

NO DISCRIMINACION EN LA CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

por Angel CHUECA SANCHO (*)

SUMARIO

I. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: 1. Panorámica. 2. Filosofía de la no discriminación.—II. CONCEPTUACION DEL PRINCIPIO EN EL SISTEMA EUROPEO: 1. Configuración doctrinal. 2. El concepto en la jurisprudencia de los órganos europeos de protección.—III. EL ARTICULO 14 DE LA CONVENCION EUROPEA: 1. Problemas generales en la interpretación del precepto. 2. Funciones de la prohibición de discriminar en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.—IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA APRECIACION DE LA AUTONOMIA: 1. La independencia o hacia la conversión del principio en simplemente programático. 2. La autonomía y la naturaleza de las obligaciones de los Estados.—V. CONCLUSION.

I. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para un sector doctrinal de creciente importancia, el Derecho Internacional tiene una nítida fundamentación humanista. El actual centro de gravedad del mismo se sitúa en el individuo o, todavía con mayor precisión, en la persona humana; en última instancia, las normas internacionales satisfarán los intereses de aquélla. La asunción de esta perspectiva axiológica por los internacionalistas no ha sido, evidentemente, realizada en un escaso lapso de tiempo; las transformaciones, que encuentran su origen en el tránsito del Derecho Internacional clásico al Derecho Internacional contemporáneo, marcan un hito fundamental en la valoración del hombre como eje central del mismo. Los frutos (palpables actualmente) demuestran que ha merecido la pena el esfuerzo.

La concepción humanista resulta perceptible con facilidad en la calificación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un Derecho específico,

(*) Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Zaragoza.

cuya nota más sobresaliente ha de ser el hecho de que prime la **protección** sobre la **coordinación** (1). Mas al referirnos a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos no concluimos por ello que esta rama jurídica (en crecimiento no siempre armonioso ni lineal) haya de desgajarse del tronco común del Derecho Internacional; por el contrario, aquélla se injerta en dicho árbol, aportando a la vez su nueva savia humanista. Precisamente la misma savia consagra la penetración del Derecho Internacional en los ordenamientos internos; en la base de tal penetración se halla la prohibición de discriminación (2); con ello este principio amplía su campo, pues si el Derecho Internacional prohíbe discriminar entre nacionales y extranjeros en al cuanto goce y al ejercicio de determinados derechos y libertades (3), en la actualidad se afirmará (también de manera explícita) la idea de no discriminación entre los mismos nacionales.

1. Panorámica.

Como sucede en tan numerosas ocasiones, los problemas afloran en la propia terminología. El tratamiento de la cuestión terminológica pudiera considerarse efectuado con afanes de mera erudición o marginal a la temática que abordamos; sin embargo, su incardinación en los textos internacionales (singularmente en la Convención Europea de 1950) demuestra la perentoriedad de realizarlo.

En este orden de cosas ha de subrayarse la existencia de un problema bifronte:

a) Tiende a imponerse el término discriminación en oposición a los de distinción o diferenciación; estos últimos se utilizan, a pesar de ello, para definir la discriminación (4). Al tratarlos en conjunto cabe señalar que **discriminar** concreta mucho más ciertos aspectos que aparecen muy generalizados en los dos restantes.

b) La exclusión, de la generalización inherente a los términos que desestimamos, solamente puede efectuarse si a la voz **discriminación** se le da el segundo de los significados que en nuestra lengua recibe. O sea, si se expresa su contenido como trato distintivo otorgado a una persona o a un grupo, siempre que dicho trato esté fundamentado en razones políticas, sociales, raciales, etc. Por eso en su segunda acepción adquiere una coloración enteramente peyorativa.

Al adoptar la significación apuntada, desde luego se realiza un juicio de valor sobre la actuación de la persona, grupo u órgano que practica la discriminación; y ello en virtud de una constatación, el hecho de que el concepto es moral antes

(1) Vid. el curso de Karel VASSAK, titulado precisamente *Le Droit International des Droits de l'Homme*, en «RCADI», 1974-IV, núm. 140; en particular, las pp. 403-404.

(2) Georges ABI-SAAB, p. VIII, del *Préface* a la obra de Marc BOSSUYT (*L'interdiction de la discrimination dans le Droit International des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976).

(3) He aquí la base del **standard** mínimo.

(4) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos habla de distinción, la Comisión se vale de distinguir y de diferenciar, sin aportar mayor precisión. La doctrina parece inclinarse por diferenciar (así, BOSSUYT, *op. cit.*, p. 221; Marc-André EISSEN, *L'autonomie de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme dans la jurisprudence de la Commission*, Mélanges Modinos, Pedone, París, 1968, pp. 132 y ss., y Frede CASTBERG, *The European Convention on Human Rights*, traduc. del noruego de G. Borch, Sijthoff, Lelden, 1974, p. 161). Para un análisis más completo de la terminología en el derecho convencional, *vide infra*, nota 21.

que jurídico (5), fenómeno evidentemente no desconocido para los cultivadores del Derecho. Sin embargo, se impone una precisión: Si en su sentido moral correría el riesgo de contener la generalización, al juridificarse se concreta con el fin de lograr la no desaparición de su operatividad mediante su transformación en un principio únicamente programático.

En esta labor de aproximación tan sólo hemos contado con uno de los elementos que el concepto incluye, con el trato; por eso es preciso adelantar que, junto a este aspecto social, se halla el legal, el referente a la igualdad. La verificación de la relatividad de sus límites se aplicará asimismo al elemento legal, puesto que la igualdad total o no implica otra cosa que identidad o deviene inexistente.

La separación entre ambos elementos se advierte ya (bien que de manera semiexplícita) en la **Declaración de los derechos internacionales del Hombre** que el IDI adoptara en 1929; así se afirma en su artículo 5 que «la igualdad prevista no deberá ser nominal sino efectiva. Excluye toda discriminación directa o indirecta» (6). Realiza, pues, el **Institut** una doble tarea, al no abandonar el elemento legal o de igualdad y, a la vez, al recalcar el social o de trato, circunstancia esta última que se desprende de un atento examen de la locución **igualdad efectiva** y de la solicitud para que los Estados supriman tanto la discriminación originaria (esto es, la incluida en la ley) como la derivada (o sea, la efectuada en la aplicación de la ley).

Aun cuando la anterior interpretación del artículo 5 de la Resolución del IDI sea correcta y represente un avance para el instante histórico en el que se produce, mayor claridad aporta a este tema la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Así, en el **Avis consultatif**, de 10 de septiembre de 1923, con respecto a los colonos de origen alemán (7), se reconoce la exigencia de que «haya igualdad de hecho y no solamente igualdad formal de derecho en el sentido de que los términos de la ley eviten establecer un tratamiento diferencial»; insistiendo en la misma materia (y sin olvidar la igualdad en la ley, en su más prístina acepción) se destaca el elemento social, puesto que las medidas tomadas por Polonia sometían a los colonos «a un trato diferencial perjudicial para sus intereses, trato al que los otros ciudadanos, beneficiarios de contratos de compra-venta o arrendamiento, no son sometidos» (8).

El grado de precisión se incrementa en la posterior jurisprudencia del T.P.J.I. Este, tras referirse al asunto de los colonos alemanes, en el caso de las Escuelas Minoritarias en Albania descubre los perfiles de la no discriminación con una formulación que, incluso actualmente, conserva su vigencia. El órgano jurisdiccional sedente en La Haya aclara que «la igualdad de derecho excluye toda discriminación; la igualdad de hecho puede, por el contrario, hacer necesarios tratos diferentes con vistas a conseguir un resultado que establezca el equilibrio entre

(5) E. W. VIERDAG, *The concept of discrimination in International Law with special reference to Human Rights*, Nijhoff, The Hague 1973, pp. 59-60.

(6) Sessión de New-York, Octubre 1929, *Annuaire*, vol. II, p. 300.

(7) *Serle B.*, núm. 6, p. 24.

(8) *Idem*, p. 37.

situaciones diferentes» (9). Bien puede afirmarse que en esta concepción el órgano internacional profundiza en las diferencias existentes entre el elemento social o de trato y el legal; profundización ésta, por otra parte, nada teórica sino realmente viva, inserta en la realidad más cotidiana. Con ello la **Cour** avala una idea trascendente: La de que la prohibición de discriminar no ha de tomarse en el sentido de que el elemento social sea absolutamente igual, idéntico, para todas las personas o grupos humanos; realmente no se evalúa con justicia cuando se emplea el mismo patrón para cosas en sí mismas diferentes.

En cuanto a no discriminación, por tanto, el igualitarismo deviene injusticia. Pues aun cuando el principio ha sido calificado como el artículo primero del credo de los Derechos del Hombre (10), ni éste ni los demás artículos de tal doctrina se transforman en dogmas sino en instrumentos al servicio del fin último de protección propio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, o sea (en suma) al servicio de la persona. Precisamente abordando el problema desde una perspectiva filosófica será posible alcanzar su significación más completa.

