

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE NACIONALIDAD: ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

Por JOAN DAVID JANER TORRENS *

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO EN EL QUE SE SITÚA LA DISCRIMINACIÓN INVERSA.—2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN *RATIONE MATERIAE* DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN. 3. LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS ESTRICTAMENTE INTERNOS.—4. DISCRIMINACIÓN INVERSA: MANIFESTACIONES Y ASPECTOS PROBLEMÁTICOS.—5. LA REINTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN A LA LUZ DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO EN EL QUE SE SITÚA LA DISCRIMINACIÓN INVERSA

El principio de igualdad de trato se configura como un principio general del Derecho comunitario, el cual se materializa en la prohibición de llevar a cabo cualquier discriminación entre los ciudadanos de la Unión por motivos de nacionalidad¹, siempre que la actividad desarrollada entre

* Profesor Titular interino de Derecho Internacional Público, Universitat de les Illes Balears.

¹ El artículo 21 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (DOCE n.º C 364, de 18 de diciembre de 2000, pp. 1 y ss.) reconoce, a pesar

en el ámbito de aplicación del Tratado (artículo 12 del TCE), y en la adopción de medidas dirigidas a luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 13 del TCE)².

A pesar de que ambos artículos constituyen la expresión de un mismo principio general, el principio de no discriminación por razón de nacionalidad ha adquirido la categoría de principio vertebrador del ordenamiento comunitario³, así como un papel destacado en la esfera comunitaria en la

de que ésta carezca de fuerza vinculante, el derecho a la no discriminación en los siguientes términos: «1. *Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.* 2. *Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados*». En relación con el papel y la fuerza vinculante de la Carta, *vid.*, entre otros, K. LENAERTS & E. DE SMIJTER, «A “bill of rights” for the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 38, n.º 2, 2001, pp. 273-300; A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, 2001; R. ALONSO GARCÍA, «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 13, 2001, pp. 13-43.

² Es preciso tener en cuenta que el artículo 13 del TCE fue introducido por el Tratado de Amsterdam, si bien desde la entrada en vigor del TCE en 1958, el artículo 141 (antiguo artículo 119) aludía al «principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo». Lo dispuesto en el artículo 13 del TCE ha sido desarrollado recientemente mediante la adopción de la *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* (DOCE n.º L 180, de 19 de julio de 2000, pp. 22-26) y de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (DOCE n.º L 303, de 2 de diciembre de 2000, pp. 16-22). En relación con el nuevo artículo 13, *vid.* L. FLYNN, «The implications of article 13 EC – After Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?», *Common Market Law Review*, Vol. 36, 1999, 1127-1152.

³ El propio Tribunal de Justicia señaló en una sentencia de 5 de octubre de 1994, as. C-280/93 (*Alemania c. Consejo*), Rec. 1994, p. I-4973, en p. I-5062 (FJ 67) que «(...) la prohibición de discriminación enunciada (...) no es sino la expresión concreta del principio general de igualdad que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario y que exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera distinta, a menos que tal diferenciación esté objetivamen-

medida en que ha contribuido de forma decisiva a la realización del mercado interior. Buen ejemplo de ello lo constituyen las concretas manifestaciones de este principio en el ámbito de la libre circulación de trabajadores (art. 39.2 TCE), de la libertad de establecimiento (art. 43.1 TCE), de la libre prestación de servicios (art. 54 TCE), de la libre circulación de capitales (art. 58 TCE), en la política común de transportes (art. 72 y 75 TCE), en la política agrícola común (art. 34.2 TCE) o en la política fiscal de los Estados miembros (art. 90 TCE)⁴.

Ahora bien, el principio general reconocido en el artículo 12 del TCE y sus concretas manifestaciones en el Tratado no se proyectan de forma indiscriminada sobre cualquier situación, sino que es necesario que la concreta actividad que se lleve a cabo entre en el ámbito de aplicación del TCE, esto es, que afecte a materias reguladas por el Tratado, lo cual determina la obligación de equiparar los nacionales de otro Estado miembro a los nacionales del Estado en que se encuentre dicho sujeto. Consecuentemente, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad no será aplicable a situaciones puramente internas de los Estados miembros que no presenten ningún tipo de conexión con el Derecho comunitario⁵. Ello

