

EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE NACIONALIDAD: ¿UN DERECHO DE LOS EXTRANJEROS? (*)

MARÍA DÍAZ CREGO

1. INTRODUCCIÓN.—2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y LA DEFINICIÓN DEL SUJETO DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y A NO SER DISCRIMINADO: EL PROBLEMA DE LOS EXTRANJEROS.—3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS.—4. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD EN EL ÁMBITO EUROPEO: 4.1. *El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad en el Consejo de Europa*. 4.2. *El reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad en la Unión Europea: ¿un derecho limitado a los ciudadanos de la Unión?*—5. EL ALCANCE DEL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A NO SER DISCRIMINADOS POR RAZÓN DE SU NACIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CDH Y EL TEDH.—6. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

En una Europa plural, en la que una parte cada vez más importante de la población son extranjeros provenientes de multitud de nacionalidades distintas, no es de extrañar que se hable de la necesidad de promover la inclusión de ese

(*) Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Los derechos sociales y económicos y los derechos civiles (II) en los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos» (DER2008-06390-C04-02/JURI), dirigido por el Profesor Pablo Santolaya Machetti y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Este proyecto se integra en el proyecto coordinado «Hacia una globalización de los derechos: el diálogo entre los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos», dirigido por el Profesor Javier García Roca.

colectivo (1). Sin embargo, esa tarea resulta compleja, por no decir imposible, cuando el ordenamiento del Estado correspondiente asume la legitimidad de ciertas diferencias de trato entre nacionales y extranjeros: si la desigualdad jurídica es considerada legítima, difícilmente podrá plantearse la inclusión real de la población no nacional.

A pesar de ello, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno asumen la legitimidad de ciertas diferencias de trato entre nacionales y extranjeros: la igualdad jurídica se suele predicar únicamente de los nacionales, excluyéndose a los extranjeros del juego de ese derecho, en la medida en que «ellos» no son vistos, al menos no en la mayoría de los países, como miembros de pleno derecho de la comunidad política, a diferencia de «nosotros», los nacionales (2). Es por ello que los ordenamientos de la mayoría de los Estados de nuestro entorno aceptan diferencias de trato entre nacionales y extranjeros no sólo en lo que se refiere a la titularidad y ejercicio de derechos reconocidos en el texto constitucional, sino también de derechos previstos por la legislación ordinaria. Se ha argumentado así que la inclusión de los extranjeros pasaría bien por la extensión de la noción de nacionalidad, de modo que se permita el acceso a la condición de nacionales a un número creciente de extranjeros residentes, bien por la disociación del binomio igualdad jurídica-condición de nacional, de modo que sea la residencia la que permita el reconocimiento de derechos en igualdad de condiciones (3).

En este contexto, parece de particular relevancia el estudio del artículo 14 de la Constitución española (CE), que reconoce el derecho a la igualdad y el derecho a no ser discriminado, haciendo expresa referencia a los «españoles» como titulares —en principio— «únicos» del mismo. La literalidad de ese precepto ubica a nuestro texto constitucional en la lógica diferenciadora apuntada, en la medida en que parece excluir a los extranjeros, con carácter general, de

(1) En el ámbito de la política común de inmigración de la Unión Europea se han adoptado ya medidas que persiguen la inclusión de los nacionales de terceros Estados: Decisión (CE) n.º 435/2007 del Consejo, de 25 de junio de 2007, para la creación de un Fondo Europeo para la integración de nacionales de terceros países para el período 2007-2013; Comisión Europea, Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, 1 de septiembre de 2005, COM (2005) 389 final. También en el ámbito nacional, los poderes públicos españoles afirman actuar en pro de la inclusión de los extranjeros, ver al respecto: artículo 2 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(2) Sobre la necesidad de superar la tradicional identificación de la ciudadanía con la posesión de la nacionalidad a fin de extender la titularidad y ejercicio de ciertos derechos a los extranjeros, ver SANTOLAYA, Pablo (2007); BAUBÖCK, Rainer (ed.) (2006); DE LUCAS, Javier, y Díez BUESO, Laura (2006); PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2004).

(3) Esa doble opción aparece expuesta en RUBIO MARÍN, Ruth (2004): 27 y sigs.

la titularidad del derecho a la igualdad y a no ser discriminado. A pesar de ello, entiendo que cabe una interpretación amplia de ese precepto a la luz de algunos de los tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados por nuestro país, tal y como exige el artículo 10.2 CE; y que esa interpretación extensiva permitiría la ampliación del sujeto del derecho reconocido en el artículo 14 CE en el sentido de incluir también a los extranjeros. En la línea apuntada, el objetivo central de este trabajo será analizar ciertos textos internacionales en materia de derechos humanos celebrados por nuestro país a fin de fundamentar la posible extensión del sujeto del derecho reconocido en el artículo 14 CE y definir, en base a ello, los parámetros de la desigualdad jurídica entre nacionales y extranjeros que nuestro texto constitucional puede consentir.

2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y LA DEFINICIÓN DEL SUJETO DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y A NO SER DISCRIMINADO: EL PROBLEMA DE LOS EXTRANJEROS

La lectura de los preceptos de la CE que regulan el posible reconocimiento del derecho a la igualdad y a no ser discriminado a los extranjeros no es nada alentadora. El artículo 14 CE es muy claro al señalar que los titulares del derecho a la igualdad ante la ley son los «españoles». La interpretación de ese precepto exige su lectura a la luz del artículo 13 del texto constitucional español, eje central sobre el que se articulan los derechos de los extranjeros en nuestra Constitución. Sin embargo, la dicción del artículo 13 CE tampoco parece contribuir a la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros, en la medida en que este precepto señala que los extranjeros gozarán de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución «en los términos que establezcan los tratados y la ley». Por tanto, la lectura inicial de ambos preceptos podría llevar a pensar que nuestro texto constitucional fue construido sobre la base de una diferenciación clara entre españoles y extranjeros: los primeros eran los «iguales», aquellos cuya igualdad jurídica protegía directamente el texto constitucional, mientras que la igualdad jurídica de los segundos dependía, en buena parte, de la decisión del legislador nacional —que debía aprobar las leyes o autorizar la celebración de los tratados que les equipararan con los nacionales— y no podía identificarse *ab initio* con la de los nacionales (4).

(4) En este sentido, CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2004): 107 y sigs., señala que nuestra Constitución parece adoptar como criterio estructural un tratamiento jurídico desigual por razón de nacionalidad.

Como hoy sabemos, la literalidad de estos preceptos se ha visto parcialmente suavizada por la doctrina del Tribunal Constitucional (TC), cuya jurisprudencia en torno al artículo 13 CE ha ido creando poco a poco espacios de igualdad entre españoles y extranjeros. En 1984, en el primer asunto en el que el TC hubo de pronunciarse sobre la posible violación del derecho a la igualdad en relación con un ciudadano extranjero (5), el Alto Tribunal señalaba que, a pesar de la claridad del artículo 14 CE, el planteamiento de una cuestión de igualdad entre españoles y extranjeros no estaba excluido por nuestro texto constitucional, en la medida en que el artículo 14 CE debía leerse a la luz de otros preceptos constitucionales, como, por ejemplo, el propio artículo 13 CE, del que podía deducirse la existencia de una suerte de categorización de los derechos fundamentales de los extranjeros en diferentes subgrupos: los derechos cuya titularidad está vedada a los ciudadanos de otros países (art. 23 CE); los derechos que deben reconocerse a los extranjeros en igualdad de condiciones con los nacionales —que serían los derechos más estrechamente vinculados con la dignidad humana—; y aquellos derechos fundamentales cuyos titulares son españoles y extranjeros, pero no siempre en igualdad de condiciones, de suerte que el legislador puede establecer condiciones para su ejercicio que sean diferentes para unos y otros.

El TC iniciaba así una suerte de subdivisión tripartita de los derechos fundamentales de los extranjeros que, con ciertos cambios y numerosas críticas, se ha mantenido hasta nuestros días (6). Sin ánimo de centrarme en el análisis de esta doctrina (7), sí deseo resaltar varios elementos de la misma que son de interés para el objeto de este trabajo. Si bien esta jurisprudencia del TC acota determinados ámbitos de igualdad entre españoles y extranjeros, debe resaltarse que el punto de partida del Alto Tribunal no es otro que la desigualdad jurídica de ambos colectivos; una desigualdad sobre la que el TC construye ciertas excepciones, sin terminar de perfilar por qué la excepción se refiere a un determinado derecho y no a otros.

(5) STC 107/1984, de 23 de noviembre, en la que un ciudadano uruguayo alegaba la posible vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 13, 14 y 35 CE: el recurrente había sido despedido por carecer de permiso de residencia y demandó a su antiguo empleador por considerar que el despido había sido nulo, o, subsidiariamente, improcedente, en la medida en que según la legislación española del momento, los ciudadanos de determinados países no necesitaban de permiso de trabajo en nuestro país.

(6) De entre las más recientes, hay que destacar la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

(7) Para lo cual remito a varios autores: GARCÍA ROCA, Javier (2005): 71 y sigs.; VIDAL FUEYO, María del Camino (2002): 51 y sigs.; AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (2002): 439 y sigs.

Efectivamente, el TC no se pronunciaba, al menos no en la fase inicial de su jurisprudencia referida a los derechos de los extranjeros, sobre la posibilidad de extender la titularidad del derecho a la igualdad a ciudadanos de otros países, limitándose a delimitar un espacio de igualdad entre españoles y extranjeros en relación con ciertos derechos fundamentales, considerados «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» (8), como el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad ideológica o a la intimidad. En relación con otros derechos fundamentales se aceptaba que esa igualdad podía ser exigida siempre y cuando así lo previera una ley o un tratado internacional, esto es, únicamente previa toma de postura del propio legislador a través de cualquiera de esos dos instrumentos. Pero más allá de esos dos grupos de derechos fundamentales, cuyos contornos eran —por lo demás— bastante imprecisos, la libertad del legislador o de la autoridad encargada de aplicar el Derecho para establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros no parecía susceptible de plantear ningún problema de constitucionalidad. Por tanto, en el terreno de la legalidad ordinaria y en relación con buena parte de los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional parecía imperar la libertad del legislador para establecer diferencias de trato entre españoles y extranjeros.

La aplicación práctica de esta jurisprudencia constitucional puede seguirse a lo largo de varias sentencias del TC (9), en las que los demandantes plantearon la violación del artículo 14 CE por un trato diferenciado en razón de su nacionalidad y el TC vinculó ese tratamiento diverso con otro derecho reconocido en la Constitución, pero respecto del cual el texto constitucional no garantizaba la igualdad entre españoles y extranjeros, como, por ejemplo, el derecho al trabajo o a beneficiarse de ciertas prestaciones del régimen de Seguridad Social. En estos supuestos, el TC condicionaba el otorgamiento del amparo a la existencia de una ley o un tratado que reconociera la igualdad entre españoles y extranjeros en relación con el derecho indicado. Sin embargo, no llegaba a pronunciarse de forma clara sobre la extensión del derecho recogido en el artículo 14 CE a los extranjeros.

Así se observa, por ejemplo, en la STC 130/1995, en la que las autoridades españolas denegaron el acceso a una prestación por desempleo a un ciudadano marroquí que cumplía todos los requisitos para acceder a la prestación, excepto el de poseer la nacionalidad española. El ciudadano marroquí alegó ante el TC que la decisión de las autoridades españolas habría violado el derecho reconocido en el artículo 14 CE, en la medida en que se habría producido un trato de-

(8) STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3.

(9) En este sentido, SSTC 150/1994, de 23 de mayo, y 130/1995, de 11 de septiembre.

sigual de situaciones iguales, ya que sus compañeros españoles sí habían tenido acceso a la prestación litigiosa. Sin embargo, el TC obvió pronunciarse sobre la posibilidad de considerar titular del derecho reconocido en el artículo 14 CE al recurrente. El razonamiento del TC se centró, por el contrario, en el artículo 41 CE, en la medida en que nuestro Alto Tribunal consideró que el tratamiento diferenciado se había producido en relación con los beneficios del régimen de la Seguridad Social: en relación con el disfrute de tales beneficios, continuaba el TC, el legislador podía establecer diferencias entre españoles y extranjeros, de modo que los extranjeros sólo podrían exigir la igualdad de trato con los nacionales en el caso de que la ley o un tratado internacional equiparara a ambos colectivos.

Esta jurisprudencia constitucional, que parecía obligar al TC a vincular el desigual trato de los extranjeros con otro de los derechos reconocidos en el texto constitucional, planteaba varios problemas relevantes. Por un lado, el pronunciamiento del TC sobre la constitucionalidad de la desigualdad de trato de los extranjeros siempre pasaba por la ubicación del derecho constitucional con el que se vinculaba esa desigualdad en alguna de las tres categorías definidas por el TC en torno al artículo 13 CE; determinación no exenta de problemas, especialmente si se tiene en cuenta, como han resaltado numerosos autores (10), que el TC parece ubicar los derechos en una u otra de esas categorías a la luz de su mayor o menor vinculación con la «dignidad de la persona». Así, por ejemplo, en la STC 130 /1995, el TC no explicaba claramente por qué el derecho contemplado en el artículo 41 CE era uno de aquellos que permiten diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, limitándose a indicar que esa caracterización del derecho se desprendía de su jurisprudencia sobre los derechos de los extranjeros.

