

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO. APUNTES DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Dra. María Martín Sánchez¹

SUMARIO: 1. El derecho a no ser discriminado. 2. Discriminación y grupos. 3. El tratamiento del derecho a no ser discriminado dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. El derecho a no ser discriminado.

La igualdad va más allá de su concepción como valor superior del ordenamiento jurídico. Es un derecho. Se trata de un derecho fundamental, así reconocido en todas las Cartas internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, conscientes de su imprecisión y de la imposibilidad de materializarlo sin contar con término concreto de comparación, se complementa y se hace realmente efectivo en la prohibición de discriminación respecto al resto. Esto es, la efectividad del derecho al trato igual no es sino el derecho a no recibir un trato diferenciado desproporcionado respecto a los demás. Con independencia de cuál sea el término de comparación. De manera absoluta, protege a toda persona frente al riesgo de discriminación, con independencia

de sus características personales, sociales, o de cualquiera otra índole.

Muchos son ya los juristas que hablan del derecho a no ser discriminado como el auténtico derecho que subyace en los postulados que se refieren al derecho a la igualdad en la ley, ante la ley o en la aplicación de la ley.

Así se proclama en las cartas de derechos, que reiteran lo ya previsto por la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH):

Artículo 1 DUDH.- *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.*

Artículo 2 DUDH.- *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de*

¹ *Doctora en Derecho por la Universidad Castilla La Mancha y DEES en Estudios Europeos por la Universidad Montesquieu-Bordeaux IV. Profesora en Derecho Constitucional en la Universidad Castilla La Mancha. Miembro de la Comisión Académica del Máster de Derechos Fundamentales, miembro de la Comisión Académica del Máster de Derecho Constitucional, Secretaria del Máster de Derecho Electoral y Coordinadora del Doctorado de Derecho Constitucional.*

cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía

Artículo 7 DUDH.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación

Así, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, CADH):

Artículo 24 CADH.- Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Y en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH):

Artículo 14 CEDH: Prohibición de discriminación. 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.

En todas ellas se sigue un mismo patrón, la prohibición de discriminación. Se consignan determinadas causas sobre las que de manera expresa se prohíbe el trato discriminatorio. La previsión de estas causas y no de otras no es arbitraria, se justifica por considerar que pesa sobre ellas una fuerte presunción de discriminación.

Bien se trata de rasgos inmanentes al ser humano, con los que nace; o de caracteres que el individuo adquiere a lo largo de su formación personal, en las que pueden influir multitud de factores como el componente hereditario o las propias decisiones que adopte, en las que además de la igualdad entra en juego el ejercicio de derechos y libertades.

Su sentido no es otro que reforzar la protección de derechos y libertades, impidiendo su menoscabo por la falta de razonabilidad del criterio utilizado en determinados tratamientos diferenciadores.² Ahora bien, se deduce una clara intención de no cerrar la posibilidad de incluir nuevas causas equiparables a las expresamente mencionadas, recurriendo para ello a las cláusulas abiertas de cierre.

Las denominadas “cláusulas genéricas”, son utilizadas por la mayoría de las cartas de derechos, aunque quizá el ejemplo más claro, que ha servido de modelo a Tratados

2 Rodríguez-Piñero, M. & Fernández, M^a. F. (1986). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos

y Constituciones posteriores ha sido, como apuntamos anteriormente, la Declaración Universal de Derechos del Hombre, proclamando en su artículo 2 que: *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (...)*, que ya utilizó este tipo de fórmula en sus trabajos preparatorios.

Este tipo de cláusulas obedece a una clara justificación. Como apuntábamos anteriormente, la noción “discriminación” no tiene unos parámetros exactos e inamovibles en virtud de los cuáles considerar si por razón de una circunstancia se está o no discriminando. Se trata de un concepto evolutivo que cambia con la sociedad, ya que algo que hace cincuenta años podía ser considerado causa de discriminación, puede no serlo ahora por el cambio de ideología y de modo de vida de la sociedad.

Además, no es posible que los constituyentes agotasen la presunción de discriminación en la redacción del Texto y, aún menos, las que pudieran venir en tiempos futuros, con lo que mediante estas cláusulas se permite abrir la protección a nuevos factores sobre las que recae un especial riesgo de discriminación. Y, como no podría ser de otro modo, en la Constitución española (en adelante, CE), siguiendo el modelo de las cartas internacionales de derechos. Especial relevancia denota el hecho de que la igualdad aparece en ella, a la cabecera del Capítulo II, dedicado a los “Derechos y Deberes”, en su artículo 14.- *Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo,*

religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Recurre a la prohibición expresa de discriminación y a la cláusula abierta de cierre. Mecanismo de apertura que ha adquirido en nuestro ordenamiento una gran importancia, aún más relevante en un contexto social caracterizado por la diversidad como el actual.

Ahora bien, es preciso limitar esta posibilidad de apertura. Las cláusulas genéricas no pueden concebirse como mecanismo ilimitado y discrecional pues perderían su propio sentido y más aún, el sentido de lo previsto expresamente respecto al derecho de igualdad. Un correcto uso de este tipo de cláusulas de cierre pasaría por fijar los parámetros que habría de superar la supuesta “nueva” causa de discriminación para ser considerada como tal.

Muchas son lecturas que se han dado a la llamada cláusula de apertura de la prohibición de discriminación. Algunos, interpretan que no existe separación alguna entre las causas expresas de no discriminación y las basadas en “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, de manera que las especificaciones podrían quedar reducidas a meros títulos enunciativos. Contrariamente, puede interpretarse que lo expresamente protegido por el Constituyente frente a la discriminación, goza de una naturaleza peculiar, por tratarse de circunstancias que implican un juicio más estricto de igualdad que cualesquiera otras diferenciaciones, ahora bien, desde la certeza de que no se trata de un “*numerus clausus*”.

De entre las anteriores propuestas, me inclino por esta última. Si el Constituyente quiso dejar abierta la posibilidad de otorgar una protección reforzada a nuevas causas

sobre las que existe una fuerte presunción de discriminación, la protección de estas debe ser idéntica a la dada a aquéllas que previó de forma expresa. Eso sí, siempre y cuando superen determinados parámetros que justifiquen dicha presunción.

Como apuntábamos, la solución pasaría por fijar los requisitos que justifiquen el reconocimiento de nuevas categorías.³ Así se sostendría la posibilidad de que a las concebidas como “nuevas” pueda aplicárseles el juicio de proporcionalidad reservado a las ya escritas. Cuando hablamos de reconocimiento de nuevas categorías asimiladas a las enunciadas por el Constituyente nos referimos a causas que afecten a la dignidad y los derechos de la persona, en especial si como consecuencia de ellas da lugar colectivos minoritarios, o lo que considero que es más acertado, colectivos más vulnerables de ser discriminados.