te justificadas. Asimismo, el Abogado General JACOBS ha señalado que «la no discriminación por razón de la nacionalidad es el derecho más fundamental conferido por el Tratado, y debe considerarse un elemento básico de la ciudadanía de la Unión» (Conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 24 de noviembre de 1998, as. C-274/96 (*Bickel y Franz*), Rec. 1998, p. I-7637, en p. I-7645 (punto 24)). En este mismo sentido, *vid.* sentencia de 15 de abril de 1997, as. C-27/95 (*Bakers of Nailsea*), Rec. 1997, p. I-1847, en p. I-1866 (FJ 17). El anteproyecto de Tratado constitucional presentado el 28 de octubre de 2002 por el Presidente de la Convención sobre el futuro de Europa recoge expresamente en su artículo 5 (insertado en el Título II relativo a la ciudadanía de la Unión y de los derechos fundamentales) el principio de no discriminación de los ciudadanos europeos por motivo de su nacionalidad (CONV 369/02).

⁴ En la sentencia de 30 de mayo de 1989, as. 305/87 (*Comisión c. Grecia*), Rec. 1989, p. 1461, en p. 1477 (FJ 13), el Tribunal de Justicia señaló que el artículo 12 está destinado «(...) a aplicarse de manera independiente sólo en situaciones regidas por el Derecho comunitario para las cuales el Tratado no prevea normas específicas contra la discriminación».

⁵ Así, en la sentencia de 15 de enero de 1986, as. 44/84 (*Hurd/Jones*), Rec. 1986, p. 29, en p. 85 (FJ 55), el Tribunal de Justicia señaló que «(...) el principio de no discriminación consagrada (sic) por el artículo 7 del Tratado CEE [actual artículo 12], así como la expresión específica que ha encontrado en el artículo 48 [actual artículo 39], no pueden ser aplicados a situaciones puramente internas de un Estado miembro que no presenten ningún vínculo de relación con una cualquiera de las situaciones previstas por el Derecho comunitario».

implicará que sea factible que, en los supuestos estrictamente internos, un Estado miembro dé un tratamiento distinto a sus propios nacionales respecto de los nacionales de otros Estados de la Unión o de aquellos nacionales que han ejercitado alguna libertad comunitaria, lo cual constituye una manifestación de la denominada «discriminación inversa».

La discriminación inversa constituye una anomalía respecto de la aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad al darse la paradoja de que el nacional de un Estado puede verse discriminado respecto de un nacional de ese mismo Estado por el simple hecho de que su concreta situación no entre en el ámbito de aplicación del TCE, mientras que la de su compatriota sí entra en dicho ámbito de aplicación. En otras palabras, la discriminación inversa implica que un Estado discrimina a sus propios nacionales respecto de sus nacionales o de nacionales de otros Estados miembros que se amparan en el ejercicio de alguna libertad comunitaria⁶. Esta situación no es más que el resultado de la combinación de dos factores: los límites inherentes a la aplicación de las reglas del Tratado sobre libre circulación y la potestad de los Estados de regular aquellas situaciones que se desenvuelven íntegramente en el interior de sus fronteras⁷.

Ello ha determinado que el Tribunal de Justicia haya considerado que los supuestos de discriminación inversa sean perfectamente compatibles con el Derecho comunitario en la medida en que exceden de su ámbito de aplicación, pues la razón de ser del mismo principio de no discriminación es la consecución de la libre circulación de factores de producción en todo el territorio comunitario y no la protección de aquellos nacionales que no ejerciten ninguna libertad comunitaria⁸.

⁶ Vid, en general, B. PÉREZ DE LAS HERAS, «Las discriminaciones en sentido inverso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad entre los ciudadanos de un Estado», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 1, 1987, pp. 343-359; D. PICKUP, «Reverse discrimination and freedom of movement for workers», *Common Market Law Review*, Vol. 23, 1986, pp. 135-156; S. D. KON, «Aspects of reverse discrimination in Community Law», *European Law Review*, Vol. 6, 1981, pp. 75-101.

⁷ M. GARDEÑES SANTIAGO, «Reconocimiento mutuo y discriminación inversa», *Comunicación a la ponencia de Derecho Internacional Privado*, XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, Santander, septiembre 2001, p. 3.

