

**Igualdad y principio de proporcionalidad en el Derecho Europeo:
Especial referencia a los derechos fundamentales***

**Equality and principle of proportionality in European Law:
Special reference to fundamental rights**

LORENA CHANO REGAÑA

Universidad de Extremadura

lorenachano@unex.es

Recepción: Junio 2015

Aceptación: Octubre 2015

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia el principio de proporcionalidad en relación con el derecho a la igualdad en el ámbito internacional europeo y se ofrece un marco global de la aplicación del principio. Para ello, se sientan primero de forma genérica la configuración dogmática del concepto de igualdad en el Derecho europeo; después, algunas consideraciones conceptuales (oportunas) sobre el principio de proporcionalidad; y, finalmente, se concluye con la reconstrucción y aplicación del principio por la jurisprudencia europea, en especial, la relativa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en consideración al derecho a la igualdad.

Palabras clave: igualdad, proporcionalidad, jurisprudencia, Unión Europea.

Clasificación JEL: K33, K39.

* Esta investigación se integra dentro de los trabajos Módulo Jean Monnet "**Fostering Knowledge of EU Constitutional Framework: Rights and Institutions**", de la Universidad de Extremadura (Referencia: nº 565553-EPP-1-2015-1-ES-EPPJMO-MODULE).

ABSTRACT

This paper deals with the principle of proportionality in relation to the right to equality in European international level and offers a global framework for the application of this principle. In order to do it, first, it is established generally the dogmatic configuration of the concept of equality in European Law; secondly, some conceptual considerations (appropriate) about the principle of proportionality; and, to end up, it is concluded with the reconstruction and the application of the principle by the European jurisprudence, particularly that relating to the European Court of Human Rights in consideration of the right to equality.

Keywords: Equality, proportionality, case law, European Union.

JEL classification: K33, K39.



1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Tanto desde la perspectiva europea como desde la perspectiva constitucional de los Estados miembros, la principal problemática referente a la igualdad consiste en justificar las desigualdades, entendidas como las diferencias de trato jurídico que admite la actual interpretación del principio de igualdad ante la ley. Desde el momento en que se acepta el tratamiento jurídico diferenciado de supuestos análogos en base a rasgos distintivos relevantes (bien a través de la legislación o bien a través de la interpretación y aplicación de las normas) surge la necesidad de determinar qué presupuestos objetivos tiene que reunir un tal comportamiento diferenciado para ser objetiva y razonablemente justificado y, por tanto, legítimo. Es aquí donde opera el principio de proporcionalidad, objetivando una serie de criterios y directrices para determinar si un trato desigual es proporcional al fin legítimo que dicha diferenciación persigue. Es decir, si dicha desigualdad es admisible por estar justificada en un fin legítimo, ser adecuada, necesaria y proporcionada para el logro de ese fin. Cabe aquí preguntarse qué naturaleza presenta el principio de proporcionalidad: si es un método interpretativo, una cláusula garantista de los derechos o un límite a las facultades discrecionales de los órganos administrativos.

La aplicación del principio de proporcionalidad en el Derecho común europeo conoce dos dimensiones diferentes: de un lado, la armonización legislativa en el plano de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros, sirviendo como parámetro de control del ejercicio de competencias; de otro, como límite a la injerencia en los derechos fundamentales y como método interpretativo de los mismos, en el plano de los derechos subjetivos. En esta segunda faceta y en relación con el principio de igualdad es donde se centra el análisis que interesa a este trabajo, sin obviar la consideración del principio en su primer aspecto, que también puede conducir a conclusiones interesantes respecto a la significación del principio para el Derecho europeo.

153

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Los Estados que forman parte de la Unión Europea deben ser Estados democráticos de derecho que respeten un sistema de valores y unos derechos fundamentales.¹ Por ello, no es de extrañar que la igualdad, junto con la libertad, sea uno de los valores esenciales dentro del proceso de integración europea. Sin embargo, esto no siempre ha sido así. El derecho a la igualdad ha sufrido un proceso de evolución hasta llegar a su concepción actual: emerge en el seno de las relaciones laborales para asegurar la igualdad en el acceso al empleo de hombres y mujeres y desarrolla su contenido hasta estar legitimada plenamente en los Tratados de la Unión y tener valor vinculante, pese a estar reconocida previamente por las convenciones entre Estados. Así, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, al que España se adhirió por instrumento de 4

de octubre de 1979, reconoce ya la prohibición de discriminación en el goce de derechos y libertades en su artículo 14.

La igualdad es un principio y un derecho que necesariamente ha tenido que ser construido en base a políticas y regulaciones que fomentaran su respeto, ya que la igualdad no impera por sí sola en el marco jurídico. Las diferencias sociales y la naturaleza del hombre conllevan la distinción y el trato diferente (Ortega Carmona, 1996: 186), configurando así a la igualdad como un derecho esencialmente conflictivo y complejo en su concepción. En los Tratados Constitutivos de la Comunidades Europeas no existía una regulación en materia de igualdad, aunque sí algunas implicaciones relativas a la política social para fomentar las oportunidades laborales de las mujeres y equipararlas a los hombres, concretamente en el ámbito de las retribuciones (artículos 69 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 18 de abril de 1951; y, 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957). Asimismo, el artículo 7 de este último Tratado prohibía las discriminaciones basadas en la nacionalidad. Esta concepción original evoluciona hacia la aplicación del marco de igualdad en otros sectores de política social de las Comunidades Europeas, en lo que se ha venido a llamar el “principio de transversalidad” de las políticas de la Unión Europea (en adelante, U.E.). Esto supone la incorporación de la idea de igualdad a todas las actuaciones de los poderes públicos, tanto a nivel comunitario como por parte de los Estados miembros. No obstante, para llegar a esta configuración jurídica, la igualdad ha recorrido un largo camino en la regulación de la Unión Europea.

154

El Tratado de la Unión Europea suscrito en Maastricht el 2 de febrero de 1992² no hace referencia alguna al principio de igualdad; sin embargo, los artículos 2 y 6, ubicados en el Protocolo Anexo al Tratado de Maastricht referente al “Acuerdo sobre la política social”³, abogan respectivamente por la igualdad entre hombres y mujeres en el mercado laboral y en el ámbito de las retribuciones, siguiendo la línea marcada por los Tratados constitutivos. Será en el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997⁴, donde se asiente el carácter transversal u horizontal del principio de igualdad, estableciendo mandatos de no discriminación y ampliando su integración en la política social de la U.E. Los principales cambios se operarán en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE), cuyo artículo 2 señala a partir de entonces la igualdad entre hombres y mujeres como un objetivo de la Comunidad, reafirmando en su artículo 3.2 tras hacer referencia a diversas políticas comunitarias. Más interesante resulta para este trabajo su artículo 6, que señala “la posibilidad de adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.⁵ Posteriormente, el Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001⁶, modifica los anteriores, estableciendo el régimen del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE). Tal régimen se puede concretar en la inexistencia de una regulación expresa del principio de igualdad, que sólo se manifiesta en el seno del respeto a los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos.⁷ También en Niza fue proclamada formalmente el 7 de



diciembre del año 2000 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)⁸, cuyo Título III está dedicado a la igualdad.