2. Filosofía de la no discriminación.

Anotábamos anteriormente la procedencia del principio estudiado; en tal sentido su ascendencia ética es innegable. El contexto histórico-sociológico en el que comienza a germinar esta prohibición se percibirá a partir del preciso instante en el que se produzca la ruptura de los esquemas característicos de la sociedad estamental del Medievo; al dar el siguiente paso se ha de formular el principio de igualdad.

Como advierte el Prof. TRUYOL, el orden estamental consagraba la desigualdad social y política de los hombres en un sistema de tendencia estática (11). La discriminación había sido elevada, por tanto, como la pared maestra del edificio social; diferenciar unos estamentos de otros (en la norma y en la práctica) se convertía en uno de los objetivos prioritarios de las fuerzas sociales imperantes ya que, mediante ese método, se lograba una fácil estructuración de la sociedad; lo habitual era restringir el acceso a determinadas profesiones u oficios. Bien puede afirmarse que el hombre quedaba fijado al estamento como el siervo de la gleba sufría su fijación a la tierra; y ello casi siempre por razón de su nacimiento. La división de la sociedad en compartimentos estancos se llevaba a efecto a través de una delimitación casi perfecta de competencias entre los diversos grupos estamentales. El principio fundamental será, por tanto, la inmovilidad social; conforme ésta vaya perdiendo fuerza, el ente social perderá cohesión; al difuminarse la inmovilidad se dará paso (progresivamente) a la idea de igualdad.

(9) *Avis consultatif* de 6 de abril de 1935, Serie A/B, núm. 64, p. 19.

(10) Según Michel VIRALLY, en *Droits de l'Homme et théorie générale du Droit International*, en René CASSIN, *Amicorum discipulorumque Liber*, vol. IV, p. 328.

(11) En *Los Derechos Humanos (Declaración y Convenios internacionales)*, Estudio preliminar y Epílogo del mismo Prof. TRUYOL, 2.ª edic. Tecnos, Madrid, 1977, p. 13.

Singular importancia tiene en el desarrollo de la idea apuntada en último lugar la ascensión de la burguesía. Ella conseguiría incluir el principio de igualdad, primero en textos de derecho interno, para lograr la internacionalización con posterioridad. Así, en el párrafo 1 de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 se vislumbra aquélla, a pesar de que no se alcance la concreción necesaria y se relegue a la igualdad a un rol secundario (12). Habrá de ser la Declaración francesa la que en su artículo 1 proclame solemnemente tal principio, para restringir en segundo lugar las «distinciones sociales» tan sólo a los supuestos en los que de ellas se derivara una utilidad común (13).

Extrayendo todo su significado a la idea de igualdad, se efectúa de manera simultánea la operación de conectarla con una aproximación (primaria, pero no por eso menos relevante) al concepto de no discriminación. Y a esta circunstancia positiva se añade una nota del mismo signo que pervive en el actual derecho convencional: La de englobar únicamente las distinciones sociales, sin contar en absoluto con las personales; la propia adjetivación está presente en los Pactos firmados en el seno de las Naciones Unidas.

Late, por todo ello, el concepto de prohibición de la discriminación en la idea de igualdad. Al introducir en la formulación de 1789 la locución «distinción social» se progresa de modo evidente, obviando el peligro que supondría avanzar hasta el punto de pretender eliminar todas las diferenciaciones. Pero, sin duda, la carencia de cualquier índice de qué deba entenderse por esos términos (14) conllevaba un riesgo de ineficacia del concepto en cuanto a su aplicabilidad se refiere. A pesar de esta imperfección, no menor trascendencia adquiere otro aspecto, el de conceder un amplísimo margen de apreciación al órgano (judicial o administrativo) que ha de apreciar la utilidad pública en cada caso concreto.

Si comparamos la formulación de la idea de igualdad en la Revolución Francesa con la actual enunciación del principio de no discriminación, observaremos que éste supone, de un lado, la moderna consagración de aquélla (15); por otra parte, la supera al apartarla de la excesiva generalización ínsita en la misma.

(12) Afirma que «todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes». La igualdad refuerza, pues, las ideas de libertad e independencia humanas, pero aparece preterida, sin otorgarle el rango que le corresponde.

(13) Textualmente observa: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común». Ello ha de interpretarse contando con el artículo 6, en cuyo inciso final se señala que no habrá ninguna «distinción» para el acceso de los ciudadanos a la función pública salvo «la de sus virtudes y la de sus talentos».

(14) ¿Puede considerarse distinción social el sexo, el idioma o el origen nacional?

(15) A ella se referirán tanto los órganos europeos de protección como la doctrina. Respecto a los primeros sobresale la opinión de la Comisión en el asunto FUNDRES-PFUNDERS (*Austria v. Italia*), al advertir que los artículos 6, apartado 1 y 6, apartado 3, d), «consagran de cierta forma, en el campo particular que ellos cubren, una idea de igualdad bastante cercana al principio de no discriminación definido en el artículo 14» [vid. *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1963, p. 795]. La doctrina ha asumido esta posición plenamente; puede consultarse al respecto [además de VIERDAG, *op. cit.*, pp. 13-16] un estudio de Phedon VEGLERIS *Le principe d'égalité dans la Déclaration Universelle et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 1972, pp. 572-587) y un comentario jurisprudencial de Robert PELLOUX (*L'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire Linguistique belge (fond)*, AFDI, 1968, p. 205).

El segundo aspecto puede verificarse con excepcional claridad examinando las fuentes convencionales: La prohibición de discriminar se refiere siempre a los derechos y libertades protegidas por la correspondiente Convención, Declaración o Pacto. Desde luego, al hablar de superación, lo hacemos en el sentido de que (aunque pierde virtualidad la pretendida universalización del principio) ello supone más una necesaria e incluso imprescindible seguridad jurídica que el acotamiento del campo de acción del principio en cuanto tal.

De lo anterior se concluye que, si el sistema de protección internacional de los derechos humanos pretende como último objetivo que «la igualdad entre los pueblos, entre los hombres, que hoy solamente la Muerte asegura, sea mañana el privilegio de la Vida», en feliz descripción de MODINOS (16), el cauce de la no discriminación se presenta como fundamentalmente adecuado para ello; al mismo tiempo se constituye en vía a seguir obligatoriamente. Y esto, en virtud de que su violación sistemática conduciría necesariamente a una reinserción de esquemas sociales cercanos a los estamentales del Medioevo; la raza, el color, la nacionalidad, etc., devendrían barreras infranqueables que dividirían a la sociedad interna y a la internacional, con todos los peligros que tal división acarrearía a uno y otro nivel.

Desde luego la no discriminación incluye otra nota de gran trascendencia, consecuencia directa de su conexión con el principio de igualdad: Su estrecha ligazón con la cláusula «en una sociedad democrática» (17). La función de la mencionada cláusula en la Convención Europea (18) consiste en dotar a los Estados de un margen de apreciación con cuya utilización puedan aquéllos restringir o limitar el ejercicio de ciertos derechos o libertades e incluso proceder a una derogación temporal de los mismos; así se cumple la finalidad de preservar el sistema democrático. En cuanto al artículo 14, la inexistencia de tal cláusula indica que ningún poder estatal se halla convencionalmente legitimado para adoptar dichas restricciones o derogaciones valiéndose de la mecánica de la discriminación.

No es únicamente el hecho de que de un texto convencional se derive el efecto indicado el que hace establecer un puente entre la prohibición de discriminar y la tesis de la sociedad democrática. En realidad, al contener y superar la idea de igualdad, la no discriminación se transforma en una de las ideas-fuerza imprescindible incluso para el establecimiento de dicho tipo de sociedad; constituye (en otras palabras) uno de sus más sólidos cimientos.

(16) **Droits de l'Homme (Notes et observations)**, en «René Cassin, Amicorum...», vol. I, p. 174.

(17) La cláusula aparece en el artículo 29, apartado 3, de la Declaración Universal, en el artículo 4 del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales, en los artículos 16 (apart. 2), 22 (apart. 3) y 29, c), de la Convención Americana y en distintos pasajes de la europea y de sus Protocolos posteriores.

(18) Véase Phédon VEGLERIS, *Valeur et signification de la clause «dans une société démocratique» dans la Convention européenne des Droits de l'Homme*, en «Revue des Droits de l'Homme», 1968, pp. 219-241. El juego de la cláusula quedará patente en el denominado asunto griego; pueden verse al respecto los trabajos de A. Ch. KISS y Ph. VEGLERIS (*L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et la Commission européenne des Droits de l'Homme*, AFDI, 1971, pp. 889-931), A. MANIN (*La Grèce et le Conseil de l'Europe du 12 décembre 1969 au 28 novembre 1974*, AFDI, 1974, pp. 875-885) y P. MERTENS (*Les organes du Conseil de l'Europe et le concept de «démocratie» dans le cadre de deux affaires grecques*, en «Revue Belge de Droit International» 1971-1, pp. 118-147).