⁸ G. DE BÚRCA, «The role of equality in European Community Law», en: A. DASHWOOD & S. O'LEARY (Ed.), *The principle of equal treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 13-34, en p. 16.

Si bien el órgano jurisdiccional comunitario ha aceptado la posibilidad de esta desigualdad de trato, cabe plantearse la necesidad de reformular la discriminación inversa a la luz de los perjuicios que ésta genera y de la configuración de una ciudadanía europea dotada de unos contornos políticos que van más allá de la estricta dimensión económica ligada a la libre circulación de factores de producción⁹.

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN *RATIONE MATERIAE* DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

La aceptación por el TJCE de una desigualdad de trato en aquellos ámbitos no regidos por el Derecho comunitario implica concretar cuál es realmente el ámbito de aplicación *ratione materiae* del principio de no discriminación, en la medida en que ello permitirá determinar los supuestos en que será factible que se produzca una discriminación por razón de la nacionalidad. En efecto, el artículo 12 del TCE prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad «en el ámbito de aplicación del presente Tratado», lo cual lleva a plantearnos qué materias o cuestiones caerían en la órbita del Tratado. GARCIMARTÍN y HEREDIA han señalado que, para que el Derecho comunitario sea aplicable, lo único que se precisa es que el sujeto se encuentre en una posición jurídica amparada por éste, esto es, en el ejercicio de alguna de las libertades comunitarias fundamentales.

⁹ Resultan elocuentes las palabras del Abogado General JACOBS en las conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 20 de octubre de 1993, as. ac. C-92/92 y C-326/92 (*Phil Collins*), Rec. 1993, p. I-5145, en p. I-5163 (pto. 11) al señalar que «la prohibición de la discriminación es asimismo de una gran importancia simbólica, en la medida en que demuestra que la Comunidad no es un mero acuerdo comercial entre los Gobiernos de los Estados miembros, sino una empresa común en la que todos los nacionales de Europa pueden participar como personas. Los nacionales de cada Estado miembro tienen derecho a vivir, trabajar y ejercer actividades mercantiles en otros Estados miembros en las mismas condiciones que la población nacional. No deben ser simplemente tolerados como extranjeros, sino recibidos favorablemente por las autoridades del Estado de acogida como nacionales comunitarios que tienen derecho, «en el ámbito de aplicación del Tratado», a todos los privilegios y ventajas de que gocen los nacionales del Estado de acogida. Ningún otro aspecto del Derecho comunitario afecta al individuo más directamente ni hace más que fomentar el sentido de identidad común y destino compartido sin el cual la «unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos», proclamada en el preámbulo del Tratado, sería un eslógan vacío».

Entonces, no sería imprescindible que las disposiciones nacionales afectadas pertenezcan a una materia que sea de la competencia de la Comunidad Europea, siendo suficiente la demostración de que la norma nacional que prevé la discriminación afecta al ejercicio de los derechos conferidos por el Tratado¹⁰. Ahora bien, el mero ejercicio de la libertad de circulación dentro de la Comunidad no es suficiente por sí sólo para caracterizar una determinada situación como sujeta al Derecho comunitario, sino que es necesario que exista una vinculación entre el ejercicio de la libertad de circulación y el derecho invocado por el particular¹¹.

Un análisis comprensivo de la jurisprudencia del TJCE permite entender que cualquier materia que pueda tener algún tipo de incidencia en la realización del mercado interior entraría en el ámbito de aplicación del Tratado. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que una persona que se traslade a otro Estado miembro para recibir formación profesional no está obligada a pagar derechos de matrícula si los nacionales de dicho Estado miembro no tienen que pagar semejantes derechos¹²; que un trabajador migrante contra el cual se ha incoado un proceso penal tiene derecho al mismo trato, en relación con la utilización de idiomas en los procedimientos judiciales, que un nacional del país de acogida¹³; que un turista que

¹⁰ F. J. GARCIMARTÍN & I. HEREDIA, «El artículo 6 del TCE y el Derecho procesal civil: a propósito de la sentencia de 10 de febrero de 1994», *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-23, 1995, pp. 49-55. En relación con el ámbito de aplicación material del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, *vid.* S. O'LEARY, «The principle of equal treatment on grounds of nationality in Article 6 EC. A lucrative source of rights for Member State nationals?», en: A. DASHWOOD & S. O'LEARY (Ed.), *The principle of equal treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 105-136; M. GARDENES SANTIAGO, «La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 23, n.º 3, 1996, pp. 863-877; F. SCHOCKWEILER, «La portée du principe de non-discrimination de l'article 7 du Traité CEE», *Rivista di Diritto Europeo*, Vol. I, 1991, pp. 3-24.

