

## ¿TAMBIÉN LOS EXTRANJEROS SON IGUALES ANTE LA LEY?

FOREIGNERS: ARE THEY EQUAL BEFORE THE LAW?

ROSARIO MORA ALEMAÑY

Doctoranda Departamento de Derecho Político  
antartida00@yahoo.es

**Resumen:** «Los españoles son iguales ante la ley» (art. 14 CE). La recentísima STC 17/2013 señala que «los extranjeros gozan en España del derecho fundamental derivado del artículo 18.4 CE en las mismas condiciones que los españoles»; pero, como señala el voto particular del Magistrado Pérez Trepms, al que se unen otros tres magistrados, la regulación avalada por el Tribunal Constitucional en esta sentencia «pone de manifiesto una notable limitación del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4) que, por afectar sólo a personas de origen extranjero, lleva a la conclusión de que los extranjeros ya no gozan en España del derecho fundamental derivado del artículo 18.4 CE en las mismas condiciones que los españoles». Esta sentencia, pues, invita a precisar el alcance con el que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconoce la igualdad también para los extranjeros.

**Abstract:** «Spaniards are equal before the law» (section 14 of the Spanish Constitution). The latest Constitutional Court ruling states that «aliens in Spain have the fundamental right set by section 18.4 of the Spanish Constitution under the same conditions that Spanish citizens». But the dissenting vote of the senior judge Pérez Trepms, joined by other three judges, appoints that the guidelines backed up by the Constitutional Court in this ruling «show a great restriction of the essential subject of the fundamental right about the protection of personal data (section 18.4). Because only alien citizens are affec-

ted by this ruling, it is concluded that alien citizens in Spain enjoy no more the fundamental right set by section 18.4 under the same conditions that Spanish citizens». This ruling invites to specify the extent with which Constitutional Court case law acknowledges equality for aliens, too.

**Palabras clave:** Igualdad. Discriminación. Derechos Fundamentales. Extranjeros. Tribunal Constitucional.

**Key words:** Equality / Discrimination / Fundamental rights / Aliens / Constitutional Court.

Recepción original: 11/06/2013

Aceptación original: 12/06/2013

**Sumario:** I. Introducción. II. Las dos manifestaciones de la igualdad ante la ley. III. Notas sobre el juicio de igualdad. IV. El papel de los tratados internacionales en la igualdad de los extranjeros ante la ley. V. Contenido del artículo 14 de la Constitución de 1978: 1. La regla general de igualdad del artículo 14 de la Constitución: A) Consideraciones generales. B) La jurisprudencia más reciente. 2. Prohibición de discriminación: A) Las causas específicas de discriminación. B) La cláusula «in fine». VI. La aplicación del principio de igualdad a los derechos de los Extranjeros cuando existe tratado o ley. VII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española de 1978 recoge a lo largo de su articulado varias referencias a la igualdad, pero no lo hace siempre con el mismo significado ni con idéntico valor normativo.

Así, en su artículo 1 proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico. Este precepto es considerado por la doctrina<sup>1</sup> como carente de eficacia normativa directa, por más que tenga enorme importancia: establece la necesidad de que todo nuestro ordenamiento esté informado por este valor superior, con la peculiar

---

<sup>1</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *REDC*, n.º 9, 1993, pág. 79, considera que «esta declaración, por sí sola carece de efectos jurídicos inmediatos»; en similares términos se pronuncia. VIDAL FUEYO, M.<sup>a</sup> del C., *Constitución y extranjería*, Madrid, CEPC, 2002, pág. 160, quien al respecto cita al mencionado autor. GIMÉNEZ GLÜCK, D., *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2004, pág. 34, entiende que no tiene efectos jurídicos inmediatos pese a que no es un mero enunciado declarativo. Sobre los valores superiores del ordenamiento jurídico y su peculiar eficacia jurídica cfr. Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores*; Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, pág. 84 ss.

transcendencia que corresponde a los valores en la vida del Derecho. Al mismo tiempo, el artículo 9.2 CE recoge el mandato a los poderes públicos de promover la igualdad real y efectiva del individuo y de los grupos en que se integra, en consonancia con el postulado del Estado social<sup>2</sup>. Como vemos, en ninguno de estos dos artículos se hace referencia alguna que justifique la distinción entre nacionales y extranjeros.

Pero, dejando al margen otros preceptos constitucionales, como el artículo 23.2 CE, que establece el acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, o el 139.1. CE, que impone la igualdad de derechos y deberes de todos los españoles en cualquier parte del territorio español, interesa aquí detenerse en el principio de igualdad formal o jurídica que se garantiza en el artículo 14 CE para «los españoles». Aunque Jiménez Campo<sup>3</sup> se cuestiona si del artículo 14 CE surge un verdadero derecho subjetivo, la mayor parte de la doctrina así lo entiende.

Es necesario precisar, como bien señala Vidal Fueyo<sup>4</sup>, que el derecho subjetivo que nace del artículo 14 CE no es un derecho autónomo, sino que ha de vincularse a una relación jurídica sustantiva. Dicho de otro modo, se es o no titular de otro derecho, fundamental o no, en igualdad de condiciones respecto de otro sujeto; por lo que la vulneración de la igualdad como derecho exige siempre, como veremos más adelante, la existencia de un término idóneo de comparación. De ahí que, por ejemplo, respecto de aquellos derechos fundamentales de los que no son titulares los extranjeros por expresa prescripción constitucional (art. 13.2 CE) resulte ocioso plantearse el problema de la igualdad. En términos más generales, Vidal Fueyo considera imposible un estudio en abstracto del derecho a la igual-

---

<sup>2</sup> Sobre el Estado social, por todos, GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 2009, en su análisis de las interrelaciones de los tres postulados del artículo 1.1 CE señala que una excesiva restricción del principio democrático consolidaría una sociedad marcada por profundas desigualdades sociales y por tanto antidemocrática. De ahí que el postulado «social» pretenda corregir esas desigualdades de la sociedad, cuestión a la que sirve el artículo 9.2 CE; sobre la relación entre el reconocimiento del postulado en el artículo 1.1 CE y su concreción en el artículo 9.2 CE, GARRONERA MORALES, A., *El Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1980, pág. 39 y ss. Estima este autor que la aceptación de la igualdad, entendida como corrección de desigualdades sociales es un pilar básico en el que se concreta en nuestra Constitución la declaración de Estado Social. Al mismo tiempo señala que «la clave de la condición fundamental de la igualdad en nuestro nuevo ordenamiento jurídico ha pasado a estar en el artículo 9.2.º CE» y que sería empuñador ver sólo en este precepto un mero complemento material del principio de igualdad jurídica del artículo 14 CE

<sup>3</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J. cit. en n.º 1, pág. 72.

<sup>4</sup> M.<sup>a</sup> DEL C. VIDAL FUEYO, cit. en n.º 1, págs. 163, 164.

dad de los extranjeros; es posible tan sólo «en el contexto del ejercicio de derechos preexistentes.»

El estudio pormenorizado del comportamiento del principio de igualdad respecto de cada uno de los derechos fundamentales cuya titularidad pertenezca a los extranjeros escapa del propósito de estas líneas. Su objeto es simplemente analizar las directrices básicas de aplicación del artículo 14 CE cuando los extranjeros son titulares de derechos a los que el mismo pueda ser aplicado. Nos ceñiremos para ello al análisis de los datos ofrecidos por la Constitución española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque un estudio completo del tema debería tener en cuenta también la protección que brindan a la igualdad los Tratados y los tribunales internacionales y supranacionales, que a su vez habría de proyectarse sobre la interpretación del artículo 14 CE a través del mandato contenido en el artículo 10.2<sup>5</sup>.

## II. LAS DOS MANIFESTACIONES DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El artículo 14 CE se refiere a la igualdad «ante la ley». Tanto el TC como la doctrina vienen distinguiendo dos manifestaciones de esta igualdad, que operan en planos distintos: Veámoslo con formulaciones de STC 114/1988, FJ 1: La igualdad «en la ley» actúa «frente al legislador, o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria. La igualdad «en la aplicación de la ley» obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma».

---

<sup>5</sup> DÍAZ CREGO, M.<sup>a</sup>, desarrolla esta perspectiva en «El derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿Un derecho de los extranjeros?», *REDC*, n.º 89, 2010, págs. 115 ss.

Para el TC, aplicadores de la ley son las administraciones públicas y el poder judicial, contra cuyas resoluciones cabe interponer, una vez agotados los oportunos recursos jurisdiccionales, recurso de amparo por infracción del artículo 14 CE. Por eso, la igualdad en la aplicación de la ley acaba estructurándose<sup>6</sup> en estrecha vinculación con el artículo 24 CE, dado su encauzamiento hacia un control formal de la motivación de las sentencias, con un sistema cercano a lo que podíamos llamar «precedente judicial horizontal». Esta aproximación de la igualdad en la aplicación de la ley al artículo 24 CE queda puesta de manifiesto en la STC 24/2005, en la que el demandante alega, frente a la denegación de un permiso penitenciario de salida que anteriormente le había sido concedido, tanto la vulneración del artículo 14 como del 24 CE. En el FJ 6 de esta sentencia el TC señala que «desconoce el derecho a la tutela efectiva el órgano judicial que dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la que había dictado anteriormente para un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica, siempre que no exprese o no se inferan las razones para tal cambio de orientación. En esta conducta, que se subsume bajo la perspectiva prioritaria del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley cuando son distintos los sujetos implicados, pasa a un primer plano el defecto de tutela judicial cuando no se da tal alteridad, cuando es un solo ciudadano el implicado en las resoluciones opuestas.»