II. CONCEPTUACION DEL PRINCIPIO EN EL SISTEMA EUROPEO

Con las anteriores premisas podemos aproximarnos a un concepto de no discriminación como el que aporta VIERDAG, o sea, «como salvaguardia no sólo contra un trato desigual a los iguales, sino también contra un trato igual a los desiguales» (19). Pero si la formulación ahora transcrita incide nuevamente en la relatividad del principio (que, ya advertíamos, adquiere al juridificarse), no por ello desaparecen todos los inconvenientes; y es que su valor puede ponerse en duda por no resaltar de manera suficiente el elemento legal. Además, es lícito preguntarse qué aporta específicamente tal concepto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos; en la respuesta se advierte que el principal mérito del profesor de Amsterdam (su generalidad, por cubrir su noción multitud de supuestos) se convierte a la vez en una sensible desventaja en el instante de abordar esta rama jurídica.

Ello nos empuja a investigar sobre una más apropiada configuración del concepto; tal investigación arrojará luz sobre el problema. Sin embargo, ésta será escasa si nos abstenemos de acudir a las decisiones del órgano de conciliación y a la jurisprudencia de la **Cour**.

1 Configuración doctrinal.

Más idónea se presenta en este campo la definición de BOSSUYT. Para este autor «en el derecho internacional de los derechos del hombre, la expresión "discriminación" alude a una diferencia de trato en el reconocimiento, el goce o el ejercicio de un derecho del hombre o de una libertad fundamental fundada sobre un motivo que no concierne (**n'est pas pertinent**) a ese derecho o a esa libertad» (20).

El autor belga sintetiza los elementos que se distinguían en la expresión **diferencia de trato**; conviene, sin embargo, advertir que en una adecuada interpretación **trato** se predica no solamente del elemento social (como a primera vista pudiera parecer), sino también del legal. Esta es la razón por la que habla de diferencia en el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales (subrayando de tal manera la igualdad en la ley); el elemento social se observará por medio de una operación de conexión entre diferencia y goce o ejercicio de un derecho humano o de una libertad.

Nota asimismo de interés ha de ser la relativa al motivo o motivos en los que se ha de basar la distinción, exclusión, restricción o preferencia —como se afirma en el artículo 1, apartado 1, de la Convención de 1965, sobre la eliminación de

(19) *Op. cit.*, p. 167. Al autor no se le oculta la inseguridad jurídica que inserta el término **igual**; por eso se refiere anteriormente a las posibles combinaciones del mismo (p. 13).

(20) *Op. cit.*, p. 128.

todas las formas de discriminación racial (21)—, para que dichas actitudes deban considerarse discriminatorias. Una investigación en el campo del derecho convencional prueba que la lista de motivos no se presenta en general con carácter de cerrada, sino que supone más bien un **numerus apertus**; así la Convención Europea se referirá a «otra condición» en su artículo 14, mientras en la Declaración Universal se nos remite a «cualquier otra condición» (art. 2, párr. 1) y los Pactos de las Naciones Unidas restringen su significado añadiéndole el adjetivo de «social» (22); esta regla general no carece de su paralela excepción en el artículo 1, apartado 1, de la Convención de 1965 antes citada, puesto que allí sí nos encontramos con una lista cerrada de motivos.

No cabe olvidar tampoco que la carencia de **pertinence** constituye el nudo gordiano en cuanto a la apreciación de la discriminación en un supuesto concreto. En un sistema judicial de protección contra las prácticas discriminatorias habrá de ser tal apreciación la única operación que conlleva un juicio de valor por parte del correspondiente órgano. Y si en la propia configuración del concepto aparecía la relatividad, también para la emisión de ese juicio de valor subsisten criterios que no han de calificarse de inmutables ni de absolutos, como advertía el Tribunal Permanente (23).

2. El concepto en la jurisprudencia de los órganos europeos de protección.

Al descender en el análisis a las decisiones de la Comisión y a la jurisprudencia del Tribunal se gana en profundidad, a la vez que se pierde ese sabor de mero academicismo que podría objetársele al principio. Será en el asunto lingüístico belga (24) donde se fije el concepto, aportando los órganos europeos (de manera suplementaria) algunos datos de interés para la consideración de la autonomía del artículo 14 de la Convención.

[21] Obsérvese cómo la Declaración Universal se vale tan sólo del término **distinción**, en su artículo 2; la Convención núm. 111 de 1958 de la OIT (sobre la discriminación en materia de empleo y de profesión) habla de **discriminación** en el sentido de «distinción, exclusión o preferencia», en su artículo 1, apartado 1; por fin, el artículo 1, apartado 1, de la Convención de 1960 de la UNESCO, sobre la lucha contra la discriminación en el campo de la enseñanza, introduce el término **limitación** que la Convención de 1965 transforma en **restricción**. Los órganos jurisdiccionales internacionales también usan una terminología similar a la que prevalece en el campo convencional; así, el TIJ [Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia [South West Africa] notwithstanding Security Council Resolution 276 [1970], Advisory Opinion, I.C.J., Reports 1971, p. 16], habla de «distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones» (p. 57).

[22] Artículos 2 y 3, apartado 2, del relativo a los Derechos económicos, sociales y culturales, y artículos 2 y 3, apartado 1, del referente a derechos civiles y políticos; idéntica formulación se contiene en el artículo 1, apartado 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[23] Avis consultatif de 4 de febrero de 1932, Serie A/B, núm. 44, p. 28.

[24] Affaire «Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (Fond)», arrêt de la Cour de 23 de julio de 1968 (vid. *Annuaire de la Convention*, vol. II de 1968, páginas 833 y ss.). Además del comentario de R. PELLOUX, sobre el fondo (ya cit. en nota núm. 15), interesa consultar el publicado sobre la excepción preliminar en la «Revue Belge de Droit International», por Jean J. A. SALMON y Erik SUY (1967-2, pp. 611-618).

Cifándonos a su conceptualización, el Tribunal advierte que «la igualdad de trato es violada si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida considerada, teniendo en cuenta los principios que prevalecen generalmente en las sociedades democráticas» (25). La claridad del órgano es indudable, pero no por eso habremos de dejar de aproximarnos algo más para una calificación de sus elementos.

¿Cuáles son, pues, los criterios-guía a través de los que puede probarse la existencia o inexistencia de discriminación? Será la opinión disidente colectiva, que sigue al fallo del Tribunal en el asunto lingüístico, la que nos ayude en la tarea delimitadora. En este ámbito, además de perseguir «una finalidad legítima», la decisión no puede desasirse de una «justificación objetiva» ni darse seccionada de la «proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida» (26). Ahí tenemos los elementos constitutivos de la definición de no discriminación.

A estos elementos básicos se ha de añadir una categoría subsidiaria, auxiliar, en la que sobresalen varios módulos. El fundamental será el interés público; se sopesará por el juzgador buscando el equilibrio con la finalidad legítima y la proporcionalidad, pudiendo ser encuadrado (en la casi generalidad de las hipótesis) como justificación objetiva.

Polémico resulta el tema de si se debe contar con el perjuicio causado por la práctica discriminatoria. Desde luego, cabe afirmar con BOSSUYT, que el perjuicio no constituye *per se* un elemento constitutivo de la discriminación (27), porque resultaría muy fácil admitir jurídicamente que determinadas distinciones o diferenciaciones (en sí mismas discriminatorias) no se encuentran convencionalmente prohibidas, puesto que no causan un perjuicio; así se cohonestaría la política de «desarrollo separado» propiciada por la República de Sudáfrica, siempre que se diese proporcionalidad (por ejemplo, en cuanto al número y calidad de centros docentes para alumnos de raza negra) y se lograra defender con éxito que se daba la buena fe (28).

Constatado, por tanto, que el criterio del perjuicio no ha de considerarse como uno de los elementos constitutivos de la discriminación, el avance siguiente consiste en interrogarnos sobre si forma parte de aquélla el referente a una posición desventajosa. Si la respuesta fuese afirmativa habría de referirse casi exclusivamente a las libertades, por el carácter más absoluto de los derechos; se esta-

(25) En el asunto lingüístico, *loc. cit.*, p. 867.

(26) *Idem*, pp. 981-983; la opinión disidente fue emitida por los jueces Holmback, Rodenbourg, Ross, Wiarda y Mast; nótese que dichos jueces no atacan la fundamentación jurídica del *arrêt*, sino que objetan la aplicación de estos principios al caso concreto. Esta línea ha sido seguida después por los órganos europeos de protección; citemos, como reciente muestra, la decisión de 11 de diciembre de 1976 de la Comisión sobre la admisibilidad del asunto 7341/76 (**Herbert EGGS v. Suiza**), en cuyo caso el órgano de conciliación prefiere la formulación dada por los jueces disidentes (p. 175 del núm. 6 de **Decisions and reports-Décisions et rapports**, Mai 1977).