Por otro lado, la jurisprudencia del TC en torno al artículo 14 CE tenía otro límite claro: puesto que el TC no se pronunciaba sobre la titularidad del derecho a la igualdad y a no ser discriminado por los extranjeros, el trato desigual de los extranjeros sólo podía ser analizado desde el punto de vista constitucional cuando se relacionara con alguno de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución. Pero no en relación con derechos o intereses no comprendidos en el texto constitucional, con respecto a los cuales los españoles sí podían exigir un tratamiento igual en el sentido del artículo 14 CE (11). Es de recordar así

(10) Ver nota a pie núm. 7.

(11) Este problema parece apuntarse ya en la STC 94/1993, de 22 de marzo, en la que la recurrente, una mujer de origen filipino que llevaba tiempo residiendo y trabajando en el país, y que fue expulsada por no tener en regla el permiso de residencia, planteaba un recurso de amparo contra la decisión que acordó la expulsión, señalando que esa decisión habría violado los artícu-

que si bien la igualdad es un concepto relacional (12), el artículo 14 CE puede ser invocado con carácter general sin alegar la violación de otro derecho fundamental (13). A pesar de ello, el TC tardaría unos años en plantear claramente la extensión del artículo 14 CE a los extranjeros, asumiendo la posibilidad de ampliar los espacios de igualdad entre extranjeros y nacionales más allá de los derechos reconocidos en el texto constitucional.

La sentencia del Alto Tribunal que asume de modo más claro esta posibilidad es la STC 137/2000 (14), en la que el TC estudiaba si era posible entender violado el artículo 14 CE en el caso de un ciudadano francés, que se encontraba cumpliendo condena en nuestro país, y consideraba que la decisión por la que se le había denegado un permiso de salida ordinario había violado su derecho a la igualdad, en la medida en que le había discriminado por razón de su nacionalidad. En su razonamiento, el TC subrayaba claramente que los extranjeros eran titulares del derecho a no ser discriminados por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, ya que se consideraba que ese derecho se garantizaba a todas las personas y no sólo a los nacionales, al ser un derecho «imprescindible para la garantía de la dignidad humana».

A pesar de su relevancia, la STC 137/2000 dejaba alguna cuestión importante en el aire. En este sentido, hay que subrayar que el TC no llegaba a manifestar expresamente que los extranjeros son titulares en España del derecho a la igualdad ante la ley, refiriéndose sólo al derecho a no ser discriminado. Esta falta de pronunciamiento del TC ha llevado a algún autor (15) a defender

los 13, 14, 19 y 24 CE. Sus alegaciones sobre el artículo 14 CE partían del hecho de que en un asunto semejante, se había impuesto una sanción económica a una ciudadana de otro país: se señalaba así que la Administración había adoptado criterios diferentes en relación con dos supuestos semejantes, sin razones objetivas y razonables, de modo que se pedía al TC que analizara si se había violado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, pero en relación con un derecho no reconocido en la Constitución. El TC se centró en la violación del artículo 19 CE, sin hacer referencia alguna a la posible violación del artículo 14 CE.

(12) RUBIO LLORENTE, Francisco (1991): 12.

(13) GIMÉNEZ GLÜCK, David (2004): 37.

(14) Antes de la STC 137/2000, de 29 de mayo, apuntan la posible extensión de la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 14 CE a los extranjeros las SSTC 86/1996, de 21 de mayo, y 91/2000, de 30 de marzo. Después de la STC 137/2000, de 29 de mayo, pueden citarse en la misma línea, las SSTC 110/2002, de 6 de mayo; 140/2003, de 13 de julio; 24/2005, de 14 de febrero.

(15) GIMÉNEZ GLÜCK, David (2004): 39 y sigs. No parecen establecer tal diferencia los pocos autores que se han planteado en España la posibilidad de reconocer el derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2004): 108-109; VIDAL FUEYO, María del Camino (2002): 159 y sigs.

que el TC habría reconocido únicamente el derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, pero no su derecho a la igualdad ante la ley; derecho que la Constitución sólo reconocería directamente a los nacionales. En esta lógica, los extranjeros sólo serían titulares del derecho a la igualdad en la medida en que así lo reconocieran las leyes o los tratados internacionales. Esta parte de la doctrina parece afirmar así que nuestro texto constitucional sí autoriza diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, fundadas únicamente en la nacionalidad, que no deben superar los tests de razonabilidad y proporcionalidad que se derivan de la aplicación del artículo 14 CE. Sin embargo, según esta interpretación, los extranjeros no podrían ser tratados de forma discriminatoria por el resto de motivos prohibidos por nuestra Constitución, como el sexo, la religión, la raza o el nacimiento.

A mi entender, esa distinción entre titularidad del derecho a la igualdad y del derecho a no ser discriminado carecería de relevancia si el TC hubiera reconocido la existencia de un derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad y hubiera atribuido ese derecho a los extranjeros. En tal caso, la nacionalidad se convertiría en una de las categorías sospechosas de discriminación, imponiéndose, a la luz de la jurisprudencia constitucional (16), un test de razonabilidad y proporcionalidad mucho más estricto que el que se exige en relación con diferencias de trato no basadas en una de esas categorías.

Como ya ha sido subrayado por numerosos autores (17) y por el propio TC, el segundo inciso del artículo 14 CE prohíbe toda discriminación fundada en una serie de elementos (sexo, raza, religión, etc.), pero se entiende que esa lista de categorías especialmente sospechosas de discriminación no es un *numerus clausus*, de modo que el TC podría considerar otras categorías, no expresamente recogidas en el texto constitucional, como igualmente sospechosas, aplicando en relación con las mismas el mismo test estricto de constitucionalidad de la diferencia de trato. Así, por ejemplo, el TC parece aplicar ese test en relación con las diferencias de trato basadas en la discapacidad (18), a pesar de que esa categoría no está expresamente contemplada en el artículo 14 CE. La cuestión que se plantea es, por tanto, si la nacionalidad puede considerarse una de las

(16) En relación con esta jurisprudencia GIMÉNEZ GLÜCK, David (2004): especialmente, 279 y sigs.; REY MARTÍNEZ, Fernando (1995): 58; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda (1986): 71 y sigs.; ALONSO GARCÍA, Enrique (1983): 65 y sigs.

(17) Entre otros, GIMÉNEZ GLÜCK, David (2004): 229; BILBAO UBILLOS, Juan María, y REY MARTÍNEZ, Fernando (1998): 327 y sigs.

(18) STC 269/1994, de 30 de octubre.

categorías sospechosas de discriminación en el sentido previsto en el segundo inciso del artículo 14 CE (19).

No obstante, hay que destacar que la jurisprudencia constitucional española no ha resuelto claramente esta cuestión. El TC se ha enfrentado en varias ocasiones a la constitucionalidad de una diferencia de trato fundada en la nacionalidad (20). En varios de estos asuntos, el Alto Tribunal ha llegado a reconocer violado el artículo 14 CE (21). Sin embargo, en algunos de ellos, la discriminación por razón de nacionalidad era alegada por ciudadanos españoles frente a ciudadanos de otros países, que eran privilegiados únicamente por razón de su nacionalidad (22); y en la mayoría de ellos, el TC no llegaba a confirmar que la diferencia de trato se fundara únicamente en la nacionalidad del recurrente, destacándose la presencia de otros elementos relevantes, que concurrían en el caso objeto de estudio, y justificaban el fallo. Quizás el único asunto en el que el TC ha llegado a la conclusión de que la diferencia de trato se fundaba únicamente en la nacionalidad y que, aun así, se había producido una discriminación, es resuelto por la STC 5/2007 (23). Sin embargo, en ese asunto, las recurrentes eran dos ciudadanas españolas, que alegaban ser discriminadas por razón de su nacionalidad frente a otros empleados de su empresa, que eran de nacionalidad

(19) Tal como parece haber ocurrido, por ejemplo, en Estados Unidos. En este sentido, ver VIDAL FUEYO, María del Camino (2002): 168 y sigs.; ALONSO GARCÍA, Enrique (1983): 72.

(20) Las alegaciones de los recurrentes han planteado la existencia de una diferencia de trato basada en la nacionalidad en las SSTC 5/2007, de 15 de enero; 24/2005, de 14 de febrero; 34/2004, de 8 de marzo; 137/2000, de 29 de mayo; 78/1997, de 21 de abril; 86/1996, de 21 de mayo; 130/1995, de 11 de septiembre; 150/1994, de 23 de mayo; 132/1989, de 18 de julio; 221/1988, de 24 de noviembre; 107/1984, de 23 de noviembre.

(21) En este sentido, SSTC 5/2007, de 15 de enero; 34/2004, de 8 de marzo; 130/1995, de 11 de septiembre; 150/1994, de 23 de mayo.

(22) De los asuntos indicados en la nota a pie núm. 20, aquellos en los que los afectados por la diferencia de trato basada en la nacionalidad eran españoles son: SSTC 5/2007, de 15 de enero; 34/2004, de 8 de marzo; 78/1997, de 21 de abril; 132/1989, de 18 de julio; 221/1988, de 24 de noviembre.

(23) STC 5/2007, de 15 de enero. El párrafo clave de esta sentencia versa: «Conforme con reiterada doctrina constitucional, aunque en el ámbito laboral el principio de igualdad de trato puede quedar matizado como consecuencia de la vigencia del mencionado principio, resulta preciso que la diferencia de trato no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores (SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2, y 34/2004, de 8 de marzo, FJ 3, por ejemplo). Y, en este caso, no ha quedado justificado con la motivación adecuada que el trato retributivo distinto deparado a las recurrentes tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española o, lo que es lo mismo, no coincidente con la de la empresa empleadora. En definitiva, por lo anteriormente dicho, la diferencia retributiva alegada por las recurrentes resulta desprovista de una justificación objetiva y razonable, con vulneración, por tanto, del artículo 14 CE [...]» (FJ 3).

italiana. Un pronunciamiento tan claro no lo encontramos todavía en ninguno de los asuntos resueltos por el TC en relación con ciudadanos extranjeros.

No obstante, algunos casos de los que ha entendido el TC parecen mostrar cierta predisposición del Alto Tribunal a extender la titularidad del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad también a ciudadanos extranjeros. Así, en la ya citada STC 137/2000, tras afirmar que los extranjeros son titulares del derecho a no ser discriminados, el TC rechazaba que se pudiera considerar violado el derecho en el caso concreto, en la medida en que el particular no había aportado indicio alguno que permitiera considerarlo violado. Al hilo de su razonamiento, el TC señalaba expresamente:

«Por tanto, el demandante no ha desplegado, como es su obligación, una mínima actividad, ni mostrado indicio alguno, para llevarnos al convencimiento de que ha sido objeto de un trato discriminatorio en la aplicación de la ley que ha llevado a cabo la resolución judicial impugnada y **que pudiera haber servido para vincular la hipotética desigualdad de trato de que se queja con alguna de las causas expresamente prohibidas en el artículo 14 CE** (24). Por lo que debe también rechazarse el motivo de lesión del principio de igualdad ante la Ley» (FJ 1).

Si se tiene en cuenta que, en el caso objeto de estudio, el recurrente alegaba únicamente la violación del artículo 14 CE en razón de una diferencia de trato basada en la nacionalidad, la referencia a una de las «causas expresamente prohibidas en el artículo 14 CE» podría apuntar en la dirección de reconocer la nacionalidad como una de esas causas prohibidas también en relación con los extranjeros. Pero —hay que subrayarlo—, el TC no es nada claro al respecto (25).

Tampoco es claro el TC en otro asunto muy semejante (STC 24/2005, de 14 de febrero), en el que un ciudadano de nacionalidad francesa, también condenado a pena privativa de libertad en nuestro país, alegaba haber sido discriminado por su condición de extranjero en las decisiones de las autoridades españolas referidas a sus permisos ordinarios de salida. El TC tampoco otorgaba el amparo. Sin embargo, sí estudiaba las alegaciones del recurrente referidas a la presunta existencia de una diferencia de trato basada en la nacionalidad; lo que parecía indicar que consideraba titular del derecho al recurrente, que —hay que recordarlo— era ciudadano francés. El TC indicaba así que:

(24) La negrita es mía.

(25) A pesar de que algunos autores parecen apuntar en ese sentido: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2004): 109.

«**Con independencia de cualquier otra consideración acerca de la extranjería como causa de discriminación inserta en la interdicción del artículo 14 CE** (26) (RCL 1978, 2836), se comprueba en este caso que el hecho de que el interno sea extranjero no se ha tomado en consideración en los Autos recurridos para adoptar un tratamiento penitenciario más severo a través de la denegación del permiso de salida, sino que se menciona como un simple dato para sustentar razonablemente su falta de arraigo en España [...]» (FJ 2).