A tenor de la práctica llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, se advierte la existencia de dos gradaciones en la intensidad del juicio de proporcionalidad. De un lado, un *juicio de mínimos*, aplicado sobre toda discriminación normativa; y por su parte un *juicio estricto*, o juicio agravado de igualdad, aplicado sobre discriminaciones derivadas de las categorías específicas de no discriminación y de la afectación de derechos fundamentales. Ambos siguen la misma estructura, comprendida en un juicio de la razonabilidad de la clasificación legislativa y posterior juicio de la proporcionalidad

de la diferencia de trato. Ahora bien, el juicio estricto se rige por técnicas propias, siguiendo determinados parámetros que endurecen la perspectiva del juicio.

Los parámetros exigidos en el juicio de igualdad se endurecen fundamentalmente en la exigencia de vinculación de los supuestos de hecho a la razón de ser de la medida diferenciadora; y en la constitucionalidad de la finalidad legislativa perseguida con la misma.⁴

Este es realmente el quid de la cuestión, descubrir la auténtica finalidad de la norma, ya que en muchas ocasiones aparece disimulada a través de discriminaciones encubiertas o indirectas, en las que resulta difícil advertirla.

2. Discriminación y grupos.

Sentada la posibilidad de considerar nuevas categorías identificadas con ciertos grupos o colectivos, habría que determinar cómo hacerlo. Como apuntábamos, la mera posibilidad de apertura no resuelve por sí misma el problema, al contrario, lo acentúa dando cabida a cualquier medida diferenciadora.

Se hace ineludible fijar los *parámetros*, en virtud de los que determinar, qué grupos son susceptibles de esta protección reforzada frente a posibles tratos discriminatorios. Sin embargo, mientras otros modelos constitucionales han zanjado la cuestión estableciendo dichos parámetros, no ha

3 Un ejemplo de apertura fue la STC 269/1994, de 3 de octubre, “caso cuota para discapacitados en la Comunidad Canaria”.

4 Martín, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ocurrido lo mismo en el caso español, donde sigue sin resolverse por parte del Tribunal Constitucional.

En el entorno comparado, el Tribunal Supremo Americano ha sido pionero en resolver esta cuestión. La Constitución de los Estados Unidos de América sólo prevé una cláusula genérica de igualdad y es el Tribunal Supremo quien ha realizado, a través de su jurisprudencia, la labor de delimitar qué causas son merecedoras de una especial protección. En efecto, se trata de un caso muy particular que, por su propia imprecisión, exigía una respuesta que aportara cierta seguridad jurídica a la hora de aplicar el derecho a la igualdad. En suma, el Tribunal ha resuelto la cuestión adoptando una serie de parámetros, a partir de los cuáles los grupos más susceptibles de discriminación, pueden ampararse en el denominado juicio de proporcionalidad.

Obviamente, esta doctrina no puede trasladarse directamente a nuestro ordenamiento jurídico atendiendo a la disparidad existente entre ambas realidades jurídicas. Al contrario, hasta la fecha el Tribunal Constitucional español no se ha pronunciado acerca de los requisitos requeridos para ampliar la protección reforzada, a nuevos colectivos a través de la cláusula abierta. Tan solo se ha pronunciado tímidamente acerca de la consideración de nuevos grupos, al hilo de amparos que ha tenido que resolver, pero sin revelar ninguna fórmula resolutoria al respecto.

En mi opinión, la posición adoptada por el Alto Tribunal no resuelve en absoluto la cuestión, máxime en una sociedad en donde cada vez más se acentúa la diversidad y la convivencia de grupos e individuos diferentes y portadores en muchas ocasiones de caracteres ajenos a los que vienen siendo tradicionales en nuestra cultura occidental, y que los hacen más vulnerables frente a tratamientos discriminatorios por parte de terceros y por parte del propio legislador.

Por todo, nos parece oportuno recurrir a la experiencia del Derecho Comparado –en la medida en que se ajuste al nuestro- y a la propia jurisprudencia constitucional. Atendiendo al criterio seguido, los parámetros exigibles para la consideración de “nuevas” categorías, podrían aproximarse a los siguientes: rasgo común que identifique como grupo, una historia de discriminación, disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso político que condujo a la creación de la norma en cuestión, y prejuicios sociales en contra y susceptibles de ser reforzados con la distinción normativa.⁵

El *rasgo común que identifique como grupo* supone que el mismo, además de identificarlos como tal, constituya la razón por la que han padecido una historia de discriminación y se les ha marginado tanto política como socialmente.

La *historia de discriminación* es la compartida y sufrida por el grupo, social y jurídicamente.

5 Giménez, D (1998). *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch; Martín Sánchez, M. (2008). *Matrimonio homosexual y Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch; Martín Sánchez, M. (2010). *La prohibición de discriminación por orientación sexual*, *Estudios de Deusto*, vol. 59/1.

Respecto a la *disminución de la posibilidad de defensa de los intereses del colectivo en el proceso político* que condujo a la creación de la norma en cuestión, se trata de un rasgo tomado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Americano, no utilizado por la española.⁶ Radica en la necesidad de aplicar el juicio de proporcionalidad a clasificaciones normativas que perjudican directamente a determinados colectivos que además tienen razones históricas para desconfiar del legislador.

En la actualidad se ha experimentado un extraordinario aumento de las personas vulnerables, no solo en tanto en cuanto a su número sino que además han aparecido nuevos factores de vulnerabilidad que se han convertido en verdaderas causas a tener en cuenta. Me refiero de manera muy particular a las diferencias culturales, que en numerosas ocasiones concurren en el mismo grupo de personas.

Hoy en día, la *diferencia cultural* es uno de los grandes factores de vulnerabilidad. Si bien es garante de la diversidad, entendida esta como elemento enriquecedor de la sociedad y como expresión de la libertad del individuo,⁷ el choque cultural conlleva en ocasiones a la marginación social de quienes pertenecen a estos grupos, erigiéndose como otra de las actuales inquietudes de los poderes públicos.

La integración cultural ha supuesto que los “clásicos” grupos -sexo, orientación sexual, o incluso de la raza- cedan su protagonismo a nuevos modos de susceptibilidad originados principalmente por la inserción de culturas y modos de vida muy diferentes a la comúnmente admitida en nuestra sociedad occidental. Esta cuestión es especialmente problemática cuando quienes vienen de fuera ponen en práctica usos que rozan la línea fronteriza entre lo legal y lo inconstitucional.

Da igual la razón, ya sea cultural, social, sexual, o incluso económica, no somos individuos aislados sino que inevitablemente, nos identificamos con unos u otros individuos por alguna de estas razones. Ser hombre o mujer, católico o musulmán, blanco o negro, heterosexual o no, ser viejo o joven e incluso disfrutar de una posición económica solvente o no, nos hacen susceptibles ante diferentes situaciones o circunstancias, generalmente como consecuencia del carácter imperante en nuestras sociedades, en las que los patrones tradicionalmente idealizados – hombre, heterosexual, católico, sano, activo y con posibilidades económicas- aún constituyen modelos en un contexto cada vez más variopinto y con mayores posibilidades y alternativas.⁸

No quiero decir con esto que la sociedad se componga de la suma de colectivos, de manera que se hiciera necesario tratar a

6 Rasgo utilizado por autores como Giménez Gluck, como rasgo o parámetro innovador.

7 Salazar, O. (2010). *Cartografías de la Igualdad. Ciudadanías e identidades en las democracias contemporáneas*. Valencia: Tirant lo Blanch. En la pág. 37, afirma que: “cobra cada día más fuerza la conciencia de la identidad y se plantea la necesidad de amparar la diversidad cultural como expresión de la libertad de los individuos y de los colectivos en que se integran”.