(27) *Op. cit.*, pp. 124-126.

(28) Esta es, desde luego, la posición del gobierno sudafricano (consúltese la **Advisory Opinion T.I.J.** de 21 de junio de 1971, texto ya citado en nota 21, y el vol. I de **Pleadings, Oral Arguments, Documents**, pp. 799-810, del mismo asunto).

blecería una gradación en el goce de aquéllas, respetando siempre el mínimo exigido por los textos. Al abrazar esta idea se puede elaborar una hipótesis similar a la explicada respecto al perjuicio.

Al negar la inclusión de la posición desventajosa como elemento constitutivo, no por eso desaparece totalmente un posible rol de la misma. Esta servirá de módulo auxiliar para enjuiciar cada supuesto; de hecho la jurisprudencia reconoce sus funciones de auxiliar en el asunto del sindicato nacional de la policía belga (29), conectándola con la finalidad legítima y la proporcionalidad.

Abandonando la metodología que sirve para constatar la ausencia o presencia de discriminación (mediante la comprobación de la existencia de alguno o algunos de sus elementos constitutivos, bien directamente, bien a través de los módulos auxiliares), habremos también de concluir que los constitutivos caen (considerados globalmente) bajo la denominación de distinción o diferenciación arbitraria. Pero tanto al realizar una tarea de individualización como al globalizar los elementos constitutivos, siempre nos encontraremos con la dificultad que surge cuando se inicia la tarea de obtener criterios perfectamente objetivables. Tal dificultad supone, por un lado, una remisión a la idea de justicia (30), mientras por otra parte conduce a conceder a los órganos jurisdiccionales la discrecionalidad suficiente para que ellos aprecien la finalidad legítima, la justificación objetiva y la proporcionalidad.

III. EL ARTICULO 14 DE LA CONVENCION EUROPEA

Observados (en panorámica) los problemas generales que la prohibición de discriminar suscita y conceptuada ésta tanto doctrinal como jurisprudencialmente, nuestro examen se orienta ahora hacia las cuestiones que surgen respecto al principio en el sistema europeo. Evidentemente, la norma del texto convencional (el art. 14), a pesar de estar inserta en la sección I, no enuncia un derecho o una libertad en el sentido habitual en el que estos términos aparecen en los artículos anteriores a él. Las incontestables diferencias entre este precepto y los demás empujan a incluirlo en la categoría que el Prof. DIEZ DE VELASCO denomina «derechos-garantía» (31); brilla con luz propia el segundo de los aspectos porque contiene un serio intento de impedir la desnaturalización de la Convención (parcialmente o en su totalidad) a través de la realización de prácticas discriminatorias. No obstante es imposible soslayar las interesantes cuestiones que presenta el concepto de derecho aplicado a la no discriminación, pues de ellas se deriva la solución a la controversia que sobre su autonomía se ha desarrollado.

Fijando nuestra atención en la prohibición de establecer o de practicar diferencias discriminatorias, resalta más el relieve que aquélla adquiere para la conse-

(29) Vid. el *arrêt* de 27 de octubre de 1975, en «Rivista di Diritto Internazionale» 1976, pp. 317-322; el Tribunal se refiere a la desventaja en la última de las páginas citadas.

(30) Véase Frede CASTBERG, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et l'idée de justice*, en «René Cassin, Amicorum», vol. 1, pp. 29-47.

(31) En *Organos de protección de la Convención Europea de Derechos del Hombre*, «Temis», número 5, 1959, pp. 99-100.

cución de la igualdad y para la forja de una sociedad democrática. Por eso tal prohibición se presenta como uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

No por la mucha entidad del principio estudiado dejan, sin embargo, de plantearse problemas interpretativos; desde el ángulo del texto vigente en el Viejo Mundo ha de cuestionarse incluso la ubicación del mismo. Además, si se actúa con criterios demasiado restrictivos, se llegará a negar el efecto útil del precepto: la adopción de la otra tesis extremista (una interpretación excesivamente amplia) conduce a la senda de la igualdad absoluta, que puede encontrar una apoyatura en la versión francesa del artículo 14. Para fijar los límites de la norma conviene, por tanto, abordar los problemas generales; con posterioridad obtendremos los elementos de juicio suficientes para deslindar sus funciones.

1. Problemas generales en la interpretación del precepto.

Como ya quedaba anotado, parece dudoso que la ubicación del principio en el texto convencional europeo sea correcta. Tampoco se trata de un punto de índole meramente teórica, puesto que de él se deducen una serie de datos con los que se convierte en posible o bien reforzar el juego de la prohibición o bien rehusar su puesta en práctica en casos en los que debería haber jugado. En esta última hipótesis el peligro se acentúa, por el subsiguiente detrimento que la protección de la persona humana sufre.

Al cuestionar su ubicación, un método válido será el análisis comparativo; en el examen del derecho convencional queda patente que su trascendencia ha sido mejor aprehendida tanto por los redactores de la Declaración Universal como por los de los Pactos de las Naciones Unidas y los de la Convención Americana. Enmarcada en el artículo 2 de la Declaración de 1948, la prohibición de discriminar se presenta como el pórtico del edificio; inserta al comenzar la segunda parte de ambos Pactos, encuadra asimismo en este supuesto tanto los derechos como las libertades en ellos reconocidas; ubicada, finalmente, en el párrafo 1 del artículo 1 del texto firmado en la capital costarricense, es obligado resaltar que precede incluso a la descripción convencional de qué se entiende por persona (artículo 1, párr. 2). Por todo ello parece como si en el texto europeo se le hubiese querido restar importancia, ocultar su carácter de principio fundamental del sistema; tal minusvaloración obliga a afirmar lo incorrecto de su ubicación.

Cuando se suma a la anterior observación la circunstancia de que todavía sigue vigente (parcialmente, por los menos) la doctrina que afirma que la tesis de la interpretación restrictiva debe prevalecer sobre una interpretación dinámica del derecho convencional en el que se recoge la protección de la persona humana (32), el obscurecimiento de la función de garantía propia de la no discrimi-

(32) Consúltese al respecto el trabajo de Roberto BARSOTTI, *Tendenze evolutive nell'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en «Rivista di Diritto Internazionale» 1976, páginas 273 y ss. El autor admite una interpretación «cautelosa», rechazando los cánones «restrictivos» o «conservadores».

minación puede convertirse en factor decisivo para su inaplicación. La pérdida de su valor intrínseco (a través de estos dos medios, la infravaloración en el texto y la interpretación demasiado restrictiva) amenaza con reducir la prohibición a un espacio verdaderamente estrecho.

Otra cuestión adicional para la plena vigencia del artículo 14 en el ordenamiento interno de cada uno de los Estados partes en la Convención es el del diverso significado que el principio conserva en cada uno de los sistemas jurídicos. A un débil reconocimiento corresponde una situación en la que esta norma permanece en gran medida como programática, siempre y cuando no se incluya en aquél con rango constitucional (33) e informe además la estructura normativa singularmente considerada. Su transformación por ello mismo en un **pium desiderium** (en el supuesto extremo) o su juego parcial lo privan de la que habría de ser su natural incidencia; de ahí que sea todavía más encomiable la acción de los órganos encargados de velar para que no se viole la Convención, cuando propugnan una autonomía del precepto en orden a conservar su efecto útil.

Debilitar dicho efecto útil por medio de una interpretación en demasía restrictiva conduce, en primer lugar, a la conversión del principio en programático; el siguiente paso consiste en considerar a aquél como superfluo, incardinando, en suma, la prohibición de discriminar en el artículo 1 del texto convencional (34), norma por la que los Estados se obligan a reconocer los derechos y libertades contenidos en la Convención «a toda persona dependiente de su jurisdicción».

Ha de examinarse, pues, con gran atención el hecho de si el artículo 14 añade un **quid novum** al artículo 1. La afirmativa respuesta se fundamenta en la circunstancia de que la no discriminación revitaliza la igualdad, verdadero cimiento del edificio. Acudiendo nuevamente al método hipotético, puede afirmarse que en el caso de carecer de una prohibición de discriminar, el goce de los derechos y el ejercicio de las libertades enunciados en la Convención ciertamente no podría devenir patrimonio exclusivo de un grupo social, por cuanto los Estados violarían su obligación de garantizarlos a la generalidad de las personas que de ellos dependan; no es menos cierto, sin embargo, que sí cabría establecer unos baremos o grados en el mencionado goce o ejercicio, motivados en la lengua, color, etc.; con tal mecánica la sociedad se estructuraría de nuevo con esquemas similares a los propios de los estamentos, con la única variante de la ampliación del número de motivos en los que se basaran los baremos porque si entonces primaba fundamentalmente el nacimiento, ahora a él se añadirían otras causas.