¹¹ *Vid.* conclusiones presentadas por el Abogado General TESAURO en el asunto en el que recayó la sentencia de 7 de julio de 1992, as. C-370/90 (*Singh*), Rec. 1992, p. I-4265, en p. I-4282 (pto. 5).

¹² Sentencia de 13 de febrero de 1985, as. 293/83 (*Gravier*), Rec. 1985, p. 593, en p. 613 (FJ 26). En esta misma línea, *vid.* sentencia de 2 de febrero de 1988, as. 24/86 (*Blaizot*), Rec. 1988, pp. 379 y ss; sentencia de 21 de junio de 1988, as. 39/86 (*Lair*), Rec. 1988, pp. 3161 y ss. y sentencia de 21 de junio de 1988, as. 197/86 (*Brown*), Rec. 1988, pp. 3205 y ss.

¹³ Sentencia de 11 de julio de 1985, as. 137/84 (*Mutsch*), Rec. 1985, p. 2681, en p. 2695 (FJ 12).

viaje a otro Estado miembro puede, como sujeto pasivo de la libre prestación de servicios, acogerse a un régimen de indemnización de las víctimas de una agresión en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado miembro¹⁴; que los derechos de autor y derechos afines entran en el ámbito de aplicación del Tratado a efectos de aplicación del principio de no discriminación¹⁵; que es incompatible con dicho principio una norma procesal civil nacional que obliga a los nacionales y a las personas jurídicas de otro Estado miembro a constituir una caución («cautio iudicatum solvi») cuando pretenden entablar una acción judicial contra un nacional del primer Estado o de una sociedad establecida en él cuando una obligación semejante no se impone a los nacionales del propio Estado¹⁶ y que el derecho conferido por una normativa nacional a que un proceso penal se sustancie en una lengua distinta de la lengua principal del Estado de que se trate está comprendido en el ámbito de aplicación del Tratado¹⁷.

Aquellos supuestos que excedan del ámbito de aplicación del Tratado sí podrán dar lugar a tratamientos discriminatorios por parte de los Estados, en la medida en que se trata de supuestos no regidos por el Derecho comunitario. En esta misma línea, resulta factible que un Estado, para un mismo supuesto, dé un tratamiento distinto a dos nacionales de dos Estados miembros.

3. LA DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS ESTRICTAMENTE INTERNOS

En caso de que no concurra el elemento comunitario necesario, es decir, si un ciudadano de la Unión no ejercita los derechos que le confiere el

¹⁴ Sentencia de 2 de febrero de 1989, as. 186/87 (*Cowan*), Rec. 1989, p. 195, en p. 222 (FJ 20).

¹⁵ Sentencia de 20 de octubre de 1993, as. ac. C-92/92 y C-326/92 (*Phil Collins*), Rec. 1993, p. I-5145, en p. I-5181 (FJ 33).

¹⁶ *Vid.*, entre otras, sentencia de 20 de marzo de 1997, as. C-323/95 (*Hayes*), Rec. 1997, pp. I-1711 y ss.; sentencia de 26 de septiembre de 1996, as. C-43/95 (*Data Delecta y Fonsberg*), Rec. 1996, pp. I-4661 y ss. y sentencia de 1 de julio de 1993, as. C-20/92 (*Hubbard*), Rec. 1993, pp. I-3777 y ss.

¹⁷ Sentencia de 24 de noviembre de 1998, as. C-274/96 (*Bickel y Franz*), Rec. 1998, p. I-7637, en p. I-7656 (FJ 19). En relación con esta sentencia, *vid.* B. DOHERTY, «Bickel – Extending the boundaries of European citizenship», *Irish Journal of European Law*, Vol. 8, 1999, pp. 70-83.

ordenamiento jurídico comunitario, estará sujeto exclusivamente al Derecho nacional. El TJCE ha señalado que las libertades comunitarias no pueden aplicarse a situaciones en las que todos los elementos relevantes se circunscriban al interior de un solo Estado miembro al no presentar ningún elemento de conexión con alguna de las situaciones previstas por el Derecho comunitario¹⁸, esto es, el Derecho originario y derivado no pueden aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con algunas de las situaciones contempladas en el Derecho comunitario y cuyos elementos estén situados en el interior de un solo Estado. Las posibles discriminaciones de que pueden ser objeto los nacionales de un Estado miembro en lo que respecta al Derecho de ese Estado están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste, por lo que deben ser resueltas en el marco del sistema jurídico interno de dicho Estado¹⁹.