El día 29 de octubre de 2004 se firma en Roma el Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.⁹ De este fracasado proyecto de Constitución hay que destacar que recoge la igualdad de las personas entre los valores y los objetivos de la U.E., reafirma su carácter transversal y, en esta línea, integra otras políticas sociales. Después del fallido intento de Constitución Europea, y en el marco del 50º Aniversario de los Tratados de Roma de 1957, se firma la llamada “Declaración de Berlín” de 25 de marzo de 2007¹⁰ donde se proclama que “la Unión Europea se funda en la igualdad de derechos”. Con este escenario previo se rubrica el Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007¹¹, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, estatuyéndose este último como el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)¹².

En el TUE las menciones a la igualdad comienzan en sus arts. 2 y 3, referentes al sistema de valores y principios en el que se sustenta la U.E. Seguidamente, el artículo 6 reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como se adaptó en Lisboa el 12 de diciembre de 2007¹³, otorgándole el mismo valor jurídico que a los Tratados. El mismo precepto también recoge la adhesión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. El artículo 9 declara el principio de igualdad de todos los “ciudadanos” de la Unión. Y el 21, de conformidad con lo dispuesto en el Preámbulo del texto, cita a la igualdad entre los principios que inspiran las acciones y políticas de la U.E. Mención aparte merece el Título III de la Carta, que lleva por rúbrica “Igualdad” (arts. 20 a 26) y en el que se integra el derecho de igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, el reconocimiento a la diversidad cultural, religiosa y lingüística, y expresamente la igualdad entre mujeres y hombres (art. 23), reconociendo el derecho a la garantía de la misma “en todos los ámbitos” y admitiendo el mantenimiento de “ventajas concretas a favor del sexo menos representado”¹⁴. Por último, el art. 21 TUE prevé que se tenga en cuenta el principio de igualdad en la acción exterior de la Unión, junto al respeto de los derechos humanos y a la dignidad de las personas, así como la defensa de los valores e intereses europeos en las relaciones internacionales.

155

Desde la perspectiva de las políticas sociales de la U.E., también el TFUE incide en el respeto del principio de igualdad en todos los sectores y recoge explícitamente en su artículo 8 “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover la igualdad”. Por su parte el art. 10 reza del tenor siguiente: “En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.” En la misma línea, el art. 18 que prohíbe las discriminaciones por razón de la nacionalidad y el art. 19 relativo al procedimiento para adoptar acciones en la lucha contra todo tipo de discriminación.

En resumen, la igualdad se erige como un principio general del Derecho de la Unión que rige todas las políticas comunitarias y vincula en su actuación a todas las instituciones y a los Estados miembros. Se fundamenta en los principios democráticos que rigen a los Estados de derecho, en especial en la libertad y la dignidad humana, de donde se desprende que la igualdad no opera sólo como parámetro de control y de actuación de las políticas sociales, sino que tiene también una dimensión humana, reconocida en la Declaración de Derechos Humanos de 1950 y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, a la que hoy día se le otorga, no sin cierta polémica¹⁵, valor vinculante, al igual que a los Tratados.

La igualdad, por tanto, presenta una doble dimensión en el Derecho de la Unión: una institucional o de política social, que se puede resumir en el principio de transversalidad u horizontalidad de las acciones institucionales y gubernamentales, y que se plasma a través de toda una serie de Estrategias, Programas, Planes y Directivas¹⁶; y, otra humana, que se concreta en una visión vertical de la aplicación de la igualdad a los ciudadanos de la U.E., entrando en conexión con otros derechos fundamentales reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta perspectiva, asimilable a la “igualdad en el contenido de la ley”, tal y como se concibe por el constitucionalismo español, es la que más nos interesa en orden a la aplicación de la igualdad y del principio de proporcionalidad. Es necesario precisar que los márgenes de tal distinción no son nítidos y que el principio de proporcionalidad se encuentra admitido en ambas consideraciones, aunque con diferentes peculiaridades. Procede ahora caracterizar y delimitar el ámbito de la igualdad en el que se va a analizar el principio de proporcionalidad. En nuestra Constitución (en adelante, CE) la igualdad se regula desde diferentes perspectivas: como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), como objetivo a perseguir por los poderes públicos (art. 9.2), y, en relación a determinados institutos jurídicos, como por ejemplo, en el artículo 32, relativo al matrimonio.

La dimensión que nos interesa es la planteada por el artículo 14, pórtico introductorio de la sección dedicada a los derechos fundamentales, donde se dispone “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”. El precepto consagra la igualdad ante la ley, que presenta la doble dimensión de “igualdad en la aplicación de la ley” e “igualdad en el contenido de la ley”. La igualdad en el contenido de la ley supone la superación de la concepción tradicional liberal, que entendía la igualdad únicamente como igualdad en la aplicación de la misma, focalizada en su eficacia normativa y no en su contenido. La igualdad quedaba absorbida por el principio de legalidad, pues no se admitían distinciones que no estuvieran expresamente previstas por el legislador.¹⁷

La concepción de la igualdad referida al contenido de la ley se centra en el tratamiento del individuo considerado en su pertenencia a un grupo con el que se identifica y con el que presenta similitudes y rasgos relevantes que permiten justificar un tratamiento jurídico diferente. El pluralismo de la sociedad y la existencia de minorías fácilmente identificables obligan a redefinir el concepto de igualdad, para entender que ésta no consiste en tratar de manera igual a todos los individuos, porque esto podría producir efectos discriminatorios, sino



en tratar “igual a los iguales” y “desigual a los desiguales”. Se trata de hacer un juicio de relevancia que permita poner de relieve si se presentan características “diferentes” y lo suficientemente “relevantes” como para admitir un trato diferenciado, no arbitrario, sino objetivamente razonable¹⁸, o si, por el contrario, proceder a una abstracción de las diferencias por ser éstas irrelevantes y aplicar un mismo tratamiento. El derecho a la igualdad configurado en el artículo 14 CE no opera de manera autónoma, ni se admite su invocación en abstracto, sino que se vulnera en el seno de otras relaciones jurídicas para que exista un término de comparación donde incardinar el debate acerca del trato desigual ante la ley. En este punto se observa una diferencia respecto al artículo 14 CEDH: “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”. El Convenio no se refiere a la vulneración de la igualdad respecto a cualquier relación jurídica, sino en relación a los derechos y libertades recogidos en el propio CEDH, sin que ello suponga que no se pueda demandar la violación de la igualdad sin quebrar ningún otro derecho subjetivo.¹⁹ No obstante, esta diferente caracterización ha perdido relevancia tras la adición del Protocolo número 12 del Convenio de 4 de noviembre de 2000, ratificado por España en el 2008. Este Protocolo, en su artículo 1, extiende la aplicación de la igualdad ante la ley a todas las relaciones jurídicas, equiparándose al artículo 14 CE. A su vez, el artículo 21 de la CDFUE acoge también la vulneración de la igualdad en relación a cualquier situación jurídica, no necesariamente frente a derechos fundamentales.

