

Comunicación a la Ponencia Temática I

**EL DERECHO A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN
EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA DE UN SISTEMA
DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

DANIEL I. GARCÍA SAN JOSÉ

Profesor de Derecho Internacional Público. Universidad de Sevilla

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

1. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—2. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—3. LA INFLUENCIA DE ESTA JURISPRUDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO.—4. LA CONEXIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—CONCLUSIONES.

1. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 14 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (en adelante «el Convenio») ¹ establece que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». Al igual que en otros textos internacionales ² en los que el derecho a no sufrir discriminación no aparece configurado como un derecho autónomo ³, la disposición del Convenio transcrita tiene un alcance más modesto que el derecho a la igualdad «en» la Ley y «en la aplicación de» la

¹ Adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 4 de octubre de 1979 (*BOE* de 10 de octubre de 1979). Ha sido objeto de sucesivas modificaciones, siendo la última de ellas la introducida por el Protocolo Adicional número 11, de 11 de mayo de 1994, en vigor desde el 1 de noviembre de 1998 —ratificado por España el 28 de noviembre de 1996 (*BOE* de 26 de junio de 1998; corrección de errores: *BOE* de 17 de septiembre de 1998)—. Sobre el mismo en la doctrina, véase por todos: CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Ed. Tecnos, 2003.

² Artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 2 de la Carta Africana de Derechos y Deberes del Hombre y de los Pueblos.

³ Aunque, como ha señalado el Tribunal europeo en reiterada jurisprudencia, la aplicación del artículo 14 del Convenio no presupone la violación de una o más disposiciones sustantivas de éste, por lo tanto, en cierta medida, es un derecho autónomo. JAYAWICKRAMA, N.: *The Judicial Application of Human Rights Law*. Cambridge University Press, 2002, p. 175.

Ley⁴ e, incluso, el «derecho sin discriminación a igual protección de la ley»⁵, pues, como han señalado entre otros, Harris, O'Boyle y Warbrick⁶, el artículo 14 del Convenio no brinda una protección contra la discriminación en aquellas actividades que el Estado desee regular por ley sino sólo respecto de los derechos y libertades enunciados en el Convenio y en sus Protocolos Adicionales de contenido normativo⁷. A nivel europeo, una prohibición general de la discriminación sólo está reconocida en el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 12, de 4 de noviembre de 2000 —aún no en vigor— que establece, a diferencia del artículo 14 del Convenio, un derecho autónomo a la no discriminación⁸.

Característica del artículo 14 del Convenio —coincidente con otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos— es la ausencia de una definición de lo que debe entenderse por «discrimina-

⁴ Tratándose del ámbito de aplicación del artículo 14 de la Constitución Española. SUAY RINCÓN, J.: «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 838 y ss.

⁵ Artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1997). Es interesante recordar, con JAYAWICKRAMA, que la inclusión en el artículo 26 de los términos «a este respecto» a propuesta de Gran Bretaña y Grecia buscaba modificar el sentido de la disposición de manera que no prohibiera cualquier forma de discriminación, particularmente en las relaciones privadas. Se reducía así la efectividad de la segunda frase de este artículo en tanto en cuanto la prohibición de discriminación sólo se aplicaría en el ámbito de igualdad ante la ley. La propuesta fue adoptada mediante una votación que obtuvo el siguiente resultado: 39 Estados a favor, 30 en contra y 11 abstenciones. JAYAWICKRAMA, N.: *The Judicial Application of Human Rights Law*, op. cit., pp. 828-829.

⁶ HARRIS, D. J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, 1995, p. 463. Sin embargo, como señalan estos autores, a diferencia de otros textos internacionales de protección de derechos humanos, la lista de motivos específicos sobre cuya base está prohibida la discriminación en el ámbito del Convenio es muy amplia y no exhaustiva.

⁷ En lo que respecta a España son los siguientes: el Protocolo Adicional Primero, de 20 de marzo de 1952 —firmado el 23 de febrero de 1978 y ratificado el 27 de noviembre de 1990 (BOE de 12 de enero de 1991)—, el Protocolo Adicional núm. 4 de 16 de septiembre de 1963 —firmado el 23 de febrero de 1978 pero aún no ratificado. Aunque España no es Estado parte en el mismo, como señala el Profesor CARRILLO SALCEDO (*El Convenio Europeo...*, op. cit., p. 149), de conformidad con el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969. España tiene la obligación de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del mismo—, el Protocolo Adicional núm. 6, de 28 de abril de 1983, ratificado el 14 de enero de 1985 (BOE de 17 de abril de 1985), y el Protocolo Adicional núm. 7, de 22 de noviembre de 1984, firmado el 22 de noviembre de 1984 pero aún sin haber sido objeto de ratificación por España, de modo que no le vincula jurídicamente como a los Estados parte en el mismo.