8 Martín, M. (2014), *La protección de las minorías en Castilla-La Mancha. Estudio comparado por Autonomías*. Toledo: Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha.

cada uno de éstos de manera diferente y aislada, más bien al contrario.

En un contexto de progresiva erosión del Estado Social, en el que disminuyen las garantías públicas a la vez que aumentan de manera precipitada las situaciones de desigualdad y exclusión, surge la necesidad de adaptar algunos principios y estructuras configuradoras del Estado Social, conforme a la actual realidad. Así las cosas, el principal reto de la gestión de la sociedad multicultural es atender las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías, especialmente de las denominadas “nuevas minorías”.

Si tomamos en consideración las causas protegidas constitucionalmente: “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión”, y les aplicamos los parámetros mencionados a cada una de ellas, advertimos que son perfectamente válidos para explicar en términos jurídicos que, efectivamente, se trata de grupos identificados por compartir alguna condición personal (el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión); han sufrido una historia de discriminación como grupo (los extranjeros, pertenecientes a otras razas, mujeres, pertenecientes a otras religiones o ideologías diferentes de la mayoritaria, no hace falta poner ejemplos); su condición les ha apartado del proceso político de toma de decisiones por lo que aún se les ha discriminado más; y todos han sufrido perjuicios sociales que, en ocasiones perduran aún hoy en día.

Incluso, si aplicamos estos parámetros a las que consideramos “causas de nueva inclusión”, esto es, la orientación sexual, la

discapacidad o la pertenencia cultural, entre otras, obtendremos el mismo resultado, de modo que los referidos parámetros les son perfectamente aplicables, considerando susceptibles de protección a quienes se identifiquen con aquéllos por tratarse de grupos vulnerables. Todos ellos se identifican como minoría, precisamente en razón a su vulnerabilidad. No obstante, es conveniente hacer algunas precisiones.

Entre los grupos enumerados hay uno que debe diferenciarse del resto, las mujeres. Aunque hay controversia respecto a la consideración de las mujeres como grupo o minoría, nos referimos a ellas (a nosotras) de este modo por identificarse con una de las causas sobre las que desde siempre ha recaído una fuerte presunción de discriminación (el sexo), y por cuya razón han (hemos) estado en situación de desventaja respecto a los hombres, apartadas de ciertos ámbitos, tratadas de manera diferente sin justificación constitucional.⁹ La discriminación por sexo es una de las causas previstas constitucionalmente de manera expresa, por lo que, si bien es cierto que tanto el legislador autonómico en su norma institucional básica como el resto de la legislación debe tener en cuenta esta protección y evitar toda discriminación por razón de sexo, se trata en todo caso de algo ya reconocido expresamente por nuestro Constituyente (además de una amplísima legislación y jurisprudencia constitucional).

En situación similar encontramos al grupo de los migrantes o extranjeros, discriminados como minoría –en lo político, social, cultural, entre otros–, por razón de su “*nacimiento, raza*

9 Más adelante tendremos oportunidad de volver a esto.

o religión”, según el caso. Son numerosos los Tratados y Declaraciones Internacionales que protegen los derechos de esta minoría y que expresamente prohíben discriminar por cualquiera de las causas que les identifican como grupo; en ámbito nacional, también el legislador español y la jurisprudencia han dado cumplimiento al mandato constitucional, de manera que la minoría migrante vea salvaguardados sus derechos.

Diferente es el caso de otros grupos – discapacitados, homosexuales, jóvenes, mayores, y otros grupos marginados-. Estos otros hasta ahora no han sido reconocidos de manera expresa como especialmente vulnerables por su causa común – discapacidad, orientación sexual, u otras causas de marginación, como la pobreza-, si bien algunos de ellos ya han sido equiparados a los anteriores por el legislador y de manera especial, por el Tribunal Constitucional. Es el caso de la discapacidad y la homosexualidad, que cuentan con la protección que el Tribunal Constitucional les ha otorgado a través de su jurisprudencia.¹⁰ En ambos casos, el Tribunal Constitucional ha seguido la doctrina sentada en Derecho

Europeo en el que, tanto la discapacidad como la orientación sexual, se protegen de manera expresa como causas especialmente vulnerables de discriminación a través de Textos como el *Tratado de Ámsterdam*¹¹ o la *Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000*.¹² Así lo ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) a través de su jurisprudencia, desde hace años, en pronunciamientos tales como: *STEDH de 21 de diciembre de 1999, asunto Salgueiro da Mouta Silva* –asunto pionero en relación a la prohibición de la discriminación por orientación sexual- o *STEDH de 30 de abril de 2009* –sobre discapacidad-.

Ahora bien, las nuevas sociedades descubren un tipo de minoría que no coincide necesariamente con el grupo migrante.¹³ Se trata de los grupos culturales o religiosos minoritarios, no constituidos necesariamente por migrantes, o por personas de diferente etnia, ni tan siquiera por personas pertenecientes a determinada religión, sino practicantes de determinada cultura propia –muy ligada normalmente a creencias religiosas- ajena absolutamente

10 A estos efectos, ha de señalarse que el Alto Tribunal ha sentado vía jurisprudencial la prohibición de discriminación respecto a la discapacidad –STC 269/1994, de 3 de octubre- y años después se pronunció de la misma manera con respecto a la orientación sexual –STC 41/2006, de 13 de febrero-, aunque no se refirió a la posibilidad de ampliar la letra del artículo 14 CE.

11 Artículo 13 *Tratado de Ámsterdam*: “El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

12 Artículo 21 *Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.-No discriminación-: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

13 A este respecto, véase Ruiz, E. J. (2006). *Minorías, inmigración y democracia en Europa. Una lectura multicultural de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch. La autora, en relación a las nuevas minorías afirma que la aproximación crítica al concepto de minoría: “nos debe ayudar a enmarcaren categorías globalmente válidas las realidades que derivan de la diversidad cultural e identitaria de nuestras sociedades democráticas”

a nuestra tradición.¹⁴ La diversidad cultural ha propiciado que estas minorías culturales hayan adquirido una fuerte presencia, lo que hace preciso el diseño de políticas de integración social y cultural, si bien delimitando lo constitucionalmente protegido en términos de no discriminación, y lo ilegal.¹⁵

3. Tratamiento del derecho a no ser discriminado dado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La igualdad y más concretamente el derecho a no ser discriminado, ha sido y es uno de los ejes centrales de la política seguida por los legisladores y por los poderes públicos en general en Europa y, desde luego, en España.