De esta manera, las consecuencias específicas del artículo 14 CE se orientan principalmente hacia la igualdad «en la ley» o «en el contenido de la ley». La Constitución opera así no sólo como fuente del Derecho, dotada de supremacía en el momento de la aplicación del Derecho, sino también limitando la producción válida de normas<sup>7</sup>.

### III. NOTAS SOBRE EL JUICIO DE IGUALDAD

El principio de igualdad no impide que en la norma puedan establecerse diferenciaciones, ni siquiera cuando éstas se hallen basadas en los criterios enumerados expresamente en la parte final del artículo 14 CE. Mas, para que la diferenciación introducida en la norma no sea discriminatoria, se exige que resulte razonable, justificada y proporcional (proporcionalidad que pone en relación el fin que se persigue con la diferenciación y los bienes jurídicos que se sacrifican

---

<sup>6</sup> GIMÉNEZ GLÜCK, D., cit. en n.º 1, págs. 44 y ss., que analiza ampliamente esta estructura.

<sup>7</sup> DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2012.

al efecto). De este modo, toda clasificación legislativa (a fin de cuentas, toda diferenciación clasifica) debe superar unos parámetros establecidos por el TC que, en su conjunto, conforman el denominado «juicio de igualdad». Del resultado de este juicio dependerá que nos hallemos ante una diferenciación admisible o ante una discriminación prohibida, ante una norma constitucional o inconstitucional.

La estructura del juicio de igualdad aplicada de forma muy estricta llevaría a declarar inconstitucionales numerosísimas normas. Por ello, dentro de este juicio se viene distinguiendo un juicio de «mínimos»<sup>8</sup> y un juicio «estricto» de igualdad. En el primero de ellos el TC se (auto)limita al aplicar los parámetros que conforman el juicio de igualdad a través de una interpretación más flexible de los mismos. Este juicio de «mínimos» es el que se aplicará con carácter habitual a toda diferenciación normativa. Pero, cuando la diferenciación normativa recaiga sobre las cláusulas específicas del artículo 14 CE, entonces el TC aplicará el juicio «estricto» de igualdad. La primera consecuencia de la aplicación del juicio estricto de igualdad es la de invertir la presunción de validez de la ley en favor de una presunción *contra* el legislador. La utilización de uno de los criterios mencionados en la segunda parte del artículo 14 CE genera la sospecha de discriminación, de manera que su inclusión da lugar a la inversión de la carga de la prueba: lo que se debe probar es que la utilización del criterio no es discriminatoria.

En cualquier caso, lo que todo juicio de igualdad exige es la existencia de un «*tertium comparationis*», que siempre es una situación jurídica, a su vez integrada por un supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, que se compara a otra situación jurídica. Ahora bien: dado que la consecuencia jurídica es por definición diferente (en otro caso no se produciría la alegación de diferencia de trato), en la práctica el análisis del término de comparación viene a quedar reducido al primero de sus elementos (salvo en la medida en que se llegue al juicio de proporcionalidad, donde ya se valora el alcance de la diferencia entre consecuencias jurídicas). En el juicio de igualdad, por tanto, se comienza por determinar si los supuestos de hecho tienen la necesaria similitud o si, por el contrario, al ser distintos se justifica el diferente tratamiento. Por lo demás, es el actor el que ha de alegar el término de comparación, ya que su pretensión se funda en la existencia de otro supuesto de hecho igual al suyo cuya consecuencia jurídica, si fuera aplicada a su propio caso, le sería fa-

<sup>8</sup> GIMÉNEZ GLÜCK, D., cit. en n.º 1, págs. 122 y ss., así como nota al pie n.º 175, se muestra a favor de un reconocimiento de esta terminología y del concepto que implica, ya que, aun siendo ajeno a la doctrina y jurisprudencia, en la práctica existe.

vorable. A todo ello se ha referido el TC en numerosas sentencias; en materia de extranjería podemos citar algunas:

En la STC 13/1994, frente a la alegación de vulneración del artículo 14 CE por el demandante de amparo, el TC en su FJ 2 responde «que se trata de una alegación vacía de contenido. El demandante no aporta ningún término de comparación que pueda, ni siquiera remotamente, evidenciar que haya sido tratado de forma diferente y peyorativa al aplicársele la legalidad vigente respecto de otras personas que se encontrasen en su misma situación.» En esta sentencia, el TC hará constar que las especiales circunstancias del demandante, que se encontraba pendiente de causas penales dentro y fuera de España, justificarían la existencia de eventuales diferencias de trato en el caso de que las mismas existieran, pero que éstas ni siquiera habían sido expuestas por él.

En el FJ 1 de la STC 137/2000 el TC considera que el demandante entendía vulnerado el artículo 14 CE al partir de la premisa de que le había sido denegado el permiso penitenciario de salida atendiendo exclusivamente a su condición de extranjero. Añade que el demandante se ha limitado a invocar la igualdad sin explicar los motivos ni dar argumentos que acrediten una discriminación basada en su extranjería para la denegación del citado permiso. El TC termina declarando que «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.»

Finalmente, la ya citada STC 24/2005 se remite en su FJ 2 a la también mencionada STC 137/2000, cuando recoge que la alegación del demandante de haber sido discriminado por el único hecho de ser de nacionalidad extranjera carece de toda argumentación en el escrito de demanda, lo que por sí mismo sería suficiente para su desestimación. Pero añade el TC respecto a la pretendida vulneración del artículo 14 CE, por el tratamiento desigual que produce la resolución judicial de denegación del permiso de salida respecto a la previa decisión del mismo órgano judicial de otorgarlo, que «una reiterada jurisprudencia de este Tribunal incluye entre los requisitos para la producción de una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, el denominado de alteridad subjetiva, señalando «que –por su propia esencia– la discriminación, como tratamien-

to peyorativo, exige un factor de alteridad, la existencia del «otro mejor tratado» (...), que el Sr. Martial haya sido tratado de un modo desigual a como lo fue en otra ocasión (...) no puede suponer una vulneración de su derecho a la igualdad, que es, en esencia, (...) un derecho a ser tratado como los otros».

#### IV. EL PAPEL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD DE LOS EXTRANJEROS ANTE LA LEY.

Antes de entrar en un análisis más detallado del artículo 14 de la CE, y siendo el objeto de este estudio el principio de igualdad y su aplicación a los extranjeros, se hace ineludible detenernos siquiera brevemente en el importante papel que en esta materia corresponde a los tratados internacionales en aplicación del artículo 10.2 CE, conforme al cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Ello no supone que tales tratados puedan entenderse como normas constitucionales de reconocimiento de derechos fundamentales, tampoco para los extranjeros. Tal función en nuestro ordenamiento corresponde en exclusiva a la Constitución; que, como es sabido, centra el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en el artículo 13 CE; pero este precepto no determina cuales son y qué extensión tienen «las libertades públicas» (entendidas en sentido amplio, comprensivo de los derechos) que la Constitución les garantiza. Será su interpretación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 CE la que se convierta en «el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución» (STC 236/2007, FJ 5).

En la determinación de estos derechos se hace preciso acudir, uno por uno, a los distintos preceptos constitucionales que los reconocen. Es en la interpretación de cada artículo donde entra en juego la norma del artículo 10.2 CE, obligando a tener en cuenta los textos internacionales tanto para precisar el contenido mínimo de cada derecho como quienes sean sus titulares. Lo que, en el caso que nos ocupa, se traduce en determinar si los extranjeros son titulares de los

mismos y, en tal caso, si lo son o no con la misma extensión que los nacionales.

La función que el artículo 10.2 CE atribuye a los tratados internacionales es distinta de la que les otorga el artículo 13.1. Conforme al primero, su valor es interpretativo de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. Con el artículo 13.1 CE, les corresponde regular, con mayor o menor amplitud, aquellos derechos que, una vez llevada a cabo la interpretación de la Constitución conforme al 10.2 CE, deban ser reconocidos a los extranjeros, o bien la de aquellos que, aún no siéndoles reconocidos directamente por la CE, tampoco ven impedida por ésta su extensión a los extranjeros.

Por último, el artículo 96 CE se refiere a la eficacia en España de los tratados internacionales en general, no ya ceñidos a la materia de los derechos fundamentales (como el artículo 10.2 CE) o a su regulación para los extranjeros (art. 13.1 CE). La doctrina entiende que opera en un papel infra constitucional, mientras que los otros dos artículos lo hacen, de uno u otro modo, en un plano constitucional.