⁸ «El ejercicio de cualquier derecho reconocido por ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier situación». España no ha firmado el Protocolo Adicional núm. 12 al Convenio.

ción»⁹. Este hecho no debe sorprender dado que es una constante en el Convenio el que los derechos y libertades en él reconocidos se enuncien mediante conceptos jurídicos indeterminados llamados a ganar concreción en la aplicación del Convenio a casos concretos¹⁰. Así, la «discriminación» no puede equipararse a la mera «diferenciación», a pesar de la versión francesa del artículo 14 «*sans distinction aucune*» —que al igual que la inglesa da fe auténtica de este tratado internacional— como tuvo ocasión de precisar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante «el Tribunal europeo») en una de sus primera sentencias en el caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica¹¹.

Así pues, el artículo 14 del Convenio no estaría prohibiendo cualquier diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y en sus Protocolos Adicionales de contenido normativo, sino sólo una distinción que no tenga una justificación objetiva ni razonable. Sin duda, aquí reside la cuestión más relevante y polémica de esta disposición: saber en qué supuestos una diferencia de trato es conforme o contraria al Convenio. La respuesta necesariamente ha de encontrarse en la jurisprudencia de los órganos garantes del Convenio, la Comisión y el Tribunal europeo, especialmente en este último.

2. LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DEL CONVENIO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A través de una extensa jurisprudencia diversos principios han sido reiteradamente recordados por el Tribunal europeo¹², los cuales pueden sintetizarse del siguiente modo:

⁹ HARRIS, D. J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 463 y 475 y ss. A excepción de la definición de discriminación racial contenida, por razones obvias, en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965 (BOE núm. 118 de 17 de mayo de 1969).

¹⁰ CARRILLO SALCEDO, J. A.: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, op. cit., p. 23.

¹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante «STEDH»), de 23 de julio de 1968, parágrafo 10 del epígrafe «B» de *Fundamentos de Derecho*, en el caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica.

¹² STEDH de 6 de febrero de 1976, caso *Schmidt y Dülström c. Holanda*; STEDH de 13 de junio de 1979, caso *Marek c. Bélgica*; STEDH de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*; STEDH de 23 de octubre de 1990, caso *Dorby c. Suecia*; STEDH de 29 de noviembre de 1991, caso *Vermeire c. Bélgica*; STEDH de 23 de junio de 1993, caso *Hoffmann c. Austria*; STEDH de 18 de julio de 1994, caso *Karlheinz Schmidt c. Alemania*; STEDH de 16 de septiembre de 1996, caso *Gayguzi c. Austria*; STEDH de 21 de febrero de 1997, caso *Vun Raalte c. Países Bajos*; STEDH de 24 de febrero de 1998, caso *Botta c. Italia*; STEDH de 27 de marzo de 1998, caso

1.º Con carácter general, el artículo 14 del Convenio no tiene una vida autónoma sino vinculada al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y en sus Protocolos Adicionales de contenido normativo.

2.º Aunque no existe una definición de discriminación en el texto del Convenio, es evidente que no equivale a una diferencia de trato sino sólo a aquella que carezca de una base objetiva y razonable.

3.º La diferenciación de trato puede manifestarse tanto si se consideran de modo diferente situaciones similares, como lo contrario. Esto es, no tratando de modo diferente situaciones que claramente lo son.

4.º En lo que a la aplicación del artículo 14 se refiere, no es necesario que otra disposición del Convenio haya resultado violada, bastando con que los hechos enjuiciados caigan bajo la influencia de, al menos, una de las disposiciones del Convenio; en ese sentido el artículo 14 posee un cierto ámbito de autonomía. Los artículos del Convenio pueden ser violados solos y/o en relación con el artículo 14. En este sentido, si el Tribunal europeo encuentra que no hay violación de alguno de los artículos que han sido invocados separadamente y en relación con el artículo 14, debe examinar también aquéllos en relación con este último. Sin embargo, salvo que el trato diferenciado en el disfrute del derecho en cuestión constituya un aspecto fundamental del caso, el Tribunal europeo no examinará la queja relativa al artículo 14 en relación con un artículo del Convenio si ya ha declarado la violación de éste.

5.º En cuanto a la justificación de la diferencia de trato, de conformidad con la jurisprudencia de los órganos del Convenio, esta será discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una justificación objetiva y razonable; es decir, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido. Sin embargo, los Estados parte gozan de un ámbito de discrecionalidad (un margen de apreciación, en la terminología empleada por los órganos del Convenio) para determinar si y en qué medida se justifica una diferencia de trato. La magnitud del margen de apreciación varía según las circunstancias, el ámbito, el contexto y los motivos de la diferencia de trato. A este respecto, puede señalarse que determinados motivos para una diferencia de trato dejan un margen de apreciación

Petrovic c. Austria; STEDH de 18 de febrero de 1999, *caso Larkos c. Chipre*; STEDH de 29 de abril de 1999, *caso Chassagnou y otros c. Francia*; STEDH de 21 de diciembre de 1999, *caso Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*; STEDH de 1 de febrero de 2000, *caso Mazurek c. Francia*; STEDH de 6 de abril de 2000, *caso Thlimmenos c. Grecia*; STEDH de 29 de abril de 2002, *caso Pretty c. Reino Unido*; STEDH de 26 de febrero de 2002, *caso Frette c. Francia*; STEDH de 4 de junio de 2002, *caso Wessels-Bergervoet c. Países Bajos*, entre otras.

muy reducido a las autoridades nacionales (por razón de sexo, nacionalidad, por el carácter legítimo o ilegítimo de los hijos); mientras que otros permiten que éste sea amplio o muy amplio (por razón de la orientación sexual).