157

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En palabras de Barnés, el principio de proporcionalidad puede definirse como “el conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como las de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio” (Barnés, 1998: 16). Tal definición parece bastante completa, ya que abarca la concepción de la proporcionalidad como instrumento de medida en las limitaciones de todo género que puedan sufrir los derechos y libertades y el contenido del principio. La proporcionalidad de toda medida restrictiva de derechos es una idea que está latente en todos los Estados democráticos, pero que a veces resulta más difícil definir que comprender (Fernández Nieto, 2008: 290-295). La lógica y fundamentación del concepto se encuentra en que toda restricción de un derecho debe obedecer a la razonabilidad de la medida y estar justificada en una serie de criterios objetivos que permitan el sacrificio en aras de una finalidad legítima y lo suficientemente relevante como para superar la ponderación de los intereses en juego.

Esta proporcionalidad de la restricción cobra especial importancia en relación con la igualdad, y, más aún con la igualdad en el contenido de la ley, es decir en el tratamiento que hace la ley de los individuos. En este caso el principio de proporcionalidad se revela como un

instrumento acorde para la argumentación y justificación de la injerencia en la igualdad a cambio de la salvaguarda de otro derecho o relación jurídica. Quizá no sea adecuado hablar de injerencia o sacrificio de igualdad, sino de interpretación de la igualdad. Igualdad en el sentido de tratar “igual a lo igual” y “desigual a lo desigual”. El principio de proporcionalidad se convierte entonces en un método interpretativo de derechos fundamentales acorde a una nueva concepción de igualdad. No se pretende enjuiciar aquí la validez de este postulado, sino configurar el principio de proporcionalidad para poder entender mejor su dimensión en la perspectiva europea.

En la misma línea argumentativa y siguiendo a Barnés, el principio de proporcionalidad se caracteriza como un principio relativo del que no se desprenden prohibiciones absolutas y genéricas, sino que se circunscribe a situaciones jurídicas concretas. Se trata de un principio típicamente relacional, de gran eficacia operativa en el ámbito de la igualdad, porque intenta ofrecer una solución objetiva basada en la ponderación que permite explicar la objetividad y razonabilidad del trato diferente a supuestos de hecho que aparentemente deben ser tratados iguales, pero que presentan características relevantes suficientes como para fundar una individualidad ante la ley. La estructura del principio de proporcionalidad, tal y como se concibe hoy día, es obra de la jurisprudencia y doctrina alemana. El denominado test de proporcionalidad alemán ha sido incorporado por otros ordenamientos jurídicos del Derecho comparado y por la propia Unión Europea, que lo viene aplicando desde la década de los setenta en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), como se verá en los próximos epígrafes.

158

El test consiste en la superación de tres subprincipios, que requieren un análisis de su concreta aplicación y que suponen un enjuiciamiento desde tres puntos de vista diferentes y escalonados²⁰:

1º) Idoneidad o juicio de adecuación: Para adoptar una medida restrictiva de un derecho, ésta debe ser adecuada e idónea, es decir, apta para lograr la finalidad legítima prevista por la norma. El juicio de adecuación requiere por tanto un previo examen acerca de la legitimidad del fin perseguido por la norma y de la aptitud de la misma para lograrla.

2º) Necesidad o juicio de indispensabilidad: Si la finalidad es legítima y la norma adecuada, se procede a analizar si la medida es la más moderada para la consecución del fin, es decir, constatar que no exista otra medida menos gravosa.

3º) Proporcionalidad en sentido estricto: Superados los anteriores juicios hay que valorar los intereses en juego y buscar un equilibrio que suponga la menor restricción. Se trata de una ponderación equitativa saldada en la consecución de mayores ventajas y beneficios que perjuicios.



Una vez trazado, aunque sea a grandes rasgos, el marco conceptual del principio de proporcionalidad se puede abordar su régimen legal y su construcción jurisprudencial desde la óptica europea. En lo que respecta al régimen legal, el principio de proporcionalidad ha cobrado un gran auge en el Derecho público europeo²¹. A su utilización por la mayoría de los Tribunales constitucionales de los Estados hay que añadir su consagración por parte de los órganos judiciales europeos y su constatación normativa en los convenios y pactos internacionales. Así, el principio de proporcionalidad, aunque no aparezca recogido de modo expreso como instrumento de interpretación y resolución de conflictos entre derechos fundamentales, puede deducirse de las siguientes normas:

- De modo genérico, en el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 10 de diciembre de 1948.²²
- En el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950: artículos 8.2 (derecho al respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia); 9.2 (derecho a manifestar la religión o convicciones); 10.2 (libertad de expresión); 11.2 (libertad de reunión pacífica y asociación) y; 18 (que prescribe la proporcionalidad en la restricción de derechos).²³ Asimismo, en el art.1 del Protocolo Adicional 1º (relativo a la propiedad) y en los artículos 2.3 y 4 del Protocolo 4º (libertad de circulación y residencia).
- En el artículo 31 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, respecto a la restricción de los derechos enunciados en su Parte I.
- En los artículos 4 (desde una perspectiva general) y 8.1.a) y c), relativos al derecho de sindicación, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966.
- En los artículos 4.1 (en situaciones excepcionales y en relación con la no discriminación); 12.3 (derecho de circulación y residencia); 14.1 (proceso público); 18.3 (derecho a manifestar la propia religión y creencias); y, 19.3 (libertad de opinión), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.
- Artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 titulado “De los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas.”

Con esta base normativa se ha ido construyendo toda una doctrina a nivel internacional relativa al principio de proporcionalidad, como consecuencia de las resoluciones emanadas del TEDH y del TJUE y, referido en todo caso, al ámbito de aplicación de los derechos fundamentales. Desde la perspectiva del proceso de integración europea, el principio de proporcionalidad es un principio base del sistema que, junto al principio de subsidiariedad²⁴, rige el ejercicio de competencias por parte de la Unión Europea y de sus instituciones (Morán Rosado, 2011: 43-45). Así, el art. 5.4 TUE establece que “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”. En desarrollo de este precepto, el Protocolo nº 2 anexo al TUE, titulado “Sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”²⁵, lo reconoce en su art. 1 y exige en su art. 5 la motivación de los proyectos de actos legislativos en relación con el principio de proporcionalidad. No obstante,

cabe precisar que esta dimensión de la proporcionalidad (relativa al ejercicio de competencias) no es la que interesa a este trabajo. El objeto de estudio que me he propuesto se circunscribe al ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y, en particular, al esquema aplicativo que se produce en relación con el principio de igualdad.

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA IGUALDAD EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En lo que respecta a la construcción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en relación con el principio de igualdad por parte del TEDH, procede primero determinar el alcance y extensión de su contenido, de modo tal que pueda deducirse su esquema aplicativo y comprobar si es un método adecuado para ponderar la razonabilidad en la adopción de medidas de tratamiento desigual.

4.1. Construcción y contenido del principio de proporcionalidad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El principio de proporcionalidad en el ámbito de la igualdad opera como justificación específica de las desigualdades admitidas como objetivas y razonables. Es decir, supone una garantía de que la desigualdad admitida legalmente opera de una forma racional, legítima, necesaria y proporcionada a la finalidad que persigue.²⁶ El fundamento se encuentra en que una vez admitida la diferenciación relevante como parte del contenido de la igualdad, se precisa de un instrumento que garantice el tratamiento desigual en la aplicación e interpretación de las normas. No obstante, antes de llegar al análisis de la proporcionalidad de la diferenciación, la jurisprudencia europea ejecuta el examen de la igualdad.