La jurisprudencia del TC en materia de derechos fundamentales de los extranjeros nos permite destacar como Tratados más importantes, al menos de cara a la interpretación del artículo 14 CE, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948<sup>9</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966<sup>10</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Eco-

---

<sup>9</sup> La Declaración Universal de Derechos Humanos resulta expresamente mencionada en el artículo 10.2 CE, lo que denota su importancia en esta materia. Declara en su artículo 1 que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»; en su artículo 2, que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona»; en el artículo 7 dice: «Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción alguna, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación». Vidal Fueyo, en la obra que venimos citando, llama la atención sobre el hecho que «del amplio repertorio de derechos que recoge la Declaración sólo dos, el derecho de sufragio activo y pasivo y el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos, están reconocidos exclusivamente en favor de los respectivos nacionales de los Estados firmantes, y no a favor de todas las personas» (pág. 91).

<sup>10</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara en su artículo 2 que los derechos en él recogidos deben reconocerse a todos los individuos sin distinción de «raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social»; en el artículo 3 reconoce la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los

nómicos, Sociales y Culturales de 19 diciembre de 1966<sup>11</sup> y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, junto con sus Protocolos<sup>12</sup>.

## V. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 CE

El artículo 14 debe ser considerado como una norma compleja ya que contiene, junto con el principio general, una prohibición de discriminación basada en circunstancias específicas, pero cuya enumeración se cierra a su vez con una remisión genérica a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Estaríamos, pues, en presencia, junto con la regla general que establece la igualdad de todos los españoles, de unas causas especialmente sospechosas de discriminación: cuya invocación genera una sospecha de tal entidad que en el juicio de igualdad se produciría, como hemos mencionado ya, la inversión de la carga de la prueba. Y, por último, ante una cláusula genérica que cierra el precepto en un intento de abarcar cualquier causa de discriminación presente o que pueda surgir en el futuro. Ésta es la opinión mayoritaria en la doctrina, aunque al analizar el artículo 14 CE se advierte que el mismo también podría prestarse a una lectura unitaria. De llevarse a cabo tal lectura, sin embargo, se correría el riesgo de dar «prioridad ya sea a las cláusulas específicas, en detrimento de la cláusula general, o, al contrario, [de que] se vaciasen las primeras para reforzar el juego del principio general quitando contenido propio a las prohibiciones específicas»<sup>13</sup>.

derechos reconocidos en el Pacto; en el artículo 26 proclama la igualdad de todas las personas ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, añadiendo que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.

<sup>11</sup> El Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales recoge en su artículo 2 como declaración general que luego va desgranando en su articulado el deber los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos que en el mismo se reconocen sin discriminación alguna. En el apdo 2.º de este artículo se recoge una previsión respecto de los Estados en desarrollo y la medida en la que éstos puedan garantizar los derechos económicos a personas que no sean nacionales suyos.

<sup>12</sup> El artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales declara que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., *Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, pág. 66 y ss., ponen de relieve que

El propio TC no siempre ha seguido el mismo criterio, ya que a lo largo de su jurisprudencia pueden distinguirse dos etapas. En sus primeros pronunciamientos considera el artículo 14 CE como un bloque unitario y estima toda discriminación como desigualdad no razonable, de modo que las causas de discriminación enumeradas en la segunda parte del precepto carecerían de la consideración de cualificadas<sup>14</sup>. Una segunda etapa se abre con la STC 128/1987, en la que, partiendo de determinadas causas recogidas en la segunda parte del precepto, distingue entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación recogida en la segunda parte del precepto. De manera que toda diferenciación introducida en una norma que tenga su fundamento en alguna de estas causas se convierte en sospechosa de discriminación y deberá ser sometida a un juicio de razonabilidad más estricto<sup>15</sup>.

Una interpretación unitaria, en la que todo el precepto quedara dominado por sus palabras iniciales y la enumeración de las causas específicas de no discriminación se redujera a mera ejemplificación, podría tender a limitar su eficacia a los españoles, que son los mencionados en la primera parte. Pero, si la cláusula *in fine* es entonces un cierre genérico, la extranjería podría acabar también incluida en él como causa de discriminación, al menos en el caso de aquellos derechos cuya titularidad se extiende a los extranjeros de acuerdo con la Constitución. El mismo criterio podría aplicarse cuando se tratara de derechos que la Constitución no les reconoce expresamente pero tampoco les niega, y cuya titularidad se hubiera extendido a los extranjeros en condiciones de igualdad respecto de los españoles por medio de ley o tratado.

---

con la lectura unitaria del artículo 14 CE las «cláusulas específicas» tan sólo servirían como un elemento que facilitaría la valoración de la razonabilidad de las diferenciaciones introducidas en la norma, pero el tratamiento que recibirían sería el general que correspondiese a cualquier violación del principio de igualdad. REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pág. 58 y ss., entiende sin embargo que no se trata de dos principios contrapuestos, sino de un mismo principio de igualdad que opera de diferente modo en función de cuál sea el factor de diferenciación.

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F., *op. cit.*, págs. 67 y ss., consideran que la remisión final del artículo 14 CE a «cualquier condición o circunstancia, personal o social» ha tenido un papel relevante en esta «identificación» entre ambas partes del precepto, ya que se ha estimado que esta cláusula de cierre quitaba valor especificador a las prohibiciones de discriminación enumeradas. Vidal Fueyo, cit. n.º 1, pág. 166, sostiene esta misma opinión, al entender que la cláusula «in fine» sirvió de apoyo a la lectura unitaria del artículo 14 CE llevada a cabo por el TC.

<sup>15</sup> Cfr. REY MARTÍNEZ, F., cit. en n.º 13, págs. 9 y ss.

## 1. La regla general de igualdad del artículo 14 de la Constitución

### A) Consideraciones generales

El artículo 14 CE comienza: «Todos los españoles son iguales ante la ley». Una interpretación literal del mismo podría llevarnos a entender que los extranjeros quedarían excluidos de la titularidad subjetiva de este derecho fundamental. Sin embargo, la cuestión no es ni puede ser tan simple.

Para comenzar, tal interpretación no haría justicia a los textos internacionales reconocedores de los derechos humanos que han sido ratificados por España y que, como hemos visto, a tenor del artículo 10.2 CE son referencia obligada en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas.

Por otra parte, nuestra Constitución debe ser interpretada de manera sistemática, lo cual nos lleva a tener en cuenta aquellos artículos en los que se reconoce la igualdad sin referencia alguna a la nacionalidad, algunos de los cuales han sido citados en la introducción, y también a los preceptos constitucionales que reconocen derechos sin restringir su titularidad a los ciudadanos españoles, y que por tanto, si bien no imponen directamente la igualdad de trato a favor de los extranjeros, parecen excluir al menos que el legislador, en ejercicio de su potestad legislativa, pueda privarles del derecho en el grado y medida en que la propia Constitución se lo confiere.

En definitiva, el TC en la sentencia 107/1984, FJ 3, declara que, aunque el artículo 14 CE proclama el principio de igualdad con referencia sólo a los españoles, ello no es argumento bastante para estimar que «la desigualdad de trato entre extranjeros y españoles resulta constitucionalmente admisible [...] Y no es argumento bastante porque no es únicamente el artículo 14 CE el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España.» El primero de estos artículos es el 13 CE, dedicado expresamente a sentar las bases del régimen jurídico de los extranjeros y cuyo apartado primero les reconoce las libertades públicas que la CE garantiza en el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. Díaz Grego<sup>16</sup> interpreta esta declaración del TC diciendo que el Alto Tribunal pone en ella de manifiesto que su punto de partida, a la luz del artículo 14 CE, es la «desigualdad jurídica de ambos colectivos»; desigualdad sobre

---

<sup>16</sup> M.<sup>a</sup> DÍAZ GREGO, cit. en n.º 5, pág. 118 y ss.

la que el TC construye ciertas excepciones sin que a su juicio pueda apreciarse con total claridad por qué de las mismas se benefician unos derechos y no otros.

Asimismo advierte la misma autora que, si bien el TC ha reconocido la titularidad de los extranjeros del derecho a no ser discriminados de la segunda parte del artículo 14, ha evitado pronunciarse sobre el derecho a la igualdad de la primera parte del mismo. Y ello porque, cuando el TC ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, ha centrado sus resoluciones en el derecho cuya igualdad se entendía vulnerada y no en el propio artículo 14 CE. Pese a la naturaleza relacional del derecho de igualdad, a su juicio nada impide que pueda darse un pronunciamiento del TC respecto de su titularidad por los extranjeros con independencia de aquellos otros derechos a los que aparezca en cada caso vinculado. Y, en efecto, en esta primera sentencia dedicada por el TC a abordar la aplicación del principio de igualdad a los extranjeros, y que a su vez será la base de su doctrina sobre la titularidad de los derechos fundamentales de los mismos, el Tribunal pone de relieve la necesaria vinculación del derecho de igualdad con otro derecho. Así, en su FJ 2 concreta el objeto del recurso y de su pronunciamiento en «determinar si, desde el punto de vista constitucional, los ciudadanos extranjeros [...] deben ser tratados igual que los españoles en relación a la contratación laboral».

El TC prosigue afirmando, en el FJ 3, que los derechos fundamentales de los extranjeros son «todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal». Configuración que, dependiendo del caso, puede prescindir o no de tomar en consideración la nacionalidad para modular el ejercicio del derecho en cuestión. No sólo podrá, sino que deberá prescindir de la nacionalidad como dato relevante, produciéndose una completa igualdad entre españoles y extranjeros, en el caso de «aquellos derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana», y cita el TC a modo de ejemplo los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica...