No se agota aquí el cúmulo de problemas que la interpretación general del artículo 14 suscita. La divergente formulación que esta norma recibe en los textos redactados en francés e inglés (ambos igualmente auténticos) supone una dificultad adicional. Desde luego la expresión de la que se vale el segundo idioma

(33) Livio PALADIN, *Il divieto di discriminazione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, en «Rivista di Diritto Internazionale» 1974, p. 446.

(34) La hipótesis la anota Clovis C. MORRISSON, en *Restrictive interpretation of sovereignty-limiting treaties: The practice of the european human rights system*, en «The International and Comparative Law Quarterly» 1970, pp. 372-373. Desde luego el autor no sigue interpretación tan literal, sino que se inclina por efectuar dicha operación atendiendo al **espíritu** del texto (p. 374).

(**whithout discrimination on any ground**) no encuentra su correspondencia exacta en el texto francés (**sans distinction aucune**). Una interpretación literal de la última locución se tornaría inadmisibile por conducir hasta el extremo de generalizar un impracticable, utópico e injusto igualitarismo; por eso, cuando el tema se suscita, ni siquiera quienes piensan han sufrido discriminación aducen el texto francés para apoyar su pretensión ante la Comisión (35). Todo ello porque, como recuerda el Tribunal, si se optara por el texto más abierto, «se llegaría a resultados absurdos», o sea, «a juzgar contrarias a la Convención cada una de las numerosas disposiciones legales o reglamentarias que no aseguren a todos una completa igualdad de trato en el goce de los derechos y libertades reconocidos» (36).

Por eso la fijación del concepto impone sus razonables límites a la tendencia generalizadora; el método de interpretación restrictiva (aplicado a la dualidad idiomática de los textos auténticos) presta ahora un servicio destacable por oponerse de manera frontal a que se conceda un trato igual a los desiguales, puesto que esta última derivación provocaría una desigualdad todavía mayor. He ahí la verdadera causa por la que la Comisión emite una incontestable opinión al indicar que la discriminación no puede «concebirse más que en función de datos de hecho idénticos» (37), ya que, en caso contrario, nos hallaríamos ante diferenciaciones legítimas a la luz de la Convención.

2. Funciones de la prohibición de discriminar en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

El problema suscitado por el principio que abordamos pudiera muy bien formularse estableciendo la disyuntiva de la que se vale FAWCETT: O el artículo 14 es auxiliar de los derechos y libertades (completa su protección, evidentemente) contenidos en los preceptos anteriores a él de la sección I del texto convencional

(35) Asunto lingüístico, *loc. cit.*, p. 847.

(36) *Idem*, p. 865. La doctrina ha estudiado el tema bajo un prisma general (Lazar FOCSANEANU. *Les langues comme moyen d'expression du droit international*, AFDI 1970, pp. 256-274, refiriéndose a los Tratados redactados en varias lenguas igualmente auténticos en pp. 270-273, y Antonio MALINTOPPI, *Trattati redatti in piu lingue e ordine di esecuzione*, «Rivista di Diritto Internazionale» 1962, pp. 237-239) y con una óptica europea (Hans WIEBRINGHAUS, *L'interprétation uniforme des Conventions du Conseil de l'Europe*, AFDI 1966, pp. 455-469); si es cierto que la elección de un texto puede «inducir al intérprete a ignorar el problema, no ciertamente a resolverlo», como indica MALINTOPPI (p. 238), tampoco cabe olvidar que, en este supuesto, la elección del texto francés generalizaría las dificultades.

(37) En su decisión de 2 de febrero de 1971 (asunto 4372/70, *x. contre la Belgique*, *Annuaire de la Convention*, 1971, p. 415), al declarar no admisible la demanda por manifiestamente mal fundada. Al tratarse de una niña de lengua materna griega, ésta no padece discriminación respecto a los niños belgas en la aplicación de la legislación lingüística de Bélgica. Y ello, porque ni la Convención ni el primer Protocolo «consagran expresamente "la libertad lingüística" en cuanto tal», como observara la Comisión en el asunto 2333/64 (*Un group d'habitants de Lecuw-St-Pierre contre la Belgique*, decisión final de 16 de diciembre de 1968, *Annuaire* 1968, tomo I, p. 261); si tal libertad no se protege, tampoco existe (en el art. 8) «el derecho a ser instruido en la lengua de los padres con cargo (a) o con ayuda de los poderes públicos», como afirma el Tribunal en el asunto lingüístico (*loc. cit.*, p. 885).

y de los Protocolos 1 y 4, o realiza la función de enunciar un nuevo derecho (38). Mas tal posición contiene la virtud de una simplificación clarificadora mediante la cual no se contempla en su totalidad el cúmulo de funciones del precepto; por esa razón se juzga preferible aproximarse al concepto de no discriminación configurándolo como derecho-garantía.

Una función general sobresale al convertir a esta norma en parte integrante de todos y cada uno de los preceptos en los que se enuncian derechos y libertades; y ello «cualquiera que sea la naturaleza de estas últimas» (39). Mas este carácter general no se predica de forma unívoca, no adquiere siempre las mismas connotaciones; por eso se precisa distinguir tres funciones específicas: Como agravante, como auxiliar frente a la discrecionalidad estatal y en cuanto derecho que especifica o refuerza otros ya enumerados en los textos internacionales.

Desde esta óptica omnicompreensiva se otea, en primer lugar, la función del artículo 14 en cuanto pueda señalar un plus de gravedad en la conducta del órgano u órganos estatales que violan un precepto en el que se enuncia un derecho; o sea, en el caso de que se viole una norma de base. Así sucede, en general, con los artículos 2 al 7 de la Convención y con otras normas anunciadas en los Protocolos números 1 y 4.

También la apreciación como agravante tiene una doble aplicación, pues en unos supuestos su función resulta prístina, mientras en otros se oscurece. El primer grupo está formado por la obligación de no someter a nadie a tortura, tratos crueles o inhumanos (art. 3), la presunción de inocencia mientras no se haya establecido legalmente la culpabilidad (art. 6, 2), etc. La segunda categoría aparece al desgajarse del anterior núcleo unos derechos en los que se precisa la voluntad del legislador para actuarlos; la voluntad del legislador actúa *ex ante* respecto a la fijación exacta de la extensión de determinados derechos en el orden interno (40); así sucede con los artículos 1 al 3 y con el artículo 2 de los Protocolos 1 y 4, respectivamente.

Una observación importa asimismo en cuanto a la función de agravante del artículo 14 en el segundo de los terrenos expuestos: La agravante no supone una anulación de la libertad del legislador nacional, puesto que cuando la delimitación de algunos derechos en los textos internacionales no es completa, ello se debe a una clara expresión de la voluntad de las partes contratantes y compete a aquél el efectuarla. Si tal labor se hubiera atribuido convencionalmente a los órganos internacionales de protección, el ámbito de los derechos humanos habría sido sustraído en esa materia a los Estados. De ahí que esta segunda categoría (en

(38) En *The application of the European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford 1969, pp. 233 y 235.

(39) En el ya cit. asunto del *Sindicato nacional de la Policía belga*, p. 20. La *Cour* se referirá con posterioridad a su posición en los *arrêts* de 6 de febrero de 1976 (*Sindicato sueco de conductores de locomotoras y Schmidt y Dahlström c. Suecia*, en «*Rivista di Diritto Internazionale*» 1976, páginas 322-330).

(40) Nótese que nos encontramos no ante un margen de apreciación estatal en cuanto a la suspensión de la aplicación en determinadas libertades (caso de los artículos 8 al 11), sino ante la necesidad de la fijación legal del contenido de unos derechos insetos en los textos internacionales pero cuyos límites no han sido en ellos perfectamente definidos.

la que no se alcanzó un tan intenso grado de internacionalización) contraste con la primera en la que el legislativo nacional ha de conformar su voluntad a las directrices emanadas del texto convencional.

Todo ello avala la opinión de que en el primer supuesto la agravante adquiere las notas de generalidad (aplicabilidad a todas las personas dependientes de las jurisdicciones de todos los Estados firmantes) y de inherencia a los textos convencionales. No sucede lo mismo en la segunda categoría en la que desaparece el carácter general de su aplicación, pues en cada ordenamiento estatal adquirirá mayor o menor intensidad, circunstancia ésta dependiente de la voluntad del legislador; así resulta a la vez una inherencia menos absoluta o más bien relativizada por dicha voluntad, observando en todo caso los límites que la convención señale.