Así pues, tras el análisis de la jurisprudencia del TC referida a los derechos de los extranjeros, podemos concluir que si bien el TC ha considerado a los extranjeros titulares del derecho a no ser discriminados por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, no podemos afirmar que el Alto Tribunal haya reconocido de forma expresa el derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad. Sin embargo, entiendo que la lectura de nuestro texto constitucional a la luz de los textos internacionales ratificados por España, tal y como exige el artículo 10.2 CE, permite la consideración de la nacionalidad como una de las categorías sospechosas de discriminación, así como el reconocimiento del derecho a no ser discriminados por ese motivo a los extranjeros. Eso es lo que trataré de demostrar en las próximas líneas.

3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE NACIONES UNIDAS

Los textos internacionales adoptados en el ámbito de Naciones Unidas, que son vinculantes para nuestro país y hacen referencia al *origen nacional o la nacionalidad* como uno de los motivos prohibidos de discriminación, son numerosos. Sin embargo, el ámbito de aplicación de esa prohibición aparece limitada en muchos de estos textos desde un punto de vista material o personal. En este sentido, hay que destacar que el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (27), el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (28), y el artículo 2 de la Convención de

(26) La negrita es mía.

(27) El PIDESC fue firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, y fue ratificado por nuestro país el 27 de abril de 1977.

(28) El PIDCP fue firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, y fue ratificado por nuestro país el 27 de abril de 1977.

Derechos del Niño (29), reconocen el derecho de toda persona (o todo niño), sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, a disfrutar de los derechos reconocidos en esos instrumentos internacionales sin «distinción» o «discriminación» alguna por diversos motivos, entre ellos, el origen nacional, de modo que reconocen derechos no autónomos, que sólo permitirían el análisis de una diferencia de trato cuando ésta recaiga en el ámbito de aplicación de otro de los derechos en ellos reconocidos.

También tienen un ámbito limitado de aplicación la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (30), que se centra en garantizar la igualdad entre hombre y mujeres y en prohibir la discriminación por razón de sexo; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (31), orientada a garantizar la igualdad de las personas con discapacidad y prohibir toda discriminación por ese motivo; o la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, que prohíbe toda discriminación fundada en el origen nacional de una persona, pero sólo en el ámbito educativo.

De mayor interés resulta, sin embargo, la prohibición de toda discriminación basada en el origen nacional que contiene el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (32); especialmente, si se tiene en cuenta que los extranjeros son objeto frecuente de discriminación racial y que, en muchas ocasiones, las discriminaciones fundadas en la nacionalidad y el origen racial o étnico de una persona se superponen. A pesar de la potencial relevancia de esta Convención en relación con los derechos de los extranjeros, resulta llamativo cómo se ha definido su ámbito de aplicación, en la medida en que los párrafos dos y tres de su artículo 1 parecen tratar de limitar su alcance en lo que respecta a este colectivo. Así, el artículo 1.2 de la Convención señala que ésta no se aplica a «las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos», y el artículo 1.3 señala, a pesar de lo dicho en el inciso segundo, que no se excluyen del ámbito de aplicación

(29) Esta Convención fue firmada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y fue ratificada por nuestro país el 6 de diciembre de 1990.

(30) Esta Convención fue firmada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y fue ratificada por nuestro país el 5 de enero de 1984.

(31) Esta Convención fue firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y fue ratificada por España el 3 de diciembre de 2007.

(32) Esta Convención fue firmada en Nueva York el 7 de marzo de 1966, y nuestro país se adhirió a la misma el 13 de septiembre de 1968.

de la Convención aquellas diferencias de trato que discriminen a extranjeros de diferentes nacionalidades.

Estas dudosas previsiones han sido objeto del Comentario General núm. 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (33). En este texto, el Comité señala que los Estados parte de la Convención no pueden abdicar de la obligación de reconocer una serie de derechos fundamentales a nacionales y extranjeros en condiciones de igualdad; obligación que ya les imponen otros instrumentos internacionales de derechos humanos, como, por ejemplo, el PIDCP o el PIDESC. Más allá de esas exigencias, el Comité parece asumir que los Estados pueden establecer diferencias de trato entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, se destaca que, a la hora de aplicar esas diferencias, los Estados no podrán incurrir en ninguna discriminación racial. En este sentido, el Comité resalta que cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad o el estatus migratorio será considerada discriminación si los criterios para tal diferenciación, analizados a la luz de los objetivos de la Convención, no se aplican a fin de perseguir un objetivo legítimo y no son proporcionados al objetivo perseguido (par. 4) (34). Se subraya así la necesidad de que exista un vínculo entre la diferencia de trato considerada discriminatoria y los objetivos de la Convención, que no son otros que eliminar la discriminación racial. De modo que podría entenderse que una norma nacional que estableciera una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, fuera del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en otros instrumentos internacionales y sin perjudicar a una nacionalidad concreta, podría considerarse no contraria a la Convención siempre que no se incurriera en una discriminación racial prohibida en el momento de aplicar la norma. Dadas las limitaciones indicadas, parece que podemos concluir que no puede deducirse de esta Convención un derecho general a

(33) Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Comentario General* n.º XXX, *relativo a los no ciudadanos*, 1 de octubre de 2004. Este Comentario derogó el *Comentario general* n.º XI, *relativo a los no ciudadanos*, 19 de marzo de 1993, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. En el Comentario núm. XI, el Comité parecía entender el artículo 1 de la Convención de forma más flexible que en su Recomendación posterior, al señalar, únicamente, que las previsiones de ese precepto no eximían a los Estados parte de cumplir con las obligaciones que se derivaban de otros instrumentos internacionales en la materia, y que la exención de las diferencias de trato entre ciudadanos y no ciudadanos desde el punto de vista de la Convención no se extendía a posibles discriminaciones de los Estados en relación con los extranjeros de una nacionalidad determinada.

(34) El texto del párrafo 4 de la *Recomendación general* n.º XXX dice, en su versión original en inglés: «Under the Convention, differential treatment based on citizenship or immigration status will constitute discrimination if the criteria for such differentiation, judged in the light of the objectives and purposes of the Convention, are not applied pursuant to a legitimate aim, and are not proportional to the achievement of this aim.»

la igualdad de nacionales y extranjeros o un derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad que pueda predicarse de los extranjeros, en cuanto se excluyen de su ámbito de aplicación las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros que no puedan definirse como discriminación racial.

El limitado ámbito de aplicación de los preceptos hasta ahora reseñados no permitiría hablar, por tanto, del reconocimiento de un derecho general a la igualdad de los extranjeros o de un derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad. Sin embargo, ese derecho sí podría quizás deducirse de lo previsto en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 26 PIDCP.

El reconocimiento de un derecho general a la igualdad y a no ser discriminado parte, en el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, de lo previsto en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce un derecho general de «todos» a la igualdad y a no ser discriminado. Ese derecho tiene especial reflejo en el artículo 26 PIDCP, en el que se reconoce el derecho a la igualdad ante la ley, a la igual protección de la ley y a no ser discriminado, indicándose una serie de categorías sospechosas de discriminación, entre las que se cita el origen nacional. A pesar de que parece dudoso que podamos equiparar la noción de origen nacional con la de nacionalidad, en la medida en que el origen nacional suele identificarse con la pertenencia a una minoría nacional o a una nación construida sobre elementos culturales y sociales (35), y la nacionalidad se entendería como el vínculo jurídico que une a los ciudadanos con un Estado determinado (36), hay que destacar que el Comité de Derechos Humanos (CDH), órgano encargado de la interpretación del PIDCP, sí ha hecho referencia a la nacionalidad como una categoría que se incluiría en la lista no exhaustiva de motivos prohibidos de discriminación del artículo 26 PIDCP.

Efectivamente, en el asunto *Gueye c. France* (37), el CDH señalaba por vez primera que, aunque la nacionalidad no era una de las categorías prohibidas

(35) En este sentido, SHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa, y BELL, Mark (2007): 56 y sigs.; REID, Karen (2008): 282 y sigs.

(36) A pesar de esta distinción, algunos autores han destacado la interrelación que existe entre ambos conceptos. Ver BOSSUYT, Marc (1976): 53 y sigs.

(37) CDH *Gueye v. France*, de 3 de abril de 1989, comunicación núm. 196/1985. En este asunto los recurrentes eran unos ciudadanos senegaleses que habían servido en las fuerzas armadas francesas en la época colonial, prestando idénticos servicios que sus compañeros franceses, pero que percibían una pensión de jubilación inferior a la de estos últimos, en razón únicamente de su nacionalidad. El Comité de Derechos Humanos resuelve el asunto, confirmando la vulneración del artículo 26 PIDCP, en la medida en que el Estado francés no apuntó ningún motivo objetivo y razonable que justificara la diferencia de trato.

citadas expresamente en el artículo 26 PIDCP, la lista incluida en ese precepto no era exhaustiva y la nacionalidad podía entenderse como una «condición social» en el sentido del inciso final del precepto. La nacionalidad se convertía así en una categoría sospechosa de discriminación, desde el punto de vista del PIDCP. Aunque, continuaba el Comité, esa afirmación no suponía que cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad derivara automáticamente en una violación del Pacto, en la medida en que el artículo 26 PIDCP no podía entenderse vulnerado en aquellos casos en los que la medida que estableciera una diferencia basada en la nacionalidad persiguiera un objetivo legítimo y se fundara en criterios objetivos y razonables.

La jurisprudencia del Comité en este asunto se ha mantenido en casos posteriores, especialmente en una larga retahíla de supuestos en los que el Comité ha debido analizar la adecuación al artículo 26 PIDCP de la legislación checa que preveía la restitución de bienes confiscados durante la época comunista únicamente a los ciudadanos checos (38). La exclusión de los no nacionales de la legislación checa ha sido considerada contraria al Pacto por el CDH, que ha señalado que el Estado checo no había alegado ningún motivo que justificara de forma objetiva y razonable la diferencia de trato de las víctimas de las confiscaciones de la época comunista en función de su nacionalidad. En este sentido, el Comité tuvo especialmente en cuenta que antes de las confiscaciones no se exigía la nacionalidad para ser propietario de bienes inmuebles en la República Checa y, sobre todo, que la mayoría de las víctimas de esas confiscaciones acabaron abandonando el país por la presión del régimen comunista y adquirieron con el tiempo la nacionalidad de los países que les acogieron. No parecía razonable que el Estado checo, que había obligado a las víctimas a abandonar

(38) En este sentido: CDH *Simunek c. la República Checa*, de 19 de julio de 1995, comunicación núm. 516/1992; CDH *Adam c. la República Checa*, de 23 de julio de 1996, comunicación núm. 586/1994; CDH *Des Fours Walderode c. la República Checa*, de 30 de octubre de 2001, comunicación núm. 747/1997; CDH *Blazek c. la República Checa*, de 12 de julio de 2001, comunicación núm. 857/1999; CDH *Marik c. la República Checa*, de 26 de julio de 2005, comunicación núm. 945/2000; CDH *Kriz c. la República Checa*, de 1 de noviembre de 2005, comunicación núm. 1054/2002; CDH *Gratzinger c. la República Checa*, de 25 de octubre de 2007, comunicación núm. 1463/2006; CDH *Ondracka c. la República Checa*, de 2 de noviembre de 2007, comunicación núm. 1533/2006; CDH *Polacková c. la República Checa*, de 24 de julio de 2007, comunicación núm. 1445/2006; CDH *Lněnička c. la República Checa*, de 25 de marzo de 2008, comunicación núm. 1484/2006; CDH *Süsser c. la República Checa*, de 25 de marzo de 2008, comunicación núm. 1488/2006; CDH *Vlček c. la República Checa*, de 10 de julio de 2008, comunicación núm. 1485/2006; CDH *Preiss c. la República Checa*, de 17 de julio de 2008, comunicación núm. 1497/2006; CDH *Kohoutek c. la República Checa*, de 17 de julio de 2008, comunicación núm. 1448/2006; CDH *Persan c. la República Checa*, de 24 de marzo de 2009, comunicación núm. 1479/2006.

el país, les exigiera después poseer la nacionalidad checa para acceder a la reparación del daño causado.

A la luz de lo previsto en el artículo 26 PIDCP y de la jurisprudencia del CDH parece que podemos afirmar que el PIDCP reconoce un derecho general de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad. Este derecho prohibiría cualquier diferencia de trato entre nacionales y extranjeros, siempre que la misma no cumpliera los requisitos de objetividad, razonabilidad y legitimidad del objetivo perseguido definidos por el Comité (39). Hay que señalar, no obstante, que en relación con el derecho de los extranjeros a no ser discriminados en función de la nacionalidad queda la duda de qué tipo de escrutinio de la diferencia de trato exige el Comité. He señalado ya que la jurisprudencia del TC español impone un escrutinio más estricto en relación con las diferencias de trato que se funden en una de las categorías sospechosas de discriminación. A pesar de que el CDH ha incluido la nacionalidad entre las categorías sospechosas del artículo 26 PIDCP, su jurisprudencia no deja traslucir que se exija un test más estricto de las distinciones de trato cuando éstas se fundan en la nacionalidad, y ello a pesar de que el CDH sí parece exigir un escrutinio más estricto de medidas que puedan constituir discriminaciones basadas en el sexo o en la etnia o raza de una persona (40).