Ha de destacarse en relación con la aplicación del artículo 14 del Convenio cómo a lo largo de su jurisprudencia el Tribunal europeo ha tenido que hacer frente a situaciones de discriminación que suponían un desafío, bien porque no parecía tan claro que hubiera un trato discriminatorio (por ejemplo, *caso Karlheinz Schmidt c. Alemania*, STEDH de 18 de julio de 1994¹³) o, más frecuentemente, porque la discriminación afectaba a un derecho que no estaba expresamente reconocido en el Sistema del Convenio. En estos supuestos, el Tribunal europeo ha mostrado signos de un claro activismo judicial, coherente con una interpretación teleológica del Convenio, pro víctima, considerando las quejas de discriminación en la medida en que pudiera conectarlas —si quiera indirectamente— con alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus protocolos de contenido normativo. La expresión «en el ámbito de» ha sido la fórmula empleada, a modo de ejemplo, en el *caso Gaygusuz c. Austria*. En su sentencia de 16 de septiembre de 1996, el Tribunal consideró contraria al artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1, la discriminación por razón de la nacionalidad prevista en el ordenamiento jurídico austríaco para la concesión de prestaciones asistenciales, en concreto, la ayuda de emergencia. A los efectos del artículo 14, la sentencia del Tribunal es relevante por cuanto sitúa el derecho a una prestación social —tras calificarlo como un derecho pecuniario— en el ámbito del artículo 1 del protocolo Adicional núm. 1.

Merece ser públicamente resaltado que las consecuencias prácticas de esta opción de política judicial no podían ser desconocidas para el Tribunal europeo, a pesar de lo cual, tomó la decisión de conectar el artículo 14 con el derecho a una prestación social a través del artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1. Quizás para los estudiosos del

¹³ «¿Cuál puede ser el tratamiento diferenciado?» —se preguntan HARRIS, O'BOYLE, WARRICK — en un caso que tiene en su base el hecho de que un ciudadano alemán tenga que pagar un canon como alternativa a la prestación obligatoria que pesaba sobre los varones de servir en las brigadas locales de bomberos, el demandante se quejaba de ser potencia sobre las mujeres, no así sobre las mujeres, el demandante se quejaba de ser víctima de una diferencia de trato por razón de sexo. En el parágrafo 28 de la sentencia en el caso, el Tribunal europeo consideró que la diferencia de trato era el pago de ese canon, considerando el hecho de que ningún hombre se vio nunca en la práctica obligado a servir en una brigada de bomberos ante el excedente de voluntarios para ese servicio. Así pues, no existía una justificación razonable —en opinión del Tribunal— para imponer dicho canon a los hombres y no a las mujeres, sólo por razón de sexo. HARRIS, D. J., O'BOYLE, M.; WARRICK, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, op. cit., p. 471.

Derecho Internacional la Sentencia Gaygusuz revista escaso o nulo interés, por cuanto no aporta ninguna novedad destacable respecto a la aplicación del Convenio y sus Protocolos Adicionales. Sin embargo, no ocurre lo mismo en el ámbito de la protección de social de los cerca de 13 millones de ciudadanos de terceros Estados que residen legalmente en la Unión Europea o en alguno de los Estados que han ratificado el Tratado del Espacio Económico Europeo¹⁴. Además, la sentencia del Tribunal europeo en el caso Gaygusuz estaba llamada a marcar un importante hito tanto en los ordenamientos nacionales de Seguridad Social, como en el Comunitario, inspirando, por ejemplo, a la Comisión Europea a reformar el artículo 2 del Reglamento 1408/71, debido a que reputa a las prestaciones sociales (incluso las denominadas «no contributivas») como derechos pecuniarios amparados por el Primer Protocolo Adicional al Convenio, no resultando objetivamente justificables las discriminaciones por razón de la nacionalidad en cuanto a su reconocimiento¹⁵.

En cuanto a la justificación de los tratos discriminatorios, el Tribunal ha mostrado igualmente un activismo judicial que, al igual que ha sucedido respecto de la aplicación de la cláusula «necesario en una sociedad democrática» presente en el párrafo segundo de los artículos 8 a 11 del Convenio, ha ido de la par de una autolimitación judicial expresada en el reconocimiento de un margen de apreciación nacional en la materia, más o menos amplio a la luz de una serie de factores. En este punto hay que señalar luces —por cuanto se muestra progresivo—, pero también sombras, en la medida en que no fundamenta sólidamente, en nuestra opinión, las razones para ese progreso.

