

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



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

ANALES de **DERECHO**

**La prohibición de discriminación del artículo 14
del CEDH: ¿mera declaración de principios o
norma imperativa?**

AMIR AL HASANI MATURANO

Profesor ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad de las Islas
Baleares

Resumen

La prohibición de discriminación del art.14 del CEDH, junto al Protocolo adicional nº12, reconoce el goce del conjunto de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio referido, asegurando su aplicabilidad sin distinción alguna.

En la mayoría de Sentencias del TEDH, en lo que respecta a una valoración interpretativa del artículo 14, ha sido puesto en conjunción con otros derechos del Convenio. Asimismo, el artículo que analizamos ha sido manejado, en pocas ocasiones, de manera individual. Por ello, surgen dudas sobre su posible aplicabilidad. De este modo, el propósito es ofrecer una mayor precisión en la valoración de la construcción jurídico-normativa del art.14 del CEDH -tras la doctrina emanada del TEDH-.

Palabras clave: *discriminación, artículo 14 CEDH, Protocolo 12, CEDH*

“The prohibition of discrimination in article 14 of the ECHR: mere declaration of principles or imperative rule?”

Abstract

The prohibition of discrimination in Article 14 of the ECHR, together with Additional Protocol No.12, recognizes the enjoyment of all the rights and freedoms recognized in the aforementioned Convention, ensuring their applicability without distinction.

In most of the ECHR Judgments, as regards an interpretative assessment of Article 14, it has been put in conjunction with other rights of the Convention. Likewise, the article that we analyze has been handled, on a few occasions, individually. Therefore, doubts arise about its possible applicability. In this way, the purpose is to offer greater precision in the assessment of the legal-normative construction of article 14 of the ECHR -after the doctrine emanating from the ECHR-.

Palabras clave: *discrimination, article 14 ECHR, Protocol 12, ECHR*

SUMARIO: I. UNA INTRODUCCIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO MARCO DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO. II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DEL ART.14 CEDH COMO NORMA SUBSIDIARIA. III. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD DEL TEDH Y EL MARGEN DISCRECIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS RESPECTO A LA DISCRIMINACIÓN. IV. CONCLUSIONES.

I. UNA INTRODUCCIÓN AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS COMO MARCO DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

La discriminación sigue estando presente en el devenir de la ciudadanía europea, si bien, el Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante, CEDH– sigue estando a la vanguardia normativa de la lucha contra ella. En concreto, el CEDH consagra la noción de pugna contra la discriminación en su artículo 14. En el mismo se dispone que los derechos establecidos en la Convención están a disposición de todos, independientemente de su credo, color, preferencia, estilo de vida o discapacidad. Junto al mismo, el Protocolo núm. 12 otorga a las personas de los Estados miembros un derecho adicional a la prohibición de discriminación en el disfrute de cualquier derecho o beneficio, con arreglo al Derecho nacional.

Antes que nada, mencionaremos algunas líneas sobre el período evolutivo del sistema europeo de protección de derechos humanos¹. En efecto, se inicia con la aprobación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el año 1950, en una situación económica y social de postguerra. La garantía internacional del mantenimiento de la paz, a través de sistemas constitucionales, dependía de una defensa clara de los derechos individuales frente a los abusos del poder. Por ello, la garantía del

¹ “una primera fase, inicialmente orientada a una colaboración interestatal, protagonizada por la Comisión Europea de Derechos Humanos; una segunda fase, centrada en la protección individualizada de los derechos del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y finalmente, parecería apuntarse una tercera, caracterizada por la incipiente adopción de una función cuasi-constitucional del Tribunal de Estrasburgo”. En LÓPEZ GUERRA, L., “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, *Teoría y Realidad*, UNED, núm.42, 2018, pp.111-112.

establecimiento del sistema democrático en el entorno europeo “implicaba necesariamente una garantía básica de los derechos básicos de la persona”². En su elaboración, a pesar de otras expectativas instrumentales, el CEDH se desarrolló como una auténtica Carta de Derechos. De este modo, se incluye una forma revolucionaria al esquema clásico de derecho internacional, ya que las personas afectadas por violación de derechos o libertades del CEDH tenían la facultad de invocar una eventual vulneración de derechos frente a los Estados. Si bien, no olvidemos que, en su primera fase, la idea dominante era una regulación interestatal, al configurarse el recurso individual como optativo. Y al mismo tiempo como una Carta de Derechos residual, ya que no había prácticamente demandas individuales presentadas ante la Comisión frente a los Estados. Con posterioridad, el alcance de los derechos protegidos se amplió mediante los Protocolos de Reforma, junto a un mayor número de ratificaciones por parte de los Estados. De este modo, permitió un reforzamiento de los efectos jurídicos del CEDH. Ya, sucesivamente se aumentaron de manera progresiva las sentencias del Tribunal, vislumbrando las líneas básicas de su jurisprudencia. Ahora bien, como apunta López Guerra³, a través de la reforma del Protocolo 11 se consolidó el Convenio como un instrumento de protección de derechos individuales. Puesto que se suprimía el filtro que representaba la Comisión para un acceso directo de los recurrentes al Tribunal, por tanto, entrañaba un notable incremento del número de demandas, con la correspondiente interpretación expansiva de determinados derechos del Convenio.

En definitiva, los sistemas de protección de los derechos humanos coexisten y operan en ámbitos geográficamente distintos: Consejo de Europa, la Unión Europea, y la OSCE. Específicamente nos ocupa su atención, el Consejo de Europa. Los Estados miembros –en aquel período– del Consejo de Europa adoptaron el CEDH, el día 4 de noviembre de 1950, en la ciudad de Roma. Resultando un innovador instrumento jurídico de orden público europeo para la protección de los derechos individuales y libertades, consolidado con los Protocolos adoptados con posterioridad. Por ende, el CEDH como tratado internacional protege los derechos y libertades fundamentales en los 47 estados miembros del Consejo de Europa. De igual importancia, aludimos que la ratificación del CEDH resulta un prerrequisito para ser miembro del Consejo de Europa.

² LÓPEZ GUERRA, L., “La evolución...cit.p.112”.

³ “El Protocolo 11 supuso la consolidación del Convenio como carta de derechos individuales, y el protagonismo del Tribunal”. En LÓPEZ GUERRA, L., “La...cit.p.117”.