El examen de la igualdad, previo a la proporcionalidad, consiste en constatar la existencia de dos realidades o magnitudes comparables. El análisis se centra en lo que es el supuesto de hecho de la norma y no en la consecuencia jurídica de la misma. Este primer paso justificativo de la existencia de dos categorías diferenciadas se ha llamado por otras legislaciones “juicio de la racionalidad clasificatoria de la norma” (Giménez Glück, 2004: 57-91). Así pues, el juicio de igualdad y el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TEDH se articula en dos fases: una primera, que analiza si existen dos situaciones jurídicas comparables; y, una segunda, en la que, una vez constatada la existencia de los supuestos de hecho análogos, se centra en buscar la finalidad de la diferencia, la adecuación y la necesidad de la medida y la relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos.

Este *iter* procedimental puede encontrarse de forma clara en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, STEDH) de 29 de abril de 1999 (caso Chassagnou) donde una ley francesa obligaba a los dueños de parcelas de caza inferiores a 20 hectáreas a traspasar sus derechos a la Asociación de caza, mientras que a los que superaban



las 20 hectáreas no los obligaba. El Tribunal constata primero que son dos realidades comparables, aplica después el test de proporcionalidad y, finalmente, constata la discriminación. En la misma línea, la STEDH de 26 de abril de 1979 (caso *The Sunday Times*), donde el Tribunal señala que “el artículo 14 protege a los individuos o grupos que se encuentran en una situación comparable”; sin embargo, no se especifica ni en esta ni en ninguna otra resolución cuáles son las directrices para determinar cuándo dos supuestos son comparables, sino que se concede un amplio margen de discrecionalidad en el caso concreto.²⁷ Sirvan también como ejemplo de esta reiterada jurisprudencia sobre la analogía y comparabilidad de las situaciones: STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*); STEDH de 23 de septiembre de 1983 (caso *Van der Mussele*); STEDH de 24 de febrero de 1995 (caso *McMichael*); STEDH de 23 de septiembre de 1995 (caso *Spadea y Scalabrino*); STEDH de 20 de mayo de 1999 (caso *Rekvényi*) ...

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no recoge ninguna mención expresa al principio de proporcionalidad, pero como ya se ha indicado, puede deducirse del apartado segundo de los artículos 8 a 11 del Convenio en relación con determinados derechos; del artículo 15 que permite a los Estados limitar los derechos y libertades reconocidos en el Convenio en caso de guerra u otro peligro siempre que sea estrictamente necesario; del art. 2.3 del Protocolo Adicional Número 4 que restringe las limitaciones a aquellas que estén previstas legalmente y que sean “necesarias para una sociedad democrática”; y, del art. 1.1 del Protocolo Adicional número 1, que admite limitaciones al derecho de propiedad basadas en el “interés público”. De tal marco normativo se deduce la fundamentación de la aplicación del principio de proporcionalidad por el TEDH, que se puede concretar en:

161

4.1.1. El principio democrático

Aunque pueda parecer forzado derivar la existencia del principio de proporcionalidad de “lo necesario en una sociedad democrática”, el TEDH cree que la proporcionalidad es una cualidad inherente al Estado de derecho y a una sociedad libre y democrática y que sirve de parámetro y limitación para las restricciones de derechos fundamentales. Así pues, en la interpretación de los artículos 8 a 11 del Convenio y el 2.3 del Protocolo Adicional 4º, admite la restricción de derechos fundamentales para la consecución de los fines “necessary in a democratic society”. El *iter* procedimental del TEDH en estos supuestos consiste en constatar la limitación de alguno de los derechos garantizados, examinar si dicha limitación está prevista legalmente, analizar si está legitimada en la consecución de algún fin legítimo y ver si es “necesaria en una sociedad democrática”, para después examinar si existe una proporcionalidad en sentido estricto entre las medidas utilizadas y el objetivo perseguido. Este proceder puede observarse en la emblemática STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso *Handyside*), relativa al derecho de libertad de expresión. En esta resolución define los contornos de la cláusula “necessary in a democratic society”, refiriéndose a la relación entre los medios y fines con la palabra “proportionate”.

4.1.2. El margen de apreciación de los Estados

El TEDH tiene declarada en reiterada y variadísima jurisprudencia la existencia de un margen de apreciación y de discrecionalidad por parte de los Estados miembros en la aplicación de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio y en su función de revisión o supervisión de tales decisiones (lo que llama “judicial review” o “European supervision”). En su labor de supervisión aplica el principio de proporcionalidad en toda su extensión para limitar la discrecionalidad legislativa y judicial de los Estados miembros. Si bien, es necesario hacer notar que, en esta función, el Tribunal ha desarrollado una política de autocontención (“self-restraint”)²⁸ y que en muy pocas ocasiones ha considerado desproporcionadas las medidas adoptadas por los Estados²⁹. A esto se une el hecho de que el margen de discrecionalidad admitido difiere en función del derecho cuestionado. Así pues, en el ámbito de la igualdad este margen es amplio, pues está al servicio de la consideración de las circunstancias que catalogan como relevante la diferencia y que la justifican.

4.1.3. En el caso de guerra

El artículo 15 prevé que en esta situación se puedan limitar derechos y libertades del Convenio; no obstante, esta restricción no está ilimitada, sino que se somete también a la proporcionalidad de la medida. En palabras de Fassbender: “El principio de proporcionalidad aparece invocado nuevamente como un límite de límites, con la finalidad de restringir la libertad de los Estados en la limitación de derechos” (Fassbender, 1998: 70).

162

4.2. Jurisprudencia significativa en materia de igualdad

La jurisprudencia europea ha supuesto una clara influencia para los Tribunales nacionales en la salvaguarda de los derechos y libertades y ha instaurado la proporcionalidad como principio general a la hora de adoptar medidas restrictivas de derechos. Se convierte así, en un instrumento clave de control y de seguridad estrechamente vinculado a los márgenes discrecionales con que cuentan los poderes públicos. En el ámbito de la igualdad despliega toda su eficacia pues contribuye a interpretar el concepto de desigualdad objetiva y razonable y a fundamentar este tipo de decisiones. En un primer orden de cosas, como ya se ha dicho, realiza un examen sobre la comparabilidad de las situaciones jurídicas, y después aplica el test de proporcionalidad. Suele hacerlo de manera agravada en aquellos casos en los que entran en juego las categorías del artículo 14 del Convenio. Así por ejemplo, en materia de nacimiento se puede citar la STEDH de 13 de junio de 1979, caso Marckx, que considera discriminatorio en la legislación belga, el negar a un hijo extramatrimonial los derechos hereditarios y a los padres la obligación de derechos de alimentos; STEDH de 29 de noviembre de 1991, caso Vermeire, que se pronuncia en el mismo sentido también en la legislación belga; y, STEDH de 1 de febrero de 2000, caso Mazurek, que declara contrario al artículo 14 del Convenio, el artículo 760 del Código Civil francés por reservar una parte menor de la herencia intestada a los hijos extramatrimoniales. En relación con la discriminación por razón de sexo y orientación sexual, se ha generado una abundante jurisprudencia en las últimas décadas.³⁰ De hecho, es donde más abunda la aplicación del principio de proporcionalidad en relación con la



igualdad, lo que no es de extrañar si tenemos en cuenta la gestación de la igualdad a nivel europeo.