Dejando a un lado cuestiones genéricas de corte teórico como son la consideración de la prohibición de discriminación o las posibles soluciones aportadas respecto a los nuevos grupos merecedores de una especial protección, nos centraremos a continuación en cómo se traducen en la práctica dichos postulados.

Lejos de pretender agotar la cuestión en estas pocas páginas, inviable por otra parte, nuestra intención es hacer un breve repaso a la jurisprudencia más destacada, aportada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos:

Artículo 14 CEDH: *Prohibición de discriminación.*

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

Al que acompaña el Protocolo n° 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, de 4 de noviembre de 2000.-

Considerando el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a la misma protección por la ley; Resueltos a tomar nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de la prohibición general de la discriminación a través del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (denominado en lo sucesivo “el Convenio”); Reiterando que el principio de no discriminación no impide a los Estados Partes tomar medidas para promover una igualdad plena y efectiva, siempre que respondan a una justificación objetiva y razonable; Han convenido lo siguiente: ARTÍCULO 1 Prohibición general

¹⁴ Sobre la diversidad cultural, Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Buenos Aires: Paidós Ibérica. La autora afirma que: “La supervivencia de una cultura no está garantizada y, cuando está amenazada por la degradación o la decadencia, debemos actuar para protegerla (...)”.

¹⁵ A este respecto, Fernández García, E. (1999). *La Declaración de 1948. Dignidad humana, universalidad de los derechos y multiculturalismo*. Madrid: CGPJ. El autor sostiene que: “la identidad cultural diversa, enfrentada a los derechos, es el fenómeno que debe adaptarse y subordinarse a ellos y no al contrario”, p. 247.

de la discriminación 1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de 50 51 otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1. A

Asumido también en el marco de la Unión Europea, entre otros, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF):

Artículo 21 CEDF:

1.- *“se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”;*
2.- *“se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados”.*

A través de la interpretación dada por el TEDH a la igualdad y a la prohibición de discriminación, se pone de manifiesto cómo ha configurado el llamado “derecho a no ser discriminado” y es posible vislumbrar qué líneas de actuación serán las adoptadas por el mismo, a partir de las cuáles actúan los Estados. Así, la labor emprendida por los legisladores nacionales, como el español, y la evolución experimentada en su actuación en los últimos años, obedecen en gran

medida a la evolutiva interpretación de los derechos dada por aquél.

Haciendo un apunte a este respecto, recordemos que la ejecutoriedad de las Sentencias dictadas por el TEDH aún no ha alcanzado la fuerza que posiblemente debería tener, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos internacionales de derechos como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sin embargo, la falta de mecanismos que garanticen dicha ejecutoriedad no entorpece la efectividad de la jurisprudencia del TEDH en la interpretación de derechos realizada por el Tribunal Constitucional español:

Artículo 10 CE:

1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*

Dejando a un lado esta controvertida cuestión, y retomando el objeto de nuestro estudio, nos aproximaremos a la jurisprudencia del TEDH respecto a la igualdad, que adelantamos se caracteriza por su riqueza y por su carácter ambicioso, abarcando las más diversas cuestiones relacionadas con aquella: género, identidad sexual, identidad cultural y convicciones religiosas, o discapacidad, entre algunas otras. Se pone de manifiesto cómo el TEDH ha hecho efectiva la apertura

de la prohibición de discriminación a través del reconocimiento de nuevos grupos. Lejos de recorrer su jurisprudencia, nos limitaremos a señalar algunas de sus sentencias más relevantes en torno a cuestiones especialmente controvertidas relacionadas con el derecho no ser discriminado, a veces, aún carentes de una respuesta clara.

Antes que nada, señalemos la que sin lugar a dudas es el punto de partida en el reconocimiento del derecho a no ser discriminado:

STEDH de 7 de diciembre de 1976: sobre la interpretación extensiva del artículo 14 CEDH. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez sobre la protección expresa frente a la discriminación prevista en el CEDH, advirtiendo que es equiparable a las causas reconocidas en aquél:

“todo trato discriminatorio que tenga por base o por motivo una característica personal mediante la cual personas o grupos de personas se distinguen unos de otros...”

El TEDH quiso zanjar las distintas interpretaciones dadas a la “cláusula de cierre” del Convenio, determinando que no se trata de una lista cerrada sino que abre la posibilidad de adecuarla a nuevas situaciones o circunstancias susceptibles de igual consideración, por recaer sobre las mismas una fuerte presunción de discriminación. No obstante, con este reconocimiento de ningún

modo quedaba cerrada la cuestión, sino que ha sido a través de su jurisprudencia la manera en la que de manera cierta ha ido perfilando su doctrina, reconociendo la entidad de algunos los denominados “nuevos grupos” más controvertidos.

Como apuntábamos, no es nuestra pretensión hacer un repaso global a su jurisprudencia, sino destacar algunos de sus pronunciamientos en torno a algunas de las cuestiones abordadas por aquél, algunas de ellas aún objeto de debate.

Comenzaremos por la cuestión de género. Nótese que optamos por la expresión “género” y no “sexo”, por cuanto el género es un concepto más amplio que se manifiesta de forma transversal en cualquiera de los ámbitos de la vida –laboral, social, penal,...-, y que exige el reconocimiento de la perspectiva de género en todas ellas. Se trata de conflictos en torno al artículo 14 CEDH¹⁶

Innumerables son los pronunciamientos acerca de la cuestión de género, que han conformado una sólida jurisprudencia en torno a la igualdad de trato entre las mujeres y los hombres. Así, en los más diversos ámbitos, en el espacio de lo público, pero también de la vida privada y familiar.¹⁷

Bien, dentro de todo lo que abarca la cuestión de género, hay una que destaca entre las demás por considerarse la más cruel forma de discriminación hacia las mujeres: la violencia

¹⁶ Artículo 14 CEDH.- *Prohibición de discriminación*

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.

¹⁷ En este espacio se enmarca la violencia de género más generalizada, a la que podríamos denominar “violencia de género intrafamiliar o afectiva.”

de género y, de manera aún más precisa, algunas de las maneras más obviadas de violencia de género: la prostitución como explotación sexual de mujeres.

Solo me referiré a ésta última por considerarla de especial atención y de relativo reciente tratamiento por parte del Tribunal Europeo. Durante décadas, la violencia de género pasó “inadvertida” en el ámbito del Consejo de Europa, siendo amparada como “violencia” sin más. No reconocía el amparo de este tipo específico de violencia desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Un buen ejemplo de ello es la STEDH: *Sentencia de 26 de marzo de 1985, Asunto X. e Y. c. Países Bajos*. Fue el primero en el que el TEDH estimó que un acto de violencia contra una mujer cometido por un particular era constitutivo de una lesión de un derecho recogido en el CEDH. En el mismo se planteaba el caso de una adolescente con discapacidad mental que había sido violada por un familiar de la directora del centro para niños con discapacidades mentales donde vivía. El Tribunal reconoció lesión del artículo 8 CEDH, por agresión sexual, pero no así del artículo 3 CEDH. Además, excluyó que se apreciara en el caso discriminación sexual por lo que quedó fuera del amparo por el artículo 14 CEDH.