Finalmente, una última cuestión debe ser anotada. Siguiendo la opinión del CDH (41), la consideración de la nacionalidad como una de las categorías sospechosas de discriminación a la luz de lo previsto en el artículo 26 PIDCP debe tener en cuenta que el PIDCP admite, excepcionalmente, un trato desigual entre nacionales y extranjeros en relación con ciertos derechos reconocidos en el Pacto, como, por ejemplo, el derecho a votar o ser votado en las elecciones o el derecho a acceder, en términos de igualdad, a la función pública. De modo que, en relación con estos derechos, parece sobreentenderse que el CDH no considera posible aplicar, al menos no con la misma amplitud, los tests derivados del reconocimiento del derecho a la igualdad y a no ser discriminado.

(39) Para una visión más extensa de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en torno al artículo 26 PIDCP, recomiendo la lectura de CHOUHURY, Tufyal (2003); SUDRE, Frédéric (1995).

(40) Sobre la irregularidad de los tests que aplica el Comité de Derechos Humanos y el carácter, más bien vago, de su jurisprudencia al respecto, ver CHOUHURY, Tufyal (2003): 39 y sigs.

(41) CCPR, *General Comment n.º 15: The position of aliens under the Covenant*, de 11 de abril de 1986.

4. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD EN EL ÁMBITO EUROPEO

En el ámbito europeo, tanto la Unión Europea como el Consejo de Europa prohíben ciertas distinciones de trato basadas en la nacionalidad. No obstante, el alcance de las normas adoptadas en el seno de ambas organizaciones internacionales es muy diverso (42), de forma que hoy por hoy y tal y como ahora explicaré, parece que podemos afirmar que sólo ciertos textos adoptados en el ámbito del Consejo de Europa reconocen un derecho general de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad.

4.1. *El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad en el Consejo de Europa*

En el ámbito del Consejo de Europa, varios instrumentos internacionales ratificados por nuestro país reconocen a los extranjeros el derecho a igual trato que los nacionales o a no ser discriminados por razón de su nacionalidad.

En este sentido, tanto el artículo 19 de la Carta Social Europea (43) como varios preceptos del Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante (44) (arts. 10, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28 y

(42) Una buena reflexión sobre el alcance de la prohibición de discriminación en la UE y en el Consejo de Europa (esencialmente en los arts. 14 CEDH y en el Protocolo núm. 12) puede encontrarse en BAMFORTH, Nicholas (2007): 1-42.

(43) La Carta Social Europea fue abierta a la firma el 18 de octubre de 1961 y fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980 (entrada en vigor para nuestro país: 5 de junio de 1980). Nuestro país no ha ratificado, sin embargo, la Carta Social Europea revisada (abierta a la firma desde el 3 de mayo de 1996), cuyo artículo E amplía el alcance del artículo 19 de la Carta Social Europea, en la medida en que señala que el disfrute de todos los derechos reconocidos en la Carta deberá asegurarse sin discriminación de ningún tipo, indicando como motivos posibles de discriminación la «ascendencia nacional». Por el contrario, el artículo 19 de la Carta Social Europea sólo exige que los trabajadores migrantes sean tratados de forma no menos favorable que los nacionales en relación con: la remuneración y otras condiciones de trabajo y empleo; la afiliación a organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas reflejadas en convenios colectivos; la vivienda; los impuestos, tasas y contribuciones relacionadas con el empleo y percibidas en calidad de trabajador; y al acceso a la justicia en relación con cuestiones relacionadas con su condición de trabajador migrante. Llama la atención que, a diferencia de lo que recogen el artículo 14 CEDH y el Protocolo núm. 12 al CEDH, en ninguna de las dos Cartas se haga referencia al origen nacional, sino a la *ascendencia nacional*.

(44) El Convenio Europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, abierto a la firma de 14 de noviembre de 1977, fue ratificado por España el 6 de mayo de 1980 y entró en vigor para nuestro país el 1 de mayo de 1983.

29), reconocen el derecho de los trabajadores migrantes de un Estado parte a ser tratados de igual forma que los nacionales del Estado en que residan legalmente en una serie de ámbitos, relacionados principalmente con el empleo y el acceso a determinados servicios sociales. Sin embargo, el ámbito de aplicación de estos preceptos no sólo se ve limitado por las materias a las que se refieren, sino también porque ese tratamiento igual sólo pueden exigirlo los ciudadanos de un Estado que haya ratificado tales instrumentos y se encuentren legalmente en otro Estado parte de esos instrumentos; con lo que quedarían excluidos de su ámbito de aplicación no sólo los trabajadores irregulares, sino también los trabajadores regulares que no sean nacionales de un Estado parte de los tratados indicados. Por tanto, la exigencia de un trato igual en relación con los trabajadores nacionales opera en estos instrumentos sólo en ciertos ámbitos y siempre sobre la base de la exigencia de reciprocidad.

Un alcance mayor tiene el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (45) y, sobre todo, el artículo 1 del Protocolo número 12 al CEDH, que ha sido recientemente ratificado por nuestro país (46). Ambos preceptos recogen una cláusula de no discriminación, haciendo expresa referencia al origen nacional como uno de los motivos prohibidos de discriminación. También en este ámbito, la interpretación de la noción de origen nacional parece dudosa, en tanto podría identificarse con una noción sociológica asociada a la pertenencia a una minoría nacional o a una nación en sentido cultural o social (47), tal y como demuestran en ocasiones las propias alegaciones de los recurrentes (48). Sin embargo, el TEDH también ha identificado a la naciona-

(45) El Convenio Europeo para la salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales fue abierto a la firma el 4 de noviembre de 1950 y fue ratificado por España el 4 de octubre de 1979, entrando en vigor para nuestro país ese mismo día.

(46) El Protocolo núm. 12 al CEDH fue abierto a la firma el 4 de noviembre del 2000, y fue ratificado por España el 13 de febrero de 2008, entrando en vigor para nuestro país el 1 de junio de 2008.

(47) En este sentido, SHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa, y BELL, Mark (2007): 56 y sigs.; DRZEMCZEWSKI, Andrew (1985): 7-8; REID, Karen (2008): 282 y sigs.

(48) Son de destacar numerosas alegaciones de demandantes, que identifican su pertenencia a una minoría nacional con la noción de «origen nacional», entre ellas: SSTEDH *Özgür Gündem c. Turquía*, de 16 de marzo de 2000; *Kılıç c. Turquía*, de 28 de marzo de 2000; *Magee c. Reino Unido*, de 6 de junio de 2000; *McKerr c. Reino Unido*, de 4 de mayo de 2001; *Asociación Ekin c. Francia*, de 17 de julio de 2001; *Aziz c. Chipre*, de 22 de junio de 2004. Sin embargo, el TEDH no ha intentado dilucidar la diferencia entre ambas nociones, *origen nacional* y *nacionalidad*, más allá de sus manifestaciones en el caso *Zeibek c. Grecia*, de 9 de julio de 2009, en el que deploraba que las autoridades griegas parecieran haber establecido una diferencia de trato no sobre la base de la nacionalidad, sino sobre la base de la pertenencia o no a la nación griega, esto es, sobre la base del «origen nacional» de los recurrentes.

lidad como una de las categorías sospechosas de discriminación *ex* artículo 14 CEDH, como ahora veremos con más detalle.

A pesar de las similitudes que presentan el artículo 14 CEDH y el Protocolo número 12, hay que reseñar que el alcance de ambos textos es diverso. Tal y como han resaltado ya numerosos autores (49) y el propio TEDH (50), el artículo 14 CEDH no reconoce un derecho independiente, sino accesorio: el derecho a no ser discriminado en el disfrute del resto de derechos reconocidos en el Convenio Europeo. Sin embargo, el artículo 1 del Protocolo número 12 sí reconocería un derecho autónomo, esto es, un derecho a no ser discriminado (51), que resultaría aplicable en relación con cualquier derecho previsto por la ley (art. 1.1 del Protocolo); lo que incluiría tanto derechos previstos por el ordenamiento nacional como por el Derecho Internacional, tal y como subraya el Informe explicativo del Protocolo (pars. 22 y 29) (52).

Hasta la fecha, el TEDH no ha aplicado el Protocolo número 12 a ningún asunto. Sin embargo, dado que buena parte del texto del Protocolo coincide con el artículo 14 CEDH, parece que podemos seguir la jurisprudencia del TEDH al respecto a fin de determinar el contenido posible del artículo 1 del Protocolo número 12. Esta opción parece confirmada por el Informe explicativo del Protocolo número 12, que hace referencia a la definición de discriminación recogida en la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 14 CEDH (par. 18).

En este sentido, interesa destacar a efectos de este estudio que el TEDH ha confirmado de forma reiterada que la nacionalidad es uno de los motivos de discriminación cubiertos por el artículo 14 CEDH (53). En la misma línea, el Informe explicativo al Protocolo número 12 corrobora la consideración de la nacionalidad como uno de los motivos de discriminación prohibidos por el Protocolo, en la medida en que subraya que el Protocolo no incorpora ninguna restricción expresa al libre juego del principio de no discriminación —ni siquiera por razón de nacionalidad— y ejemplifica la definición de discriminación

(49) En este sentido, entre otros, CARMONA CUENCA, Encarna (2009): 737 y sigs.; WILDHABER, Luzius (2002): 72 y sigs.

(50) Entre otras muchas, STEDH *Caso lingüístico belga*, de 23 de julio de 1968.

(51) En este sentido, CARMONA CUENCA, Encarna (2009): 735; VAN HOOF, Fried (2006): 989.

(52) Protocolo núm. 12 al CEDH, Informe explicativo, Comité de Ministros, 26 de junio de 2000.

(53) En este sentido, la primera manifestación clara del TEDH la encontramos en el asunto *Gaygusuz c. Austria*, de 31 de agosto de 1996, FJ 41, pero me remito también a todos los casos que serán citados en este epígrafe.

asociada al artículo 1 del Protocolo utilizando, precisamente, una diferencia de trato basada en la nacionalidad (54).

Hay que subrayar, no obstante, que desde el punto de vista del TEDH y del Informe explicativo al Protocolo número 12 (par. 19), la inclusión de la nacionalidad entre los motivos sospechosos de discriminación, no presupone que toda diferencia de trato fundada en la nacionalidad se convierta en discriminatoria, sino que sólo existirá discriminación cuando la diferencia de trato se produzca en supuestos o situaciones análogas, no persiga un objetivo legítimo y no exista una razonable relación de proporcionalidad entre el objetivo perseguido y los medios empleados (55). Tan sólo cuando una diferencia de trato no supera este triple test, se entenderá vulnerado el derecho a no ser discriminado.

En este sentido, hay que destacar que la jurisprudencia del TEDH parece aportar elementos que permitirían definir, en mayor medida, las dos grandes cuestiones que plantea la afirmación reseñada, esto es, cuándo puede considerarse que nacionales y extranjeros se encuentran en situaciones análogas, y qué criterios deben seguirse para determinar si la diferencia de trato puede o no considerarse objetiva y razonable.

En relación con la primera cuestión, es de destacar la jurisprudencia sentada por el TEDH en un primer grupo de supuestos (56) en los que se analizan diferencias de trato fundadas en la nacionalidad en relación con cuestiones vinculadas al Derecho de extranjería. En todos estos asuntos, el TEDH subraya como, en materia de extranjería, nacionales y extranjeros no se encuentran en una situación análoga o similar, de modo que, los Estados parte del CEDH pueden establecer diferencias de trato entre unos y otros que no deberán superar el test de razonabilidad y proporcionalidad. Un buen ejemplo de esta jurisprudencia lo encontramos en el asunto *Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, en

(54) El párrafo 19 del Informe explicativo versa, en su versión en francés: «Dans la mesure où toute distinction ou différence de traitement n'équivaut pas à une discrimination et du fait du caractère général du principe de non-discrimination, il n'a pas été jugé nécessaire ni opportun d'inclure une clause restrictive dans le présent protocole. Dans le droit de la plupart, sinon de la totalité des États membres du Conseil de l'Europe, certaines distinctions fondées sur la nationalité sont par exemple opérées quant à certains droits ou prestations. Les situations dans lesquelles de telles distinctions sont parfaitement acceptables sont suffisamment couvertes par la signification même de la notion de "discrimination" telle qu'elle est décrite au paragraphe 18 ci-dessus, puisque des distinctions pour lesquelles existe une justification objective et raisonnable ne constituent pas une discrimination. (...)»

(55) Sobre este triple test y su aplicación por el TEDH, ver MJÖLL ARNARDÓTTIR, Oddný (2003): 46 y sigs.; BAMFORTH, Nicholas (2007): 18 y sigs.; LIVINGSTONE, Stephen (1997): 30 y sigs.