Ejemplo de este claro-oscuro es el tratamiento de la discriminación por orientación sexual, como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal europeo de 26 de febrero de 2002, definitiva a partir del 26 de junio de ese año, en el caso *Frette c. Francia*. El derecho interno francés (art. 343-1 del Código Civil) autoriza a cualquier persona soltera —hombre o mujer— a solicitar una adopción, con la condición de la obtención del consentimiento para la adopción de pupilos del Estado y de niños extranjeros. El demandante señala que las autoridades administrativas y judiciales francesas motivaron su rechazo a concederle dicho consentimiento por su «elección de vida», eufemismo que ocultaba su

¹⁴ Cfr. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: «La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto Gaygusuz», *CIVITAS Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1999, núm. 95, p. 392.

¹⁵ *Ibidem*, p. 434. Véase, en este sentido, el Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 y del Reglamento (CEE) núm. 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas. DO L124, de 20 de mayo de 2003, pp. 1-3.

reconocida homosexualidad, por lo que se pretendía víctima de una diferencia de trato fundada en su orientación sexual contraria al artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8. La primera cuestión a resolver por el Tribunal europeo fue saber si los hechos enjuiciados se situaban en el campo de aplicación del artículo 8, y en consecuencia, del artículo 14 (párrafos 31 a 35 de la sentencia). Al respecto, tras recordar que el Convenio no garantiza, como tal, un derecho a la adopción y que el derecho al respeto de la vida familiar presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundar una¹⁶, concluyó afirmando que el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8 era aplicable por cuanto el derecho garantizado al demandante por el artículo 343-1 del Código Civil francés, que entra en el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio, fue vulnerado en el fundamento determinante de su orientación sexual¹⁷. En orden a si la discriminación sufrida por el Sr. Frette era constitutiva de una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 8, el Tribunal europeo se apoyó en la inexistencia de un denominador común europeo respecto del régimen de adopción por parte de homosexuales para reconocer un margen de apreciación a las autoridades francesas tan amplio¹⁸ que le llevó a concluir que

«la justificación que ofrece el Gobierno parece objetiva y razonable y la diferencia de trato enjuiciada no es discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio»¹⁹.

En nuestra opinión, la sentencia del Tribunal europeo en el presente caso nos parece criticable, de modo evidente, por el excesivo peso que confiere a la doctrina del margen de apreciación en una materia, la no discriminación, en la que difícilmente parecería estar justificado. Aun reconociendo que el Tribunal ha querido privilegiar entre los motivos de discriminación a alguno de ellos como especialmente difíciles de justifi-

¹⁶ Párrafo 32 de la sentencia.

¹⁷ Párrafo 32 *in fine* de la sentencia.

¹⁸ Párrafo 41 de la sentencia: «Es importante constatar que no existe un denominador común en este campo. Aunque la mayoría de los Estados parte no prevea explícitamente la exclusión de los homosexuales de la adopción cuando ésta está abierta a los solteros, sería en vano buscar, en el orden jurídico y social de los Estados parte, principios uniformes sobre estas cuestiones de sociedad sobre las que pueden razonablemente darse profundas divergencias de opinión en un Estado democrático. Al encontrarse en contacto directo y permanente con las fuerzas vitales de su país, las autoridades internas se encuentran en principio mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar la sensibilidad y el contexto locales. Desde el momento en que las cuestiones delicadas planteadas en este caso afectan a ámbitos en los que no existe apenas coincidencia de opiniones entre los Estados miembros del Consejo de Europa y en los que, de forma general, el derecho parece atravesar una fase de transición, hay que dejar un amplio margen de apreciación a las autoridades de cada Estado».

¹⁹ Párrafo 43 de la sentencia.

car desde el punto de vista de las obligaciones asumidas en el Convenio, tales como la discriminación por sexo, por razón de la nacionalidad o por el carácter legítimo o ilegítimo de la filiación, a costa de otros motivos —entre ellos, la orientación sexual— no nos parece correcto reconocer a las autoridades del Estado demandado un margen de apreciación tan alto que en la práctica implica la violación de la esencia del derecho en el artículo 14. Además, supone un retroceso con respecto a su jurisprudencia anterior relativa a la discriminación por orientación sexual. Recuerde-se en este sentido, la sentencia del Tribunal europeo de 21 de diciembre de 1999 en el caso *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal* —de gran similitud con el presente caso—²⁰ en el que este órgano reconoció contraria al artículo 14 del Convenio la discriminación sufrida por el demandante en razón de su orientación sexual (a pesar de que, en la época de los hechos tampoco se daba un denominador común europeo en cuanto a si, en supuestos de separación judicial, era perjudicial para un menor conceder su tutela a uno de sus progenitores que fuera homosexual)²¹.