Entre los derechos reconocidos en el CEDH, se estipula la prohibición de discriminación en el art.14 -como también se recoge en el Protocolo núm.12-. El art.14 ha sido considerado por la doctrina jurídica como una cláusula general que asegura, sin distinción alguna, el goce del resto de los derechos y libertades reconocidos⁴. En consecuencia, el Protocolo núm.12 establece una prohibición general de discriminación, producto del carácter limitado del art.14 CEDH. De esta manera, permite garantizar, en cierto modo, que nadie será objeto de discriminación por motivo alguno, por ninguna autoridad pública.

Como máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales, el examen conforme a los términos del CEDH de las demandas presentadas – correctamente- por víctimas de una presunta violación de sus derechos, son realizadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante TEDH-. Por ello, sus sentencias son vinculantes para los Estados miembros del Consejo de Europa. Conviene señalar que el art.1 CEDH obliga a las partes contratantes a reconocer en sus propias jurisdicciones, los derechos y libertades que conforman el CEDH.

En consecuencia, el TEDH surge con el propósito de asegurar que los derechos humanos sean reconocidos en los Estados miembros. Por ello, sus sentencias deben ser coherentes con los principios subyacentes del Estado de Derecho y los valores democráticos. Cualquier interpretación jurídica en sede del TEDH debe ser compatible con el espíritu del CEDH, sobre todo, promoviendo las ideas y valores de una sociedad democrática. Así, la regla de subsidiariedad resulta fundamental para una interpretación más efectiva del CEDH, ya que se requiere que todos los demandantes agoten la vía interna antes de acudir al TEDH. Por otro lado, el TEDH permite un margen de apreciación a los Estados miembros –*handyside*- en función del nivel de consenso europeo con respecto a la situación singular. En consecuencia, los Estados conservan una libertad suficiente para evaluar mejor sus necesidades.

No menos significativo sería las conocidas obligaciones positivas. En determinadas circunstancias, el TEDH realiza la imposición de las mismas a los Estados, para asegurar que los derechos sean protegidos -derivada del art.1 CEDH-. Una de las

⁴ Vid. SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.A., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 5ªed., Civitas, Cizur Menor, 2018, Capítulo VI.I.

consecuencias, sería la extensión argumentativa a las relaciones entre privados – un efecto horizontal-.

Por tanto, consideramos que el TEDH respondería a un modelo de jurisdicción cuasi constitucional⁵, y, afirmamos esto, al establecerse una serie de pautas para la interpretación de los mandatos del CEDH con consecuencias sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Inclusive, en la actualidad, el TEDH realiza una función orientativa de medidas generales de naturaleza legislativa, aparte de los efectos generales que los Tribunales de los Estados miembros atribuyen para el cumplimiento de las sentencias del TEDH⁶.

Otro aspecto destacable, sería el debate doctrinal que gira⁷ en torno al constitucionalismo abierto⁸. En concreto, en la confluencia entre Tribunal Constitucional e instancias jurisdiccionales externas –en este caso el TEDH–. Con ello, las decisiones se legitiman mediante la intercomunicación entre Tribunales, por tanto, sin la exclusividad de los cauces procesales, al incorporar los informales. Mediante nuestro ordenamiento jurídico, resulta menos dificultoso integrar un sentido y alcance convencional comunitario, por la vía del art.10.2 CE, a diferencia de otros países europeos miembros. Si bien, para López Castillo, el término: “«diálogo» no vale aquí, en lo que sigue, por «conversación»⁹”. No se trataría, pues, de una contraposición de discursos políticos, sino una interpretación que inserte el discurso normativizado convergente. En suma, el dialogo no alude a una recepción de estándares normativos o referentes hermenéuticos¹⁰, más bien, la consideración de una confluencia integrativa. Sin perjuicio de la doctrina del margen de apreciación nacional, la incidencia deriva en

⁵ “A la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo, y de la práctica de los Estados del Convenio, la obligación de cumplir las sentencias del Tribunal se ha entendido como incluyendo la obligación de prevenir futuras y similares violaciones”. En LÓPEZ GUERRA, L., “La...cit. p. 124”.

⁶ “una que podría calificarse de tipo «suave», consistente en exhortar a los Estados a que lleven a cabo esas medidas generales, y otra, de tipo fuerte, mediante las llamadas «sentencias piloto»”. En LÓPEZ GUERRA, L., “La...cit.p.125”.

⁷ Para un mayor estudio, vid. BUSTOS GIBERT, R., “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63.

O vid. GORDILLO PÉREZ, L.I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012.

⁸ “no hay discurso sostenible que formular acerca de la confluencia de los tribunales, si no es en un contexto de constitucionalismo abierto”. En LÓPEZ CASTILLO, A., “La confluencia entre tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE”, *AFDUAM*, núm. 22, 2018, p. 135.

⁹ LÓPEZ CASTILLO, A., “La... cit.p.136”.

¹⁰ “Se trata de aludir, en suma, a aquello que gira en torno de la «interpretación de conformidad», no de lo incompatible o contradictorio, con base en explícitas cláusulas o mediante inferencia hermenéutica, mediante muestra de «cordialidad» o práctica de «deferencia» con respecto a interpretaciones de otros órganos judiciales concurrentes”. En LÓPEZ CASTILLO, A., “La... cit.p.137”.

que el TEDH adopte una función jurisdiccional de control de convencionalidad, como “cosa interpretada” en aplicación de reglas y procedimientos previstos al efecto¹¹.

Por ello, el espacio judicial europeo será de naturaleza compleja, tras la existencia de niveles de protección de los derechos fundamentales no siempre concordantes. Ante los frentes conflictivos, sobresale la “espinosa cuestión de cómo determinar cuál ha de ser el nivel de protección que corresponde a los mismos en caso de discrepancias entre el estándar definido por...Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y las constituciones nacionales”¹².

De manera muy breve, en lo referente a la internacionalización de los derechos fundamentales consagrados por nuestra CE¹³, se derivan dos aspectos que aludimos a continuación¹⁴. En primer lugar, a la hora de interpretar los derechos –vía art.10.2 CE – con una adecuación a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España; y, en segundo, a la hora de su garantía, permitiendo una tutela multinivel indirecta (arts. 93 y 94 CE). Obligando a que una ley orgánica autorice la celebración de tratados que suponga la atribución del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a una organización internacional. Por ende, el art.10.2 CE es una norma de apertura *ad extra*, internacionalizando el orden constitucional, ya que indaga un reconocimiento al coincidente ámbito de valores que se protegen internacionalmente. Esto es, materialmente, con el manejo jurídico asiduamente del CEDH en el orden interno. Así, en la práctica, los profesionales del derecho pueden invocar la jurisprudencia del TEDH en materia de no discriminación ante los órganos jurisdiccionales.