Su cualidad de agravante constituye, por todo lo anterior, su primera aportación. La mayor reprochabilidad social, el índice o plus de culpabilidad que las prácticas discriminatorias entrañan, de alguna manera suponen también un freno a su realización por parte de los correspondientes órganos estatales. Por eso resulta muy adecuado hablar de garantía para la protección de la persona.

En su función como agravante la prohibición de discriminación esconde un peculiar ámbito de aplicación de garantía indirecta. Será asimismo de manera indirecta como juegue cuando realice la función de moderar el margen de discrecionalidad que el texto atribuye a los Estados en cuanto a las posibles restricciones por éstos de las libertades que se presentan en los artículos 8 al 11.

Desde luego, los párrafos segundos de los mencionados preceptos encuentran su legítima causa de justificación en la necesidad de preservar ese tipo de sociedad democrática a la que ya el preámbulo hace alusión y cuya cláusula anunciativa se conecta con el artículo 14; en este materia, bien puede decirse que las restricciones hallan el mismo fundamento que tiene la derogación temporal prevista en el artículo 15.

Una nota común a las restricciones y a la derogación se encuentra en el hecho de que unas y otra han de dirigirse a cuantas personas o grupos atañan las razones que las justifiquen, sin discriminación alguna posible (41). Y ello porque (como observará la Comisión en el asunto Grandrath) «impuesta de forma discriminatoria, una restricción en sí misma autorizada por el párrafo 2 de uno de los artículos precitados implicaría, por tanto, una violación del artículo 14, considerado en conexión con el artículo en cuestión» (42).

Al permitir a los Estados la Convención un margen de apreciación de una extensión no desdeñable bajo la condición de no practicarlo mediante discriminación, la prohibición no suprime la discrecionalidad de aquéllos, en cuanto a las libertades se refiere; por el contrario, de una lectura de los párrafos segundos de los

(41) Puede consultarse Giuseppe SPERDUTI, *Il principio di non-discriminazione e una recente sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, en «Rivista di Diritto Internazionale» 1976, pp. 240-241 (el autor comenta el asunto del *Sindicato nacional de la policía belga*).

(42) *Rapport* de la Comisión de 16 de diciembre de 1966, p. 33. Curiosamente, uno de los disidentes de esta opinión mayoritaria es el propio Sperduti quien, sin embargo, la citará en el trabajo al que nos referimos en la nota anterior. Por otra parte interesa aclarar que ni siquiera el gobierno belga ataca la función del principio en cuanto limitación al margen de discrecionalidad estatal (*loc. cit.*, p. 851).

artículos 8 al 11 se concluye que las causas en las que dicha discreción se fundamenta (seguridad nacional, bienestar, orden y moral públicos, etc.) son múltiples y no ciegan las fuentes de una actuación estatal discrecional. La medida, de la que hace gala el texto internacional, es verdaderamente loable por cuanto las circunstancias sociológicas y legales de cada uno de los entes estatales difieren profundamente de las observables en los restantes. Junto a este margen de apreciación, por tanto, actúa la prohibición de discriminar como garantía de las personas ante posibles diferenciaciones ilegítimas, no objetivas o no proporcionales por parte de los Estados.

Resta, por último, considerar la función del artículo 14 en cuanto derecho parangonable (en cierto sentido, no de forma absoluta) a los demás contenidos en los Protocolos 1 y 4 y en los artículos 2-13 de la Convención. Desde luego, el problema aparece inextricablemente unido a la temática de la autonomía o de la independencia del principio; si se admite una de estas dos tesis (y, por consiguiente, no se reduce el campo de acción de la prohibición hasta convertirla en mera norma de garantía de las demás indicadas), resulta obvia su caracterización como derecho bastante especial.

Como derecho la no discriminación ha de englobarse en la categoría que SPERDUTI denomina «derechos accesorios y complementarios», estrechamente engarzados con alguno de los reconocidos de manera explícita en los textos (43). Al admitir esta función no se realiza una operación de incorporación de nuevos derechos a los textos internacionales; nos encontramos ante el fenómeno de un desarrollo integral de los derechos y libertades reconocidos anteriormente; y ello porque ampliar el campo de protección solamente cabe mediante una revisión de la Convención o a través de la elaboración de nuevos acuerdos. De ahí que, en conclusión, pueda señalarse que si uno de estos derechos o libertades accesorias deviene imprescindible para el goce o el ejercicio perfectos de cualquiera de los subrayados en los textos y en la legislación interna de un Estado (44), no ha de darse discriminación ni en su elemento legal ni en el social.

Ya en el asunto Grandrath la Comisión entreabría esta posibilidad, al admitir mayoritariamente que «en ciertos casos, el artículo 14 puede ser violado en un aspecto cubierto por otro artículo de la Convención, a pesar de que éste no haya sido directamente violado» (45). Ciertamente en el supuesto contemplado no se viola precepto alguno de base, no se conculca ninguno de los derechos y libertades si se interpretan literalmente los textos; sin embargo, la Comisión declarará admisible el caso y decidirá examinando el artículo 14 (como argumento principal de quien pretenda ser víctima de una violación) apoyándose —subsidiariamente— en el o los preceptos que se consideren violados. Por eso la fórmula de la que generalmente se vale la doctrina y los mismos órganos de protección

(43) Artículo cit., p. 245. La actitud de este miembro de la Comisión supone una profunda crítica (a nuestro entender justificada) de la estrecha jurisprudencia sentada por la **Cour** en el asunto del **Sindicato nacional de la policía belga**.

(44) Al no obligarse los Estados a la concesión de tales derechos y libertades, cabe que no nazcan; si se atribuyen es cuando se da el caso que examinamos.

(45) En su **Rapport** ya cit., p. 33.

habría de sufrir una inversión de sus términos para adecuarse a este dato: Se trata de la violación de la prohibición de discriminar en conexión con una norma de base y no del fenómeno contrario (46). De tal manera el principio se transforma de auxiliar en principal, a efectos procesales, e influye positivamente en la admisibilidad de un asunto por la Comisión.

No agota, sin embargo, su potencialidad aquí la prohibición de discriminar, en cuanto a la asunción por ella de un rol fundamental. El supuesto al que hacemos referencia ha de concretarse más, pues se trata de un derecho accesorio y complementario de los convencionales, al que se une la característica de su reconocimiento por algún o algunos ordenamientos estatales. Por eso la opinión de la Comisión puede y debe valorarse como un avance, aun cuando no se solucione los problemas básicos que la concepción del principio en cuanto derecho o libertad implica. La *accesoriedad y complementariedad del derecho o libertad* (47) constituye el punto de inflexión a partir del cual la discriminación se prohíbe internacionalmente.

Esta puerta abierta a la no discriminación como derecho (o, mejor, como principio potenciador de derechos internacionalmente protegibles) pudiera considerarse teórica, sin posibilidad de aplicación en el actual sistema europeo (48). Mas, aunque hasta el instante ha sido una puerta impracticada, que no es impracticable lo prueba el examen de las decisiones de la Comisión y de la jurisprudencia de la **Cour**; en este orden de cosas se impone señalar, al menos, lo siguiente:

a) El derecho a la asistencia judicial en asuntos civiles no está reconocido en los textos europeos (49). Mas si un Estado lo admite en su ordenamiento, no está facultado a hacerlo discriminando por algún motivo de los contenidos en el artículo 14; de lo contrario se viola el mencionado precepto en conexión con el artículo 6, apartado 1.

b) Ha de ser otra vez el Tribunal quien aporte bastante más precisión en el en numerosas ocasiones rememorado asunto lingüístico. Según este órgano, los ciudadanos carecen de posibilidad legal (de acuerdo con el sistema europeo, sin prejuzgar por eso las oportunidades que los ordenamientos internos ofrezcan) de exigir al Estado la creación de éste o aquel centro de enseñanza; ninguna obligación al respecto nace del artículo 2 del primer Protocolo; pero si aquél creara dichos centros, el acceso a los mismos habría de efectuarse sin discriminación, so pena de conculcar el artículo 14. Lo mismo acaece en el supuesto de que un Estado establezca un sistema de apelación; cumple sus obligaciones, superando

(46) Giuseppe SPERDUTI, art. cit., p. 246, nota.

(47) El autor italiano no se refiere a las libertades; sin duda las incluye en el término «derechos», valiéndose de él en un sentido amplio.

(48) Así se expresa Marc BOSSUYT, *op. cit.*, pp. 164-165. El beíga cree que «se trata más de una cuestión teórica que de una realidad práctica», sin examinar el verdadero significado del principio.

(49) Como observara la Comisión en un *obiter dictum* de su decisión de 16 de julio de 1968, en el caso **Strupat c. la República Federal Alemana** (*Annuaire* 1968, tomo 1, pp. 403-405); ello en relación con la asistencia judicial en asuntos penales (derecho este sí reconocido).

Incluso los límites prefijados por los textos; a pesar de todo, si se discrimina a la hora de ejercer el derecho a tal apelación, se viola la Convención (50).