Destaca la STEDH de 21 de febrero de 1997, caso Van Raalte, donde se entiende vulnerado el artículo 14 del Convenio por la ausencia de una diferenciación objetiva y razonable en los supuestos análogos de cotizaciones en virtud del régimen de subsidios familiares exigidos a los hombres solteros, sin hijos, de cuarenta y cinco años o más, pero no a las mujeres solteras, sin hijos, de la misma edad. También, la STEDH de 30 de julio de 1998, caso Sheffield and Horsmann, donde se establece que la prohibición a los transexuales de cambiar de sexo en la documentación oficial no viola el principio de igualdad. La STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro da Silva, donde el Tribunal aprecia una vulneración del artículo 14 del Convenio en la denegación que hace un Tribunal portugués de la custodia de su hija a un homosexual en su consideración a tal condición. El TEDH considera que la homosexualidad como argumento determinante no guarda relación de proporcionalidad con la finalidad perseguida por la sentencia portuguesa, esto es, el bienestar de la menor. En la misma línea y atendiendo a una jurisprudencia más moderna: la STEDH de 11 de julio de 2002, caso Goodwin, considera contrario al Convenio la denegación del cambio de sexo para obtener el número de la Seguridad Social. La STEDH de 9 de enero de 2003, caso L. and V., declara contrario al Convenio el artículo 209 del Código Penal Austríaco, por sancionar una relación homosexual masculina con un menor entre catorce y dieciocho años y no penar la relación heterosexual o lesbiana con un menor de la misma edad; sostiene el Tribunal que son dos realidades comparables y que la diferencia en la punición no obedece a una justificación objetiva ni guarda proporción alguna por no haber legitimidad en los fines ni ser adecuada la medida. La STEDH de 24 de julio de 2003, caso Karner, declara discriminatoria una sentencia del Tribunal Supremo Austríaco por no permitir a un homosexual subrogarse en el arrendamiento de su compañero sentimental, algo que sí se permitiría una pareja heterosexual. La STEDH de 16 de noviembre de 2004, caso Unal Tekeli, considera atentatorio contra la igualdad en el ejercicio del derecho a la vida privada que la mujer casada no pueda utilizar su apellido de soltera.

163

Señalando ejemplos todavía más actuales: la STEDH de 14 de diciembre de 2006, caso Zouboulidis, donde se determina la discriminación y desproporción de medidas en relación con el acceso a la jurisdicción en Grecia. La STEDH de 30 de abril de 2009, caso Glor, donde se aplica el principio de proporcionalidad referente a la igualdad respecto a personas con discapacidad en la legislación suiza referente a la prestación del servicio militar. La STEDH de 29 de mayo de 2009, caso Brauer, que aplica el principio de proporcionalidad con vulneración de la igualdad en el derecho hereditario de una hija a la que se le impide reclamar sus derechos por ser nacida con anterioridad a 1949 conforme a la legislación alemana aplicable. La STEDH de 2 de marzo de 2010, caso Kozak, manifiesta la ruptura de la proporcionalidad exigible entre el fin perseguido y los medios empleados, con violación del artículo 14 en relación con el 8 del Convenio, al no permitir Polonia la subrogación arrendaticia del superviviente en una convivencia homosexual marital de facto frente a la heterosexual. La STEDH de 23 de septiembre de 2010, caso Schüth contra Alemania, donde

se declara violado el Convenio en relación con la igualdad de trato en un procedimiento laboral por despido del demandante del trabajo que venía desempeñando en una parroquia católica al haber iniciado una relación extraconyugal y considerar las resoluciones al respecto de los Tribunales alemanes desproporcionadas y no justificadoras de la legitimidad de los fines perseguidos por la parroquia. Un paso más allá supone la STEDH de 15 de enero de 2015, caso Eweida contra el Reino Unido (vulneración de la igualdad en relación con la libertad religiosa, arts. 9 y 14 del CEDH, al no permitir unas aéreo-líneas a una de sus trabajadoras llevar una cruz como símbolo de su fe), donde el TEDH además de aplicar el test de proporcionalidad en toda su extensión, intenta “acomodar” los derechos en juego llevando la ponderación en sentido estricto al extremo.³¹

5. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA IGUALDAD EN EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Dejando al margen la dimensión de la proporcionalidad en cuanto a principio general del sistema de atribución de competencias y, acotado el objeto de estudio al ámbito de aplicación de los derechos fundamentales y, en particular, al esquema aplicativo que se produce en relación con el principio de igualdad, procede ahora examinar la aplicación jurisprudencial de la proporcionalidad por el TJUE.

164

5.1. Construcción y contenido del principio de proporcionalidad en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El principio de proporcionalidad aparece ya reconocido como principio del Derecho comunitario en las primeras decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.³² La jurisprudencia lo ha venido aplicando sistemáticamente desde la década de los setenta en la revisión de normas y resoluciones; y, posteriormente, como instrumento de interpretación y protección de los derechos fundamentales. En la actualidad emerge como principio comunitario de carácter general, base del sistema de atribución de competencias (art. 5.4 TUE) y, también, técnica interpretativa para la protección de los derechos fundamentales, limitando las medidas de carácter restrictivo que recaen sobre los mismos. En el ámbito de protección de los derechos, deriva su consideración general de la CDFUE (art.49) y en esta dimensión la jurisprudencia lo configura como un principio general del Derecho junto a otros principios como la legalidad, la igualdad, la seguridad jurídica... Según la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, dicha concepción se desprende de la existencia de Estados de derecho democrático y de los valores esenciales de democracia, igualdad y libertad sobre los que emerge la Comunidad Europea.³³ También sienta su consideración de norma jurídica vinculante que debe ser respetada por los legisladores y por los Tribunales y que puede ser alegada por los particulares de los Estados miembros.³⁴

El resultado que se desprende de su consideración como principio general del Derecho de la Unión puede resumirse en dos postulados:



- a) Que la restricción de los derechos a nivel de la Unión Europea y a nivel estatal se realice conforme al test de proporcionalidad (legitimidad, idoneidad, necesidad y equilibrio ponderado conforme al interés general). En su configuración como principio general del Derecho de la Unión, el principio de proporcionalidad se pone al servicio de cualquier restricción o intervención en los derechos de los ciudadanos, convirtiéndose en un instrumento de garantía y protección y funcionando como un método interpretativo de los derechos fundamentales.
- b) Que las instituciones y organismos de la U.E. ejerzan sus competencias e intervenciones dentro de su margen de discrecionalidad respetando la proporcionalidad. Se erige como parámetro de control de los actos de las instituciones de la U.E. Citando a Galetta: “Las medidas adoptadas por las instituciones comunitarias –no importa cuales– representan el medio y, en cuanto a tal, deben hallarse en una situación adecuada de proporcionalidad respecto al objetivo de Derecho comunitario perseguido por la institución que actúa” (Galetta, 1998: 81).