Para concluir este apartado introductorio, a nuestro juicio, en una realidad social cada vez más plural y diversa, resulta necesario trabajar por una sociedad inclusiva, justa y respetuosa, en la que no haya espacio para la discriminación. Nuestra identidad europea con una actitud receptiva, debe ser capaz de ponerse en lugar del que se siente

¹¹ “control de convencionalidad que, sobre la solución del caso concreto, como cosa interpretada, apunta a un proceso de objetivación solapado al subjetivismo propio de la casuística”. En LÓPEZ CASTILLO, A., “La... cit.p.139”.

¹² CARMONA CONTRERAS, A., “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, mayo-agosto, 2016, p.17.

¹³ Para una mayor comprensión vid. MATIA PORTILLA, F.J., “¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm.94, pp. 355-377.

¹⁴ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *La internacionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p.10.

discriminado. Por ello, más que nunca, se requiere una interpretación de la regulación acorde a los tiempos actuales¹⁵.

II. LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN DEL ART.14 CEDH COMO NORMA SUBSIDIARIA

En lo que respecta al marco jurídico, la prohibición de discriminación recogida en el artículo 14 del CEDH¹⁶, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, afirma lo siguiente: “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”. Junto a lo recogido en el art.14 del CEDH, ha de completarse con el alcance de protección adicional del articulado del Protocolo núm.12, al preverse una cláusula general de no discriminación. Correlativamente, en el ordenamiento jurídico español, la prohibición de discriminación del CEDH y Protocolo núm.12 aparece asociada al principio de igualdad ante la ley del art.14 CE.

Al resultar un artículo programático, ha derivado necesariamente en la regulación de unas reglas específicas, detalladas en el marco de convenios distintos¹⁷, y, diversas Directivas que versan sobre los diferentes tipos de discriminación. Además, a nivel internacional hallamos otros textos normativos que recogen aspectos sobre la prohibición de discriminación, como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de diciembre de 1966 (PIDCP); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 19 de diciembre de 1966 (PIDESC); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 (CIEDR); etc.

A diferencia de otra normativa internacional, el CEDH – prácticamente en la misma línea que el Protocolo núm. 12– no hace referencia al principio de igualdad

¹⁵ Para un análisis en profundidad de la evolución del CEDH, vid. GARCÍA ROCA, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2019.

¹⁶ Para un estudio amplio, vid. SANTAMARÍA ARINAS, R.J., “Artículo 14. Prohibición de discriminación”, en LASAGABASTER HERRARTE, I (coord.), *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 674-705.

¹⁷ Vid. Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de la ONU, de 21 de diciembre de 1965.

estrictamente¹⁸, sino que introduce una prohibición de discriminación de los derechos sustantivos reconocidos en el CEDH¹⁹. En cierta manera, la doctrina jurídica considera a este precepto como accesorio o subsidiario, al no propugnar con una obligación positiva en aras a garantizar la igualdad. Por ese motivo, la concreción de esta prohibición de discriminación, a la hora de su correcta interpretación por parte del TEDH, ha estado en constante transformación, a través de los casos concretos.

Tras esta evolución interpretativa de la jurisprudencia emanada del TEDH, se evidencia: “que no todas las distinciones o diferencias de tratamiento equivaldrían a una discriminación: una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable; es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido²⁰”. Junto a ello, conviene señalar que, en todo este transcurso temporal, se ha dejado un margen de apreciación a las autoridades nacionales para considerar las posibles justificaciones de distinción de trato jurídicamente. Para ser precisos, no existe una delimitada prohibición a un Estado miembro para tratar a un colectivo de manera diferenciada, siempre que tenga como finalidad la corrección de una desigualdad efectiva. De hecho, una ausencia de tratamiento diferenciado, objetiva y razonable, contrapuestamente puede dar lugar a una violación de derechos²¹. Por ello, la principal tarea por parte de las autoridades nacionales será la determinación de un interés público para acreditar esa distinción de trato. Lo que conllevaría al demandante una mayor dificultad para afirmar su carencia de razonabilidad²².

En aras a un avance del derecho antidiscriminatorio del CEDH, los Estados miembros del Consejo de Europa, siendo conscientes del principio fundamental según el cual todos somos iguales ante la ley, decidieron aprobar el Protocolo núm.12, relativo a la protección contra la discriminación. El Comité de Ministros adoptó el texto del

¹⁸ “no consagra el principio general de igualdad”. En CARMONA CUENCA, E., “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art.14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P (coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014, p. 587.

¹⁹ “la protección ofrecida...en lo que se refiere a la igualdad y a la no discriminación, es limitada con respecto a lo que se prevé en las disposiciones de otros instrumentos internacionales”. En GIL RUÍZ, J.M., “En torno al artículo 14 de la CEDH: Concepto, jurisprudencia y nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa”, *Quaestio Iuris*, vol. 10, núm. 02, Rio de Janeiro, 2017, p.922.

²⁰ ORTEGA LOZANO, P.G., “Prohibición de discriminación”, *Temas Laborales*, núm. 145, 2018, p. 329.

Vid. entre otras, STEDH Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, 28 de mayo de 1985.

²¹ Por ejemplo, la STEDH Thlimmenos c. Grecia, 6 de abril de 2000.

²² ORTEGA LOZANO, P.G., “Prohibición...cit.p.330”.

Protocolo el 26 de junio de 2000, en la reunión de Delegados de los Ministros, y lo abrió a la firma por los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 2000. Aunque en España el instrumento de ratificación del Protocolo en el BOE data el 14 marzo de 2008. La incidencia en la evolución de los derechos humanos, resulta eminente, a raíz de la entrada en vigor del Protocolo núm.12.

En atención a una observación pormenorizada del precepto 14 CEDH, afirmamos que implica la alegación de la violación –exclusivamente– en los casos en que se produzcan discriminaciones en el ejercicio de derechos recogidos en el CEDH²³ o en sus Protocolos. A pesar de esta consecuencia, la doctrina considera que un trato discriminatorio *per se*, tiene cierta autonomía²⁴ para afirmar una violación de derechos, o al menos para entrar en su análisis detallado. Aunque más bien, “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 están²⁵”.