Esta enumeración no es una lista cerrada, y el TC a lo largo de su jurisprudencia irá perfilando cuáles son los derechos que, por ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, pertenecen en igualdad de condiciones a los extranjeros. Así, la STC 99/1985 en su FJ 2 señala que la extranjería es irrelevante en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE. Comienza recordando que el artículo 13.1 CE no significa que los extranjeros gocen sólo de los derechos y libertades que establezcan

los tratados y las leyes, sino que su disfrute «podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española. Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos», como así ocurre, continúa diciendo el TC, con «aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana», citando en este punto su STC 107/1984. Y en el mismo FJ 2 declara que uno de tales derechos es el que todas las personas tienen a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, y «ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo («todas las personas...») sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el artículo 10.2 CE, de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966...» Como vemos, el TC hace referencia explícita a los textos internacionales que por mandato del art. 10.2 CE han de ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

El FJ 1 de la STC 115/1987 estima que también el derecho a la libertad del artículo 17 CE es inherente a la persona humana, y se encuentra por tanto entre aquellos que según la STC 107/1984 corresponden por igual a españoles y extranjeros. Y, muy significativamente, la STC 137/2000, en su FJ 1, reconocerá también el propio derecho a no ser discriminado como un derecho inherente a la persona; dice el TC: «A pesar de la literalidad de la redacción que se contiene en el artículo 14 CE, a partir de la doctrina general que este Tribunal Constitucional ha elaborado en materia de extranjeros (...) se garantizan a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» (STC 107/1984, FJ 3) y no hay duda de que entre éstos debe inducirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». La eventual restricción en la titularidad del genérico principio de igualdad no se proyecta, por tanto, sobre el segundo inciso del propio artículo 14 CE.

Respecto a este grupo de derechos fundamentales, la titularidad del derecho fundamental a la igualdad por parte de los extranjeros

sería plena. Pero el FJ 3 de la STC 107/1984 continúa señalando que existen otros derechos en cuya configuración legal sí es posible tener en cuenta el dato de la nacionalidad, en cuyo caso «queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad (...) a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad.»

Ahora bien, incluso respecto de aquellos derechos en los que es posible apoyarse en la nacionalidad a la hora de establecer una regulación diferenciada, los extranjeros pueden seguir apelando a la igualdad, por ejemplo frente a una discriminación por otras causas o incluso cuando sea la nacionalidad la que les perjudique si la ley vigente, que hubiera podido diferenciar en función de la nacionalidad, no la ha considerado como un dato relevante. El TC dice en esta sentencia que el principio de igualdad ha «de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante», cualquiera que sea su nacionalidad. De manera que «el artículo 14 CE no impone que los extranjeros, por su mera condición de tales, queden por completo al margen de la protección constitucional que brinda el principio de igualdad, al menos cuando se trata de la aplicación de una ley que no prevé tal diferenciación; en las mismas condiciones, por cierto, en las que los españoles pueden exigir igualdad de trato frente a los extranjeros»<sup>17</sup>.

Justamente en este último sentido resuelve la STC 5/2007 un recurso de amparo presentado por un grupo de profesores de nacionalidad española que trabajaban en el Liceo Científico Estatal Italiano en Madrid, sobre la base de considerar vulnerado su derecho a no ser discriminados salarialmente respecto de los profesores de nacionalidad italiana de dicha entidad. El TC reconocerá en el FJ 2 que, en el ámbito de las relaciones laborales, el artículo 14 CE no impone una igualdad de trato en sentido absoluto en materia retributiva, dada la mayor libertad que se deriva del principio de la autonomía de la voluntad y siempre que se respeten los mínimos legales o convencionales. Sin embargo, otorgará el amparo al declarar en el FJ 3 que para que la diferenciación salarial fuese admisible sería «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», no habiendo sido demostrado que la diferenciación «tenga un fundamento racional y ajeno a la circunstancia de su nacionalidad española».

---

<sup>17</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., «Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», *RGDC* n.º 12, 2011.

No era ésta, sin embargo, la primera vez que el TC se enfrentaba a un recurso de amparo promovido por ciudadanos españoles que entendían vulnerado su derecho a no ser discriminados por su nacionalidad española. Ya la STC 221/1988 tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, al conocer del recurso presentado por el Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos que entendían que la situación de sus colegiados resultaba discriminatoria frente a la de los odontólogos argentinos cuyos estudios, de menor duración y exigencias que los de los odontólogos españoles, se veían forzados a convalidar. En esta ocasión el TC denegó el amparo al demandante, dada la existencia de «compromisos internacionales suscritos por el propio Estado y plenamente vigentes» (FJ 3) que impondrían esa igualdad de trato. En cualquier caso, debe notarse que en este supuesto estábamos ante un supuesto de violación del principio de igualdad por indiferenciación (trato jurídico idéntico de supuestos distintos)<sup>18</sup>, que es genéricamente rechazado por el TC sin particular argumentación.

Continuando con la STC 107/1984, su FJ 4 declara que el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros dependerá en cada caso, por tanto, del derecho afectado. Y ofrece a continuación su conocida clasificación tripartida de los derechos fundamentales de los extranjeros, distinguiendo los que pertenecen por igual a españoles y extranjeros, los que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, y aquellos otros «que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las Leyes». Es en este último grupo donde resulta admisible la inclusión del dato de la nacionalidad para modular el ejercicio del derecho, introduciendo la diferencia de trato con los españoles.

La STC 94/1993 consolida esta línea jurisprudencial al indicar en su FJ 2 y en relación con las libertades de circulación y residencia, reconocidas a los españoles en el artículo 19 CE, que «la dicción literal del artículo 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado.» Destaca el TC la similitud con la cuestión suscitada por el principio de igualdad en la STC 107/1984 y, tras recordar que el «art. 13 CE solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 23», estima que «resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los de-

<sup>18</sup> COBREROS MENDAZONA, E., «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *REDC*, n.º 81, 2007. El autor señala como, pese a la que la STEDH del 6 de abril de 2000 reconoce la existencia de una discriminación por indiferenciación, ésta sin embargo no es aceptada por el TC, que estima que la misma no se haya comprendida en la protección que otorga el artículo 14 CE.

rechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19». Ahora bien, tales derechos «no son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...) ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano», por lo que es «lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella» (FJ 3). Son afirmaciones que el TC reitera en el FJ 2 de la STC 116/1993.

Desde la primera STC el problema es y sigue siendo, en definitiva, determinar qué derechos pertenecen a cada grupo. En cuanto a los derechos que no pueden pertenecer a los extranjeros la Constitución es clara, al remitirse el artículo 13.2 CE a los reconocidos en el artículo 23 y con las excepciones previstas en el primero de ellos. Pero los otros dos grupos plantean problemas ante la utilización reiterada del TC del criterio, cuando menos lábil, de la mayor o menos vinculación del derecho con la dignidad de la persona, en una jurisprudencia que, con frecuencia, plantea numerosos interrogantes.

Por otra parte, lo cierto es que la regla general de igualdad ante la ley no recoge una prohibición general de establecer en las normas cualquier tipo de diferenciación. Si así lo entendiéramos estaríamos confundiendo el principio de igualdad «con una norma que enunciara ya una identidad para el derecho de todos los ciudadanos»<sup>19</sup>. Pero no hay en el artículo 14 CE un derecho a la identidad<sup>20</sup>, que supondría la imposibilidad de establecer, legislativamente o de hecho, diferenciación alguna entre los españoles y los extranjeros.

El riesgo de confundir el principio de igualdad con un hipotético e inexistente derecho a la identidad es algo que preocupa a la doctrina. Sobre el mismo se pronuncia el Magistrado Rodríguez-Zapata en el voto concurrente formulado a la STC 95/2003: «Mi discrepancia con la mayoría concluye al poner de relieve que la exigencia de igualdad no puede ser entendida necesariamente como obligación de identidad. No debe inspirar recelos una regulación no idéntica para españoles y extranjeros en la materia que nos ocupa. Como es evi-

---

<sup>19</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., cit. en n.º 1, págs. 82 y 83, donde recoge la posición del TC que considera que la interdicción de la discriminación vale tanto como necesidad de fundamentación en las diferenciaciones normativas: habrá que entenderlas como inconstitucionales si no pueden presentarse como razonables.

<sup>20</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M.<sup>a</sup> L., *Igualdad y Constitución española*. Madrid, Tecnos, 2010, pág. 46 y ss., aclara la diferencia entre ambos conceptos, e incluye en la nota 64 las respectivas definiciones.

dente que en el estatuto de extranjería existen delicadas cuestiones que son diferentes a las que se plantean en el estatuto de ciudadanía, la igualdad en la atribución o titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva no implica excluir una regulación legislativa distinta del beneficio de justicia gratuita, siempre que se ajuste a cánones de proporcionalidad y razonabilidad» (apartado 5 del voto particular). En definitiva, que no sólo los españoles, sino también los extranjeros sean igualmente titulares de un derecho por imperativo constitucional no debería llevar de forma automática, según este Magistrado, a entender que el legislador que desarrolla y regula el ejercicio del derecho no puede establecer para ellos regulaciones diferenciadas, al menos cuando éstas puedan estar debidamente justificadas.