(56) En esta línea, además del asunto que se cita como ejemplo, ver STEDH *C. c. Bélgica*, de 7 de agosto de 1996; STEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, de 28 de mayo de 1985.

el que un menor marroquí señalaba que la decisión de las autoridades belgas de expulsarle del país tras la comisión de una serie de hechos ilícitos habría violado no sólo su derecho a la vida familiar, sino también su derecho a no ser discriminado en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio. El Sr. Moustaquim alegaba que la decisión de las autoridades belgas le habría discriminado por razón de su nacionalidad, ya que los menores belgas o de otros Estados miembros de la Unión Europea no hubieran temido ser expulsados por los mismos motivos. En relación con la primera cuestión, el TEDH reseñaba que no podía considerarse que las situaciones del Sr. Moustaquim y de un menor infractor belga fueran análogas, en la medida en que los nacionales tienen derecho a residir en su país de origen y no pueden ser expulsados del mismo, tal y como reconoce el artículo 3 del Protocolo número 4 al CEDH. En relación con los menores que fueran ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión, el TEDH sí parecía reconocer la existencia de una situación análoga, ya que aplicaba el test de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, señalando que la diferencia de trato se justificaba de forma objetiva y razonable, en cuanto el tratamiento privilegiado de los ciudadanos de la Unión tenía su razón de ser en los vínculos jurídicos compartidos por todos los Estados miembros.

A pesar de que la jurisprudencia del TEDH en este sentido sólo se ha referido al derecho a no ser expulsado (art. 3 del Protocolo núm. 4 al CEDH) (57) y al derecho a entrar en un Estado (art. 3 del Protocolo núm. 4 al CEDH) (58), parece que el mismo razonamiento podría extenderse a todos aquellos derechos respecto de los cuales el propio sistema del CEDH autoriza diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, significativamente, en relación con los derechos políticos de los extranjeros, tal y como apunta el artículo 16 CEDH. En relación con tales derechos, y siguiendo la jurisprudencia del TEDH, podríamos afirmar que nacionales y extranjeros no se encuentran en situaciones análogas, de modo que podrían legítimamente establecerse diferencias de trato entre unos y otros que no tuvieran que superar los tests de razonabilidad y proporcionalidad.

Sin embargo, más allá de los derechos en los que el propio sistema del CEDH autoriza el establecimiento de diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, parece claro que toda diferencia de trato fundada en la nacionalidad deberá superar los tests de razonabilidad y proporcionalidad articulados por el TEDH. No obstante, la aplicación de esos tests plantea una última cuestión:

(57) En este sentido, los asuntos *C. c. Bélgica*, de 7 de agosto de 1996, y *Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991, ya citados.

(58) En este sentido, el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, de 28 de mayo de 1985, ya citado.

cuan estricto habrá de ser el control de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida que establezca una diferencia de trato por razón de la nacionalidad.

En relación con esta última cuestión, hay que subrayar que algunos autores (59) apuntan que la jurisprudencia del TEDH no es siempre igual de rigurosa a la hora de aplicar el test de proporcionalidad indicado, de modo que sus exigencias son más estrictas respecto de determinadas categorías prohibidas de discriminación, entre las que se encontraría la «nacionalidad». En este sentido, resulta de especial relevancia la jurisprudencia del TEDH en el asunto *Gaygusuz c. Austria*, de 31 de agosto de 1996, en el que el TEDH se pronunciaba por primera vez sobre la existencia de una posible discriminación por razón de nacionalidad en relación con la negativa de las autoridades de un Estado parte de conceder una prestación social a un extranjero. Esa negativa se fundaba únicamente en el hecho de que el afectado no era de nacionalidad austríaca, ya que quedaba perfectamente claro que cumplía el resto de los requisitos exigidos por la legislación del Estado para acceder a tal prestación.

En relación con la posible existencia de una discriminación vedada por el artículo 14 CEDH, el TEDH recordaba que los Estados parte del CEDH cuentan con un cierto margen de apreciación a la hora de determinar si una diferencia de hecho entre dos situaciones, por lo demás análogas, puede justificar un trato diverso. Sin embargo, el TEDH parecía reducir ese margen en aquellos supuestos en los que la diferencia de trato se fundara únicamente en la nacionalidad del sujeto al reseñar que «sólo motivos muy poderosos» podían llevar al Tribunal a estimar compatible con la Convención una diferencia de trato exclusivamente fundada en la nacionalidad (60). En aplicación de esta jurisprudencia, el TEDH consideró violado el artículo 14 CEDH, destacando que los motivos alegados por Austria —especial responsabilidad del Estado para con el bienestar de sus nacionales e inexistencia de un acuerdo con Turquía para el reconocimiento del derecho prestacional a sus nacionales— no podían justificar una diferencia de trato basada únicamente en la nacionalidad turca del recurrente, que por lo demás se encontraba en una situación comparable a la de los nacionales, ya que había cotizado por los mismos riesgos y sobre la misma base que éstos.

El TEDH se ha pronunciado en el mismo sentido en casos posteriores, reconociendo la violación del derecho a no ser discriminado en supuestos en los que la diferencia de trato se debía únicamente a la nacionalidad del afectado. El

(59) En este sentido, WINTEMUTE, Robert (2004): 491 y sigs.; MJÖLL ARNARDÓTTIR, Oddný (2003): 48 y sigs.; BAMFORTH, Nicholas (2007): 8 y 16 y sigs.

(60) El texto de la sentencia del TEDH, reiterado en jurisprudencia posterior, versa: «Toute-fois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité».

TEDH se ha pronunciado en este sentido en relación con el acceso a otras prestaciones sociales (61), o con la negativa de las autoridades nacionales a autorizar la afiliación de un extranjero a un régimen especial de seguridad social (62). En la mayoría de estos supuestos, el TEDH ha considerado violado el artículo 14 CEDH al existir una discriminación fundada en la nacionalidad. Para llegar a tal conclusión, el Alto Tribunal ha analizado con cuidado las circunstancias del caso a fin de determinar si la diferencia de trato podía considerarse proporcionada. Esta tendencia es especialmente clara en los últimos asuntos resueltos por el TEDH (63) —con la única excepción del caso *Bigaeva c. Grecia*, referido

(61) STEDH *Koua Poirrez c. Francia*, de 30 de septiembre de 2003, en relación con una prestación social para personas dependientes; STEDH *Andrejeva c. Letonia*, de 18 de febrero de 2009, en relación con una pensión de jubilación; STEDH *Weller c. Hungría*, de 31 de marzo de 2009, en relación con una prestación de maternidad (en este supuesto la discriminación se vinculaba a la nacionalidad de la madre, pero también a la condición de padre biológico del padre de los recién nacidos); y STEDH *Si Amer c. Francia*, de 29 de octubre de 2009, en relación con una pensión de jubilación complementaria.

(62) STEDH *Luczak c. Polonia*, de 27 de noviembre de 2007, sobre afiliación al régimen especial de seguridad social de agricultores.

(63) El razonamiento del TEDH resulta especialmente exhaustivo en los asuntos *Luczak c. Polonia*, de 27 de noviembre de 2007; y *Andrejeva c. Letonia*, de 18 de febrero de 2009, que, además, fue resuelto por la Gran Sala. Sin embargo, las valoraciones del TEDH son menos exhaustivas en los asuntos *Gaygusuz c. Austria*, de 31 de agosto de 1996, y *Koua Poirrez c. Francia*, de 30 de septiembre de 2003, lo que podría indicar un cambio en la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, hay que destacar que en el asunto *Gaygusuz c. Austria*, el TEDH justificó su decisión en el hecho de que el recurrente se encontraba en una situación comparable a la de los nacionales ya que había cotizado por los mismos riesgos y sobre la misma base que éstos y desechó, sin demasiadas explicaciones, las justificaciones aportadas por el Estado austríaco. En la misma línea, en el asunto *Koua Poirrez c. Francia*, el TEDH consideraba que la exclusión de los no nacionales del acceso a la prestación social controvertida no estaba justificado. En este supuesto, no obstante, el Estado no intentó siquiera justificar la medida, modificándola a favor de los no nacionales antes de que el propio TEDH llegara a pronunciarse sobre el caso, lo que aligeró notablemente el esfuerzo argumentativo del tribunal. Ese esfuerzo es, sin embargo, notable en los casos *Luczak c. Polonia*, al que se hace referencia en el cuerpo del texto, *Andrejeva c. Letonia* y *Si Amer c. Francia*. En el asunto *Andrejeva c. Letonia*, el Gobierno letón había rechazado completar la pensión de jubilación de la recurrente incluyendo el tiempo trabajado fuera del país. Según la legislación letona sobre la seguridad social, el cálculo de la pensión de jubilación sólo tenía en cuenta el tiempo trabajado fuera del país para los letones, pero no para los no nacionales, caso de la Sr. Andrejeva, y, por ese motivo, su pensión de jubilación era notablemente inferior a la de sus compañeros, que con los mismos años de cotización sí eran nacionales letones. En este asunto, el TEDH tenía en cuenta las alegaciones del Gobierno letón, que había aducido sus limitados recursos y la imposibilidad de hacerse cargo de las pensiones de jubilación de todos los residentes en el país, por ello habían otorgado un trato favorable a los nacionales. Sin embargo, el TEDH considera que la diferencia de trato no era proporcionada por varios motivos: la recurrente se encontraba en una situación comparable a la de cualquier nacional letón, de hecho estaba en condiciones de solicitar la nacionalidad letona, y de poder acceder así al máximo de su prestación de jubilación; la legislación letona había modificado

al acceso a la profesión de abogado (64)—, de modo que parece confirmarse la tendencia del TEDH a aplicar un test de proporcionalidad más estricto en aquellos supuestos en los que la diferencia de trato se funda únicamente en la nacionalidad del recurrente (65).

Un buen ejemplo de como actúa el TEDH en estos supuestos es el asunto *Luczak c. Polonia*, en el que el Alto Tribunal concluía que la legislación polaca que impedía la afiliación del Sr. Luczak al régimen de seguridad social de agricultores era discriminatoria, en la medida en que establecía una diferencia de trato fundada en la nacionalidad que no se justificaba de forma objetiva y razonable. El TEDH tenía en cuenta, antes de llegar a la conclusión indicada, las alegaciones de las autoridades polacas, que destacaban que ese régimen se limitaba a los nacionales en razón de la voluntad nacional de favorecer a un grupo social fuertemente desaventajado —los agricultores polacos—, subsidiando un régimen de seguridad social claramente deficitario y que era costado con los impuestos del resto de los ciudadanos del país.

Frente a estas alegaciones, el TEDH valoraba que el afectado llevaba varios años residiendo en Polonia, que antes había estado afiliado al régimen ordi-

los criterios sobre los que se calculaban las pensiones en la época soviética, época durante la cual la recurrente había desempeñado su actividad laboral; la recurrente no tenía ninguna nacionalidad (era residente permanente en Letonia y había perdido su nacionalidad a consecuencia de la desaparición de la URSS), de modo que, entendía el TEDH, si el país con el que tenía mayores vínculos, que era Letonia, no protegía sus intereses en relación con prestaciones sociales ninguno lo haría. Por su parte, el asunto *Si Amer c. Francia* presenta ciertas características peculiares en la medida en que, en este caso, el TEDH debe analizar una distinción de trato en el acceso a una prestación de jubilación que no sólo tiene su origen en la nacionalidad del recurrente, sino también en su lugar de residencia, y en el hecho de que la negación de la misma al recurrente tiene su origen en el contenido de los acuerdos firmados por Argelia y Francia con ocasión de la independencia de la primera. El TEDH analiza con detalle los acuerdos firmados entre ambos países y subraya que, en virtud de los mismos, Argelia debería haberse hecho cargo de la prestación de jubilación del recurrente: el hecho de que ese Estado no hubiera asumido sus obligaciones, no podía llevar al recurrente a exigir ese derecho a Francia, de modo que la diferencia de trato era considerada por el TEDH como objetiva y razonable.

(64) Quizás el único caso reciente resuelto por el TEDH en el que se plantea una supuesta discriminación por razón de nacionalidad y no se aplica el test estricto de proporcionalidad al que nos estamos refiriendo es el STEDH *Bigaeva c. Grecia*, de 28 de mayo de 2009, en el que se estimó que la exigencia de la nacionalidad griega para el ejercicio de la profesión de abogado en ese país no podía considerarse una discriminación por razón de nacionalidad en el sentido del artículo 14 CEDH, en la medida en que la profesión de abogado presentaba características particulares (eran considerados auxiliares de la justicia) que justificaban la exclusión de los no nacionales del ejercicio de la profesión.

(65) La lectura de un texto anterior a las más recientes sentencias del TEDH aporta una visión opuesta: BOZA MARTÍNEZ, Diego (2001): 38-43.

nario de la seguridad social y que con sus impuestos había pagado el régimen específico aplicable a los agricultores. Señalaba, además, que la decisión de las autoridades polacas había dejado al afectado sin ningún tipo de cobertura social, lo que sería incompatible con las tendencias actuales en la legislación de seguridad social en Europa. Finalmente, el TEDH subrayaba que las propias autoridades del país habían reconocido los defectos de la normativa polaca; que desde la entrada de Polonia en la Unión Europea se había extendido la afiliación a los ciudadanos de la UE en ese régimen; y que las autoridades polacas no habían aducido, en ningún caso, que la afiliación a ese régimen de los ciudadanos extranjeros pudiera provocar graves desequilibrios en las cuentas estatales. A la luz de tales elementos, no cabía sino considerar violado el artículo 14 CEDH.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia indicada, parece que podemos afirmar que el TEDH ha reconocido en una jurisprudencia constante que los extranjeros no pueden ser discriminados por razón de su nacionalidad y que las diferencias de trato basadas en ese motivo exigen un control estricto de la legitimidad del objetivo que persiguen y de la proporcionalidad de la medida. Esa jurisprudencia constante sólo se ha visto quebrada en ciertos asuntos en los que, aun produciéndose una diferencia de trato basada en la nacionalidad, esa diferencia de trato tenía relación con aquellos derechos que el CEDH reconoce tan sólo a los nacionales o reconoce, en distinta medida, a extranjeros y nacionales, como, por ejemplo, el derecho a entrar o a no ser expulsado de un país. En estos supuestos, el razonamiento del TEDH ha girado en torno a un argumento claro: los extranjeros no se encuentran en una situación análoga a los nacionales y, por tanto, no se exige la justificación objetiva y razonable de una diferencia de trato relacionada con esos derechos.