Tras lo expresado, se evidencia que al aplicar el artículo 14, el TEDH ha realizado una interpretación amplia del alcance de los derechos reconocidos en el CEDH, ya que, por una parte, ha establecido notoriamente su competencia para conocer de las reclamaciones derivadas del art. 14 en relación con un derecho sustantivo, aunque incluso no se haya producido una vulneración del propio derecho. Ya por otro lado, ha sustentado que una reclamación por discriminación puede considerarse incluida en el alcance de un determinado derecho, aunque el asunto en cuestión no esté relacionado con un aspecto concreto reconocido por el Convenio. En este último, sería suficiente que los hechos implorados estén relacionados en términos generales con cuestiones protegidas en el Convenio.

A causa de la propia naturaleza de la prohibición de la discriminación establecida, el TEDH mayoritariamente analiza una supuesta vulneración del art.14 en relación con algún derecho sustantivo. Aunque una vez, el TEDH aprecia la vulneración de un derecho sustantivo, no pasa al análisis de la reclamación por discriminación autónomamente.

²³ “El artículo 14...no enuncia una prohibición independiente relativa a la discriminación, sino que sólo la proscribire vinculada al goce de los derechos y libertades recogidos y definidos en la Convención”. En GIL RUÍZ, J.M., “En...cit.p.919”.

²⁴ Aunque la realidad demuestra una autonomía prácticamente nula, ya que los hechos discriminatorios recaen sobre algún derecho del CEDH o del Protocolo núm.12.

²⁵ DEOP MADINABEITIA, X., “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos:el protocolo adicional nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 16, 2000, p.369.

En suma, el TEDH ha realizado una interpretación amplia del alcance de los derechos reconocidos en el CEDH, al considerar que el ámbito de aplicación del CEDH excede de la carta concreta de derechos garantizados, de modo que basta que los hechos referentes del caso estén relacionados en términos generales con cuestiones protegidas en el Convenio. Así por ejemplo, en el caso E.B contra Francia²⁶, las autoridades nacionales denegaron la solicitud de adopción de una mujer lesbiana que vivía con su pareja. La alegación de la reclamante invocaba el incumplimiento del art. 8 CEDH, en relación con el artículo 14. En las líneas de la sentencia se resaltó que no se analizaría si se había vulnerado el propio artículo 8. Al estimar el TEDH que, dado que Francia había reconocido en su legislación nacional el derecho a adoptar, los hechos del caso caían incuestionablemente en el ámbito del artículo 8, y que, a la luz de los hechos del caso, la orientación sexual de la solicitante había sido un factor determinante de la denegación de la adopción por las autoridades, lo cual constituía un trato discriminatorio respecto a otras personas solteras facultadas para adoptar con arreglo a la normativa nacional.

Igualmente se amplía la interpretación, en el asunto Carson y otros contra Reino Unido²⁷, los reclamantes alegaban que el gobierno les había discriminado por razón de residencia, al denegarles la revisión al alza de sus pensiones en los mismos términos aplicados a los pensionistas residentes en el Reino Unido. Aquí, los jueces del TEDH consideraron que, aunque el CEDH no reconoce el derecho a la seguridad social ni a las pensiones, en el caso de que el Estado sí lo reconozca, se crea un derecho de propiedad protegido por el artículo 1 del Protocolo 1.

En líneas previas consideramos que el contenido del Protocolo núm.12 se fundamenta en el principio fundamental de una igualdad de derechos. De hecho, prohíbe la discriminación de cualquier derecho amparado en la legislación interna de los Estados miembros. Igualmente, reprime la discriminación cometida por la autoridad pública, en el ejercicio de su poder discrecional. En efecto, el artículo 1 del Protocolo núm. 12 abarca la protección ofrecida por el art. 14 CEDH, pero su alcance es más amplio. Tal que como Protocolo adicional, no modifica ni suprime el art.14 CEDH, pero

²⁶ STEDH E.B. c. Francia, 22 de enero de 2008.

²⁷ STEDH Carson y Otros c. Reino Unido, 16 de marzo de 2010.

la cláusula general de no discriminación recogida en su art. 1, va más allá del goce de los derechos humanos y libertades reconocidos en el CEDH²⁸.

Derivado de lo preceptuado por el Protocolo, la jurisprudencia del TEDH²⁹ -de manera análoga al art.14- ha interpretado plausiblemente la posible derivación de obligaciones positivas para los Estados, tanto para impedir como para proteger violaciones.

El derecho antidiscriminatorio sería un derecho “garantía” a la hora de determinar si se halla o no un trato que resulta desigual, ya que requiere la atención a dos perspectivas³⁰: por un lado, la negativa igualdad ante la ley –discriminación procedente de preceptos legales-; y, por otro lado, desigualdad en la aplicación de la ley –exclusión arbitraria-. En suma, este derecho garantía atiende al principio de igualdad en la aplicación de los derechos³¹, al proporcionar una condición general de aplicabilidad para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos. Y, al mismo tiempo, aglutina una relación entre la discriminación ocasionada y derechos o libertades reconocidos. Aunque resulta preciso señalar que, al aplicar el derecho antidiscriminatorio, el TEDH, en ciertas ocasiones, lo ha considerado como un derecho explícito, y otras, como un derecho tácito. En efecto, razonado como un mero valor o principio en su vertiente explícita, y como una auténtica norma en su vertiente implícita.

En definitiva, en la jurisprudencia del TEDH respecto a hechos presuntamente discriminatorios, percibimos un uso de derecho explícito, donde la discriminación podrá añadir un agravante a la violación inicial del derecho o libertad sustantivo –en la mayoría de ocasiones eludiendo una valoración de la discriminación-. Mientras que en otras causas, una práctica que combina la prohibición de discriminación y la violación de derecho en un mismo *saco*; constatando independientemente una sola violación por

²⁸ “el art. 1 del Protocolo núm. 12 (idéntica a la del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), se opta por una fórmula abierta, no exhaustiva”. En GIL RUÍZ, J.M., “En...cit.p.925”.

²⁹ STEDH López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994; STEDH Bezicheri c. Italia, 25 de octubre de 1989.

³⁰ BONDIA GARCÍA, D., “Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el protocolo núm. 12”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 17, 2001, p.271.