La indiferencia del Derecho comunitario frente a situaciones puramente internas es lo que determina la imposibilidad de alegar principios recogidos en el propio Tratado a supuestos que carezcan de relevancia comunitaria. Así, un nacional de un Estado miembro puede, en situaciones de hecho reguladas por el Derecho comunitario, invocar derechos que resulten de éste, incluso en contra del Estado del que él es nacional. De hecho, no tendría mucho sentido que un Estado miembro negase el disfrute de las disposiciones y libertades reconocidas en el Tratado a aquellos nacionales que hubiesen hecho uso de cualquiera de las libertades comunitarias. Esto es lo que ocurre cuando un nacional ha recibido formación en otro Estado miembro de la Unión o ha adquirido en él una experiencia profesional de la cual desearía beneficiarse de regreso a su Estado. En definitiva, los nacionales de un Estado miembro que han ejercitado una libertad comunitaria se encuentran respecto del Estado del que son originarios en una situación equiparable a la de cualquier otro sujeto que goza de los derechos y de las libertades que garantiza el Tratado²⁰.

¹⁸ *Vid.*, entre otras, sentencia de 21 de octubre de 1999, as. C-97/98 (*Jägerskiöld*), Rec. 1999, p. I-7319, en p. I-7345 (FJ 42), sentencia de 9 de septiembre de 1999, as. C-108/98 (*RISAN*), Rec. 1999, p. I-5219, en p.-5246 (FJ 23) y sentencia de 16 de enero de 1997, as. C-134/95 (*USSL n.º 47 di Biella*), p. I-195 (FJ 19).

¹⁹ Sentencia de 5 de junio de 1997, as. ac. C-64/96 y C-65/96 (*Uecker y Jacquet*), Rec. 1997, p. I-3171, en p. I-3190 (FJ 23).

²⁰ Existen múltiples sentencias relativas a la obligación de los Estados de reconocer a sus nacionales que han ejercido alguna libertad comunitaria los beneficios previstos en el Derecho comunitario. Así, a título de ejemplo, cabe citar la sentencia de 27 de junio de 1996, as. C-107/94 (*Asscher*), Rec. 1996, pp. I-3089 y ss.;

Ahora bien, ello no obsta para que se produzcan supuestos un tanto paradójicos como sería aquel en que un nacional de un Estado miembro que no ha ejercitado una libertad comunitaria (denominado «nacional sedentario»)²¹ recibe un tratamiento distinto de aquel nacional que sí la ha ejercitado y que, en consecuencia, se puede beneficiar de alguna de las ventajas reconocidas en el Derecho primario y secundario. El tratamiento distinto se puede extender no sólo al nacional de dicho Estado, sino también a su cónyuge. Así, el Tribunal de Justicia ha señalado que el Derecho comunitario otorga un derecho de residencia a un nacional de un país tercero que es cónyuge de una nacional de un Estado miembro cuando esta última regresa a su propio país para ejercer en él una profesión por cuenta propia tras haber trabajado por cuenta ajena en otro Estado miembro²². Por el contrario, un nacional de un país tercero, casado con un trabajador nacional de un Estado miembro, no puede invocar el derecho conferido por el Derecho comunitario cuando dicho trabajador no ha ejercitado el derecho de libre circulación dentro de la Comunidad²³.