Además, y en todo caso, por muy amplio que sea el margen de apreciación nacional, la decisión última corresponde al Tribunal europeo²², aunque la Sentencia del Tribunal europeo en el caso *Frette* pueda inducir a pensar lo contrario. Parecería, así pues, que esta sentencia es un ejemplo más para alimentar la polémica entre las lógicas contextual y jurídica que el Tribunal europeo aplica indistintamente, respecto del control del margen de apreciación nacional, y que lleva a autores, como Cohen-Jonathan a criticar que el Tribunal aplique principios antagónicos en supuestos muy similares o reconozca derechos a dos velocidades²³. En nuestra opinión, la sentencia del Tribunal europeo de 26 de febrero de 2002 en el caso *Frette c. Francia* más bien debe considerarse exponente de una lógica pragmática. Dicha lógica parte de la premisa de la dualidad inherente a la cláusula «necesario en una sociedad democrática», que puede referirse tanto al plano interno, la sociedad de cada Estado, como al plano internacional, los valores reconocibles en un modelo europeo de sociedad democrática. En consecuencia, algunos de los factores que son tomados en consideración para determinar en cada caso concreto la existencia y extensión del margen de apreciación nacio-

²⁰ El demandante, de nacionalidad portuguesa vivía con otro adulto varón desde su separación judicial de su esposa con la que había tenido una hija y cuya patria potestad detenía por sentencia del Tribunal de Familia de Lisboa hasta que le fue retirada por el Tribunal de Apelaciones de dicha ciudad en favor de la madre, según él, sobre la base exclusiva de su orientación sexual.

²¹ Parágrafos 35 y 36 de la STEDH de 21 de diciembre de 1999 en el caso *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*.

²² Parágrafo 72 *in fine* de la STEDH de 28 de mayo de 1985, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*.

²³ COHEN-JONATHAN, G.: «Conclusions générales», *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruylant, Buxels, 1996, p. 485.

nal, vendrán exigidos allí donde, a juicio del Tribunal europeo, la necesidad en una sociedad democrática deba ser apreciada preferentemente desde el punto de vista de la sociedad del Estado demandado. A diferencia de éstos, otros factores habrán de ser considerados en función de un modelo europeo de sociedad democrática²⁴.

La principal crítica que reconocemos puede formularse a esta lógica pragmática es que no responde a la pregunta de cuándo decidir en un caso concreto realizar el examen del margen de apreciación desde una lógica nacional y cuándo desde un plano europeo. Se trata de una opción de política judicial que, en el ámbito del artículo 14 del Convenio ha llevado al Tribunal europeo ha considerar desde un modelo de sociedad europea las discriminaciones por razón de sexo²⁵, del carácter legítimo o ilegítimo de los hijos²⁶, o de la nacionalidad²⁷, de manera que disponiendo las autoridades nacionales de un margen de apreciación muy reducido, sólo por razones de mucho peso se podrá considerar compatible con el Convenio una distinción que se funde en estos motivos²⁸. Por el contrario, la discriminación por orientación sexual sería objeto de un control desde la perspectiva de cada sociedad de los Estados parte en el Convenio, de manera que el Tribunal europeo se mostraría especialmente predispuesto a reconocer un margen de apreciación amplio o muy amplio a las autoridades nacionales, con la consecuencia de que les será muy fácil convencer de la necesidad de una medida discriminatoria tomada en este sentido, como sucedió en el caso *Frette contra Francia*.

3. LA INFLUENCIA DE ESTA JURISPRUDENCIA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

La prohibición de la discriminación ha estado muy presente en el ordenamiento jurídico comunitario, incluso antes de que la protección de los derechos humanos figurase entre los principios de la Unión Europea²⁹, en la medida en que aquella ponía en peligro la consecución de

²⁴ *Ibidem*, p. 100.

²⁵ Parágrafo 78 de la STEDH de 28 de mayo de 1985 en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*.

²⁶ Parágrafo 41 de la STEDH de 28 de octubre de 1987 en el caso *Inze c. Austria*.

²⁷ Parágrafo 42 de la STEDH de 16 de septiembre de 1996 en el caso *Guygusuz c. Austria*.

²⁸ Lo que lleva a HARRIS, O'BOYLE y WARBRICK a emplear la denominación de «categorías sospechosas». HARRIS, D. J.; O'BOYLE, M.; WARBRICK, C.: *Law of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 481.

²⁹ Artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea³⁰. La acción comunitaria en este ámbito se ha caracterizado por dos ejes, normativo y jurisprudencial, respectivamente, y en ambos se ha dejado sentir la influencia de la jurisprudencia del Tribunal europeo respecto del artículo 14 del Convenio. A los efectos del presente trabajo, nos centraremos en la protección jurisprudencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, caracterizada, como señala Gosalbo Bono por las siguientes notas: 1. Implica un recurso y no una incorporación material o una subordinación ya sea a las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros sobre las que el Tribunal de Justicia se inspira, ya sea en los instrumentos internacionales de protección que pueden dar indicaciones a tener en cuenta; 2. Adapta la protección de los derechos a los objetivos comunitarios; 3. No confiere a los titulares de los derechos fundamentales prerrogativas absolutas pudiendo imponer restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales a condición que sean justificadas por objetivos comunitarios de interés general y siempre que no se lesione la sustancia de esos derechos; 4. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se convierte en la única instancia judicial en materia de interpretación e identificación de los derechos fundamentales que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario³¹.

En lo referente al principio de igualdad de trato y al derecho a no sufrir discriminación³², el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tomado en consideración no sólo las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros sino, especialmente «las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados Miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este contexto el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos reviste un significado particular»³³. Ello ha contribuido a minimizar el riesgo

³⁰ Considerando 9.º de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. DO L180/2000, pp. 22 a 26.