³¹ Este hecho ya indica que esta disposición del Convenio Europeo debe circunscribirse a la categoría de derecho-garantía. En BONDIA GARCÍA, D., “Hacia...cit.p.272”.

varios preceptos. En este último supuesto, coexiste un vínculo directo entre la discriminación y el ejercicio de un derecho³².

Otra cuestión sucinta que apuntamos, refiere a que la discriminación ha sido estimada unas veces como directa, y otras, indirecta. La propia subsistencia a una prohibición de la discriminación tendría fundamento en la expresión de nuestras preferencias subjetivas, como algo habitual. Ya que con ello, no puede suponer, al ejercitarse una función -en posición de autoridad-, la adopción de decisiones que afecten a nuestro desarrollo vital. De ahí, que cuando nos hallamos ante una situación similar requiere un trato no menos favorable, por el simple hecho de ser distintos. Este punto sería la descripción de una discriminación directa. En cambio, las personas que se hallan en situaciones diferentes deben recibir, en ocasiones, un trato diferente, al tomarse decisiones o al aprobarse normas. En esta situación, mencionamos a la discriminación como indirecta, sujeta a una causa de justificación por justificación objetiva.

Para finalizar este apartado, se muestran esclarecedores, varios requisitos concebidos desde la jurisprudencia del TEDH, para discernir si una diferencia de trato es o no discriminatoria. Entre esos requisitos, conviene subrayar los siguientes: por un lado, la justificación objetiva y razonable; y, por otro, la conocida relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados; y, la existencia de una situación de hecho discriminatoria entre un grupo ante la sociedad. Como se ha mostrado, las causas para discernir una violación por discriminación llevan aparejado un elemento personal.

III. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD DEL TEDH Y EL MARGEN DISCRECIONAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS RESPECTO A LA DISCRIMINACIÓN

Avanzamos en líneas precedentes varios aspectos del derecho antidiscriminatorio, por un lado, que no toda distinción o diferencia de trato equivale a discriminación. Y por otro lado, que debido al carácter general del principio de no discriminación, -no incluyéndose una cláusula restrictiva en el Protocolo-, el TEDH da cierto margen a los Estados miembros para que puedan determinar si las diferencias

³² Implicaría obligaciones positivas para los Estados, consistentes en una obligación de hacer, es decir, la adopción de medidas para garantizar el ejercicio de los derechos.

entre situaciones a otros efectos análogos justifican distinciones de trato y en qué medida. Mostrándose autorizadas las que están suficientemente salvaguardadas por referido margen de apreciación.

En una labor interpretativa por parte de los jueces del TEDH, se ha incorporado en los fundamentos de las sentencias, tanto la prohibición de discriminaciones indirectas, como medidas de acción positiva hacia los Estados. Estas medidas de acción positiva, en gran medida, legitimadas por el Protocolo 12³³. Superando una concepción clásica de las libertades individuales.

Fruto del estudio, hallamos en el longevo *Caso Lingüístico Belga*³⁴, de 23 de julio de 1968, por el cual el TEDH apreció la vulneración de la discriminación de manera autónoma. O lo que es lo mismo, “sin apreciar al mismo tiempo la de otro de los derechos reconocidos en el Convenio aisladamente³⁵”. En este asunto, inserto en sus fundamentos, aludía que no había motivos para no considerar válido su aplicabilidad autónoma. Además, igualmente significativo, se diseñó un esquema inicial para discernir si estábamos en presencia de una diferencia de trato legítima o, en cambio, una discriminación prohibida. Consecuentemente, cedía a los Estados miembros un cierto margen de discrecionalidad³⁶, cuando *estén en juego* algunos bienes como: la seguridad pública, la prevención de un delito, o el bienestar económico.

La oscilación en la jurisprudencia respecto a ese margen de discrecionalidad ha sido producto del examen de cada caso. Así, en el notable asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido* de 28 de mayo de 1985, observamos cómo la Corte de Estrasburgo, al valorar el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, consideró que la distinción en la medida protegía un fin legítimo, el mercado de trabajo. Ahora bien, también dedujo que esta medida no era bastante para probar su justificación discriminatoria, al no considerar la igualdad de género las autoridades nacionales³⁷. En contraposición, en el caso *Rasmussen c. Dinamarca*, de 28 de noviembre de 1984, el margen de apreciación del Estado no transgredía el derecho a no ser discriminado, ya

³³ CARMONA CUENCA, E., “La...cit. p. 589”.

³⁴ Demanda núms. 1677/1962; 1691/1962; 1474/1962.

³⁵ CARMONA CUENCA, E., “La...cit. p. 590”.

³⁶ “A la hora de fijar el umbral que, cuando es traspasado, hace que una ley o una práctica interna se convierten en discriminaciones prohibidas, los órganos de garantía del Convenio han entendido que los Estados gozan de un cierto margen de discrecionalidad”. En CARMONA CUENCA, E., “La...cit. p. 591”.

³⁷ CARMONA CUENCA, E., “La...cit. p. 592”.

que en lo referente al fin legítimo de la protección del menor, no había uniformidad en las legislaciones europeas.

Teniendo presente lo previo, se detecta, actualmente, una mayor sensibilidad con respecto a la igualdad de mujeres y hombres; raza, color o etnia y a las terribles consecuencias de su discriminación³⁸. De ahí, que la justificación de razonabilidad deba interpretarse de la forma más estricta posible. En este sentido, el TEDH acude a la observación comparada de estándares comunes europeos del resto de Estados miembros para interpretar a la luz de la sensibilidad actual.

Ahora bien, el uso común por parte de la Corte de Estrasburgo ha sido una transigencia de descargo a un trato discriminatorio, a las autoridades nacionales, fruto de ese margen de apreciación. Con el fin de considerar justificadas determinadas distinciones de trato jurídico. En otras palabras, no existe una prohibición a un Estado miembro para tratar a un colectivo de manera diferenciada para corregir una desigualdad efectiva. De hecho, una ausencia de tratamiento diferenciado, objetiva y razonable, puede incluso ocasionar una violación.

En suma, el alcance del margen de apreciación variará de acuerdo las circunstancias y sus antecedentes, con la finalidad de una convergencia europea. Por consiguiente, la doctrina del TEDH ha reconocido reiteradamente la existencia de ese margen de aplicación, si bien dejando claro en todo momento que ello no suprimía la capacidad del Tribunal para decidir sobre la aplicación del CEDH.