Esta cuestión se plantea ya en la STC 115/1987, donde el TC parte de que los derechos de reunión y de manifestación recogidos en los arts. 21 y 22 de la CE no hacen referencia alguna a la nacionalidad y, por tanto, son reconocidos también a los extranjeros. El FJ 3 reconoce la habilitación que el artículo 13.1 CE contiene a favor del legislador para «establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros». Pero el TC entiende que «el problema que se plantea no es el de si es posible aquí esta diferencia de trato en el ejercicio del derecho de reunión entre los extranjeros y los españoles, sino si el legislador ha respetado el contenido preceptivo e imperativo que establece el artículo 21.1 de la Constitución, también para los extranjeros» (FJ 2), pronunciándose en similares términos sobre el derecho de manifestación. De este modo, el juicio de igualdad ha de esperar a que se resuelva el basado en el respeto al contenido esencial del correspondiente derecho; al ser éste negativo, se hace innecesario valorar adicionalmente la racionalidad de la diferenciación. Pero ha de darse por sobreentendido que cabría una regulación del ejercicio del derecho que, de un lado, respetara su contenido esencial, pero que a la vez fuera diferente de la establecida para los españoles: en ese caso sería necesario pasar a analizar si tal diferencia resulta admisible de conformidad con el principio de igualdad. Recordemos que en la STC 99/1985, cuando estaba en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, el TC no había seguido el mismo orden argumental, sino que se había centrado directamente en la exigencia de la identidad de regulación; algo que se repetirá en ulteriores pronunciamientos sobre el mismo derecho.

#### B) La jurisprudencia más reciente

A finales de 2007 el TC dicta un grupo de sentencias resolviendo diversos recursos de inconstitucionalidad planteados contra distin-

tos preceptos de la LO 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La primera de ellas, la STC 236/2007, aglutina el grueso de los razonamientos del TC, mientras que las demás (SSTC 259/2007 a 265/2007) se remiten ampliamente a ella. Pero no constituye el objeto de este trabajo el análisis pormenorizado ni de la LO 8/2000 ni de este grupo de sentencias: nos detendremos sólo en cuanto afectan a la igualdad de los extranjeros.

La LO 8/2000 reconoce a los extranjeros, entre otros derechos, los de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga, educación no obligatoria y justicia gratuita «en las mismas condiciones» que a los españoles. Pero acude al expediente de separar, conforme a la teoría general del Derecho Civil<sup>21</sup>, la titularidad del derecho de su ejercicio. Y, si la titularidad aparece reconocida para todos los extranjeros sin distinción alguna, su ejercicio queda limitado a aquellos que disfruten de estancia o residencia legal en España. Una «condición administrativa» se convierte así en criterio para justificar una «diferenciación de trato» en derechos que han sido reconocidos a los extranjeros por la CE, pero cuyo ejercicio el legislador podría «modular». Se plantea, pues, si la libertad del legislador para configurar tales derechos alcanza al establecimiento de unos requisitos de ejercicio que, en la práctica, suponen privar de los derechos a quienes no los reúnan; porque la diferenciación entre titularidad y ejercicio parece, al menos en algunos casos, una ficción.

La doctrina se había dividido en orden a la constitucionalidad de esta exigencia, que, con carácter general identifican como un retorno a la situación creada por la LO 7/1985<sup>22</sup>. Y aunque algunos

---

<sup>21</sup> Sobre esta separación de titularidad y ejercicio en «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la ley de extranjería», *TRC*, n.º 7, 2001, ARAGÓN REYES, M., dice no encontrarle sentido pues «sólo respecto de los menores e incapaces cabe disociar titularidad y ejercicio de los derechos», pág. 31; mientras que ASENSI SABATER, J., entiende que parece que se quiera subrayar un significado particularmente patrimonialista de estos derechos que, a diferencia de lo que ocurre con la propiedad y otros derechos patrimoniales, no admiten tal disociación, ya que aquí «titularidad y ejercicio se encuentran indisolublemente unidos», pág. 35. Sin embargo, PÉREZ CALVO, A., se muestra a favor de esta división, argumentando que los Tratados Internacionales «coinciden en distinguir la titularidad del derecho y su ejercicio, que podrá sufrir restricciones de acuerdo con la ley», pág. 44.

<sup>22</sup> BIGLINO CAMPOS, P., «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la ley de extranjería», *TRC*, n.º 7, 2001, pág. 24, señala la posibilidad de entender este retocoso como inconstitucional por sí mismo, ya que algunos sectores de la doctrina entienden que todo avance en el reconocimiento de los derechos fundamentales debe resultar irreversible.

autores habían creído ver en la STC 115/1987 un pronunciamiento implícito<sup>23</sup> del TC a favor de la constitucionalidad de esta exigencia, no puede negarse que la situación creada por la LO 8/2000 introduce una situación nueva que no había sido objeto específico de análisis por parte de la jurisprudencia constitucional.

En particular desde la perspectiva del principio de igualdad, Carrillo López<sup>24</sup> entiende que el criterio de diferenciación introducido por la ley no responde a criterios de razonabilidad, tratándose de «una regulación que discrimina irremisiblemente al extranjero». Estima que las limitaciones que introduce la ley no guardan proporcionalidad con la finalidad perseguida, produciéndose un tratamiento no idóneo e irrazonable, porque trata de forma muy desigual situaciones jurídicas que son asimilables. En consecuencia, el resultado le parecía discriminatorio e inconstitucional.

En los primeros fundamentos jurídicos de la STC 236/2007 el TC reitera su doctrina general en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros. En su FJ 4 hace un recorrido por ella para advertir que el requisito de residencia legal que el legislador había establecido en los supuestos ya resueltos no era allí inconstitucional. El legislador está facultado para configurar el ejercicio de determinados derechos fundamentales «teniendo en cuenta la diversidad de estatus jurídico que existe entre los que no gozan de la condición de españoles.» «Ahora bien, dicha opción está sometida a los límites constitucionales señalados puesto que el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España» (FJ 4). Y el TC, en este bloque de sentencias, vuelve a utilizar el confuso criterio del grado de conexión del derecho con la dignidad humana para

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El nuevo régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España», *TRC*, n.º 7, 2001, pág. 73 y ss., sostiene que en la STC 115/1987 la aceptación de la constitucionalidad de este criterio por parte del TC llega a ser incluso explícita.

<sup>24</sup> CARRILLO LÓPEZ, M., en la ya citada «Encuesta en torno a la constitucionalidad de la ley de extranjería», *TRC*, n.º 7, 2001, pág. 44.

determinar cuándo el legislador está obligado a regular su ejercicio en condiciones de igualdad no ya sólo respecto de los españoles, sino también de los demás extranjeros que tengan residencia o estancia legal en nuestro país<sup>25</sup>.

En conclusión, la STC 236/2007 entiende que el requisito de residencia legal respecto de algunos derechos es inconstitucional, por afectar a derechos que corresponden por igual a todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa. En unos derechos (vinculados a la tutela judicial efectiva y al derecho a la educación, y también para el derecho de huelga en la STC 259/2007), ello lleva a la anulación del requisito, pues se considera necesaria la identidad de trato entre extranjeros y españoles. Pero con referencia a otros derechos (reunión y manifestación, asociación, libertad sindical), aún siendo el requisito inconstitucional, no se declara su nulidad y por tanto la igualación de los españoles y los extranjeros, sino que se concede un plazo prudencial para que sea el legislador quien regule el ejercicio del derecho conservando, en su caso, un trato diferenciado que sea legítimo. La inconstitucionalidad no acompañada de nulidad, y por tanto de la expulsión del ordenamiento jurídico de estas normas, permite que hayan seguido siendo aplicables hasta la nueva LO 2/2009<sup>26</sup>.

Esta sentencia contiene un voto particular, que se repetirá en casi todas las que conforman el grupo ya señalado, formulado por el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhiere el magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. Consideran que la cuestión a resolver en el recurso no es la de si tales derechos corresponden a los extranjeros, ya que la ley no les niega la titularidad, sino sólo si puede el legislador exigir para su disfrute la condición jurídica de la autorización de estancia o residencia en España. Y se muestran favor de ello, resaltando que, en su personal interpretación del artículo 13 CE, éste parte de una diferenciación de partida de la posición

---

<sup>25</sup> VIDAL FUEYO, M.<sup>a</sup> DEL C., «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007», *REDC*, n.º 85, 2009, pág. 378, considera que el TC no aporta argumentación alguna que permita basar en este criterio la eventual diferencia de trato en el ejercicio del derecho entre españoles y extranjeros. Al mismo tiempo pone de relieve que el TC en ningún momento lleva a cabo «un juicio de razonabilidad para justificar la inclusión de la situación administrativa del extranjero como elemento diferencial en el contenido de la norma, ni somete los preceptos cuestionados a un test de proporcionalidad».