4.2. *El reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad en la Unión Europea: ¿un derecho limitado a los ciudadanos de la Unión?*

En el seno de la Unión Europea, varios preceptos prohíben toda discriminación fundada en la nacionalidad. Sin embargo, el alcance limitado de la mayoría de estos textos no nos permite hablar, al menos no por el momento, del reconocimiento de un derecho general de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad.

En efecto, dada la reciente entrada en vigor del Tratado de Lisboa y, por tanto, de la Carta de derechos fundamentales de la Unión, que ha pasado a formar parte del Derecho originario gracias a lo previsto en el artículo 6.1 del Tratado

de la Unión Europea, parece que debemos centrar nuestro análisis, en primer lugar, en el texto de la Carta. En este sentido, hay que resaltar que el artículo 20 de la Carta recoge el derecho de «todas las personas» a la igualdad ante la ley, y su artículo 21.1 prohíbe toda discriminación por una serie de motivos, adoptando una dicción semejante a la del artículo 14 CEDH. A pesar de la generalidad de esos preceptos y del reconocimiento del derecho a la igualdad a «todos», una serie de elementos parecen llevar a pensar que la Carta no será interpretada por el Tribunal de Justicia de Unión Europea (TJUE) en el sentido de reconocer un principio general de no discriminación por razón de nacionalidad en pro de los nacionales de terceros Estados (66).

El primero de esos elementos lo encontramos en la lista de categorías sospechosas de discriminación enunciadas en el artículo 21.1 de la Carta: destaca que ese texto, que según las Explicaciones a la Carta (67) debe ser aplicado de acuerdo con el artículo 14 CEDH «en la medida en que coincida» con este precepto, no haga referencia alguna ni a la nacionalidad, ni al origen nacional, como categorías sospechosas de discriminación, y ello a pesar de que el artículo 14 CEDH y la jurisprudencia del TEDH sí han hecho referencia a esas dos categorías, tal y como ya hemos visto. Esa ausencia, que parecería trasladar el análisis de las diferencias de trato basadas en la nacionalidad al artículo 21.2 de la Carta (68), podría llevar al TJUE a concluir que el artículo 21.1 de la Carta es más restrictivo que el artículo 14 CEDH y que, por tanto, sólo cabe la traslación de la jurisprudencia del TEDH al ámbito de la Unión en relación con aquellos motivos de discriminación que no han sido excluidos del texto de la Carta.

Un segundo elemento que parece predeterminar una interpretación restrictiva de los preceptos de la Carta lo encontramos nuevamente en las Explicaciones a la misma, que no hacen referencia, a la hora de analizar el contenido del artículo 21.1 de la Carta, al Protocolo número 12, sino sólo al artículo 14 CEDH, cuyo alcance es mucho más limitado que el del Protocolo, en cuanto sólo garantiza el derecho a no ser discriminado en relación con los derechos reconocidos en el CEDH. La falta de referencia al Protocolo podría llevar al TJUE a adoptar una visión restrictiva, en el sentido de reconocer que la prohibición de discriminación del artículo 21 de la Carta se limita al disfrute de los

(66) En el mismo sentido, aunque no siempre con los mismos argumentos, ver MANGAS MARTÍN, Araceli (2008): 403 y sigs.; DECAUX, Emmanuel (2005): 292 y sigs.; McINERNEY, Siobhán (2002): 483-491.

(67) Las Explicaciones fueron publicadas junto con la Carta en el DOUE núm. C 303 de 14 de diciembre de 2007, y, según lo previsto en el artículo 6.1 TUE deberán ser tenidas debidamente en cuenta en la interpretación de la Carta.

(68) En este sentido, DECAUX, Emmanuel (2005): 293.

derechos garantizados por la Carta, tal y como ha señalado el Tribunal Europeo en relación con el artículo 14 CEDH.

No obstante, el elemento que nos lleva a concluir que la Carta no reconoce un derecho general de todos los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad es el propio artículo 21.2 de la Carta, que «prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados». Este precepto, según señalan las Explicaciones a la Carta, deberá ser aplicado en el mismo sentido que el artículo 18 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, que se limita a adoptar textualmente una prohibición históricamente recogida en los Tratados constitutivos, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, que a pesar de su carácter abierto, ha sido aplicada por el TJUE sólo a los ciudadanos de la UE.

Efectivamente, sobre la base de esa prohibición, el TJUE ha rechazado toda diferencia de trato basada directamente en la nacionalidad, a excepción de aquellas expresamente permitidas por los Tratados, así como toda discriminación indirecta por razón de nacionalidad que no persiga un objetivo legítimo y sea proporcionada (69). Sin embargo, la relevancia de este precepto desde el punto de vista de este trabajo se diluye cuando se analiza como ha definido el TJUE el ámbito de aplicación de esa prohibición. Según el Alto Tribunal, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad sólo surte sus efectos en el ámbito de aplicación material de los Tratados (70), siempre que se produzca una situación transnacional (71) y, todavía más importante, siempre que el ciudadano afectado sea un nacional de un Estado miembro de la UE (72). De este modo, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad no se aplicaría al caso de los nacionales de terceros Estados, a pesar de que ni el artículo 21.2 de la Carta, ni el artículo 18 del Tratado de funcionamiento de la UE les excluyen expresamente del ámbito de aplicación personal de tal derecho; y que esa ausencia ha llevado a algunas voces (73) a reclamar la extensión del ámbito de aplicación

(69) Sobre la jurisprudencia del TJUE al respecto, se recomienda: SPAVENTA, Eleanor (2007): 16 y sigs.; DAVIES, Gareth (2003): 21 y sigs.

(70) Entre otras, STJCE de 27 de octubre de 1982, asunto *Morsen y Jhanjan*, as. acumulados 35-36/82. El TJUE ha hecho, sin embargo, una interpretación amplia de esta exigencia, tal y como destacan: SPAVENTA, Eleanor (2007): 30; DAVIES, Gareth (2003): 187 y sigs., especialmente, 196; BELL, Mark (2002): 39 y sigs.

(71) Sobre la no aplicación del principio de no discriminación a las situaciones puramente internas, ver, entre otros, DAVIES, Gareth (2003): 117 y sigs.; JANER TORRENS, Joan Davis (2003): 305-320.

(72) Entre otras, STJCE de 11 de octubre de 2000, asunto *Khalil y otros*, as. acumulados C-95-98/99 y C-180/99. Ver BELL, Mark (2002): 37-39; DE BÚRCA, Grainne (1997): 17.

(73) En este sentido, ver GROENENDIJK, Kees (2006): 84; GUILD, Elspeth (2001): 44.

ratione personae de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad a la luz de las importantes competencias en materia de inmigración y extranjería que la UE está asumiendo.

Más allá de los preceptos de los Tratados y de la Carta, otras normas de la UE vigentes contemplan la extensión de la prohibición de discriminación basada en la nacionalidad en relación con ciertos nacionales de terceros países. Buenos ejemplos de esta labor extensiva del Derecho derivado son el artículo 11 de la Directiva 2003/109/CE, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (74); el artículo 4 del Acuerdo por el que se creó el Espacio Económico Europeo (75); el artículo 2 del Acuerdo sobre la libre circulación de personas celebrado con Suiza (76); los artículos 64 y 66 de los Acuerdos firmados con Marruecos y Túnez (77); los artículos 67 y 69 del Acuerdo firmado con Argelia (78); o el artículo 37 del Protocolo adicional al Acuerdo firmado con Turquía (79). Sin embargo, estas previsiones no tienen siempre el mismo alcance material (80) y no son aplicables al conjunto de na-

(74) Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003.

(75) Acuerdos firmados con los Estados integrantes de la Asociación Europea de Libre Comercio a fin de crear un Espacio Económico Europeo (DO núm. L 001 de 03/01/1994, págs. 3-36).

(76) Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, firmado en Luxemburgo el 21 de junio de 1999 (DO L 114 de 30/04/2002, págs. 6 y sigs.).

(77) Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos, por otra (DO núm. L 070 de 18/03/2000) y Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Túnez, por otra, firmado en Bruselas el 17 de julio de 1995 y aprobado por la Decisión 98/238/CE, CECA, del Consejo y de la Comisión, de 26 de enero de 1998 (DO núm. L 097 de 30/03/1998).

(78) Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, firmado en Valencia el 22 de abril de 2002 (DO L 265 de 10/10/2005).

(79) Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía (DO 217 de 29/12/1964), y Reglamento (CEE) núm. 2760/72 del Consejo, de 19 de diciembre de 1972, por el que se celebra el Protocolo Adicional, así como el Protocolo Financiero, firmados el 23 de noviembre de 1970, anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía y relativo a las medidas que deben adoptarse para su entrada en vigor (DO L 293 de 29/12/1972).

(80) Así, por ejemplo, los Acuerdos firmados con Marruecos, Argelia y Túnez circunscriben el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación a las condiciones de trabajo, remuneración, empleo, y salvo ciertas excepciones, a cuestiones de seguridad social; el Acuerdo firmado con Turquía limita el ámbito de aplicación de la prohibición a las condiciones de trabajo y de retribución; la Directiva 2003/109/CE también contempla la aplicación del principio de no discriminación no sólo al acceso al empleo y a las condiciones de empleo y trabajo, sino también

cionales de terceros Estados que se encuentran en el territorio de la Unión (81), de modo que no puede derivarse de ellas el reconocimiento de un derecho de todos los nacionales de terceros Estados a no ser discriminados por razón de su nacionalidad, sino más bien la clara plasmación de la voluntad de la Unión de privilegiar a ciertos colectivos de extranjeros.

Tampoco parece poder deducirse el reconocimiento de un derecho general de los extranjeros a no ser discriminados por razón de nacionalidad de la Directiva 2000/43/CE, sobre discriminación racial o étnica (82). Este texto tiene como objeto «establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico» (art. 1), prohibiendo toda discriminación directa o indirecta fundada en motivos étnicos o raciales (art. 2), en una serie de ámbitos específicos, relacionados no sólo con el mundo laboral, sino también con la protección social, las ventajas sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios disponibles para el público (art. 3). Dado que los inmigrantes suelen ser considerados uno de los grupos más vulnerables desde el punto de vista de la discriminación racial o étnica, y que en muchos casos la distinción de trato fundada en la nacionalidad no hace sino esconder una discriminación por razones étnicas o raciales (83), la adopción de esta Directiva podría tener consecuencias positivas en lo que a la situación de nacionales de terceros Estados se refiere.

Sin embargo, el artículo 3.2 de la Directiva parece apuntar en una dirección contraria a la indicada, al limitar el ámbito de aplicación del texto, en lo que a los extranjeros se refiere, con una fórmula que recuerda al artículo 1.2 de la Convención Internacional para la Eliminación de toda Forma de Discriminación Racial:

a la educación y formación profesional, el reconocimiento de diplomas, las prestaciones sociales, beneficios fiscales, acceso y suministro de bienes y servicios y afiliación sindical, aunque se contemplan numerosos supuestos en los que los Estados pueden limitar el alcance de esa prohibición; el Acuerdo firmado con Suiza contienen cláusulas de no discriminación por razón de nacionalidad que no sólo se extienden a las condiciones de empleo y trabajo, sino también a ventajas sociales y fiscales, a la participación en sindicatos o a las ventajas concedidas a los trabajadores nacionales en materia de alojamiento; finalmente, el Acuerdo por el que se crea el Espacio Económico Europeo contienen una cláusula de no discriminación por razón de nacionalidad general en la medida en que prohíbe cualquier discriminación fundada en ese motivo en el ámbito de aplicación del acuerdo, que alcanza no sólo la libre circulación de personas, sino también de mercancías, servicios y capitales.

(81) Sobre estas previsiones específicas de no discriminación por razón de nacionalidad y su alcance parcial tanto desde un punto de vista personal como material, ver BELL, Mark (2008): 145-149.

(82) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

(83) Sobre este argumento, ver BELL, Mark (2008): 137 y sigs.

«La presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas.»