Por tanto, las diferencias de trato constituirán discriminación cuando carezcan de un objetivo razonable en su justificación. A modo de ilustración, el caso D.H. y Otros c. República Checa 2007. En el mismo, los demandantes -de origen romaní- alegan que no hay ningún recurso suficiente y disponible para hacer valer una queja relativa a una discriminación racial, tras la negativa del Tribunal Constitucional de su país, para no abordar la cuestión en causa. En particular, los padres de los menores solicitaban un nuevo examen de la capacidad intelectual de forma fiable para que sus hijos cambiaran de las escuelas especiales a las ordinarias. Asimismo, pedían una anulación de las resoluciones, debido una escasa información cuando prestaron el consentimiento para la colocación en escuelas especiales. De esta manera, consideraban la violación de forma continuada. En su demanda manifiestan que esta diferencia de trato no se basaba en ninguna justificación objetiva y razonable, impidiéndoles regresar a los menores a la

³⁸ GIL RUÍZ, J.M., “En...cit. pp.926-930”.

escuela no especial. Las autoridades educativas negaban toda discriminación al considerar que la asignación iba precedida de un diagnóstico de las capacidades intelectuales y del consentimiento de los padres. Con semejante opinión, el Tribunal Constitucional de la República Checa consideró que no se desprendía que las disposiciones legales se hubiesen aplicado de forma anticonstitucional. Además, dedujo, en lo relativo a la objeción concerniente a la falta de información sobre las posibles consecuencias de la colocación en escuelas especiales, que los demandantes podían obtener esa información. Los padres demandantes consideraban, en virtud del 14 CEDH y el art.2 del Protocolo núm.1, que la colocación era una práctica general que creaba segregación y discriminación racial. La Gran Sala señala que, debido a sus vicisitudes y su desarraigo perpetuo, los romaníes constituyen una minoría desfavorecida y vulnerable, que tiene un carácter especial. Por lo tanto, necesitan una protección especial que también se extienda al campo de la educación.

El asunto trataba de cuestionar la existencia de una presunción de discriminación indirecta. Al considerar los solicitantes que sin justificación objetiva y razonable, tuvieron un trato menos favorable que el reservado para los no romaníes en una situación comparable, debido a su colocación en escuelas especiales.

En la valoración de la Gran Sala, comienza evocando los principios aplicables a la discriminación: “consiste en tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas en situaciones comparables...Sin embargo, el artículo 14 no prohíbe a un Estado miembro tratar grupos de manera diferente para corregir desigualdades fácticas”³⁹. Ya que requiere la discriminación basada en origen étnico una vigilancia especial y una reacción vigorosa, se invierte la carga de la prueba: “cuando un demandante ha establecido la existencia de una diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que esta diferencia de trato estaba justificada”⁴⁰. Incluyendo para una valoración las deducciones de los hechos y las observaciones de las partes, como un cúmulo de indicios o presunciones no refutadas⁴¹. Por ello, recae la carga de prueba en las autoridades nacionales que deben proporcionar una explicación

³⁹ STEDH D.H y otros c. República Checa, 13 de noviembre de 2007, FJº.175.

⁴⁰ STEDH D.H y otros c. República Checa..., cit. p. FJº.175.

⁴¹ “Si se establece una presunción de discriminación relacionada con el efecto de la medida o práctica por parte del demandante alegando una discriminación indirecta, entonces corresponde al Estado demandado refutar esta presunción demostrando que la diferencia en cuestión no es discriminatoria”. En STEDH D.H y otros c. República Checa..., cit. p. FJº.189.

convinciente, más en este supuesto con atención especial al ser una minoría vulnerable, los romaníes.

Aunque los jueces del TEDH reconocen que las estadísticas presentadas por los demandantes pueden no ser totalmente fiables, a su juicio son reveladoras de la tendencia predominante del número de menores gitanos asignados en las escuelas especiales, ya que era desproporcionadamente alto. A pesar de su neutralidad, la ley en cuestión, *de hecho*, tuvo un impacto mucho mayor en los niños romaníes que en los no romaníes. Las pruebas presentadas por los solicitantes se consideran suficientemente confiables y reveladoras como para dar lugar a una fuerte presunción de discriminación indirecta, y le corresponde al Gobierno demostrar que esta diferencia en el efecto de la legislación fue el resultado de factores objetivos que no estaban vinculados con el origen étnico.

En primer lugar, la Gran Sala analiza la posible existencia de una justificación objetiva y razonable⁴², es decir, si esa diferencia de trato era una adaptación en el proceso educativo a las necesidades especiales, o si por el contrario, se asignan desproporcionadamente –a pesar del resultado de los *tests*– a los menores de esta minoría étnica. En este punto, considera que no constituye una justificación objetiva y razonable en el sentido del art.14 CEDH⁴³. Asimismo, según las circunstancias del caso, el TEDH no está convencido que los padres de los menores –a menudo sin educación– fueran capaces de evaluar los aspectos de la situación y las consecuencias de su consentimiento. Sin que se demostrará que las autoridades nacionales tomaron medidas adicionales para garantizar que los padres recibieron la información necesaria. En estas circunstancias, los resultados de las pruebas no pueden servir como justificación de la diferencia en el tratamiento en cuestión.

La conclusión fue reconocer la existencia de una violación del artículo 14 en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1, pese al reconocimiento de un margen de apreciación nacional, “el Tribunal, reconociendo los esfuerzos realizados por las autoridades checas para escolarizar a los niños gitanos, no está convencido de que la

⁴²“El Tribunal recuerda que una distinción es discriminatoria si “carece de justificación objetiva y razonable”, es decir, si no persigue un “objetivo legítimo” o si no existe “una relación razonable de proporcionalidad “entre los medios empleados y el objetivo perseguido”. En STEDH D.H y otros c. República Checa..., cit. p. FJº.196.

⁴³ “Para el Tribunal, existe al menos el riesgo de que las pruebas en cuestión estén prejuzgadas y que sus resultados no se lean teniendo en cuenta las particularidades y las características específicas de los niños gitanos que las realizan”. En STEDH D.H y otros c. República Checa..., cit. p. FJº.201.

diferencia de trato existente entre los alumnos gitanos y los no gitanos repose en una justificación objetiva y razonable y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”⁴⁴.