Admitido, pues, el hecho de que la accesoriedad, la complementariedad y el reconocimiento de un derecho por un ordenamiento nacional lo convierten en protegible internacionalmente en base a la prohibición de discriminar, ha de observarse que nuestra exposición difiere de la ofrecida por el Tribunal sedente en Estrasburgo en cuanto a la calificación del rol que juega el artículo 14. Al examinar uno de los supuestos señalados, la jurisdicción afirmará que se violan los artículos 2 (del Protocolo 1) y 6 de la Convención, en conexión con la norma que obliga a no discriminar; mas, como advertíamos, sucede todo lo contrario, o sea, que se viola el artículo 14 en conexión con el artículo correspondiente. Y es que los preceptos de base no pueden ser conculcados por la sencilla razón de que no regulan en concreto el derecho o la libertad que se pretende se violó, porque su campo de actuación no los abarca. La inversión de la fórmula evita que los preceptos de base sean interpretados de manera excesivamente amplia, pues hacerlo así supondría una dislocación del sistema de protección.

Tema distinto será el de que, en orden a alegar que se ha incumplido la Convención, el demandante se valga de las pertinentes normas, a fin de reforzar su argumentación y pretendiendo demostrar que se ha conculcado el espíritu que las anima; ello deviene legítimo y necesario en base a la complementariedad. Tampoco será objetable que los órganos de protección cuenten con ellas a la hora de decidir o juzgar, interpretando así los textos en cuanto conjunto y no parceladamente.

Mas, realmente, ¿cuál es la causa de que el artículo 14 tenga funciones entre sí tan disímiles, como la de agravante, la de auxiliar y la de derecho, y las incluya de forma simultánea? Reduciendo la cuestión a sus límites más difícilmente definibles (o sea, exceptuando sus ámbitos de aplicación en cuanto auxiliar y agravante) hemos de interrogarnos sobre qué base cabe aducir para considerar que este principio se convierta en potenciador de derechos internacionalmente protegibles. La respuesta se conecta con el tema del efecto útil de la norma citada y provoca un debilitamiento de la cláusula «los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención» (51).

Se reduce, como se advierte, a sus justos límites dicha cláusula; ello porque si aquí jugase de manera exclusiva la interpretación restrictiva, no cabría admitir ningún grado de autonomía para el precepto; un derecho o libertad no expresamente reconocido en el texto caería fuera del ámbito de actuación de los órganos europeos *ratione materiae*. Si, por el contrario, se piensa en los ejemplos extraídos de las decisiones de la Comisión y de la jurisprudencia del Tribunal, la concepción autonómica se fundamenta en cimientos seguros, a la vez que se potencia su efecto útil.

(50) *Loc. cit.*, p. 865.

(51) Nótese que se trata de una pérdida de vigor de la cláusula, no de su desaparición pura y simple; precisamente para velar por su mantenimiento se exige la conexión profunda de los derechos o libertades accesorias y complementarias con los textos internacionales.

Todo ello no sucede, ciertamente, en virtud de una acción por la que se incrementa el número o varían las características propias de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar o al adherirse a la Convención, pues la no discriminación como principio rector del sistema y en cuanto obligación fue aceptada por aquéllos. La consideración del efecto útil sirve como metodología a través de la cual se descubre el auténtico significado del principio; por eso, contra la tesis mantenida por el gobierno belga (52), la prohibición de discriminar aparece como fuente de derechos o libertades no consagradas explícitamente en los textos pero sí originadas en aquéllos y en profunda conexión con los allí enumerados.

Indiscutiblemente su clara función como agravante y su no menos diáfana como auxiliar frente al margen de apreciación estatal no agotan el contenido de la norma. No menores son, sin embargo, los problemas que suscita la apreciación de la autonomía, puesto que de una incorrecta visión de la misma se deriva una absolutización del principio o una tesis que defiende la extensión de las obligaciones suscritas por los Estados.

IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA APRECIACION DE LA AUTONOMIA

Resulta más fácil admitir las posiciones que o bien plantean de manera simplemente académica el problema de la autonomía, o bien lo soslayan. Con ello se acepta una interpretación que es, en síntesis, lo más literal posible y en la que no se cuenta con los datos sociológico-políticos ni con la incidencia de los mismos en la aplicación de los textos; sin embargo, no ha de negarse que éstos juegan un papel fundamental en otras circunstancias (53). He ahí una de las causas por las que no se ha conseguido apreciar con toda exactitud el profundo significado de la prohibición de discriminar.

A la depreciación de los datos reales obedece asimismo la carencia de perspectiva de cuantos niegan la autonomía; en el extremo contrario (atribuyendo una inadecuada relevancia a las mencionadas circunstancias) militan quienes abogan por la independencia del tema, siempre que de la misma no se derive una acción por medio de la cual se ahogue (germinalmente) la potencialidad creadora de la no discriminación.

(52) *Loc. cit.*, p. 849.

(53) Para Francis J. JACOBS (*The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford 1975, p. 18), los datos sociológicos y políticos influyen en una interpretación dinámica de la Convención; a nuestro entender tal dinamismo se observa tanto en la adición expresa de nuevos derechos o libertades (normalmente mediante Protocolos) como en una válida interpretación del principio de no discriminación. En este sentido afirmará Frede CASTBERG (*The European Convention...*, *op. cit.*, p. 161), que no se considera discriminación la no exigencia del cumplimiento del servicio militar o de un servicio civil obligatorio a las personas de sexo femenino; y realmente de los términos del artículo 4. 3. de la Convención no ha de deducirse que la obligación se dirige de forma exclusiva a las personas de sexo masculino.

1. La independencia o hacia la conversión del principio en simplemente programático.

Pudiera pensarse que el hecho de configurar el principio en cuanto derecho conduce a una asimilación categorial respecto a los demás protegidos. El artículo 14 enunciaría un derecho más, sin implicaciones de ningún otro tipo, si exceptuamos las propias de su función como agravante y las referentes a su situación de auxiliar. La consecuencia de lo anterior (si se extrema la argumentación) sería iniciar un reexamen de las dos formulaciones que en los correspondientes textos auténticos se presentan; al final de la operación habría de optarse por considerar contraria a la Convención cualquier distinción.

La tesis del igualitarismo renace de esta forma de sus cenizas y, ante su impracticabilidad, amenaza con convertir esta prohibición en una norma simplemente programática. En cuanto tal, la realidad se encargaría de mostrarnos multitud de ocasiones en las que se practicaba una distinción o una diferenciación, pero ante la que no cabía recurso efectivo alguno; sobre todo porque las vías de protección quedarían obstruidas ante una eventual reclamación en la que se alegase violación del artículo 14, si éste no actuaba en su función de agravante o de auxiliar.

Tal posición entraña una consideración de omnipotencia del principio, ya que toda distinción (por mínima, justificada, objetiva y proporcionada que fuera) conculcaría los textos. Supone también la omnipresencia del mismo: Se encontraría en todos los derechos y libertades (fuera cual fuese su índole, extensión y conexión con los textos internacionales), atribuidos por el ordenamiento interno de un Estado parte; impregnaría la totalidad de aquéllos.

Desde luego no se aproxima a tal grado la irradiación de la prohibición de discriminar. Atendiendo a las decisiones de la Comisión, ha de afirmarse (a título meramente indicativo) que el sistema europeo no garantiza el derecho indiscriminado a vacaciones pagadas (54), que tampoco prohíbe diferenciar fiscalmente entre cooperativas y sociedades de capital (55), etc.

Al no absolutizar el principio, la conclusión (que no adolece de obscuridad) se orienta a veces en el sentido de constatar la inaplicabilidad del principio *ratione materiae*; se trata del grupo de decisiones «que no aportan ningún elemento de respuesta» a la cuestión de la autonomía (56). Mas destácase también el anverso de la moneda: Estas decisiones permiten afirmar con seguridad que el artículo 14 no constituye un derecho totalmente soberano (si se permite la expresión), absolutamente independiente del sistema de protección y fuente, a su vez, de una prohibición general de discriminar; por el contrario, «el artículo refuerza o completa, con la ayuda de una técnica autónoma, un principio de garantía que no puede, por sí mismo, establecer» (57).

[54] Asunto núm. 436/58, decisión de 7 de julio de 1959 (vid. *Anuaire* 1958-1959, pp. 390-391).

[55] Asunto núm. 511/59, decisión de diciembre de 1960 (*Anuaire* 1960, p. 425). En el mismo volumen (pp. 245-253) puede consultarse el asunto 551/59, en idéntico sentido.

[56] Marc-André EISSEN, art. cit., pp. 124-127; nótese que este artículo ha sido elaborado antes de conocerse el *arrêt* del Tribunal en el asunto lingüístico.