El contenido del principio de proporcionalidad aplicado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) es una trasposición del test alemán de proporcionalidad, estructurado en tres subprincipios³⁵: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Se observa una evolución jurisprudencial en la aplicación de los mismos, que ha contribuido a fijar este triple análisis en la configuración actual del principio y que ha influido a otros tribunales del Derecho comparado, como ha sucedido, por ejemplo, con nuestro Tribunal Constitucional. Aunque el TJUE siga este esquema, no siempre respeta la jerarquía escalonada y a veces da prioridad o antepone el análisis de la necesidad o de la ponderación en sentido estricto a la idoneidad o legitimidad de la medida³⁶, a lo que hay que añadir que aplica el principio con diferente rectitud según los casos: suele ser más flexible cuando se trata de actuaciones de los Estados miembros que frente a las injerencias de los organismos e instituciones de la Unión.

165

Respecto a la idoneidad de la medida tiene declarado que un medio será idóneo siempre que sea óptimo para lograr el fin perseguido³⁷, pero, a veces, proclama la inidoneidad de la medida por falta de legitimidad sin haber analizado si el fin es o no óptimo para la consecución del resultado.³⁸ Sobre la necesidad muestra un férreo control, ya que analiza fundada y cuidadosamente este juicio, sin que falte en ninguna de sus resoluciones.³⁹ Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto ha sido otra parte del principio de proporcionalidad, que pese a las críticas, ha ido creciendo en significación e importancia en la actuación del TJUE, y que no puede faltar, ya que es la verdadera esencia del principio.⁴⁰

5.2. Jurisprudencia significativa en materia de igualdad

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lleva aplicando el principio de proporcionalidad como principio general del Derecho desde sus primeras sentencias, por lo que el número de resoluciones que podrían citarse sería inmenso. Se han mencionado ya muchas al configurar el contenido y aplicación de dicho principio por el Tribunal, por lo que, se mencionará aquí

como jurisprudencia ejemplificativa, aquella que, guardando relación con la igualdad y aplicando el principio de proporcionalidad, es más actual y significativa en la materia.⁴¹ Entre otras muchas: La STJUE de 23 de diciembre de 2009, caso 402/2009 Serrantoni y Consorzio stabile edili, donde se analiza la igualdad de trato en la normativa italiana de consorcios y derecho de establecimiento. La STJUE de 21 de enero de 2010, caso C-16/2010 SGI, que estudia la proporcionalidad de las medidas legislativas referentes a la libertad de establecimientos en Estados miembros y Estados no miembros. La STJUE de 13 de abril de 2010, caso 93/2010 Bressol y otros, donde aplica la proporcionalidad a la normativa nacional que limita el número de estudiantes no residentes que pueden matricularse por primera vez en ciertos estudios sanitarios impartidos en centros de enseñanza superior. La STJUE de 11 de mayo de 2010, caso 133/2011, Luxemburgo/Parlamento/Consejo, donde se determina la inexistencia de vulneración del principio de igualdad de trato y no discriminación, por proporcionalidad de las disposiciones legislativas en materia de transporte aéreo. La STJUE de 11 de mayo de 2011, caso 132/2011 Runevic-Vardyn y Wardyn, relativo a la igualdad de trato de la personas, independientemente de su raza u origen étnico, en las medidas nacionales en materia de documentación en relación con la libre circulación de personas. La STJUE de 8 de septiembre de 2011, caso 256/2011 Paint Graphos, que analiza la proporcionalidad en la determinación del carácter selectivo de las exenciones fiscales en determinadas circunstancias.

6. CONCLUSIONES

Podemos concluir que desde la perspectiva europea, el principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho europeo, jurídicamente vinculante tanto para las instituciones de la U.E. como para los Estados miembros, que sirve de parámetro de control a los actos legislativos y judiciales y, como método interpretativo de derechos subjetivos. El principio opera en una doble dimensión: Desde el punto de vista competencial, como “límite de límites”, o parámetro de actuación de los organismos comunitarios y de los propios órganos de los Estados miembros con capacidad normativa o decisoria. Desde esta perspectiva se trata de frenar aquellos actos que puedan ser lesivos de derechos fundamentales. Esta labor la encontramos en el TJUE, antes en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, donde la jurisprudencia ha sido muy prolífica en la aplicación del principio y donde abundan los casos referidos a la igualdad de trato ante la ley.

Desde el punto de vista de protección de los derechos humanos, y, en especial de la protección de la igualdad, el principio alcanza su máxima significación en la jurisprudencia del TEDH, como método interpretativo de la concepción de igualdad en el caso concreto, valorando la legitimidad de la diferenciación relevante, la pertinencia de la medida, la injerencia menos gravosa y la ponderación entre la restricción del derecho a la igualdad y los objetivos finales y legítimos que con tal injerencia se pretenden. A mi juicio, se trata de una especie de redefinición del concepto de igualdad en el caso concreto, basada en la valoración



de los derechos e intereses en juego, en una individualizada relación jurídica que objetiva los rasgos diferenciados relevantes de categorías análogas para determinar si procede un trato diferenciado ante la ley.

La aplicación de la proporcionalidad como método interpretativo no está exenta de críticas. Cabe preguntarse dónde termina la capacidad interpretativa del Tribunal y donde empieza la función legislativa que no le compete, más aún si estamos hablando de ofrecer una individualizada concepción de la igualdad, basada en directrices no escritas y categorías no siempre mesurables. El propio TEDH deja un amplio margen de apreciación de las cualidades análogas que permiten realizar la previa comparación que postulará la posterior aplicación del test de proporcionalidad. Y, por su parte, la doctrina del “interés de una sociedad democrática” es también lo suficientemente amplia como para, junto con el “margen de apreciación” de los Estados, cuestionar el principio de proporcionalidad.

A pesar de esto, el principio se erige por su versatilidad como uno de los métodos más fiables para justificar la injerencia en los derechos humanos y para limitar la potestad discrecional de las Administraciones. Tanto el TJUE como el TEDH han sabido dotar de uniformidad al principio y otorgarle vinculatoriedad y eficacia, suponiendo una influencia de carácter positivo para el resto de ordenamientos jurídicos de los Estados nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

167

- ABA CATOIRA, A. (1999): *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- AGUIAR DE LUQUE, L. (1993): “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 14, pp. 9-34.
- ALONSO GARCÍA, E. (1983): “El principio de igualdad del artículo 14 de la CE”, *Revista de Administración Pública*, Nº 100-102, pp. 21-92.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L. (1991): *El principio de igualdad en la CE. Tomo I*. Servicio Jurídico del Estado, Madrid.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (1994): *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BAÑO LEÓN, J.M. (1987): “La igualdad como derecho público subjetivo”, *Revista de la Administración Pública*, Nº 114, pg. 179-195.
- BARNES, J. (1998): “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Revista Cuadernos de Derecho Público*, Nº 5, pg. 15-49.

BARNES, J. (1994): “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, Nº 135, pg. 495-538.

BARNES, J. (1998): “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 5, pg. 334-370.

BERNAL PULIDO, C. (2003): “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, Nº 26, pg. 5-33.

BERNAL PULIDO, C. (2005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

BERNAL PULIDO, C. (2006): “La racionalidad de la ponderación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 77, pg. 51-75.

BOBBIO, N. (1993): *Igualdad y libertad: introducción de Gregorio Peces-Barba, traducción de Aragón Rincón*, Paidós Ibérica, Barcelona.

CALVO GONZÁLEZ, J. (1994): “Razonabilidad como relato”, *Poder Judicial*, Nº 33, pg. 33-44.