³¹ GOSALBO BONO, R.: «Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, vol. 1, núm. 1, p. 40.

³² Para un análisis de la jurisprudencia más relevante del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de no discriminación: GIRON LORRUECA, J. A.: «El principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el Tratado de la Comunidad Europea». *Anuario de Derecho Europeo*, 2001, núm. 1, pp. 231-246. De modo especial destaca la doctrina del Tribunal de Justicia respecto de las medidas de discriminación positiva sobre las que puede verse: OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C.: «Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la práctica social comunitaria». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, núm. 12, pp. 489-502.

³³ Entre otras muchas, Sentencia de 22 de octubre de 1997, asunto *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) v Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven (FNK)* acumulados, par. 53.

denunciado por algunos autores de contradicciones e injerencias entre las obligaciones de los Estados para con la Comunidad y para con el Convenio europeo³⁴, aunque con notables excepciones³⁵.

El razonamiento seguido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con el derecho a no sufrir discriminación, se evidencia en gran medida coincidente con la doctrina desarrollada por el Tribunal europeo sobre el artículo 14 del Convenio. En este sentido, como recuerdan Fernández López y Calvo Gallego, el texto del Convenio europeo constituye un elemento crucial para determinar el alcance del legítimo ejercicio del derecho con base al cual puede emerger una discriminación prohibida y así, por ejemplo, tratándose de la discriminación por razón de sexo, la justificación de la medida y la proporcionalidad de los medios empleados son evaluados conforme a un criterio de *strict scrutiny* que reduce a medios muy pocos los términos de la alternativa de exclusión³⁶. Hay que señalar, sin embargo, que algún riesgo de discrepancia y/o de conflicto en la interpretación y aplicación del derecho a no sufrir discriminación podría darse entre el Juez comunitario y el Tribunal de Estrasburgo. Aunque resulte una obviedad, ambos ejes sobre los que se fundamenta la protección de los derechos fundamentales en Europa son distintos por su origen, su contenido y sus objetivos³⁷. Como recuerda Sanz Caballero, «el juez comunitario no tiene como único —ni siquiera como principal— objetivo la salvaguarda de los derechos fundamentales sino la consecución del mercado interior mediante la correcta aplicación de las normas de derechos fundamentales. Por tanto, sólo incidentalmente tratará asuntos relativos a derechos fundamentales y sólo protegerá aquéllos que más se adecuen a la realidad (aún hoy economicista) de la Unión Europea»³⁸. En el ámbito específico del derecho a no sufrir discriminación nos parece que podrían manifestarse eventuales discrepancias en la medida en que la normativa comunitaria —de modo especial, de Derecho derivado— que confiere determinados derechos a ciudadanos no comunitarios sólo contempla entre sus destinatarios a aquéllos que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea³⁹. Por el contrario,

³⁴ GOSALBO BONO, R.: «Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho Comunitario...», *op. cit.*, p. 42.

³⁵ STEDH de 18 de febrero de 1999 en el caso *Matthews v. Reino Unido*.

³⁶ FERNÁNDEZ-LÓPEZ, M. F. y CALVO GALLEGOS, F. J.: «La Directiva 78/2000/CE y la prohibición de discriminación por razones ideológicas: una ampliación del marco material comunitario», en *Temas Laborales* 2001/59. Monográfica sobre Derechos Fundamentales en la Unión Europea, pp. 133 y 135.

³⁷ SANZ CABALLERO, S.: «El control de los actos comunitarios por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, núm. 10, p. 476.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ A título de ejemplo, considerandos 1.º y 11.º del Reglamento (CE) núm. 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Regla-

a la luz del artículo 1 del Convenio europeo, como ya se ha indicado, la situación administrativa de una persona es irrelevante para que el Convenio —inclusive su artículo 14— despliegue su eficacia protectora, bastando con que la persona se halle «dependiente de la jurisdicción» de un Estado parte en el Convenio⁴¹.

4. LA CONEXIÓN CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La prohibición de discriminación enunciada en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución ha llevado al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre el contenido de este derecho, la mayoría de las veces en conexión con la discriminación por razón de sexo y en el ámbito material del régimen laboral y de pensiones⁴². En su tarea el Tribunal Constitucional se vale de la jurisprudencia del Tribunal europeo como cauce interpretativo del derecho a la igualdad⁴³, aplicando, a veces citando la fuente y otras sin hacerlo, el test o escrutinio seguido por el Tribunal europeo: un trato diferente no es discriminatorio si está

mento (CEE) núm. 1408/71 y del Reglamento (CEE) núm. 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas. DCL124, de 20 de mayo de 2003, pp. 1-3. Considerando núm. 13 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, DO L180/2000, pp. 22 a 26. Considerando núm. 11 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, DO L303/2000, pp. 16 a 22. Ambas Directivas comentadas pueden encontrarse entre otros, en el núm. 59/2001 de *Temas Laborales*. Monográfico sobre Derechos Fundamentales en la Unión Europea.