A pesar de que la doctrina (84) ha visto en este precepto una laguna importante de la Directiva, en la medida en que excluiría de su ámbito de aplicación cualquier diferencia de trato basada en la nacionalidad (85), lo cual resultaría especialmente preocupante desde el punto de vista de las discriminaciones indirectas por motivos étnicos o raciales, que podrían esconderse bajo diferencias de trato fundadas en la nacionalidad (86); lo cierto es que el TJUE parece dispuesto a realizar una aplicación muy estricta de la excepción prevista en el artículo 3.2 de la Directiva. Así parece demostrarse en el asunto *Feryn NV* (87) en el que el Alto Tribunal consideraba que las declaraciones de un empleador en las que hacía referencia a su voluntad de no contratar a trabajadores «extranjeros» porque los clientes «no les dejaban entrar en sus casas», debían considerarse una discriminación directa fundada en el origen racial o étnico. A pesar de que el TJUE no se pronunciaba expresamente al respecto, el asunto indicado parece mostrar la estrecha relación que puede darse entre discriminaciones fundadas en el origen racial o étnico y en la condición de extranjero.

No obstante, y por muy liberal que sea la interpretación de la Directiva que efectúe el TJUE, hay que reseñar que este texto prohíbe las discriminaciones fundadas en el origen racial y étnico y no las basadas en la nacionalidad, que sólo podrían entrar en su radio de acción cuando escondan una discriminación racial. Además, la Directiva restringe el ámbito de aplicación material de la prohibición de discriminación a una serie de materias, de modo que no cabe deducir de ella, en ningún caso, la existencia de una prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad predicable de todos los nacionales de terceros países.

Así pues, a la espera de un pronunciamiento del TJUE sobre la interpretación de los artículos 20 y 21 de la Carta, parece que podemos afirmar que ni

(84) Además de los indicados en las dos notas que siguen, ver ELLIS, Evelyn (2005): 289 y sigs.

(85) Un análisis más detallado del artículo 3.2 de la Directiva puede encontrarse en BROWN, Christopher (2002): 209-212.

(86) En este sentido, ver TOGGENBURG, Gabriel (2002): 236-238.

(87) STJCE de 10 de julio de 2008, asunto *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, as. C-54/07.

el Derecho originario, ni el Derecho derivado, ni las disposiciones de la Carta, reconocen hoy un principio general de no discriminación por razón de nacionalidad que pueda predicarse del conjunto de nacionales de terceros Estados. Aunque, eso sí, diversos preceptos de los Tratados y del Derecho derivado reconocen un derecho a no ser discriminado por razón de la nacionalidad de alcance limitado y distinto en función de la nacionalidad y el estatus migratorio del sujeto al que se le reconoce.

5. EL ALCANCE DEL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A NO SER DISCRIMINADOS POR RAZÓN DE SU NACIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CDH Y EL TEDH

Analizados los principales textos internacionales ratificados por nuestro país en los que se reconoce, con mayor o menor extensión, el derecho a la igualdad y a no ser discriminado, parece que puede afirmarse que tanto el artículo 26 PIDCP como el artículo 1 del Protocolo número 12 al CEDH, tal y como han sido interpretados por el CDH y el TEDH, corroboran el reconocimiento a nivel internacional de un derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad (88). No obstante, queda por concretar cuál es el alcance de ese derecho tal y como ha sido definido por ambos organismos internacionales.

En este sentido, hay que destacar, en primer lugar, que ese derecho prohibiría toda discriminación por razón de nacionalidad no sólo entre extranjeros y nacionales, sino también entre extranjeros de diferentes nacionalidades. En esta lógica se han pronunciado tanto el TEDH en los asuntos *Moustaquim* o *Abdulaziz* (89), como el CDH en el caso *Tsarjov c. Estonia* (90). En estos asun-

(88) En sentido contrario, ver ESTEVE GARCÍA, Francina (2009): 64.

(89) STEDH *Moustaquim c. Bélgica*, de 18 de febrero de 1991; STEDH *Abdulaziz, Cabales y Balkandali*, de 28 de mayo de 1985.

(90) CDH, *Tsarjov c. Estonia*, de 26 de octubre de 2007, comunicación núm. 1223/2003. En este asunto, el recurrente era un apátrida, originario de Rusia, que había prestado servicios para la KGB, por lo que las autoridades estonias se negaban a concederle un permiso de residencia permanente en ese país. La legislación de extranjería estonia prohibía la concesión del permiso de residencia permanente a aquellos extranjeros que hubieran trabajado de forma profesional para las fuerzas armadas de su país, excepto en el supuesto de que el Estado de su nacionalidad fuera miembro de la UE o de la OTAN. En tales casos sí cabía la concesión del permiso. Por lo que el recurrente planteaba ante el CDH que la legislación estonia violaría el artículo 26 PIDCP en cuanto le estaría discriminando en relación con personas que fueran nacionales de un Estado miembro de la UE o la OTAN y hubieran prestado servicios como miembros profesionales de las fuerzas

tos, los recurrentes eran extranjeros que alegaban ser discriminados frente a extranjeros de otras nacionalidades. A pesar de ello, ambos tribunales reconocieron su derecho a no ser discriminados, a la par que la facultad de los Estados parte de establecer diferencias de trato entre extranjeros de nacionalidades distintas siempre que las mismas se justifiquen en motivos objetivos y razonables. Especialmente significativo era el pronunciamiento en el caso *Moustaquim*, ya citado, en el que el TEDH reconocía el derecho del recurrente, de nacionalidad marroquí, a no ser discriminado por razón de su nacionalidad en relación con otros extranjeros que residieran en Bélgica y se encontraran en su misma situación. La cuestión se planteaba porque el Sr. *Moustaquim* iba a ser expulsado del país y señalaba que, en caso de haber contado con la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, la expulsión no se hubiera producido, por la especial normativa que se aplicaba a esos extranjeros. El TEDH, si bien reconocía la aplicación al supuesto del artículo 14 CEDH, también reseñaba que la diferencia de trato entre los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados estaría justificada en el caso objeto de estudio, en la medida en que Bélgica formaba parte de esa organización y había forjado fuertes vínculos con el resto de los Estados miembros.

En segundo lugar, hay que destacar que el reconocimiento del derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad prohibiría toda discriminación directa o indirecta basada en ese motivo. Tanto el TEDH como el CDH han señalado que los artículos 14 CEDH y 26 PIDCP prohíben las discriminaciones directas e indirectas, considerando estas últimas como aquellas medidas neutrales que afecten de forma única o desproporcionada a un colectivo determinado, aunque no tengan intención de discriminar (91). Si bien ninguno de estos dos tribunales ha conocido todavía de ningún supuesto de discriminación indirecta por razón de nacionalidad, parece claro que la jurisprudencia indicada se aplicaría también a casos en los que una medida formalmente neutra perjudicara de forma desproporcionada a los extranjeros frente a los nacionales, o a cierto colectivo de extranjeros frente al resto de no nacionales.

armadas de su país. A pesar de que se producía una clara diferencia de trato, el Comité consideraba que se perseguía un fin legítimo y que la diferencia de trato era objetiva y razonable, por cuanto estaba fundada en motivos de seguridad nacional y se debía a motivos históricos, derivados de la ocupación de Estonia por las fuerzas armadas rusas durante un período histórico importante.

(91) En este sentido, ver la siguiente jurisprudencia del CDN: CDN *Anver Prince c. Sudáfrica*, de 31 de octubre de 2007, comunicación núm. 1474/2006; CDN *Althammer et al. c. Austria*, de 8 de agosto de 2003, comunicación núm. 998/2001. Y la siguiente del TEDH: STEDH *D.H y otros c. República Checa*, de 13 de noviembre de 2007; STEDH *Hugh Jordan c. Reino Unido*, de 4 de mayo de 2000, y *McKerr c. Reino Unido*, de 4 de mayo de 2000.

En relación con la definición de discriminación también cabe plantearse si podría aplicarse al caso analizado la llamada discriminación por indiferenciación, reconocida por el TEDH (92) como una de las garantías que se derivan del artículo 14 CEDH. En este sentido, el TEDH ha considerado que el artículo 14 CEDH sería vulnerado no sólo en aquellos casos en que una diferencia de trato no se justificara de forma objetiva y razonable, sino también en aquellas situaciones en que se trate de forma igual supuestos de hecho significativamente diferentes sin una justificación objetiva y razonable. En términos generales, esta jurisprudencia también parece poderse trasladar a aquellos supuestos en los que el titular del derecho reconocido en el artículo 14 CEDH es extranjero. Sin embargo, para que el TEDH pudiera considerar violado el derecho de un extranjero a no ser discriminado por razón de su nacionalidad en aplicación de esta jurisprudencia, nacionales y extranjeros o extranjeros de diferentes nacionalidades se tendrían que encontrar en una situación significativamente diferente y, a pesar de ello, ser tratados de forma idéntica por las autoridades públicas sin una justificación objetiva y razonable; lo que no parece ocurrir en la mayoría de los Estados de nuestro entorno en los que el problema real es que los extranjeros son tratados de forma distinta a los nacionales por razón de su condición de extranjeros.

En tercer lugar, hay que destacar que el reconocimiento del derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad no implicaría, lógicamente, que toda diferencia de trato fundada en la nacionalidad fuera considerada discriminatoria. Por el contrario, sólo se considerarían discriminatorias, siguiendo la jurisprudencia del TEDH y del CDH (93), aquellas diferencias de trato basadas en la nacionalidad que no persiguieran fines legítimos y fueran proporcionadas. Sin embargo, en la aplicación de estos tests, varios elementos han de ser tenidos en cuenta.

Por un lado, la aplicación de los tests indicados exige que nacionales y extranjeros —o distintos grupos de extranjeros, si la diferencia de trato se produce entre ellos— se encuentren en una situación análoga; lo que será la regla habitual en aquellos asuntos en los que la diferencia de trato se funde únicamente en la nacionalidad de la persona afectada. Sin embargo, hay ciertos supuestos en los que, a pesar de la posible identidad de elementos objetivos, la mera condición de extranjero podrá llevarnos a afirmar que la persona no se encuentra en

(92) El asunto más claro en esta línea es STEDH *Thlimmenos c. Grecia*, de 6 de abril de 2000. Sobre la jurisprudencia del TEDH en este sentido y su posible alcance, ver COBREROS MENDAZONA, Edorta (2007); CARMONA CUENCA, Encarna (2009): 751 y sigs.

(93) Sobre la jurisprudencia de ambos tribunales al respecto, remito a los epígrafes 3 y 4 de este texto.

una situación similar a la de un nacional. Tal será el caso en aquellos supuestos en los que la diferencia de trato entre nacionales y extranjeros afecte a derechos que no se reconozcan a todos, sino sólo a los nacionales o sólo a determinadas categorías de extranjeros. Así, por ejemplo, los derechos de sufragio pasivo y activo (art. 25 PIDCP), el derecho a acceder a la función pública del país (art. 25 PIDCP), los derechos políticos en general (art. 16 CEDH) y la libertad de entrar en un Estado (art. 12 PIDCP y art. 3 del Protocolo núm. 4 al CEDH), sólo son reconocidos por el PIDCP y el CEDH a los nacionales de ese Estado. En la misma línea, las libertades de circular y residir en el territorio de un Estado sólo son reconocidos por los textos internacionales analizados a los nacionales y a los extranjeros que residan de forma regular en el país (art. 12 PIDCP y arts. 2 y 3 del Protocolo núm. 4 al CEDH). En este sentido, parece claro que con respecto a estos derechos no puede defenderse, tal y como subrayaba el TEDH en el asunto *Moustaquim* y tal y como parece apuntar el CDH en su Comentario General núm. 15, que los extranjeros se encuentren en una situación análoga a la de los nacionales, ya que ninguno de los textos internacionales analizados les reconoce los derechos citados. Por tanto, con respecto a los derechos que el PIDCP y el CEDH reconocen sólo a los nacionales o sólo a los extranjeros que se encuentren en una situación determinada no cabe la aplicación de los tests de razonabilidad y proporcionalidad que se derivan del principio de no discriminación, ya que de hecho no puede considerarse que nos encontremos ante una situación similar y, por tanto, comparable.

Por otro lado, la aplicación de los tests indicados plantea la cuestión de cuan estricto debe ser el test de proporcionalidad en los casos en que la diferencia de trato se funde en la nacionalidad. A pesar de que el CDH no parece haber resuelto la cuestión, la jurisprudencia del TEDH sí nos permite afirmar que el test de proporcionalidad a aplicar, en aquellos casos en que nacionales y extranjeros se encuentren en una situación análoga, es un test estricto que exigiría a los Estados aducir *motivos muy poderosos* o *razones particularmente imperiosas* para justificar una diferencia de trato basada únicamente en la nacionalidad.

Finalmente, la delimitación del alcance del derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad exige analizar si ese derecho impondrá obligaciones sólo a las autoridades públicas o también a los propios particulares. En este sentido, la jurisprudencia del CDH y la propia configuración del artículo 1 del Protocolo número 12 parecen confirmar que el derecho a no ser discriminado puede entenderse violado por un Estado parte del PIDCP o del Protocolo número 12 al CEDH aun cuando se trate de una relación horizontal y, por tanto, entre particulares. No obstante, esta afirmación debe acompañarse de ciertos matices.