En síntesis, el TEDH no estaba convencido de que la diferencia de trato existente entre los niños y los niños romaníes los no romaníes se basaban en una justificación objetiva y razonable y en que había una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo a alcanzar. Una vez que se estableció que la aplicación de la legislación checa pertinente en el momento material tuvo efectos desproporcionadamente perjudiciales en la comunidad romaní.

Otro asunto relevante, si bien dentro del ámbito del artículo 1 del Protocolo 12, es el *Sejdić y Finci contra Bosnia y Herzegovina*. Su importancia residiría al considerar –resuelto por primera vez–, que este instrumento, el Protocolo, introduce una prohibición general de la discriminación, y que el análisis de los casos de discriminación sería idéntico al establecido por el TEDH en el contexto del artículo 14. En el mismo, los demandantes reclamaron la imposibilidad de concurrir a las elecciones. Todo ello, fruto de un acuerdo de paz encaminado a poner fin al conflicto que tuvo lugar en la década de 1990, que alcanzó un acuerdo para el reparto de poder entre los tres grupos étnicos principales. En dicho acuerdo se dispuso que todo candidato que se presentase a las elecciones determinaba su pertenencia a la comunidad bosnia, serbia o croata. Los demandantes, que eran de origen judío y romaní, además ocupaban cargos públicos destacados, se negaron a efectuar tal declaración y alegaron ser víctimas de discriminación por motivos de raza y origen étnico. Según la Constitución de Bosnia y Herzegovina de 1995, que formó un anexo al Acuerdo de Paz de Dayton de 1995, solo los bosnios, croatas y serbios, descritos como "pueblos constituyentes", eran elegibles para presentarse a las elecciones a la presidencia tripartita del Estado y la cámara alta del Parlamento. Los solicitantes se quejaron de que, a pesar de poseer una experiencia comparable a la de los más altos funcionarios electos en el país, la Constitución les impedía ser candidatos para tales puestos únicamente por su origen étnico.

La conclusión del TEDH respecto a la discriminación racial ilustra una interacción entre etnia y religión. Asimismo, el TEDH determinó que, a pesar de los delicados términos del acuerdo de paz, esta situación no podía justificar tal

⁴⁴ STEDH D.H y otros c. República Checa..., cit. p. FJº.208.

discriminación. El TEDH sostuvo que la elección a la cámara alta del Parlamento estaba dentro del ámbito del art.3 del Protocolo núm. 1. Reiterando que la discriminación basada únicamente en la raza de una persona no podía ser objetivamente justificado en la sociedad democrática actual. En conclusión, la continua inelegibilidad de los solicitantes para presentarse a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina carecía de una justificación objetiva y razonable. Por tanto se declara la violación por catorce votos contra tres, del art. 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1, en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones al Parlamento, también declara, por dieciséis votos contra uno, que ha habido violación del art. 1 del Protocolo núm. 12 en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia-Herzegovina.

La valoración por parte del TEDH, pese el alcance del margen de apreciación, fue considerar la aplicabilidad del art. 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1⁴⁵. En especial, al afirmar que la discriminación racial constituye una forma de discriminación especialmente aborrecible que, habida cuenta de la peligrosidad de sus consecuencias, requiere una vigilancia especial y una reacción enérgica por parte de las autoridades.

Respecto a la elección a la presidencia, se aplicó lógicamente, el artículo 1 del Protocolo núm. 12, debido al ámbito de protección a cualquier derecho previsto por la ley. Introduciendo, por tanto, una prohibición general de la discriminación⁴⁶.

Por ende, conllevaría una serie de requisitos en aras a que el TEDH valore si hay o no discriminación. En primer lugar, que los hechos constatados pongan de manifiesto un trato diferente; en segundo lugar, que esa distinción no persiga una finalidad legítima; y por último, que no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin perseguido. En referencia a una valoración de la proporcionalidad –relación razonable entre medios y objeto-, la diferencia de trato ha de permitir un equilibrio justo. Si bien, los Estados disfrutan un cierto margen de

⁴⁵ “En cuanto a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina, el Tribunal señala que su composición es fruto de unas elecciones indirectas, toda vez que sus miembros son designados por los parlamentos de las entidades. Señala igualmente que el alcance de las facultades legislativas del órgano en cuestión constituye, en este caso, un factor decisivo”. En STEDH Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina, 22 de diciembre de 2009, FJº.41.

⁴⁶ “El hecho de que los demandantes en la presente causa no declaren pertenecer a uno de los «pueblos constituyentes», los convierte en no aptos legalmente para presentarse a las elecciones presidenciales...se infiere que las disposiciones constitucionales en virtud de las cuales los demandantes no pueden concurrir a las elecciones presidenciales deben también considerarse discriminatorias y atentatorias al artículo 1 del Protocolo núm. 12”. En STEDH Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina... cit.p. FJº.56.

apreciación en su interpretación, que variará según las circunstancias. Obviamente, se produce, al considerar que las autoridades nacionales están mejor situadas para apreciar el interés público y las razones socio-económicas para realizar una política concreta.

A modo de cierre, destacar también la entrada de la llamada discriminación indirecta, como punto de inflexión. Pues, el TEDH se pronunciara con claridad sobre las leyes que parecen neutras pero que pueden ocasionar un efecto discriminatorio. Invirtiendo la modalidad probatoria común, pues, las autoridades nacionales serán los que deben justificar que la diferencia de trato es razonable y objetiva.

IV. CONCLUSIONES

A modo de síntesis, el sistema normativo antidiscriminatorio será el resultado de la combinación de dos normativas conceptualmente diferentes, por un lado el CEDH, y, por otro de la UE. Respecto a este breve estudio, recordamos que los Estados miembros del Consejo de Europa adoptaron el CEDH, permitiendo imponer a sus miembros la obligación jurídicamente vinculante de garantizar una lista de derechos. Entre esos, la prohibición de la discriminación recogida en el art.14 CEDH –para un goce por igual del resto de derechos y libertades del CEDH–, desarrollado en parte para reforzar la igualdad racial y de género, por el Protocolo núm. 12. Mediante el Protocolo se garantiza la igualdad de trato en el disfrute de los derechos, incluso los derivados de legislación nacional.

En resumen, el art.14 del CEDH consagra la protección contra la discriminación, aunque no la ampara como un principio general de igualdad, al establecerse una prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el CEDH. Lógicamente la prohibición de la discriminación requiere una protección internacional, ya que subyace a la propia naturaleza del CEDH, en especial, a los valores de tolerancia y paz social.