También, la *Sentencia de 25 de septiembre de 1997, Asunto Aydın c. Turquía*. Este fue el primer caso de violencia contra una mujer a manos de un agente del Estado planteado ante el TEDH. Además, por primera vez también, en el asunto las agresiones

sexuales sufridas por la demandante fueron consideradas como una forma de tortura, apreciada así desde el artículo CEDH.

Este asunto es destacable por cuanto el Tribunal aprovechó también para reconocer el “efecto horizontal”¹⁸ de los derechos del CEDH

“(...) cuando su violación se produce como consecuencia de la actuación de actores no estatales por no haber actuado el Estado con la diligencia debida para proteger, respetar y/o garantizar los derechos de las personas bajo su jurisdicción (...)”

Sin embargo, probablemente a partir de las políticas impulsadas por los Estados miembros, combativas frente a la violencia de género como un tipo de violencia específica contra las mujeres, la Europa del Consejo ha comenzado a reconocer la entidad de la violencia de género, especialmente con la firma de la *Convención sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica el 11 de mayo de 2011*.

En la misma línea, el TEDH cambió de criterio de manera que comenzó a reconocer la violencia de género como manifestación de la discriminación hacia las mujeres. El Tribunal comenzó por una progresiva ampliación de los derechos que se ven afectados en este tipo de violencia (expuesta a modo de ejemplo en las sentencias anteriormente citadas). Lejos de limitar la cuestión al artículo 8 CEDH, reconoce la

¹⁸ Alija Fernández, R.A. (2011). *La violencia doméstica contra las mujeres y el desarrollo de estándares normativos de derechos humanos en el marco del Consejo de Europa*, Revista General de Derecho Europea, núm. 4.

afectación de otros como el derecho a la vida (Artículo 2), el derecho a no ser objeto de tortura ni penas ni tratos inhumanos o degradantes (artículo 3). Y, finalmente, acabó por reconocer la implicación del principio de no discriminación, en concreto, a partir de la proscrita discriminación por sexo prevista en el Convenio (artículo 14).

Tras escasos pronunciamientos en los que se aprecia una evolución en su jurisprudencia, el cambio de criterio del Tribunal llegó con la célebre *Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto Opuz c. Turquía*. Se trata del caso de una mujer turca y de su madre, quienes fueron abusadas de forma extrema y continua por su esposo y padre, respectivamente. En su pronunciamiento de condena a Turquía, el TEDH consideró que los actos de violencia doméstica denunciados no sólo violaron el derecho a la vida y el derecho a estar libre de tortura,¹⁹ sino también el principio de no discriminación. Es la primera vez que el Tribunal de Estrasburgo condena por violencia de género, apreciando ésta como una manifestación de la discriminación sexual proscrita en el Convenio.

Dentro de este tipo de discriminación hacia las mujeres que es la violencia de género, queremos detenernos en la prostitución. Controvertida y sin respuestas claras por

parte de la mayoría de los legisladores, se ha convertido en la actualidad en una de las grandes cuestiones sobre la que más antes que después, las leyes y los tribunales tendrán que adoptar soluciones. Ante la disyuntiva planteada: bien su consideración como una actividad libre y voluntaria de las mujeres, encuadrada en su esfera de libertad, derecho de las mujeres; o, por el contrario, su consideración como otro tipo de manifestación de la violencia de género.

Para evitar equívocos, me refiero entonces a la “prostitución forzada”, mujeres que se ven obligadas a prostituirse por imperativo de hombres, a quienes se encuentran sometidas por cuestiones de índole económica principalmente, a las que se añaden factores como la falta de formación y de otros recursos. Haciendo propias las palabras de M.L. Maqueda: “*estamos, nada más y nada menos, ante la nueva esclavitud de nuestro tiempo*”²⁰; “*(...) la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad*”, así se reconoce en el *Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas,

19 Entre ellos, consideró que la violencia sufrida por la demandante alcanzaba un nivel de gravedad suficiente para poder ser calificada de “trato inhumano” en los términos del artículo 3CEDH.

20 Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005, añade que pretende combatir y prevenir la trata de seres humanos “(...) garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres” (art. 1). De manera más reciente, el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en su artículo 36, sobre “violencia sexual, incluida la violación” prevé que: “1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: (...); c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”

de 2 de diciembre de 1949.²¹ Ciertamente es que no se especifica el sexo de las víctimas, pero siempre se ha tratado de una práctica realizada con mujeres –con independencia de casos aislados–.²²

Mientras se debate al respecto, encontramos un relevante pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tanto por su contenido como porque podría calificarse de anecdótico. Se trata de la *Sentencia de 20 de noviembre de 2001*, en la que se avaló la prostitución “libre y voluntaria” como “autoempleo”:

“(…) la actividad de la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente (...) siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución”

En España, ante la situación de “alegalidad” en que se encuentra la prostitución,

esta parece ser la línea seguida por los tribunales. Es el Tribunal Supremo el que se ha pronunciado al respecto, pareciendo aceptar la prostitución por cuenta ajena entendiendo que no es forzada,²³ llegando incluso a asimilarla tácitamente con una relación laboral. Así, llama la atención la *Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009*, en la que el Tribunal si bien condenó a los imputados por tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual, les absuelve de un delito contra los trabajadores entendiendo que:

“(…) la prostitución no implica condiciones laborales dignas”,²⁴ añadiendo que: “la cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones que no conculquen los derechos de los trabajadores, no puede solventarse con enfoques morales (...) ya que afectan a aspectos de la voluntad (se entiende que la voluntad de las mujeres) que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones”.²⁵

21 A este respecto véase Maqueda Abreu, M.L. (2000). *El tráfico de personas con fines de explotación sexual*, Jueces para la Democracia, núm. 38. Afirma que: “desde sus orígenes, el fenómeno del tráfico sexual de personas ha aparecido esencialmente vinculado a las mujeres (...) el nombre con el que fue conocido, regulado y después penalizado, haya sido el de la trata de blancas, en tanto que sinónimo de “comercio transfronterizo de mujeres”.

En idéntico sentido Pomares, E. (2011). *El delito de trata de seres humanos con la finalidad de explotación laboral*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 13-15.

También Nieto, R. (2010). *Derechos humanos y trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Temas para el Debate, núm. 191, en pp.43-46: “La trata de mujeres con fines de explotación sexual es un fenómeno de dimensiones globales que se conecta con una nueva forma de esclavitud en el siglo XXI”

22 Véase Serra Cristóbal, R. & Loria García, P. (2007). *La trata sexual de mujeres. De la repercusión del delito a la tutela de la víctima*, Madrid: Ed. Ministerio de Justicia. Afirman que: “las principales víctimas de la trata de seres humanos son mujeres, aunque los hombres no quedan excluidos de tal tipo de explotaciones”, p. 68.