<sup>26</sup> GOIG MARTÍNEZ, J. M., «Tribunal Constitucional y derechos de los extranjeros. Comentario a la reciente jurisprudencia en materia de extranjería.», *TRC*, n.º 22, 2008, pág. 649.

constitucional de los españoles y los extranjeros. En la sentencia, a su juicio, subyace por el contrario un criterio apriorístico de equiparación cuyo exacto anclaje constitucional no encuentran. Resurge de nuevo el fantasma de la identificación, al que ya hicimos referencia (recordemos el voto concurrente formulado por el magistrado Rodríguez-Zapata en la STC 95/2003, al que ya hemos hecho referencia).

Más recientemente, con fecha de 31 de enero de 2013, el TC dicta la STC 17/2013<sup>27</sup>, que afecta a derechos que han sido calificados por el propio TC como «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» y que, por tanto, los extranjeros debieran disfrutar en condiciones de igualdad con los nacionales. En el FJ 4 el TC declara, sobre el derecho a la protección de datos personales derivado del artículo 18.4 CE, que «es evidente que los extranjeros han de ser considerados titulares del mismo, tal como éste derecho fundamental ha sido reconocido por el legislador orgánico, el cual no distingue entre españoles y extranjeros en dicho reconocimiento», lo cual no impide «el establecimiento de límites al mismo». En el FJ 12 entiende que las garantías derivadas del artículo 24 CE «son aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores (y pertenecen a las personas en cuanto tales y que, por tanto, de ellas han de gozar también los extranjeros, con independencia de su situación jurídica en España, en condiciones equiparables a los españoles». Finalmente, en el FJ 13 reitera su consideración del derecho a la intimidad personal del artículo 18 CE y de la libertad personal del artículo 17 CE como derechos fundamentales «conectados con la garantía de la dignidad humana». Pero el TC solo apreciará la inconstitucionalidad parcial de uno de los preceptos impugnados por vulnerar el artículo 24 CE respecto de los procedimientos administrativos a los que también alcanzan sus garantías.

Lo más destacado de esta STC, al menos en relación con la igualdad de los extranjeros ante la ley, podemos encontrarlo en el voto particular formulado por el Magistrado Pérez Tremps. Su discrepancia con la mayoría en torno a los pronunciamientos relativos a la impugnación de la regulación del acceso por parte de la Dirección General de la Policía a los datos de los extranjeros inscritos en el

<sup>27</sup> Resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004, interpuesto por el Letrado del Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

padrón y a la regulación de las medidas de seguridad susceptibles de ser puestas en práctica en los centros de internamiento de extranjeros se basa, precisamente y en parte<sup>28</sup>, en los propios argumentos que la sentencia utiliza para admitir la constitucionalidad de los preceptos impugnados y que, en su opinión debieron conducir a la declaración contraria. Pues estima que «esta regulación pone de manifiesto una notable limitación del contenido esencial del derecho fundamental a la protección de los datos personales (art. 18.4) que, por afectar sólo a personas de origen extranjero, lleva a la conclusión de que los extranjeros ya no gozan en España del derecho fundamental derivado del artículo 18.4 CE en las mismas condiciones que los españoles». Y además advierte que esta regulación pone en riesgo otros derechos de los extranjeros vinculados a la inscripción en el padrón, como son el derecho a la educación obligatoria (art. 28 CE) o la posibilidad de prestación de la asistencia sanitaria.

En definitiva, quizá el TC haya emprendido aquí un camino más restrictivo en la aplicación de la igualdad a los derechos fundamentales de los extranjeros, siguiendo la ruta marcada por los pronunciamientos de la STC 236/2007 que permitían al legislador que regulara de forma diferenciada los derechos de reunión y manifestación, asociación y libertad sindical.

## **2. Prohibición de discriminación**

### **A. Las causas específicas de discriminación**

Prosigue el artículo 14 CE: «... sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión...»

En esta parte del precepto se concreta el principio de igualdad bajo la forma de prohibición de discriminación: la aparición directa o indirecta en una norma de cualquiera de las circunstancias enumeradas genera la «sospecha» de existencia de discriminación. Esta sospecha tiene la fuerza de invertir la carga de la prueba en el juicio de igualdad, de manera que será aquél que niegue la naturaleza discriminatoria de la norma quien deberá probar la ausencia de tal discriminación, ya que la presunción juega a favor de su existencia.

---

<sup>28</sup> Al mismo tiempo, y en relación con las limitaciones que los preceptos impugnados contienen sobre el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y la libertad personal (art. 17.1 CE), el argumento se centra en la falta de calidad de la ley, que incumple requisitos básicos (proporcionalidad, determinación, etc.) de la reserva de ley que no pueden ser suplidos por una «interpretación conforme» llevada a cabo por el Tribunal.

Así lo ha puesto de manifiesto el TC en varias de sus sentencias, entre ellas la STC 13/2001, en la que declara: «(...) hemos de concluir que, conforme a las líneas generales la doctrina que sobre la distribución de la carga de la prueba se contiene ya en la STC 26/1981, de 17 de julio, al haber alegado (la demandante de amparo) un indicio de discriminación consistente en un trato desigual, por ser ella de color (...) se ha trasladado a la Administración la carga de justificar que su actuación goza de cobertura legal y se ajusta a criterios de razonabilidad y proporcionalidad» (FJ 10).

Al tratar sobre la extranjería, y teniendo en cuenta que la nacionalidad de origen se adquiere ordinariamente en función del lugar de nacimiento o de la nacionalidad de los padres, podría pensarse en englobarla bajo la cláusula de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento; pero ésta no resulta lo suficientemente clara<sup>29</sup>. Apenas puede pensarse que el precepto contenga una prohibición expresa de trato discriminatorio por razón de extranjería cuando la propia dicción del artículo 14 se abre con referencia exclusiva a los españoles.

Tampoco debe ser asimilada la diferenciación por nacionalidad con la discriminación por razón de la raza. El legislador, dentro de los parámetros constitucionales, está legitimado para establecer distinciones entre los nacionales y los extranjeros, pero cualquier distinción que tenga su origen en la raza como único hecho relevante debe ser considerada discriminatoria por vulneración del artículo 14 CE y consecuentemente expulsada del ordenamiento. Ambos conceptos no son equiparables ni sinónimos, ni pueden ser considerados el uno como parte integrante del otro. Precisamente por ello llama la atención la STC 13/2001, en la que el TC encuentra justificación para utilizar el criterio de la raza en cuanto elemento «indiciario» de la condición de extranjero y legitima así que la autoridad policial solicite en función de ella la correspondiente identificación.

El FJ 8 de esta sentencia contiene una didáctica explicación de la prohibición de discriminación, que «comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesto e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el

---

<sup>29</sup> GIMÉNEZ GLÜCK, D., cit. en n.º 1, pág. 176.

efecto adverso carece de justificación (...) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo.» De acuerdo con esta fundamentación, podría entenderse como trato discriminatorio la exigencia de identificación a la demandante por el sólo hecho de su pertenencia a la raza negra. Sin embargo, el TC aceptará la constitucionalidad de este criterio, que no estima discriminatorio de forma patente ni encubierta, sino «meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española» (FJ 9). En este mismo fundamento jurídico el TC añade que «lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el Ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa, en este caso los ciudadanos extranjeros».

Sin embargo, bien cabe entender que la utilización del criterio de la raza en el caso que nos ocupa si resulta discriminatorio, al establecer la doble presunción de que las personas de determinadas características raciales no son españoles y además son extranjeros ilegales<sup>30</sup>. Tales presunciones originan una diferencia de trato cuyo origen está en una causa de discriminación específicamente contemplada en la segunda parte del artículo 14 CE. Ya el Magistrado González Campos, en el voto particular formulado a esta sentencia, considera que en la misma debieran haberse planteado si es constitucionalmente legítimo un control general de los extranjeros, si es admisible un control no discriminatorio de los extranjeros ante la diversidad de situaciones en las que éstos pueden encontrarse en España, y cómo puede llevarse a cabo ese control sin que su práctica afecte a la dignidad de la persona. Concluirá su voto particular con la expresión de su desacuerdo con la sentencia, al estimar que la utilización del criterio de la raza como elemento «indiciario» del origen no nacional vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE y atenta contra la dignidad de la persona. A la misma conclusión, por cierto, llegó el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, para quien «la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal»; de esta forma entiende que se ha producido una violación del artículo 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que recoge el principio de igualdad<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ BARRILAO, J. FCO., «Identificación documental de nacionales y extranjeros», *REDC*, n.º 64, 2002, pág. 234 y ss., donde, además de un análisis a la STC 13/2001, se expone detalladamente el régimen jurídico de la acreditación documental de la identidad y la nacionalidad.

<sup>31</sup> CCPR/C/96/D/1493/2006.

En cualquier caso, el constituyente no ha incluido la nacionalidad dentro de las causas específicas de discriminación<sup>32</sup>. Ello no debe sorprendernos: los textos internacionales<sup>33</sup> también tratan de excluir del concepto de discriminación las distinciones que los Estados puedan hacer entre ciudadanos y no ciudadanos, de las que se presume que pueden perseguir fines perfectamente legítimos. Y nuestra Constitución ha optado por dedicar el artículo 13 al régimen jurídico de los extranjeros en lugar de incluir la nacionalidad como causa de discriminación.