4. DISCRIMINACIÓN INVERSA: MANIFESTACIONES Y ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

Si bien es cierto que los supuestos estrictamente internos quedan excluidos del ámbito de aplicación del Tratado y que, en consecuencia, tanto los nacionales como los ciudadanos de otros Estados miembros no pueden alegar la eventual vulneración por parte de los poderes públicos na-

sentencia de 23 de febrero de 1994, as. C-419/92 (*Scholz*), Rec. 1994, pp. I-505 y ss.; sentencia de 3 de octubre de 1990, as. C-61/89 (*Bouchoucha*), Rec. 1990, pp. I-3551 y ss.; sentencia de 27 de septiembre de 1989, as. 130/88 (*Van de Bijl*), Rec. 1989, pp. 3039 y ss.; sentencia de 28 de enero de 1986, as. 270/83 (*Comisión c. Francia*), Rec. 1986, pp. 273 y ss.; sentencia de 22 de septiembre de 1983, as. 271/82 (*Auer*), Rec. 1983, pp. 2727 y ss.; sentencia de 6 de octubre de 1981, as. 246/80 (*Broekmeulen*), Rec. 1981, pp. 2311 y ss. y sentencia de 7 de febrero de 1979, as. 115/78 (*Knoors*), Rec. 1979, pp. 399 y ss.

²¹ Término acuñado por el Abogado General DARMON en las conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 16 de junio de 1994, as. C-132/93 (*Steen II*), Rec. 1994, p. I-2715, en p. I-2718 (pto. 20).

²² Sentencia de 7 de julio de 1992, as. C-370/90 (*Singh*), Rec. 1992, p. I-4265, en p. I-4294 (FJ 21).

²³ Sentencia de 5 de junio de 1997, as. ac. C-64/96 y C-65/96 (*Uecker y Jacquet*), Rec. 1997, p. I-3171, en p. I-3190 (FJ 24).

cionales del principio de discriminación por razón de nacionalidad, la aceptación de la discriminación inversa plantea aspectos especialmente problemáticos que están ligados a la imposibilidad por parte de un nacional de un Estado miembro de ejercitar un derecho que es mucho más amplio que el que le reconoce el Derecho interno. En definitiva, los nacionales de un Estado miembro, a pesar de tener la ciudadanía de la Unión, ven limitado el disfrute de una serie de derechos por el simple hecho de no ejercitar una libertad comunitaria. Parece, por tanto, que la dimensión económica del proyecto de integración, esto es, aquella que liga el ejercicio de un derecho reconocido en el Tratado a la realización efectiva del mercado interior, se impone a la dimensión política que implica la propia ciudadanía de la Unión. Los problemas que plantea la discriminación inversa se encuentran claramente reflejados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y éstos se han proyectado no sólo sobre nacionales de los Estados miembros, sino también sobre nacionales de terceros Estados.

En relación con los problemas que para los propios nacionales de los Estados miembros plantea la vigencia de la discriminación inversa, cabe señalar que el Tribunal de Justicia ha aceptado las restricciones impuestas por las autoridades británicas a la libre circulación de nacionales en su propio territorio, las cuales no se hubieran podido aplicar con tanta facilidad si dicho nacional hubiese tenido la consideración de trabajador comunitario por el hecho de llevar a cabo una actividad asalariada en otro Estado miembro²⁴. Asimismo, el órgano jurisdiccional comunitario ha estimado correcto que una normativa nacional exija a los nacionales de ese Estado miembro la posesión de un título (concretamente, de peluquería) para poder explotar un establecimiento en dicho Estado y no exija, en aplicación de la directiva 82/489 relativa al derecho de establecimiento y prestación de servicios de peluqueros, dicho requisito a los profesionales de los demás Estados miembros. La discriminación y perjuicios provocados a los nacionales del Estado en cuestión son evidentes en la medida en que se les exige unos requisitos mucho más gravosos que los exigidos a los ciudadanos de otros Estados²⁵.

²⁴ Sentencia de 28 de marzo de 1979, as. 175/78 (*Saunders*), Rec. 1979, pp. 1129 y ss.

²⁵ Sentencia de 16 de febrero de 1995, as. ac. C-29/94 a C-35/94 (*Aubertin y otros*), Rec. 1995, pp. I-301 y ss. Resultan especialmente elocuentes las palabras del Tribunal de Justicia al señalar que el Derecho comunitario no se opone a «(...) una normativa nacional que, para la explotación de un salón de peluquería, exige a los

En esta misma línea, el órgano jurisdiccional comunitario ha entendido que un ciudadano alemán que no ha ejercitado ninguna libertad comunitaria no podía disfrutar de un conjunto de ventajas laborales (y económicas) de las que sí podían disfrutar los ciudadanos de otros Estados miembros que decidiesen trabajar para el Servicio Postal alemán. La obligación, conforme a la legislación alemana, de pasar a ser funcionario de la Bundespost tras un período de prácticas en régimen de personal laboral más remunerado que el de funcionario no se aplicaba al resto de trabajadores comunitarios, los cuales tenían vetado el acceso a la carrera funcional. Ello perjudicaba claramente al trabajador alemán²⁶.