⁴¹ Sobre esta cuestión véase: ORTEGA TEROL, J. M. y SÁNCHEZ LEGIDO, A.: «Orden público europeo y acción exterior: el bombardeo de la OTAN en Yugoslavia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 3, pp. 493-516. Igualmente: GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.: «Cuestiones relacionadas con la jurisdicción de los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos a propósito de actos extraterritoriales», *Anuario de Derecho Europeo*, 2002, vol. 2, pp. 177-200.

⁴² FREIXES SANJUAN, T.: «Constitución, Tratado de Ámsterdam e igualdad entre hombres y mujeres», en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 189.

⁴³ AGUDO ZAMORA, M. J.: *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, pp. 101 y ss. Véanse, por ejemplo, las SSTC 22/1981, de 2 de julio relativa a la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad sobre la disposición adicional quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores; STC 30/1981, de 24 de julio, en resolución a un recurso de amparo en el que se alegaba discriminación en conexión al derecho a la defensa y asistencia letrada; STC 263/94, de 3 de octubre, en relación con la participación sindical en órganos de representación.

objetivamente justificado y es proporcional a la finalidad legítima perseguida⁴⁴. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en el terreno de los derechos fundamentales, no siempre tiene presente los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y, muy particularmente, las decisiones emanadas de órganos de garantía de carácter jurisdiccional en éstos previstos, en contra de lo que ha reiterado en numerosas ocasiones es su deber a la luz del artículo 10.2 del texto constitucional⁴⁵. La situación se manifestó de manera especialmente preocupante con ocasión de la STC 13/2001, de 29 de enero⁴⁶, en conexión con la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre (BOE de 23 de diciembre de 2000), de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de *derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (BOE de 12 de enero de 2000). Dentro del ámbito de las cuestiones jurídicas que plantea el régimen jurídico de los extranjeros en España, la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, de 29 de enero, se refiere, sin embargo, a una problemática distinta: pedir la identificación de una persona cuando por su raza es sospechosa de estar en situación irregular en nuestro país ¿sería constitutivo de un trato discriminatorio contrario al artículo 14 de la Constitución? Los hechos que motivaron el recurso de amparo núm. 490/1997, sucintamente expuestos son los siguientes: una persona de raza negra y nacionalidad española, la señora Williams Lecraft, que se encontraba junto a su marido e hijo en la estación de ferrocarril de Valladolid fue requerida a identificarse —sólo ella— por un funcionario de la policía nacional. Su marido protestó por el trato discriminatorio que, en su opinión, se estaba dando a su esposa —el agente presumió que por ser de color podía tratarse de una inmigrante en situación ilegal— ante lo cual fueron trasladados a las dependencias policiales dentro de la misma estación y tras ser comprobada la nacionalidad española de la señora Lecraft éstos pudieron marcharse tras recibir disculpas por parte de los agentes. Tales disculpas no fueron consideradas suficiente satisfacción por los agraviados y entablaron una

⁴⁴ FREIXES SANJUAN, T.: «Constitución, Tratado de Ámsterdam e igualdad entre hombres y mujeres», *op. cit.*, p. 189.

⁴⁵ *Vid. inter alia*: STC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3.º; STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 2.º; STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3.º; STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.º; STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5.º; STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 4.º; STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 6.º; STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2.º Más recientemente y en relación con el Convenio europeo de derechos humanos, véase la STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000, FJ.º 7, publicada en el BOE de 4 de mayo de 2000, núm. 107. Sobre la cuestión puede verse SÁIZ ARNAIZ, A.: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española* (Premio Rafael Martínez Emperador 1998). Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

⁴⁶ Sobre la misma, véase el excelente comentario de SÁNCHEZ BARRAL, J. F.: «Identificación documental de nacionales y extranjeros», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, enero-abril 2002, pp. 217 a 238.

serie de actuaciones judiciales que culminaron con el mencionado recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional. En lo que al artículo 14 de la Constitución respecta, el núcleo de la argumentación del Tribunal se centró, en que la raza de la señora Lecraft no debía verse como una manifestación racista o xenófoba por parte de los agentes del orden sino como un indicio de una mayor probabilidad de que ésta fuera extranjera. El haberle pedido su identificación sobre la base de este indicio, dándole por lo demás un correcto trato en todo momento, sería una medida que goza de cobertura legal y se ajusta a criterios de razonabilidad y proporcionalidad⁴⁶.

Por nuestra parte pensamos, sin embargo, que pedir la identificación de una persona exclusivamente por su raza a los efectos de proceder a una eventual detención en el supuesto de que se encontrara en situación ilegal en España, supone un trato discriminatorio contrario al artículo 14 de la Constitución. Como afirma Sánchez Barrilao, con el que coincidimos, por suponer una doble presunción restrictiva de derechos fundamentales y libertades públicas; una, considerar que las personas de determinada etnia no son españolas, y otra, que además son extranjeros ilegales⁴⁷. Sin duda la cuestión es controvertida y a la espera de nuevos pronunciamientos del Alto Tribunal que vengan a confirmar o a desdecir la *ratio decidendi* de la sentencia 13/2001, sólo podemos apuntar la cuestión sin una respuesta definitiva al respecto.