23 Por citar algunas más recientes: SSTs 678/2012 ó 378/2011

24 A pesar de lo discutible de dichas condiciones en las que mantenían a las mujeres que ejercían la prostitución en sus locales.

25 Al contrario, respecto a las condiciones en que se ejerce la prostitución, algunos autores entienden que: “(...) la víctima podrá haber consentido en un inicio en el ejercicio de la prostitución pero no ha dado su consentimiento para sufrir toda suerte de abusos”, Véase Serra Cristóbal, R. & Loria García, P. (2007), p.67

Por su parte, el TEDH ha abordado la prostitución desde la óptica de la discriminación. Queremos destacar como el asunto de trascendencia internacional “*Beauty Salomon*”, Sentencia de 25 de julio de 2012. Los hechos se remontan al año 2005, cuando una joven de origen nigeriano que ejercía la prostitución en Palma de Mallorca, fue insultada y agredida en varias ocasiones por varios agentes de policía, bajo el pretexto de estar realizando controles de identidad. La joven puso las pertinentes denuncias, señalando que había sido tratada de un modo degradante por ser una mujer negra, que terminaron en Amparo, desestimado por el Tribunal Constitucional, denunciado ante la Corte de Estrasburgo. En su Sentencia, el TEDH condenó a España, afirmando que:

“(…) los tribunales españoles no investigaron con seriedad y efectividad los hechos denunciados por Beauty Salomon”.

Este asunto fue la imagen del informe elaborado por Women’s Link Worldwide,²⁶ organización de defensa de los derechos humanos que en 2008 llevó dicho caso a Estrasburgo. A juicio de esta organización de derechos humanos, es la primera vez que este Tribunal “*reconoce la vulnerabilidad inherente a la condición de mujer africana en un contexto donde la apariencia física se usa como criterio para justificar la persecución policial*”, por no investigar el caso de discriminación sufrido por la ciudadana nigeriana.

El hecho de ser mujer-prostituta negra-extranjera generaría una discriminación más profunda que no podría ser apreciada separadamente. El elemento de la simultaneidad es clave, porque es lo que refuerza la discriminación y la convierte en algo más que una suma de discriminaciones, como puede ser el hecho de que sea una mujer, o por agravar el desvalor del acto sancionable y por incidir fundamentalmente en personas especialmente vulnerables. Así, además de abordar la cuestión de la prostitución reconociendo el trato discriminatorio a las mujeres prostitutas, identificó de manera expresa lo que denominamos “discriminación múltiple”.

Por su parte, muchos son los asuntos llevados ante el TEDH denunciando discriminaciones por cuestiones de raza y/o etnia, en concreto y de manera muy reiterativa en relación a gitanos. Unas veces por la condición racial o étnica en sí misma, otras respecto a costumbres propias de ésta. Este tipo de discriminación aparece la mayoría de las veces de manera encubierta. Me referiré a la *Sentencia de 13 de noviembre de 2007, Asunto “DH y otros contra la República de Chequia”*. En este asunto, el Tribunal reconoce una “discriminación encubierta” hacia los niños gitanos, a quienes el Estado checo destinaba a escuelas para discapacitados, diferenciándolos así y apartándolos de los demás niños. El motivo alegado por el Estado fue en razón a las “capacidades y necesidades educativas de los niños”. El Tribunal se pronunció condenando al Estado

26 Women’s Link Worldwide junto con SOS Racismo denunciaron los más de seiscientos casos de discriminación detectados en España en 2005. En cuarenta y tres de ellos estaban implicados agentes de policía, acusados de agresiones físicas o verbales. La mayoría de estas agresiones se desarrollaron a partir de un control de identidad, como en el caso de *Beauty Salomon*.

checo por el trato discriminatorio contra los gitanos, contrario al mandato de igualdad del Convenio, reconociendo que:

“(...) la posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares (...) salvaguardar los intereses de las minorías y preservar una diversidad cultural que tiene valor para toda la sociedad”

De nuevo en relación a la raza, en este caso etnia, encontramos la *STEDH*, de 8 de diciembre de 2009, *Asunto Muñoz c. España*, conocido como el caso de “La Nena” en el que el Tribunal alude también a lo que se ha denominado “doble o múltiple discriminación”. Este caso gira en torno al reconocimiento jurídico de un rito propio de la denominada ley gitana, el “matrimonio gitano”, en el cuál no media la ley civil. Esto unido a que es costumbre entre la raza gitana que sea el hombre quien trabaje fuera de casa y no la mujer, deja a ésta en una situación de desprotección absoluta en caso de viudedad. Tradicionalmente, la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional español rechazaba el derecho a la pensión de viudedad a la viuda gitana por no existir contrato matrimonial legal –requisito necesario para adquirir el derecho a la pensión-.²⁷ Esta denegación fue llevada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en una histórica sentencia, reconoció el derecho a la pensión de viudedad de la demandante tras 29 años de convivencia con su “marido”, entendiendo que sobre esta mujer recaía un plus de

vulnerabilidad por su condición de gitana, y calificando:

“(...) desproporcionado que el Estado español, que había reconocido el estatus de familia numerosa, había provisto de cobertura sanitaria a la familia de M^a Luisa y había recibido las contribuciones a la Seguridad Social durante 19 años del marido, no reconociera el derecho de M^a Luisa a percibir la pensión de viudedad”.

Este reconocimiento ha supuesto sin lugar a dudas un importante avance en la igualdad y en la prohibición de discriminación de las mujeres sometidas a múltiples factores de discriminación, en este caso, la etnia (con todas las condiciones en las que se encuentran sus mujeres) además del sexo.

Adentrándonos en el tema de la multiculturalidad, ésta, junto a la riqueza que aporta a la sociedad, es origen de no pocos conflictos. La llegada de extranjeros (y extranjeras) de orígenes muy diversos, portadores convicciones religiosas muy alejadas a las nuestras muchas veces exteriorizadas mediante usos y costumbres o ritos desconocidos o incluso sobre los que existen ciertas reticencias, a veces causadas por mero desconocimiento, resulta complicado.

Sobre esta cuestión, el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones, habiendo elaborado una rica doctrina al respecto. Así, se ha pronunciado sobre la discriminación por símbolos religiosos, por ritos y costumbres, por el tratamiento dado a las confesiones religiosas,

²⁷ *STC* de 16 de abril de 2007.

o incluso respecto a la inclusión del culto en el ámbito laboral, entre otras. En todas ellas, ha abordado la cuestión de la discriminación y ha resuelto acerca de los límites entre la tolerancia y el derecho a no ser discriminado, y los límites impuestos desde los propios derechos de terceros y desde el orden público establecido.