CAMISÓN YAGÜE, J. A. (2010): “Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho de Extremadura*, Nº 8, pg. 254-270.

CARMONA CUENCA, E. (1994): “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Nº 84, pg. 265-285.

CARRASCO PERERA, A. (1984): “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 11, PG. 39-106.

CIANCIARDO, J. (2004): *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

CRIDO DE DIEGO, M. (2011): “La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia”, *Revista Derecho del Estado*, Nº 26, pg. 7-49.

DÍEZ PICAZO, L. M. (2008): *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas, Navarra.

ELOSEGUI ITXSO, M. (2013): *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson Reuters Arazadi, Pamplona.

FASSBENDER, B. (1998): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Cuadernos de Derecho Público*, nº 5, pg. 51-73.



- FERNÁNDEZ RUÍZ-GALVEZ, M. E. (2003): *Igualdad y derechos humanos*. Tecnos, Madrid.
- FERNÁNDEZ NIETO, J. (2008): *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho común europeo*. Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ NIETO, J. (2009): *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*. Dykinson, Madrid.
- FERNÁNDEZ SESGADO, F. (1991): “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *XI Jornadas de Estudio, Vol. I*, pg. 777-836.
- GALETTA, D. (1998): “El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario”, *Revista Cuadernos de Derecho Público*, Nº 5, pg. 75-118.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I. (2009): *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid.
- GAVARA DE CARA, J. C. (2003): “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Nº 3, pg. 1803-1830. 169
- GIMÉNEZ GLÜCK, D. (2004): *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2000): *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M. (2003): *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra.
- HÄBERLE, P. (1993): “Derecho Constitucional Común Europeo”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Nº 79, pg. 7-46.
- KLUTH, W. (1998): “Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemán”, *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 5, pg. 219-237.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F. J. (1999): “Materiales para una reflexión para la racionalidad y crisis de la ley”, *Doxa*, Nº 22, pg. 321-330.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (1998): “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, Nº 5, pg. 159-189.

LOPERA MESA, G. P. (2005): “El principio de proporcionalidad y los dilemas del constitucionalismo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 73, pg. 381-410.

LÓPEZ RODÓ, L. (1983): “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de la Administración Pública*, Nº 100-102, pg. 331-345.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1998): *La Europa de los Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

MARTÍNEZ TAPIA, R. (2000): *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional*. Universidad de Almería, Almería.

MEDINA GUERRERO, M. (1998): “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público* Nº 5, pg. 119-141.

MORÁN ROSADO, M. (2011): “La caracterización general de la Unión Europea”, en CAMISÓN YAGÜE, J. A. (2011): *Lecciones básicas de Derecho e Instituciones de la Unión Europea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, pg. 37-48.

170 ORTEGA CARMONA, A. (1996): *Europa como idea y realidad*, Ediciones de la Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca.

PEDRAZ PEÑALVA, E. Y ORTEGA BENITO, V. (1990): “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Poder Judicial*, Nº 17, pg. 69-100.

PERELLO DOMENECH, J. (1997): “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”. *Jueces para la Democracia*, Nº 28, pg. 69-75.

PRIETO SANCHÍS, L. (2000): “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 8, pg. 429-468.

RODRÍGUEZ, A. (2001): *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas, Madrid.

RUBIO LLORENTE, F. (1991): “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 31, pg. 9-36.

RUIZ RUIZ, R. Y TORRE MARTÍNEZ, L. (2011): “Algunas aplicaciones e implicaciones del principio de proporcionalidad”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 14, pg. 27-44.



SANTAMARÍA IBEAS, J. J. (1995): “El principio de igualdad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 5, pg. 495-518.

SAPAG, M. A. (2008): “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”. *Dikaion*, Año 22, Nº 17, pg. 157-198.

VILLACORTA MANCEBO, L. (2006): *Principio de igualdad y Estado social: apuntes para una relación sistemática*. Universidad de Cantabria, Santander.

REFERENCIAS

¹ Arts. 2 y 49 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE). Se ha utilizado la versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) Nº C-326/01 de 26 de octubre de 2012.

² Publicado en el DOUE Nº C-191 de 29 de julio de 1992 y en vigor a partir del 1 de noviembre de 1993.

³ Acuerdo sobre la Política Social celebrado entre los Estados Miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Se trata de un Protocolo Anexo al Tratado de Maastricht, que incorpora el Acuerdo adoptado sobre políticas sociales en la Conferencia Intergubernamental (CIG) convocada en Bruselas el 3 de febrero de 1992. El texto puede consultarse en DOUE Nº C-191 de 29 de julio de 1992, pg. 91-92.

⁴ Publicado en el DOUE Nº C-340 de 10 de noviembre de 1997 y en vigor a partir del 1 de mayo de 1999.

⁵ Además de los artículos 2, 3.2 y 6, véanse también los artículos 118, 119, 136, 137 y 141 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) para trazar el cuadro completo de la regulación de la igualdad en el texto suscrito en Amsterdam.

⁶ Publicado en el DOUE Nº C-80 de 10 de marzo de 2001 y en vigor a partir del 1 de febrero de 2003.

⁷ Véanse las previsiones del art. 7 TUE en la redacción dada en Niza para los supuestos de violación del art. 6 del mismo texto, que reza del tenor siguiente: “la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”.

⁸ Publicada DOUE Nº C-306 de 14 de diciembre de 2007, una vez declarado su efecto vinculante en el Tratado de Lisboa en 2007.

⁹ Publicado en el DOUE Nº C-310 de 16 de diciembre de 2004.

¹⁰ Disponible en la página web oficial de la Unión Europea: http://europa.eu/50/docs/berlin_declaration_es.pdf (consultada el 15 de noviembre de 2015).

¹¹ Publicado en el DOUE Nº C-306/01 de 17 de diciembre de 2007 y en vigor a partir del 1 de diciembre de 2009.

¹² Para las referencias al texto vigente de los TUE, TFUE y CDFUE se han utilizado las últimas versiones consolidadas, publicadas en el DOUE N° C-326 de 26 de octubre de 2012.

¹³ Publicado en el DOUE N° C-303 de 14 de diciembre de 2007.

¹⁴ Este tipo de medidas, denominadas de *acción positiva* o *affirmative action*, son herederas del Derecho estadounidense y se aplican desde la perspectiva del género para fomentar la presencia de las mujeres en los sectores tradicionalmente masculinos y para acabar con la histórica preterición del sexo femenino. Son un claro ejemplo de vulneración del principio de igualdad en su consideración clásica, pues suponen un trato diferenciado, justificado de manera objetiva en la existencia de rasgos relevantes. Se trata de una nueva concepción de igualdad basada en la diferencia: Cfr. Criado de Diego, M. (2011): “La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia”, *Revista Derecho del Estado*, N° 26, pg. 7-49.