[57] Joe VERHOEVEN, en su comentario al *arrêt* del fondo sobre el asunto lingüístico («Revue

Con lo anterior ha de argumentarse que plantear esta problemática en términos de «dependencia» y de «independencia» del precepto (58) es muy discutible; su inadecuación se origina en la extrapolación que tal planteamiento esconde. Efectivamente, la independencia implicaría el juego del principio sin contar para nada con las demás normas que establezcan derechos o enuncien libertades, sin atender al sistema en cuanto tal, obligando a aceptar lo jurídicamente inadmisibles, o sea, propiciando la desaparición de la cláusula «los derechos y libertades reconocidos en la presente Convención».

Al actuar como agravante o en su función de auxiliar, la prohibición no lo hace independientemente de los textos; luego se trataría de una dependencia, en dichos supuestos, y de una independencia concomitantes. Parece, pues, preferible calificar de «autónomo» a este precepto; la comprensión de este método calificativo y de su finalidad se transforma en especialmente importante respecto a la naturaleza de las obligaciones que los Estados partes asumieron.

2. La autonomía y la naturaleza de las obligaciones de los Estados.

Aun cuando la interpretación restrictiva sea válida en cuanto a las divergencias observables entre los textos redactados en francés e inglés, tal canon hermenéutico deviene manifiestamente inoperante si se priva al mencionado precepto de su efecto útil. Por eso la adopción de una tesis más abierta contribuye a no negar dicho efecto, a la vez que proporciona los elementos imprescindibles para definir la naturaleza de las obligaciones asumidas por los Estados.

Ello no obsta para que se continúe negando no ya la independencia de la norma, sino incluso su autonomía. La posición la mantiene, en primer lugar, una parte de la doctrina que ha abordado el tema con profundidad (59); lo mismo puede decirse de algunos miembros de los órganos de protección del Consejo de Europa. Así sucederá con el juez FITZMAURICE en el asunto del Sindicato belga (60) o con EUSTATHIADES, en la Comisión, en el caso Grandrath (61).

El aspecto de complementariedad juega de manera inequívoca y decisiva en orden a asegurar el efecto útil del principio; por eso continúan siendo válidos los ejemplos extraídos de las decisiones de la Comisión que se oponen a una irrazonable extensión de la prohibición de discriminar. Aquí se halla asimismo la causa por la que es criticable la jurisprudencia de la **Cour** en dos de los asuntos sindicales (62) por no apreciar la complementariedad, mientras parece correcta

Belge de Droit International», 1970-1, p. 370). Aunque lo califiquemos como derecho y no como garantía (al actuar autónomamente), la coincidencia con el significado del pensamiento de Verhoeven se mantiene en cuanto niega el planteamiento independentista y reafirma la autonomía.

(58) Como lo hace VIERDAG, *op. cit.*, pp. 113-120.

(59) El ejemplo sería BOSSUYT, *loc. cit.* en nota 48.

(60) En su opinión disidente recogida por BOSSUYT, p. 236.

(61) Página 41 del **Rapport**.

(62) En cuanto a la Interpretación del artículo 11, este órgano afirma que tal norma únicamente exige que los Estados «permitan, según modalidades no contrarias al artículo 11, luchar por la defensa de los intereses de sus miembros» (parágrafos 39 y 40, respectivamente, de los asuntos del Sindicato belga y del sueco, *locs. cit.*, pp. 310 y 325).

(jurídicamente hablando) su posición en el caso Schmidt y Dahlström, por cuanto es preciso reconocer que el ordenamiento sueco no ha prescindido del principio «la huelga suprime la retroactividad» como piedra angular de su sistema de libertades sindicales (63).

En el estudio de la problemática de la autonomía sobresale una cuestión verdaderamente trascendental para los Estados signatarios. Nos referimos al tema suscitado por el gobierno belga de si esta concepción conduce a una transformación de las obligaciones negativas asumidas por los Estados en otras de índole positiva.

Si ello fuese cierto, nos adentraríamos en una senda extremadamente peligrosa, en cuanto atañe a la interpretación de los textos internacionales. La subsiguiente inseguridad jurídica produciría el efecto de un receloso retraimiento de los Estados a la hora de firmar y ratificar convenios en los que se contemplase el principio de no discriminación.

Importa plantear correctamente la cuestión por cuanto (como sucede con tanta frecuencia) del propio planteamiento depende en gran medida el resultado. Si nos atuviéramos a la teoría de que el reconocimiento de derechos civiles constituye un acto declarativo, mientras reconocer derechos sociales (en su más amplio sentido) se presenta como acto constitutivo (64), la deducción lógica habría de ser que en los primeros el Estado tiene una obligación negativa, de abstención; en el segundo grupo, por el contrario, estaríamos ante una obligación de hacer. Mas a las dificultades suscitadas por la delimitación de fronteras entre ambas categorías (65) se añade la no menos grave circunstancia que supone convertir en rígido el sistema de protección. Por eso en este orden de cosas hay que destacar lo siguiente:

- Se entiende, generalmente, que las obligaciones derivadas del denominado **status libertatis** tienen naturaleza negativa.

La doctrina, para alcanzar dicha conclusión, casi siempre se fundamenta en los mismos términos del o de los textos controvertidos, que obligan al correspondiente ente estatal a abstenerse. No de ello cabe deducir que las mencionadas obligaciones no implican un derecho; como observa la Comisión (ante el párr. 1, del art. 2, del Protocolo núm. 1), incluso en su negatividad pueden esconder tal derecho (66).

- Ese problema se presenta de forma candente en los supuestos en los que el artículo 14 actúa como derecho. En esta perspectiva su juego ha de descartarse si nos encontramos ante derechos o libertades reconocidos en un ordenamiento interno, pero que no están en profunda conexión con los enumerados en los textos internacionales. Reconocimiento y conexión se erigen, por tanto, en requisitos imprescindibles para la protección internacional; su alegabilidad ante los órganos europeos depende de aquéllos.

(63) Parágrafos 39-40, *loc. cit.*, p. 330.

(64) BOSSUYT, *op. cit.*, pp. 225-226.

(65) A título de ejemplo, ¿puede calificarse de civil el derecho a la instrucción?

(66) Asunto lingüístico, *loc. cit.*, p. 839.

- Si en la hipótesis de las obligaciones negativas también puede verse reconocido un Derecho exigible contra los correspondientes órganos estatales, resta calificar la obligación de no discriminar como positiva, negativa o condicional. La tercera vía es la seguida por la Comisión en el caso lingüístico; así «no es una obligación de hacer, a diferencia de una obligación de no hacer. Es una **obligación condicional**. Si el Estado asume funciones en el terreno de la educación, debe ejercerlas de una manera no discriminatoria» (67). Esta tercera vía se convierte en la más progresiva; en cierto sentido introduce la prohibición de discriminación en todos los ordenamientos internos de los cuales esté ausente, en las materias en las que se dé la reiterada conexión con los textos internacionales.

La internacionalización de la protección contra prácticas discriminatorias se otea ahora desde una óptica que transforma el panorama de su acción en mucho más vasto. Ventaja adicional será que la consideración del principio como obligación condicional cuadra perfectamente con la tesis de su autonomía. En este sentido se impone el principio fundamental de no discriminación.

V. CONCLUSION

Si, como observa René CASSIN, «cualesquiera que sean las modalidades del futuro, una cosa es cierta, los derechos fundamentales del ser humano no serán reconocidos, y efectivamente protegidos, más que si, en el mundo entero, se establece un vasto movimiento en su favor» (68), lo mismo cabe afirmar respecto al principio estudiado. Resulta imprescindible su enunciación por las legislaciones estatales; no debe olvidarse su interrelación con la idea de igualdad; mas escasa sería la transcendencia del mismo si su potencialidad se agotara en ello.

Prácticas discriminatorias (no confundibles con diferenciaciones legítimas, objetivas y proporcionadas) se dan cada día. La erradicación de aquéllas (que suponen la existencia de concepciones mentales con parámetros cercanos a los propios de los estamentos) es tarea colectiva, constante y lenta; los frutos se recogerán asimismo poco a poco.

Al admitir la tesis de la autonomía del artículo 14 de la Convención Europea la no discriminación se nos presenta como principio realmente básico de todo el sistema de protección, a la vez que deviene imprescindible clave de interpretación de aquél. A través del mismo se ha de caminar hacia una sociedad más humana y más igual, en absoluto asimilable a un tipo de sociedad cimentada en el igualitarismo.

(67) Cit. por BOSSUYT, p. 172 (subraya él mismo). Realmente la Comisión no traspone en su totalidad la teoría civilista de las obligaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que no se refiere a las obligaciones de dar y a sus correaltivas de no dar; pero, sin duda, ambas tienen un cuño más privatístico, más ligado al contrato entre particulares.

(68) En *Les Droits de l'Homme*, «RCADI», 1974-IV, núm. 140, pp. 330-331.