El Informe explicativo del Protocolo número 12 al CEDH indica que no puede derivarse del Protocolo una obligación positiva de los Estados de adoptar las medidas necesarias para evitar o remediar cualquier tipo de discriminación que se produzca en relaciones entre particulares (par. 25). Sin embargo, el mismo Informe considera que no cabe excluir que el Protocolo imponga obligaciones positivas a los Estados, a partir de las cuales se extiendan los efectos de la prohibición de discriminación a relaciones horizontales: tal sería el caso si se identifica una laguna importante en el ordenamiento nacional en lo que se refiere a la protección frente a la discriminación (par. 26), o si la discriminación se produce en relaciones horizontales, pero regidas por el Derecho y, por tanto, con algún alcance público, como sería, por ejemplo, el acceso al empleo, o a ciertos bienes y servicios (par. 28). La dicción del Informe explicativo, fruto evidente de un compromiso político (94), no parece poder esconder que, tal y como ha ocurrido con otros derechos, el TEDH también derivará obligaciones positivas de la prohibición de discriminación contenida en el Protocolo y que esas obligaciones impondrán a los Estados parte un compromiso activo en la realización del principio de igualdad, que afectará necesariamente a las relaciones entre particulares.

Así puede observarse, de hecho, en la jurisprudencia del CDH sobre el artículo 26 PIDCP. En el asunto *Nahlik c. Austria* (95), el Comité hubo de pronunciarse sobre la posible violación del artículo 26 PIDCP que se derivaría del contenido de un convenio colectivo, que establecía un trato diferenciado de los trabajadores de la Dirección de la Seguridad Social de Salzburgo en función de la fecha en que se hubieran jubilado. El Comité, a pesar de que inadmitió la reclamación, señaló claramente que los Estados parte del PIDCP han asumido una obligación positiva de proteger a los individuos bajo su jurisdicción de toda discriminación, lo que obligaría a los tribunales del Estado a hacerlo incluso en aquellos supuestos en que la discriminación se produce entre actores privados. Sin embargo, el Comité puntualizaba —llamativamente— que la relación objeto del procedimiento era una relación entre actores privados, pero en un sector cuasi-público, como era el empleo; afirmación que *a contrario* podría interpretarse como una obligación de los Estados de proteger a los particulares frente a toda discriminación llevada a cabo por otros particulares, pero sólo en sectores cuasi-públicos. Esa matización parece, de hecho, coincidir con la contenida en el Informe explicativo al Protocolo número 12 al CEDH; lo que podría llevarnos a afirmar que el derecho de los extranjeros a no ser discriminados por razón de su nacionalidad también habría

(94) Sobre esta cuestión, ver KHALIQ, Urfan (2001): 458 y sigs.

(95) CDN *Nahlik v. Austria*, de 22 de julio de 1996, comunicación núm. 608/1995.

de ser respetado por otros particulares, al menos en aquellos casos en los que su relación no se desarrolle en una estricta esfera privada, sino en sectores cuasi-públicos, como el empleo o el acceso a ciertos bienes y servicios.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

A la luz de lo previsto por los artículos 26 PIDCP y 1 del Protocolo número 12 al CEDH y, sobre todo, de la jurisprudencia más reciente del TEDH sobre el artículo 14 CEDH, parece difícil seguir manteniendo que los extranjeros no son titulares del derecho a la igualdad y que no se ha reconocido el derecho de los extranjeros a no ser discriminados, inclusive por razón de su nacionalidad. La jurisprudencia del CDH y del TEDH apunta en la línea de reconocer esos derechos, imponiendo a los Estados parte de ambos textos internacionales la obligación de justificar de forma objetiva y razonable las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros que se funden únicamente en la nacionalidad de estos últimos.

La única excepción que ambos órganos parecen contemplar a esa regla general se refiere a aquellos derechos que el PIDCP, el CEDH o sus Protocolos reconocen específicamente a los nacionales o a los extranjeros que se encuentren en determinadas situaciones, significativamente, los derechos políticos —derechos de sufragio, acceso a función pública, libertad de expresión y asociación— y los derechos más claramente asociados al núcleo duro del Derecho de extranjería —libertad de circulación y residencia, derecho a entrar o a no ser expulsado del territorio de un Estado—. En relación con esos derechos, el CDH y el TEDH no exigen la justificación de la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida diferenciadora, que sí se exige, sin embargo, en relación con cualquier otra diferencia de trato basada en la nacionalidad.

El artículo 10.2 CE impone una lectura de nuestro texto constitucional a la luz de los textos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por nuestro país y esa remisión permite —creo— una relectura de nuestro texto constitucional desde una perspectiva igualatoria: si los extranjeros son titulares del derecho a no ser discriminados por razón de la nacionalidad y así lo corroboran los textos internacionales en la materia, deberíamos repensar nuestra concepción de los derechos de los extranjeros a partir del derecho a la igualdad y a no ser discriminados y definir, de forma excepcional, aquellos derechos en los que pueden establecerse diferencias de trato entre unos y otros; derechos que no pueden ser distintos de aquellos ya reseñados en los textos internacionales ratificados por España.

Esta nueva perspectiva podría quizás ser utilizada por el TC a fin de reconstruir su jurisprudencia sobre los derechos de los extranjeros; jurisprudencia que podría pivotar sobre la igualdad y la proporcionalidad de las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros, y no tanto sobre una intangible noción de dignidad de la persona. Al fin y al cabo, esa revisión de la jurisprudencia de nuestro TC tan sólo supondría dirigir una obligación clara al legislador y al resto de los poderes públicos: la necesidad de justificar sobre motivos objetivos y razonables cualquier diferencia de trato fundada en la nacionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo (2002): «Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes», en AAVV, *La democracia constitucional: Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- ALONSO GARCÍA, Enrique (1983): «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, págs. 21-92.
- BAMFORTH, Nicholas (2007): «Prohibited Grounds of Discrimination under EU Law and the European Convention on Human Rights: Problems of Contrast and Overlap», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 9, 2006-2007, págs. 1-42.
- BAÜBOCK, Rainer (ed.) (2006): *Migration and citizenship: legal status, rights and political participation*, Amsterdam, Amsterdam University.
- BELL, Mark (2008): *Racism and Equality in the European Union*, Oxford, Oxford University Press.
- (2002): *Anti-discrimination Law and the European Union*, Oxford, Oxford University Press.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, y REY MARTÍNEZ, Fernando (1998): «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional», en ARAGÓN REYES, Manuel, y MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián (dirs.), *La Constitución y la práctica del Derecho*, t. I, Pamplona, Aranzadi, págs. 243-340.
- BOSSUYT, Marc (1976): *L'interdiction de la discrimination dans le Droit International des Droits de l'Homme*, Bruselas, Bruylant.
- BOZA MARTÍNEZ, Diego (2001): *Los extranjeros ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cádiz, Universidad de Cádiz-Centro de Estudios Constitucionales, 1812.
- BROWN, Christopher (2002): «The Race Directive: Towards Equality for All the Peoples of Europe?», *Yearbook of European Law*, núm. 21, 2001-2002, págs. 195-227.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2004): «De la igualdad como legalidad a la igualdad como dignidad. Reflexiones, en clave constitucional, sobre una sociedad decente»,

- en *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC.
- CARMONA CUENCA, Encarna (2009): «La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (art. 14 CEDH y Protocolo núm. 12)», en GARCÍA ROCA, Javier, y SANTOLAYA, Pablo (coords.), *La Europa de los Derechos*, Madrid, CEPC.
- CHOUDHURY, Tufyal (2003): «Interpreting the Right to Equality Under Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 8, núm. 1, págs. 24-52.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta (2007): «Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, septiembre-diciembre, págs. 71-114.
- DE BÚRCA, Grainne (1997): «The role of equality in European Community Law», en DASHOOW, Alan, y O'LEARY, Siofra (eds.), *The principle of equal treatment in European Community Law*, London, Sweet & Maxwell.
- DE LUCAS, Javier, y DÍEZ BUESO, Laura (2006): *La integración de los inmigrantes*, Madrid, CEPC.
- DECAUX, Emmanuel (2005): «Article II-81», en BURGORGUE-LARSEN, Laurence; LEVADE, Anne, y PICOD, Fabrice (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, t. 2, Bruselas, Bruylant.
- DRZEMCZEWSKI, Andrew (1985): *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Estrasburgo, Council of Europe.
- ELLIS, Evelyn (2005): *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press.
- ESTEVE GARCÍA, Francina (2009): «Las cláusulas generales antidiscriminatorias: ámbito de aplicación y efectos jurídicos», en AJA, Eliseo (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GARCÍA ROCA, Javier (2005): «La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos», en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: Una visión desde Italia y España*, Valencia, Tirant lo Blanch-Giuffrè.
- GIMÉNEZ GLÜCK, David (2004): *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch.
- GROENENDIJK, Kees (2006): «Citizens and third country nationals: differential treatment or discrimination?», en CARLIER, Jean-Yves, y GUILD, Elspeth (dirs.), *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'UE*, Bruselas, Bruylant.
- GUILD, Elspeth (2001): *Immigration Law in the European Community*, La Haya, Kluwer.
- JANER TORRENS, Joan Davis (2003): «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, págs. 305-320.

- KHALIQ, Urfan (2001): «Protocol 12 to the European Convention on Human Rights: a step forward or a step too far?», *Public Law*, otoño, págs. 457-464.
- LIVINGSTONE, Stephen (1997): «Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 2, núm. 1, págs. 25-34.
- MANGAS MARTÍN, Araceli (2008): «Artículo 21: No discriminación», en MANGAS MARTÍN, Araceli (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA.
- McINERNEY, Siobhán (2002): «The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the case of race discrimination», *European Law Review*, vol. 27, págs. 483-491.
- MJÖLL ARNARDÖTTIR, Oddný (2003): *Equality and non-discrimination under the European Convention on Human Rights*, La Haya, Martinus Nijhoff.
- PEERS, Stephen (1996): «Towards Equality: Actual and Potential Rights of Third Country Nationals in the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 33, núm. 7.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (2004): *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?*, Barcelona, Gedisa.
- REID, Karen (2008): *A practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Londres, Thomson.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a Fernanda (1986): *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1991): «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, págs. 9-36.
- RUBIO MARÍN, Ruth (2004): «La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales», en *Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC.
- SANTOLAYA, Pablo (2007): «Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio», en SANTOLAYA, Pablo, y REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, CEPC.
- SHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa, y BELL, Mark (2007): *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Oxford, Hart.
- SPAVENTA, Eleanor (2007): *Free Movement of Persons in the European Union. Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Países Bajos, Kluwer Law International.
- SUDRE, Frédéric (1995): «Le droit a la non discrimination dans la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies», en SUDRE, Frédéric (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies*, Montpellier, IDEDH.

- TOGGENBURG, Gabriel (2002): «The Race Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe», *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 1, 2001-2002, págs. 231-244.
- VAN HOOF, Fried (2006): «General prohibition of discrimination (art. 1 of Protocol núm. 12)», en VAN DIJK, Pieter y otros (eds.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Intersentia.
- VIDAL FUEYO, María del Camino (2002): *Constitución y extranjería*, Madrid, CEPC.
- WILDHABER, Luzius (2002): «Protection against discrimination Under the European Convention on Human Rights. A Second Class Guarantee?», *Baltic Yearbook of International Law*, vol. 2, págs. 71-82.
- WINTEMUTE, Robert (2004): «Filling the Article 14 Gap: Government Ratification and Judicial Control of Protocol núm. 12 ECHR», *European Human Rights Law Review*, vol. 9, núm. 5, págs. 484-499.

RESUMEN

Este trabajo se centra en el análisis del sujeto del derecho a la igualdad y a no ser discriminado reconocido en el artículo 14 de la Constitución española. El estudio parte de la literalidad del artículo 14 del texto constitucional español, que hace referencia exclusiva a los «españoles» como sujetos del derecho a la igualdad, y plantea si la interpretación de ese artículo a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, tal y como exige el artículo 10.2 de la Constitución española, no permitiría extender la titularidad del derecho a los extranjeros. Para justificar esta toma de posición, el trabajo analiza el contenido de varios textos internacionales ratificados por España, centrándose esencialmente en el estudio del Protocolo número 12 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho de «todos» a no ser discriminados en el ejercicio de los derechos reconocidos por la Ley.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales de los extranjeros; derecho a la igualdad; derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad.

ABSTRACT

This paper focuses on the scope of application *ratione personae* of article 14 of the Spanish Constitution. This article contains the right to equality and not to be discriminated, but it only refers to spanish people as the holders of this right. Despite of this assertion, this paper discusses that article 14 of the Spanish Constitution has to be interpreted in the light of International Human Rights Treaties ratified by Spain, as required by article 10.2 of the Spanish Constitution. In this sense, this paper analyses several of those treaties, focusing primarily on Protocol number 12 to the European Convention on Human Rights, which recognizes the right of everyone not be discriminated against in

the exercise of the rights recognized by law. According to this Treaty, the paper suggests that article 14 of the Spanish Constitution can be interpreted in the sense of recognizing the right of foreigners to equality and not to be discriminated, even on the basis of nationality.

KEY WORDS: foreigners human rights; right to equality; prohibition of discrimination on the basis of nationality.