En esta situación, resulta muy complicado marcar el límite entre lo admisible desde los derechos de libertad y el libre desarrollo de la personalidad de cada quién, y los derechos de terceros que puedan ser afectados por aquéllos. Solo a partir de un ejercicio de ponderación, desde el respeto a los derechos y al orden público establecido, pueden trazarse las líneas a partir de las cuáles resolver complicadas situaciones de conflicto originadas por la diversidad. Y esto es lo que ha tratado de hacer el TEDH a través de su jurisprudencia.

Comencemos por apuntar uno de los casos más estudiados: la discriminación por la exhibición determinadas creencias religiosas y culturales (a través de símbolos religiosos y/o culturales).

Se trata de conflictos en torno al artículo 9 CEDH.- *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*

2. *La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.*

En concreto, nos referiremos a la exhibición personal de símbolos religiosos -caso del velo islámico- y a la exhibición de símbolos religiosos en edificios de titularidad pública -caso de los crucifijos en las escuelas-. No tienen igual trascendencia las manifestadas por el individuo a título personal, en cuyo caso habría que resolver los posibles conflictos con derechos de terceros, que aquellas otras manifestaciones realizadas por el poder público.

La profesión de determinadas convicciones religiosas o culturales, por razones obvias, son cuestionadas cuando se manifiestan en lo público, fuera del espacio estrictamente privado. Entre estas, una de las manifestaciones religiosas que mayor repercusión ha tenido en Europa ha sido la exhibición del velo -hiyab- por parte de mujeres musulmanas. Esta práctica ha sido cuestionada en varios países europeos, en relación a la prohibición de discriminación, por considerarlas prácticas sospechosas de discriminación hacia las mujeres, y también hacia la religión musulmana; incluso se han llegado a considerar cuestionables en relación al principio de laicismo y al orden público establecido.

En un contexto de diversidad, como venimos apuntando, y de disparidad respecto a la

tradición histórico-cultural de cada Estado miembro, el TEDH ha resuelto de diferente manera según los casos y, sobre todo, en según qué contexto.

Como primer asunto destacable, la emblemática *STEDH de Gran Sala de 10 de noviembre de 2005*, en la que se reafirma en su *Sentencia de 21 junio de 2004, Asunto Leyla Sahin vs. Turquía*. Se trataba de un caso de prohibición del uso del velo en la Universidad pública, que el Tribunal resolvió avalando dicha prohibición, afirmando que

“(...) la prohibición del velo es necesaria para proteger el sistema democrático de Turquía”

A partir de esta, son numerosas las ocasiones en que el Tribunal se ha pronunciado respecto a la prohibición del velo, recurriendo reiteradamente a la doctrina sentada en el mencionado asunto contra Turquía. Interesante nos resulta la posición adoptada por el Tribunal respecto a los asuntos planteados contra Francia. Especial relevancia tienen los *Asuntos Kervanci y Degru vs. Francia, de 4 de diciembre de 2008*, relacionados con la prohibición del velo en clases de educación física de colegios públicos franceses, antes de la entrada en vigor de la ley francesa de 2004 que prohibió el velo en la escuela. En ellos, la Corte se pronunció a favor de Francia, estimando que:

“(...) lo que motivó a la expulsión fue imperativos de protección de derechos de otros y del orden público, y no objeciones a las convicciones religiosas de las alumnas”

Y respaldando la decisión de Francia de prohibir signos religiosos en la escuela laica, añadiendo que:

“(...) el uso del velo puede ser considerado como un acto motivado o inspirado por una religión o convicción religiosa”

Llama la atención el argumento esgrimido en su pronunciamiento, pues recordemos que los hechos denunciados fueron anteriores a la entrada en vigor de la *ley francesa sobre la laicidad (Ley n° 2004-228 del 15 de marzo de 2004)*. Con su decisión, la Corte parece respaldar esta controvertida ley sobre símbolos religiosos.

De manera más reciente, la Corte Europea se ha pronunciado respecto a la posterior *Ley Francesa 2010-1192, de 11 de octubre* (en vigor el 11 de abril de 2011), que estableció la prohibición de portar prendas de vestir diseñadas para ocultar el rostro en lugares públicos. En su *STEDH de Gran Sala de 1 de julio de 2011, Asunto S.A.S. vs. Francia*, declaró dicha Ley conforme al Convenio, avalando así la prohibición del uso del velo en lugares públicos.

En otro orden, también ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto al posible trato discriminatorio, contrario al Convenio, que pudiera resultar de la exhibición de símbolos religiosos y culturales por parte del poder público, sobre el que recae una especial responsabilidad de observancia de los derechos de todos, y de su disfrute en condiciones de igualdad.

Así se traduce en el reconocido asunto de los “crucifijos en las aulas”, de Italia. También en este se aprecia un cambio de criterio por parte del Tribunal, que resulta especialmente llamativo por cuanto no se produce en el tiempo, sino en el seno del mismo asunto ante el propio Tribunal. Es un caso en el que

el criterio de Sala es rectificado por la Gran Sala.

Se trata de la *STEDH de 3 de noviembre de 2009, Asunto Soile Lautsi vs. Italia*, en donde el Tribunal declara que:

“La presencia de crucifijos es una violación de los derechos de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones” y también de “la libertad de credo de los alumnos”. Y añade: “(...) no ve cómo la exposición en las aulas de las escuelas públicas de un símbolo que es razonable asociar al catolicismo (religión mayoritaria en Italia) podría contribuir al pluralismo educativo esencial para preservar una “sociedad democrática”, tal y como la concibe el Convenio”

En contra de lo anterior, el asunto fue recurrido ante la Gran Sala, en *Sentencia de 18 de marzo de 2011*, en la que aprovecha para cambiar de criterio, afirmando que:

“(...) no constituye violación del Convenio (...)”

A diferencia de las anteriores (sexo, raza, opinión o credo...), tal y como advertíamos al comienzo de estas páginas, algunas otras no están escritas en el Convenio, pero sí han sido equiparadas a las anteriores. Ha sido precisamente el TEDH quien ha querido dotarles de igual consideración, a través de su jurisprudencia, y en ocasiones apoyado también en otras Convenciones aprobadas para erradicar otros modos de discriminación.

Me gustaría aquí destacar las que considero más relevantes: la discapacidad y la identidad sexual (y otros derechos implicados en la consideración de estos grupos)

Respecto a la discapacidad, tras una jurisprudencia evolutiva, llegó a reconocer por primera vez y de manera inequívoca la equiparación de la discapacidad respecto a las causas previstas en el Convenio.

Se trata de la *STEDH de 30 de abril de 2009*, en la que se pronunció sobre el asunto en aplicación de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de Naciones Unidas, de diciembre de 2006*. En relación al caso, declaró que:

“El Tribunal sugiere que a las personas en las circunstancias de X se les deberían ofrecer formas alternativas de realizar el servicio militar que requieran menor esfuerzo físico y compatibles con sus limitaciones o la prestación social sustitutoria”. Añadiendo que: “dentro del concepto de “o cualquier otra situación” está incluida la discapacidad”.