Hemos afirmado la naturaleza del art.14 como accesoria, debido a la consagración del derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos y libertades establecidos en el propio CEDH. De modo que, tradicionalmente, el TEDH ha subrayado que es un complemento sustantivo, con una aplicación subsidiaria, de los

derechos y libertades dispuestos en el CEDH y en el Protocolo núm.12⁴⁷. En consecuencia, en la labor interpretativa del TEDH, se examina el art.14 junto con otra disposición normativa. Aunque en un número significativo de casos esa constatación de la violación del derecho no ha conllevado, ni tan siquiera, un examen en relación a la prohibición de discriminación. Dicho esto, su corriente naturaleza auxiliar no implica en modo alguno que la aplicabilidad del art.14 CEDH obedezca a la violación de otros derechos. Pues, sin duda, al menos, será válida su aplicación como fundamento jurídico de las hipotéticas violaciones de derechos sustantivos en las sentencias.

Por otra parte, la Corte ha considerado que la prohibición del art.14 puede aplicarse a derechos adicionales, es decir, a un ámbito más amplio que lo recogido por la CEDH. O lo que es lo mismo, no se reduce al alcance de las disposiciones sustantivas. Permitiendo un alcance universal del CEDH en el sistema de protección de derechos, de hecho, cabe recordar que el art.1 del Protocolo núm.12 amplía el alcance de la protección contra la discriminación a cualquier derecho establecido en la legislación⁴⁸. Junto a ello, también se incluyen las violaciones producidas cuando una persona resulta discriminado por una autoridad pública, ya sea en el ejercicio de un poder discrecional, o cuando la autoridad pública esté obligada a un comportamiento que omite. A consecuencia, amplía representativamente las posibles discriminaciones en las relaciones entre personas privadas – el llamado efecto horizontal indirecto-. Este efecto horizontal señalado, en la aplicación del art. 14, posibilitaría que el Estado no pueda permanecer pasivo ante un acto jurídico arbitrario e discriminatorio. Del mismo modo, el Estado puede incluso ser sancionado, al no tomar las necesarias medidas oportunas para prevenir o sancionar la discriminación entre particulares⁴⁹.

Para concluir, a nuestro juicio, la prohibición de discriminación ha transitado por un proceso evolutivo en la jurisprudencia del TEDH. A día de hoy, intuimos que no todas las diferencias de tratamiento equivaldrán a una discriminación y que una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un objetivo legítimo, o si no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.

⁴⁷ Vid. entre otros, STEDH E.B.c. Francia, 22 de enero de 2008; STEDH Carson y Otros c. Reino Unido, 16 de marzo de 2010.

⁴⁸ Vid. entre otros, STEDH Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina, 22 de diciembre de 2009.

⁴⁹ Vid. entre otros, STEDH Danilenkov y Otros c. Rusia, 30 de julio de 2009; STEDH García Mateos c. España, 19 de febrero de 2013.

Definitivamente, la mayoría de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han examinado el artículo 14 en conjunción con otros derechos sustantivos del Convenio. A pesar de la confeccionada tarea del TEDH, para configurar una serie de elementos cuando argumenta la proporcionalidad o no de la presunta discriminación, se percibe una jurisprudencia perenne a la hora de considerar al art.14 como un precepto accesorio. En pocas palabras, asiduamente no propugna con una obligación positiva en aras a garantizar la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- Bondía García, D., “Hacia una superación de los límites intrínsecos del principio de no discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el protocolo núm. 12”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 17, 2001, pp.269-288.
- Bustos Gibert, R., “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 95, 2012, pp. 13-63.
- Carmona Contreras, A., “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, mayo-agosto, 2016, pp.13-40.
- Carmona Cuenca, E., “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art.14 CEDH y Protocolo 12)”, en García Roca, J. y Santolaya. P (coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014, pp.587-612.
- Deop Madinabeitia, X., “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el protocolo adicional nº 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario español de derecho internacional*, núm. 16, 2000, pp.367-376.
- García Roca, J. y Santolaya. P (coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014.
- García Roca, J., *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Cizur Menor-Navarra, 2019.
- Gil Ruíz, J.M., “En torno al artículo 14 de la CEDH: Concepto, jurisprudencia y nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa”, *Quaestio Iuris*, vol. 10, núm. 02, Rio de Janeiro, 2017, pp.919-954.
- Gordillo Pérez, L.I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2012.
- López Castillo, A., “La confluencia entre tribunales Constitucionales, TEDH y TJUE”, *AFDUAM*, núm. 22, 2018, pp.133-172.
- López Guerra, L., “La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos”, *Teoría y Realidad*, UNED, núm.42, 2018, pp.111-130.
- Matía Portilla, F.J., “¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm.94, pp. 355-377.
- Ortega Lozano, P.G., “Prohibición de discriminación”, *Temas Laborales*, núm. 145, 2018, p
- Sáenz De Santa María, P.A., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 5ªed., Civitas, Cizur Menor, 2018.
- Requejo Rodríguez, P., *La internacionalización del orden constitucional: los derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- Santamaría Arinas, R.J., “Artículo 14. Prohibición de discriminación”, en Lasagabaster Herrarte, I (coord.), *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 674-705.

STEDH Rasmussen c. Dinamarca, 28 de noviembre de 1984 (87777/79).
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57563>

STEDH Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, 28 de mayo de 1985 (9214/80
9473/81; 9474/81).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57416>

STEDH Bezicheri c. Italia, 25 de octubre de 1989 (11400/85).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57439>

STEDH López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994 (16798/90).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905>

STEDH Thlimmenos c. Grecia, 6 de abril de 2000 (34369/97).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58561>

STEDH D.H y otros c. República Checa, 13 de noviembre de 2007 (57325/00).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83256>

STEDH E.B. c. Francia, 22 de enero de 2008 (43546/02).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-84571>

STEDH Danilenkov y Otros c. Rusia, 30 de julio de 2009 (67336/01).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93854>

STEDH Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina, 22 de diciembre de 2009 (27996/06;
34836/06).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96491>

STEDH Carson y Otros c. Reino Unido, 16 de marzo de 2010 (42184/05).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97704>

STEDH García Mateos c. España, 19 de febrero de 2013 (38285/09).

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116985>