivas para las Partes y que no sólo se pretende impedir injerencias

11. *Ibidem*, par. 22.

12. Este artículo establece que “las Altas Partes Contratantes aseguran a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

por parte del Estado, sino también proteger a los individuos contra las violaciones del Convenio provenientes de particulares¹³. Por citar sólo un ejemplo, en el caso *López Ostra* el Tribunal consideró una violación del artículo 8 del Convenio (derecho a la vida privada y familiar y al domicilio) la instalación por parte de una empresa privada de una planta depuradora que provocaba daños ambientales que a su vez causaban daños en el domicilio de la demandante, sin que las autoridades estatales hubieran tomado las medidas adecuadas para evitar tales situaciones¹⁴.

En cualquier caso, a pesar de lo que dice el Informe Explicativo, hay que tener en cuenta que estos documentos, destinados a facilitar su cumplimiento, son redactados por el comité encargado de redactar el tratado y no constituyen interpretaciones auténticas del convenio de que se trate, por lo que no son vinculantes para el órgano de control en cuestión, en este caso el TEDH. Por lo tanto, basándonos en la jurisprudencia del Tribunal, nos atrevemos a afirmar que el Protocolo n° 12 protegerá a los individuos frente a las discriminaciones provenientes de particulares. De todas formas, también hay que tener en cuenta que una excesiva regulación de las relaciones entre personas privadas podría suponer en algún caso una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, por lo que al controlar el cumplimiento de este Protocolo, deberán de valorarse también otros bienes jurídicos protegidos por el Convenio.

IV. CONCLUSIÓN

El tratamiento inicial dado por el CEDH al principio de igualdad es cuando menos lamentable, pues no reconoce una igualdad *de* derechos, sino una igualdad *en* los derechos reconocidos en el Convenio y sus protocolos o, al menos, que guarden relación con estos derechos. De todas formas, es posible que una discriminación en un derecho que no conste en el CEDH (o que conste en un Protocolo no ratificado por el Estado en cuestión) viole colateralmente

13. Sobre la obligación de adoptar medidas positivas para impedir violaciones del CEDH, tanto frente al Estado como frente a particulares *vid.* entre otras sentencias: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Airey v/Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Serie A n° 32. *Artico v/Italy*, Judgment of 13 May 1980, Serie A n° 37. *X and Y v/the Netherlands*, Judgment of 26 March 1985, Serie A n° 91. *Bezicheri v/Italy*, Judgment of 25 October 1989, Serie A n° 164. *López Ostra v/Spain*, Judgment of 9 December 1994, Serie A n° 303-c.

14. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *López Ostra v/Spain*, *cit.*

algún derecho que sí consta en el Convenio. Por otro lado, la Comisión ha considerado en el asunto *Chipre contra Turquía* que, en algunos casos, una discriminación manifiesta puede suponer un trato degradante, aunque esta interpretación debe ser confirmada por el TEDH cuando resuelva definitivamente el fondo de este asunto.

Ese gravísimo déficit está en vías de solución gracias a la aprobación del Protocolo nº 12 que, inspirado en el principio fundamental de igualdad ante la ley y de igual protección por parte de la ley, reconoce el principio de igualdad de derechos y prohíbe toda discriminación por parte de las autoridades públicas, administrativas o de otro tipo. Con esta redacción, se otorgará una protección aceptable contra la discriminación y se pondrá al CEDH en consonancia con el principio de universalidad de los derechos humanos y libertades fundamentales, lo cual no sucederá mientras no se reconozca el principio de igualdad de derechos o el derecho a la igualdad ante la ley y a una igual protección por parte de la ley.

En definitiva, la aprobación del Protocolo nº 12 implica el paso de la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos, aunque para su efectiva aplicación será preciso esperar a que dicho Protocolo entre en vigor y sea ratificado por el mayor número posible de Estados europeos.