CONCLUSIONES

Al finalizar estas páginas varias son las ideas a las que podemos llegar:

En lo que al Tribunal europeo se refiere, el balance de su labor en la interpretación y aplicación del artículo 14 del Convenio puede calificarse de luces y sombras. De un lado hay que felicitar el activismo

⁴⁶ FFIJ 9.ª y 10.ª de la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, de 29 de enero.

⁴⁷ SÁNCHEZ BARRILAO, J. F.: «Identificación documental de nacionales y extranjeros», *op. cit.*, pp. 234-235. Como explica este autor, respecto a la primera presunción, basta advertir cómo la Constitución Española —en particular, su artículo 13— distingue un diverso régimen jurídico entre españoles y extranjeros a efectos de la titularidad de derechos fundamentales y libertades públicas: relacionar específicas razas con nacionalidad española o extranjera supone, de partida, presumir un ámbito u otro de derechos y libertades a una persona según, y precisamente, dicha raza. Esto, y según la segunda presunción denunciada, se ve todavía más agudizado cuando algunas razas parecen propias de extranjeros que se encuentran ilegalmente en territorio español y, consecuentemente —y a la vista de las LL.OO. 4/2000 y 8/2000— con un régimen jurídico de derechos y libertades todavía más restringido; tan restringido que incluso les amenaza con la detención a efectos de su devolución.

judicial mostrado en cuanto a la aplicación de esta disposición. Sin embargo, de otro lado hay que criticar su autolimitación judicial en la justificación de la necesidad de la discriminación sufrida, de modo especial, por razón de orientación sexual. En efecto, en tanto en cuanto el Protocolo Adicional núm. 12 no entre en vigor —haría falta que fuera ratificado por al menos diez de los cuarenta y cinco Estados parte en el Convenio—, la carencia principal del artículo 14 —su carácter no autónomo en la medida en que el derecho a no sufrir discriminación sólo puede invocarse en relación con el ejercicio de alguno de los derechos reconocidos en el Sistema del Convenio— ha podido ser minimizada mediante la interpretación progresista y teleológica de ese vínculo necesario de manera que al Tribunal europeo le basta con que «caiga en el ámbito» de alguno de esos derechos. Ello le ha permitido, por ejemplo, reconocer el carácter pecuniario del derecho a las prestaciones sociales, determinando que una discriminación por razón de la nacionalidad en los beneficiarios de este tipo de ayudas sociales no es compatible con las obligaciones asumidas respecto del artículo 14 del Convenio (*caso Gaygusuz*). En contraste con esta aproximación del Tribunal a los criterios de aplicación de esta disposición del Convenio, en lo que respecta a la justificación de los requisitos de necesidad y proporcionalidad de toda medida discriminatoria, consideramos la necesidad de reducir o eliminar la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional para los supuestos de discriminación en el ejercicio de los derechos reconocidos en el Convenio.

A nivel del Ordenamiento Jurídico comunitario, los eventuales riesgos de confrontación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y el Tribunal europeo —denunciados por algunos autores— no deberían materializarse en este ámbito por cuanto el control del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea es similar al desarrollado por el Tribunal de Estrasburgo: carácter objetivo y necesidad de justificar la discriminación, que en determinados supuestos equivaldrá a un «strict scrutiny», como, por ejemplo, tratándose de una medida discriminatoria por razón de sexo, en lo que también se muestra coincidente con el Tribunal europeo. Sin embargo, el riesgo apuntado de «roces» o «divergencias» entre ambas jurisdicciones no desaparece por completo en la medida en que la protección del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación, sólo son reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario a los extranjeros no comunitarios que se encuentren legalmente en el territorio de algún Estado Miembro de la Unión Europea. La crítica que formulamos en este punto a las instituciones comunitarias y que hacemos extensible a las autoridades españolas tras la promulgación de las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000 por las que se regula el Régimen Jurídico de los Extranjeros en España, se fundamentaría en que unas y otras parecen olvidar que la desigualdad del régimen de ejercicio de

derechos fundamentales —al menos, de aquéllos que tienen un correlativo en el Sistema del Convenio — en función de la situación administrativa del extranjero, no sería conforme con las obligaciones que se derivan del artículo 1 del Convenio europeo. En concreto, no respetaría el deber de asegurar a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio, el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en el mismo así como en sus Protocolos Adicionales de contenido normativo. Si no se asume esta constatación pensamos que es sólo cuestión de tiempo que vuelva a producirse una sentencia como la dictada en el *caso Matthews v. Reino Unido* el 18 de febrero de 1999, en la que el Tribunal europeo vuelva a sentirse obligado a recordar que los compromisos asumidos por un Estado Miembro de la Unión Europea no le eximen de las obligaciones contraídas como Estado Parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁸.

⁴⁸ Parágrafo 32 de la STEDH de 18 de febrero de 1999 en el *Mathews v. Reino Unido*.