Idéntico tratamiento ha dado el TEDH a la orientación sexual. Por primera vez reconoció de manera expresa la consideración de ésta como causa equiparable a las expresamente protegidas por el Convenio frente a la discriminación. Especial relevancia tiene además por tratarse de la primera ocasión en que el Tribunal se pronuncia respecto a la cláusula abierta de cierre prevista en el Convenio, incluyendo una causa “nueva” a través de la misma. Es la *STEDH, de 21 de diciembre de 1999, Asunto Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*. El caso gira en torno a la denuncia planteada ante el TEDH por un padre homosexual contra su Estado, por haberle privado de la patria potestad de su hijo menor a causa de su condición sexual. En su pronunciamiento, si bien el

Tribunal no estimó dicho trato discriminatorio, haciendo prevalecer el interés del menor por determinadas circunstancias que rodean el caso, sí aprovechó para declarar que la condición sexual no puede ser objeto de discriminación, a partir de lo previsto en el artículo 14 del CEDH:

“(…) la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo”

Junto a lo anterior, el Tribunal ha abordado la cuestión de la “identidad sexual”.

En este caso, la interpretación gira en torno al artículo 8 CEDH.- *Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Memorable es la STEDH de 11 de julio 2002, *Asunto Christine Goodwin vs. RU*, Se trata de un asunto llevado al Tribunal en relación al reconocimiento del matrimonio de personas transexuales en el que aquél aprovecha para pronunciarse sobre una cuestión más que polémica, que hasta

entonces había omitido: el derecho a la identidad sexual. Esta sentencia resulta de una importancia extrema pues a partir de la apertura de la prohibición de discriminación y junto al respeto a la vida privada, interpreta “en extenso” que la identidad sexual es un derecho extraído del Convenio.

La Corte, en un arriesgado pronunciamiento, declara que:

“la incapacidad de una pareja de concebir o criar un hijo no puede en sí misma privarle del derecho al matrimonio” Y: “no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse”

Añade:

“(…) no es evidente que el elemento cromosómico deba ser inevitablemente el criterio determinante de la identidad sexual que el Derecho atribuya a los transexuales”

Así, por primera vez da una interpretación al art. 8 CEDH conforme a la “incontestable tendencia internacional continuada”, en pos del reconocimiento de la nueva identidad sexual, a partir de un necesario enfoque dinámico en la interpretación del Convenio:

“...existencia de elementos claros e incuestionables que revelan una tendencia internacional continuada no sólo en pos de una aceptación social creciente de los transexuales sino también orientada al reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados” (esto es, el derecho a la identidad sexual)

Con este reconocimiento el Tribunal dejó patente la prohibición de discriminación por identidad sexual, en relación en el caso concreto al disfrute del derecho del artículo 12 CEDH, declarando que:

“no ve motivo alguno que justifique que los transexuales se vean privados en todas las circunstancias del derecho a casarse” y que “...la referencia a hombre y mujer del art. 12 Convenio no evidencia que el sexo deba ser, actualmente, determinado según criterios puramente biológicos”

Dejando a un lado otros muchos aspectos en donde es de aplicación la prohibición de discriminación en razón a la identidad sexual o a la orientación sexual de cada quién, encuentro de especial consideración la discriminación de éstos en relación a los derechos del artículo 12 CEDH- *Derecho a contraer matrimonio*.

A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

De entre todos, probablemente el espacio en el que más ha sorprendido la jurisprudencia del TEDH ha sido en el reconocimiento de los derechos a las personas homosexuales, y entre ellos, los derechos relacionados con el ámbito familiar –matrimonio, filiación...-. Se aprecia una larga trayectoria de negación del derecho a contraer matrimonio así como

del reconocimiento de los efectos derivados del mismo. En la década de los noventa la cuestión de la condición sexual en el matrimonio adquirió un gran protagonismo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, sin que llegara a alcanzarse su reconocimiento. Entre otras muchas, la *STEDH, de 27 de septiembre de 1990, Asunto Cossey*, en la que el Tribunal defiende el matrimonio tradicional, o la *STEDH, de 30 de julio de 1998, Asunto Shelffield y Horsham*, sobre transexualidad y matrimonio, en la que afirma que:

“(...) la imposibilidad para los demandantes transexuales de casarse con una persona de sexo opuesto a su nuevo sexo no es contraria al art. 12 C. Roma”

Fue tras la Sentencia dictada en 1999, el *Asunto Salgueiro da Mouta Silva vs. Portugal* (anteriormente citada), cuando empezó a considerarse el reconocimiento de ciertos derechos de pareja y familiares a las personas homosexuales. Así, encontramos pronunciamientos como la *STEDH de 24 de julio de 2003, Asunto Karner vs. Austria*, en el que, en relación a la legislación sobre arrendamientos urbanos, por primera vez se reconoce que una pareja homosexual constituye también “familia”.²⁸

Dos años más tarde, en la Sentencia de 2005, *Asunto C. Goodwin vs. Reino Unido*,

²⁸ “(...) derecho a la pareja supérstite de rescindirse en el contrato de alquiler de la vivienda común”

tal y como se comentó anteriormente, el TEDH da un firme paso en la lucha contra la discriminación por condición sexual y en la apertura del derecho al matrimonio, reconociéndolo a personas transexuales.

Desde entonces hasta la fecha, no ha reconocido abiertamente el derecho al matrimonio “con independencia de la orientación sexual”. Ahora bien, en su *STEDH de 6 de julio de 2010, Asunto Schalk y Kopf vs. Austria*, declaró que el matrimonio entre personas del mismo sexo no contraría lo previsto en el Convenio, aunque estimó que la decisión queda a la libre decisión de los Estados:

“(…) en torno a la pregunta si se debe o no permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, el asunto debe ser resuelto por la reglamentación interna de la ley nacional del país contratante”

Por último, la protección de los derechos familiares de las personas homosexuales se denota también respecto a los hijos. Me refiero a la adopción por parte de parejas homosexuales. En los casos llevados al Tribunal, éste se ha pronunciado siempre a

favor de la aplicación de la ley nacional de los demandantes, ahora bien, exigiendo su aplicación en condiciones de igualdad, sin discriminar por condición sexual. Un ejemplo fue la *STEDH de 22 enero 2008, Asunto EB vs. Francia*, en el que se denuncia la oposición del Estado francés a la adopción por parte de una mujer lesbiana soltera. El TEDH condena a Francia, reconociendo un trato discriminatorio por su condición de sexual, afirmando que:

“(…) tal discriminación solo puede justificarse “por razones particularmente graves y convincentes (...) ahora bien, esas razones no existen en el caso, dado que el derecho francés autoriza la adopción de un niño por un soltero, abriendo así la vía a la adopción por parte de una persona soltera homosexual”

La jurisprudencia del TEDH denota el interés del mismo por la interpretación extensiva del Convenio, para garantizar el igual goce de los derechos por parte de todos, con independencia de cómo sea o qué rasgos definan a cada persona, innatas o libremente elegidas por cada quién.