No obstante, las causas específicas del artículo 14 CE sí extienden su protección frente a toda diferenciación que, basada en ellas, puedan afectar a los derechos de los extranjeros. El derecho a no ser discriminado por estas causas es considerado por el TC como imprescindible para la garantía de la dignidad humana (STC 137/2000 FJ 1), perteneciente pues a toda persona con independencia de su nacionalidad y, claro está, de su situación administrativa.

#### B. La cláusula «in fine»

La nacionalidad pues, no aparece expresamente recogida entre los criterios de diferenciación enumerados en el artículo 14 CE como sospechosos de generar discriminación. Pero el artículo 14 CE se cierra con una remisión general a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». ¿Podría quedar aquí englobada la extranjería, cuál sería el efecto de esa inclusión? La respuesta a estas cuestiones es, de nuevo, un problema de interpretación del artículo 14 CE, y sus efectos serán distintos según la opción por la que nos decantemos.

La cuestión es decidir si la cláusula final o genérica convierte el listado previo de causas específicas de discriminación «en una enumeración *ad exemplum*»<sup>34</sup>. De entenderse así, que estamos ante una enumeración ejemplificativa, las «condiciones o circunstancias» que se incorporasen en virtud de esta cláusula a las causas específicas del art. 14 CE gozarían de la misma presunción o sospecha de dis-

---

<sup>32</sup> M.<sup>a</sup> DÍAZ GREGO, cit. en n.º 5, aprecia en el TC una cierta disposición a entender incluida la nacionalidad entre las causas específicas de discriminación, si bien advierte que el TC no es lo suficientemente claro al respecto. Para ella, la lectura de la CE a la luz de los textos internacionales permitiría considerar la nacionalidad como categoría sospechosa de discriminación.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. Y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F., cit. en n.º 13, págs. 187 y ss.

<sup>34</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., cit. en n.º 1, pág. 83 y ss.

criminación que generan éstas, con los efectos ya vistos en orden a la prueba. Sin embargo, esta asimilación daría «lugar a una eterna discusión acerca de cuáles entre todas las condiciones personales y sociales gozarían de protección específica, discusión que, en último término, tendría que resolver el TC con criterios difícilmente objetivos»<sup>35</sup>.

Mas también cabría entender que esa fórmula no enlaza con la segunda parte del precepto, sino más bien con la primera: se limitaría a destacar que pueden ser consideradas contrarias al principio general de igualdad distinciones basadas en causas diferentes a las recogidas expresamente como discriminatorias en el artículo 14 CE. Y es ésta la función que, en definitiva, corresponde a la «cláusula in fine»: evitar que la concreción del principio de igualdad quede reducida a las causas enumeradas en el artículo 14 CE, cerrando el círculo de protección que despliega el mismo en orden a garantizar la igualdad ante la ley y haciendo que abarque causas diferentes que no se hayan previsto o que puedan surgir en el futuro. La función<sup>36</sup> de esta cláusula final es poner de manifiesto que la igualdad ante la ley no agota su mandato en los elementos específicamente recogidos en la norma como discriminatorios. Pero, entonces, tales «condiciones o circunstancias» que han sido perfiladas de una forma tan genérica no producirán la inversión de la carga de la prueba; la prueba de la discriminación no puede ser la misma frente a criterios específicamente reseñados que frente aquellos que tan sólo quedan perfilados sobre una cláusula tan genérica, salvo que se quiera anular la eficacia reforzada de las causas que se enumeran en el precepto o que se acabe por confundir todo el principio de igualdad con el mandato de identidad.

Jiménez Campo añade que el uso de las causas expresamente enumeradas en el artículo 14 CE obligaría al legislador a apoyarse en una habilitación constitucional inequívoca si pretende usarlas como criterios diferenciadores, mientras que tal exigencia no se daría en el caso de otros criterios de distinción utilizados en virtud de la aplicación de la cláusula final. Lo que, claro está, no eximirá al legislador de cumplir los requisitos de razonabilidad exigidos para su aplicación no discriminatoria. Así pues, dado que la extranjería no aparece recogida en la enumeración de causas específicas que lleva

---

<sup>35</sup> ALONSO GARCÍA, E., «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, 1983, pág. 66. El autor, en nota 120, resalta que en el ámbito laboral la doctrina tiende a considerar la «condición social» como cláusula específica.

<sup>36</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J., cit. en n.º 1, pág. 85.

a cabo el citado artículo, la cláusula genérica permite su inclusión como criterio de diferenciación, pero exigiendo que se cumplan los requisitos de racionalidad y proporcionalidad respecto de la finalidad perseguida por la norma. Es ésta la vía de aplicación que ha de seguir el TC en el juicio de igualdad cuando se plantee respecto de derechos de los que puedan ser titulares los extranjeros. Y no es por tanto necesario entender que el uso de este criterio de diferenciación genera discriminación para que tanto el legislador como el aplicador del derecho se vean limitados al utilizarlo por las reglas del juicio de igualdad. Ahora bien, si la nacionalidad goza de la protección que le brinda el artículo 14 CE como causa de no discriminación por aplicación de la cláusula genérica, eso significa que no goza de la presunción o «sospecha» de discriminación de la que se benefician las causas enumeradas en él, con los efectos favorables que ello supone en el juicio de igualdad.

Mas, para determinar el alcance de la interdicción de la discriminación con el criterio de la nacionalidad, deberíamos volver a la diferenciación entre derechos fundamentales que ya hemos analizado. Vidal Fueyo<sup>37</sup> estima que, ante aquellos derechos que la Constitución extiende también a los extranjeros, la nacionalidad formaría parte de los criterios «sospechosos» enumerados en el artículo 14 en parte de forma expresa, en parte mediante una cláusula final de alcance genérico. Por el contrario, cuando estemos ante derechos que no siendo atribuidos por la Constitución a los extranjeros tampoco les niega, el tratado o la ley que extienda su titularidad podrá introducir las diferenciaciones que estime convenientes. Es entonces cuando el artículo 13.1 se aplica plenamente, pues, tal como señala la STC 107/1984 en su FJ 3, «la igualdad o desigualdad en el ejercicio de tales derechos y libertades dependerá por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del Tratado o de la ley». Ahora bien, ello no excluye la aplicación del principio de igualdad. De un lado está claro que, si el tratado o la ley extiende la titularidad de tales derechos a todos o a un grupo de extranjeros en los mismos términos que a los nacionales, en el caso de que en el ejercicio de los mismos se produjera la violación del derecho a la igualdad «en la aplicación de la ley» gozarían de las mismas garantías de protección que al respecto tienen los españoles. De otro, la diferencia deberá ser siempre razonable y racional, en los términos que hemos comentado que opera el juicio de igualdad.

---

<sup>37</sup> VIDAL FUEYO, M.<sup>a</sup> DEL C., cit. en n.º 1, pág. 167.

## VI. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD A LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS CUANDO EXISTE TRATADO O LEY

La STC 107/1984, FJ 4, declara que, respecto de los extranjeros, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales dependerá en cada caso del derecho afectado. Y, en la clasificación de derechos que realiza, menciona un grupo de derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes. Si en este grupo de derechos es donde resulta posible establecer diferenciaciones en función de la nacionalidad, también es posible que los tratados o la ley extiendan los mismos en condiciones de igualdad respecto de los españoles, al menos cuando se den los requisitos que tales normas puedan establecer.

En la STC 107/1984 el TC se enfrentaba a la aplicación, en condiciones de igualdad, del artículo 35 CE que reproduce la fórmula «los españoles tienen derecho», respecto de la cual acababa de pronunciarse en relación con el artículo 14 CE. En éste caso, el ejercicio del derecho al trabajo por los extranjeros en términos de igualdad con los españoles queda resuelto por el TC al estimar que, si bien una vez producida la contratación y salvo algunas excepciones previstas en la ley la igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos laborales se apoya en los tratados y textos legales, el acceso a un puesto de trabajo no goza de tales previsiones jurídicas, a falta de las cuales, y dado que la CE en su artículo 35 sólo reconoce el derecho al trabajo para los españoles, no resulta constitucionalmente exigible la igualdad de trato: «sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir» (FJ 4). Pese a esta dicción literal del TC, Vidal Fueyo<sup>38</sup> estima que el Alto Tribunal no tuvo en cuenta la existencia y vigencia de una serie de normas que eximían a los ciudadanos sudamericanos de la obligación de proveerse de permiso de residencia y de trabajo para llevar a cabo en España una actividad por cuenta ajena. Y que, dada la fuerza expansiva del artículo 13.1 CE, tales normas extendían a este grupo de extranjeros la titularidad y el ejercicio del derecho al trabajo en condiciones iguales a las de los españoles.

En la STC 150/1994 el TC se enfrentará de nuevo a un recurso de amparo por vulneración del artículo 14 CE en relación con el artículo 35 de la misma. En este caso, sin embargo, el resultado será contrario al de la sentencia anteriormente comentada. En su FJ 1 el

---

<sup>38</sup> VIDAL FUEYO, M.º DEL C., cit. en n.º 1, pág. 178.