¹⁵ Con esta polémica me refiero a la situación de incertidumbre sobre el carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) desde su primera proclamación hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. El texto fue proclamado solemnemente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en diciembre del año 2000, en Niza. Esta proclamación no dotó a la Carta de carácter jurídicamente vinculante, aunque existía el compromiso político por parte de las instituciones de la U.E. de respetar lo establecido en la misma. La Declaración n° 23 anexa al Tratado de Niza recogía la necesidad de incluir esta Carta en un nuevo Tratado para dotarla de eficacia jurídica. De haber sido ratificado el Proyecto de Constitución para Europa por todos los Estados miembros, la Constitución Europea habría conferido a la Carta valor vinculante, pero debido al fracaso de este Proyecto la Carta siguió siendo una mera declaración de derechos. Será el artículo 6.1 del Tratado de Lisboa, el que confiera a “los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...) el mismo valor jurídico que a los Tratados”. En definitiva, será a partir del 1 de enero de 2009, tras ser revisada para adaptarla al Tratado de Lisboa y proclamada por segunda vez (Lisboa, 2007), cuando la CDFUE entre a formar parte del Derecho originario de la U.E. A mayor abundamiento, véase: Camisón Yagüe, J. A. (2010): “Reflexiones sobre la Carta Europea de Derechos Fundamentales tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho de Extremadura*, N° 8, pg. 254-270.

¹⁶ Sirvan de ejemplo y con el único objeto de ilustrar: la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 relativa a establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, definiendo el concepto de discriminación indirecta; y, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición de las anteriores). Asimismo, el III, IV y V Programa de Acción Comunitaria en materia de igualdad; el Plan de Trabajo para la Igualdad entre mujeres y hombres (2006-2010); el Pacto Europeo para la igualdad de género (2006); la Estrategia Marco Comunitaria (2010-2015) aprobada por la Comisión en septiembre de 2010, el Programa Derechos, Igualdad y Ciudadanía (2014-2020), etc. (Todos estos instrumentos pueden consultarse a través de la página web oficial de la Unión Europea: http://europa.eu/publications/official-documents/index_es.html)

¹⁷ A mayor abundamiento, Garrido Gómez, M. I. (2009): *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, pg. 19-53; y, Criado de Diego, M. (2011): “La igualdad en el constitucionalismo de la diferencia”, *Revista Derecho del Estado*, N° 26, pg. 7-29, especialmente.



- ¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 76/1990, de 26 de abril, Fundamento Jurídico 9 a): “a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.” En la misma línea: SSTC 28/1992 de 9 de marzo; 229/1992 de 14 de diciembre; y, 181/2000 de 29 de junio.
- ¹⁹ Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, STEDH): Caso Lingüístico de la Enseñanza en Bélgica de 23 de julio de 1968.
- ²⁰ Sobre el contenido y estructura del principio de proporcionalidad, véase: Bernal Pulido, C. (2005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.
- ²¹ Véase Barnes, J. (1994): “Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario”, *Revista de Administración Pública*, N° 135, pg. 485 y ss. También, Häberle, p. (1993): “Derecho Constitucional Común Europeo”, *Revista de Estudios Políticos* N° 79, pg. 7 y ss. 173
- ²² Art. 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.
- ²³ Artículo 18 Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas.”
- ²⁴ Exige la proximidad de la institución al ciudadano en la toma de decisiones, de modo que las instituciones de la UE actuarían con cierto carácter subsidiario respecto a las nacionales, regionales y locales, si éstas no pudiesen alcanzar los objetivos propuestos. Art. 5.3 TUE.
- ²⁵ DOUE N° C-326/01 de 26 de octubre de 2012, pg. 206-207.
- ²⁶ En esta línea STEDH de 23 de julio de 1968 (caso Lingüístico de la Enseñanza en Bélgica) y de 27 de octubre de 1975 (caso del Sindicato Nacional de la Policía en Bélgica).
- ²⁷ Al respecto, el Dictamen de la Comisión en la STEDH de 28 de diciembre de 1984 (caso Rasmussen) especifica que las situaciones “no tienen por qué ser iguales, sino simplemente análogas”.
- ²⁸ Por todas, sirvan de ejemplo como *leading case* la STEDH de 1 de julio de 1961, caso Lawless contra Irlanda y la STEDH de 23 de julio de 1968 (caso Lingüístico de la Enseñanza en Bélgica).

²⁹ STEDH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra España.

³⁰ En épocas anteriores, el Tribunal no ha sido tan estricto en este tipo de discriminaciones, como por ejemplo en las Sentencias de 22 de octubre de 1981, caso Dudgeon, donde aplica la proporcionalidad y determina que la penalidad de ciertas conductas homosexuales consentidas libremente entre mayores de edad es contraria al Convenio, pero no por vulnerar el artículo 14, como pudiera parecer, sino el 8 (injerencia en la vida privada); en el mismo modo, en la STEDH de 26 de octubre de 1998, caso Norris.

³¹ En esta sentencia el TEDH utiliza la técnica del “acomodamiento razonable”. Se trata de un concepto de creación jurisprudencial que tiene su origen en la jurisprudencia estadounidense y canadiense. Consiste en “acomodar” o “armonizar” la aplicación de una norma a favor de una persona o grupo de personas para evitar una posible discriminación a causa de la aplicación general de la norma. Elosegui Itxaso, M. (2013): *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable*, Thomson Reuters Arazadi, Pamplona, pg. 55-66.

³² Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal de Justicia (en adelante, STJ) de 29 de noviembre de 1956, caso 8/55, Fédération Charbonnière de Belgique.

³³ Véase SSTJ de 13 de julio de 1962, caso 19/61, Mannesmann AG; y, de 11 de julio de 1989, caso 265/87, Schröder.

³⁴ Entre otras, SSTJ de 17 de diciembre de 1970, caso 11/70, Internationale Handelsgesellschaft; de 24 de octubre de 1973, caso 5/73, Balkan-Import-Export; de 5 de julio de 1977, caso 114/76, Bela-Mühle.

174 ³⁵ Sobre la estructura y contenido de los tres subprincipios, véase Bernal Pulido, C. (2005): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pg. 689-795. Sobre la recepción de este test por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), véase la STJ de 18 de mayo de 1993, caso C-126/91, Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft u.a., ampliamente comentada, por ser un claro ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad.

³⁶ Como ejemplo, cfr. STJ de 11 de julio de 1989, caso 265/87, Schröder, y, de 2 de mayo de 1990, caso 357/88, Hopermann.

³⁷ STJ de 11 de marzo de 1987, casos acumulados 279, 280 285 y 286/84.

³⁸ STJ de 2 de febrero de 1989, caso 274/87, Wurst-Warren.

³⁹ Como ejemplo, la STJ de 16 de octubre de 1991, caso C-24/90, Hauptzollamt Hamburg-Jonas: “(...) será necesario recurrir a la menos restrictiva”.

⁴⁰ Sirvan de referencia las ya citadas SSTJ de 17 de diciembre de 1970, caso 11/70, Internationale Handelsgesellschaft; de 24 de octubre de 1973, caso 5/73, Balkan-Import-Export; de 5 de julio de 1977, caso 114/76, Bela-Mühle.

⁴¹ Hay que tener en cuenta que la ejemplificación no será excesivamente detallada porque el TJUE aplica el principio de proporcionalidad en el ámbito competencial de las instituciones comunitarias y órganos de los Estados miembros, siendo límite y parámetro de control de sus actuaciones; y, lo que interesa al presente trabajo, no es tanto la dimensión de límite competencial al legislador como la dimensión interpretativa de derechos fundamentales en relación con la igualdad que presenta el principio.