TC parte «de la doctrina declarada en la STC 107/1984 sobre los derechos constitucionales de los extranjeros en España, luego reiterada y desarrollada en las SSTC 99/1985, 115/1987, 94/1993 y 116/1993». Y recuerda que el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Título I CE por parte de los extranjeros «se efectuará en la medida en que lo determinen los Tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del Tratado o la Ley (FJ 3 de la STC 107/1984)». Siendo ésta la situación en que se encuentra el derecho al trabajo del artículo 35 CE, la cuestión era determinar si existía alguna disposición que estableciera la igualdad de trato en el caso planteado. Y en este caso la respuesta del TC es favorable, al entender que, en virtud de la existencia y vigencia de las Instrucciones dictadas por los Ministerios de Trabajo e Interior, el documento denominado «Tarjeta de Estadística», en posesión de la demandante, «quedaba dotado de los efectos propios de la autorización para trabajar por cuenta ajena, en cualquier actividad laboral o profesional, en la localidad donde haya sido expedido» (FJ 3). Otorga por tanto el amparo, ya que «en el presente caso sí existe una disposición administrativa que, de acuerdo con la Ley de Extranjería, establece una situación de igualdad a favor de la demandante de amparo» (FJ 4).

La STC 130/1995 ahonda en la aplicación de esta doctrina. El TC reproduce el esquema utilizado ya en la STC 107/1984 sobre la necesidad de determinar «si (los trabajadores marroquíes empleados por empresa española) deben ser tratados igualmente (que los españoles) en cuanto a la percepción de la prestación por desempleo». Al recurrente se le había denegado la prestación por desempleo al entender que el Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre España y el Reino de Marruecos no incluía esta prestación entre las de la Seguridad Social reconocidas a los marroquíes en España. Y recuerda el TC que de su reiterada doctrina se desprende que el derecho que el recurrente considera vulnerado por discriminación en razón de su ciudadanía marroquí dependerá de la existencia de ley o tratado internacional que le atribuya ese derecho como a los españoles (FJ 2). El amparo se concede, finalmente, apreciando la lesión del derecho del recurrente a la igualdad ante la ley por la existencia no ya del citado Convenio bilateral, sino por el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Europea y el Reino de Marruecos, que obligaba a España como Estado miembro CE, y por el que se reconocía a los

trabajadores marroquíes y miembros de su familia residentes en un Estado miembro los beneficios de la seguridad social en un régimen «caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados» (FJ 4).

Con frecuencia, la ley interna española viene equiparando los derechos de los extranjeros a los de los ciudadanos españoles, pero introduciendo como principal condicionante la residencia legal del extranjero en territorio nacional. Tanto la constatación de este requisito como la constitucionalidad de su exigencia han sido objeto de recurso de amparo frente al Tribunal Constitucional. En este último caso, sin embargo, ya no estamos propiamente en la aplicación de la igualdad en la aplicación de la ley, sino de la compatibilidad de un concreto requisito establecido en la ley con el principio de igualdad; de ello ya hemos hablado más arriba. La STC 95/2000 ofrece un ejemplo sobre la interpretación de este condicionante por parte del TC. En su FJ 3 hace un repaso a las líneas maestras de su doctrina sobre la aplicación del principio de igualdad, con cita expresa de las SSTC 107/1984, 99/1985 y 130/1995. Aquí advierte el TC que «tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión (...) del artículo 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes». El TC se referirá al reconocimiento que de estos derechos hace la ley interna a favor de los extranjeros indicando que, conforme a la Ley General de Sanidad 14/1986, «son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.» Y aclara que las prestaciones «se reconocen legalmente en nuestro país no sólo a los titulares directos del derecho, sino también a los familiares o asimilados de los beneficiarios que estén a cargo de aquéllos» y que se «reconoce la condición de familiares beneficiarios, entre otros, al cónyuge y descendientes de ambos o de cualquiera de ellos (...) asimilada, a éstos efectos (...) la pareja de hecho al cónyuge». De esta forma, el TC centrará el objeto de su resolución en determinar si la pareja de hecho del titular del derecho a la prestación, siendo extranjera, estaba en situación legal en el territorio nacional.

## VII. CONCLUSIONES

Se planteaba en el título de este estudio si los extranjeros son también iguales antes la ley. Como hemos podido comprobar, cualquier respuesta a esta pregunta está necesitada de matizaciones.

La Constitución a lo largo de su articulado recoge varias manifestaciones de la igualdad que, dado su carácter de norma suprema, despliegan su eficacia en nuestro ordenamiento. De todas ellas, y para poder responder a la cuestión planteada, conviene centrarse en la igualdad jurídica o formal recogida en el artículo 14 CE; que, como igualdad ante la ley, abarca dos manifestaciones: igualdad en la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Y encontramos en él, junto el genérico principio de igualdad, el de no discriminación. No es posible hacer una lectura unitaria de este precepto, so pena de poner en riesgo una parte de la protección que ofrece; pero tampoco cabe una separación absoluta entre ambos aspectos, que constituyen manifestaciones de un mismo principio que opera de manera distinta en función de las circunstancias que se tengan en cuenta.

Hablar de la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros supone preguntarse por la aplicación del principio de igualdad. Detrás de cada uno de los derechos fundamentales subyace la pregunta de su titularidad por los extranjeros y, en su caso, si lo es o no en términos de igualdad con los españoles.

A pesar de la dicción literal del artículo 14 CE, el principio de igualdad es también de aplicación a los extranjeros. Ahora bien, su ámbito de protección dependerá del derecho que se vea afectado, al ser el de igualdad un derecho vinculado necesariamente a otro cuya igual protección se pretende. Para la determinación de cuales sean los derechos que corresponden a los extranjeros en igualdad respecto de los nacionales es necesario atender a la doctrina del TC, partiendo de la conocida clasificación tripartita llevada a cabo en la STC 107/1984.

En presencia de aquellos derechos que pertenecen a las personas con independencia de su ciudadanía, los que el TC considera «derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana», la titularidad del derecho en igualdad con los españoles, y por tanto de la propia igualdad en relación con el derecho, es plena para los extranjeros. Y el propio principio de no discriminación opera respecto de los extranjeros, en este sentido, en plena igualdad con los españoles. Esto es, tanto las causas específicas de discriminación como la genérica que se recogen en él son de aplicación a los extranjeros

cuando el motivo de la diferenciación establecida no es la nacionalidad. Dicho en otros términos, no es admisible que un extranjero sea discriminado por razón de raza o religión, o que se proyecte sobre él una diferenciación cualquiera carente de racionalidad. Y ello implica también que toda diferenciación basada en las causas específicas recogidas en el artículo 14 CE generará la sospecha de discriminación y deberá ser sometida al juicio estricto de igualdad, ya que se parte de la presunción de discriminación.

Sin embargo la nacionalidad misma no está recogida en los criterios específicamente tenidos por discriminatorios y sólo puede ser tutelada a través del principio general que abre el precepto o de la cláusula genérica que lo cierra. Ello tiene su base en la suposición de que los Estados pueden establecer diferenciaciones legítimas entre nacionales y extranjeros. Su uso como criterio diferenciador queda sometido al juicio laxo de igualdad y no provoca la inversión de la carga de la prueba. Por eso, al margen del mencionado grupo de «derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» y de aquellos otros que la Constitución expresamente reserva a los españoles, la igualdad de trato sólo puede ser exigida en los términos que establezcan los tratados o la ley interna. Y ello es así porque no existe una situación de identidad entre el régimen jurídico de los extranjeros y el de los nacionales.

El problema surge a la hora de determinar qué derechos pertenecen a los extranjeros en igualdad con los españoles y cuales les pertenecen en los términos que establezcan los tratados o la ley, por más que en esta determinación, y por imperativo del artículo 10.2 CE, sea posible y aún necesario tener en cuenta lo dispuesto en los tratados internacionales a la hora de interpretar el contenido del derecho. El frecuente recurso del TC al lúbil criterio del grado de vinculación del derecho con la dignidad humana para determinar su pertenencia a uno u otro grupo de derechos no ofrece suficiente claridad y certeza a los operadores del Derecho. Pese a lo esperado, el grupo de SSTC de 2007 no ha modificado esta situación<sup>39</sup>. Sigue siendo pues necesario que el TC fije con mayor precisión las directrices a seguir en esta materia en aras de un mayor grado de seguridad jurídica.

Cabe concluir, de un lado, que la jurisprudencia del TC parece orientada hacia el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales en favor de los extranjeros en igualdad con los nacio-

---

<sup>39</sup> VIDAL FUEYO, M.<sup>a</sup> del C., cit. en n.º 25, lleva a cabo un análisis y crítica detallado sobre los problemas que entraña el uso de este criterio por parte del TC.

nales. Prueba de ello son justamente las sentencias a las que acabamos de referirnos, que consideran discriminatorio el requisito de la residencia legal en relación con un importante grupo de derechos. Pero tanto en ellas como en la más reciente STC 17/2013 se ve que el TC no siempre deduce de esa igual titularidad la exigencia de una regulación idéntica, lo que también podría interpretarse como cierta restricción en la aplicación de la igualdad a los derechos de los extranjeros. Por más que, al mismo tiempo, debemos recordar que el legislador, al regular las condiciones de ejercicio del derecho para los extranjeros, no puede negar un derecho que la CE les ha reconocido. Esto es lo que el TC ha recordado en la STC 236/2007, al declarar la inconstitucionalidad del requisito de estancia o residencia legal en España introducido en la LO 8/2000 para el ejercicio de determinados derechos.