Los eventuales perjuicios generados por la discriminación inversa también fueron alegados, sin éxito, por Luxemburgo en un recurso de anulación interpuesto contra la Directiva 98/5/CE destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título²⁷. Luxemburgo alegaba que el hecho de que la directiva permitiese que aquellos que no habían obtenido el título de licenciado en Derecho en el Gran Ducado pudieran ejercer en el mismo con el título obtenido en su país de origen suponía suprimir toda obligación de formación previa en el Derecho de Luxemburgo, lo cual implicaba «una diferencia de trato entre nacionales y migrantes injustificada»²⁸ con arreglo al Tratado. Tanto el Tribunal de Justicia en su sentencia como el Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER en sus conclusiones entendieron que, en ningún caso, podía considerarse que se diese un supuesto de discriminación inversa al tratarse de forma más favorable a los abogados no nacionales que desearan establecerse en Luxemburgo al afirmar que, según la directiva, no se producía una equiparación total entre los abogados luxemburgueses y los abogados migrantes, puesto que los abogados que ejercían con su título profesional de origen y los abogados que ejercían con el título profesional del Estado miembro de acogida se encontraban en dos situaciones distintas, puesto que los primeros

nacionales de este Estado miembro la posesión de un título, pero permite a los peluqueros nacionales de los demás Estados miembros explotar un salón de peluquería sin hallarse en posesión de dicho título y sin estar obligados a confiar su explotación a un directivo técnico que no posea dicho título» (FJ 13, p. I-316).

²⁶ Sentencia de 28 de enero de 1992, as. C-332/90 (*Steen I*), Rec. 1992, pp. I-341 y ss.

²⁷ Sentencia de 7 de noviembre de 2000, as. C-168/98 (*Gran Ducado de Luxemburgo c. Parlamento y Consejo*), Rec. 2000, pp. I-9131 y ss.

²⁸ *Ídem*, p. I-9170 (FJ 20).

quedaban sujetos a diversas restricciones respecto a las condiciones de ejercicio de su actividad.

Respecto de los problemas que implica la discriminación inversa para los nacionales de terceros Estados, cabe señalar que el órgano jurisdiccional comunitario ha entendido que el Derecho comunitario no prohibía a Holanda denegar la entrada y residencia en su territorio a un matrimonio de Surinam, cuyos hijos eran nacionales holandeses, por el simple hecho de que éstos no se habían desplazado a ningún otro Estado miembro²⁹. De darse este supuesto, el matrimonio en cuestión sí podría haberse beneficiado del derecho de residencia previsto en el reglamento 1612/68 relativo a la libre circulación de trabajadores en el interior de la Comunidad. Ahora bien, el no ejercicio de esta libertad supuso un agravio comparativo respecto de los parientes de los trabajadores comunitarios que sí habían ejercitado dicha libertad. Igualmente, el Tribunal de Justicia ha negado al cónyuge argelino de una nacional francesa el derecho a reclamar las mismas prestaciones sociales que los trabajadores franceses previstos en los reglamentos 1612/68 y 1408/71, cuando el trabajador a cuya familia pertenezca no ha ejercido nunca el derecho de libre circulación dentro de la Comunidad³⁰. En consecuencia, el no ejercicio de una libertad por parte de la cónyuge del ciudadano argelino sitúa a este último en una posición de desventaja respecto de aquellos nacionales de terceros Estados cuyos cónyuges sí han ejercitado una libertad comunitaria.

En esta misma línea, el órgano jurisdiccional comunitario ha considerado conforme a Derecho que la cónyuge no comunitaria de un ciudadano de un Estado miembro no puede alegar el derecho de residencia y de permanencia en territorio comunitario de los miembros de la familia nacionales de terceros Estados previsto en los reglamentos 1612/68 y 1251/70 y en las directivas 64/221 y 68/360 por el hecho de que su marido no ejercitó ninguna libertad comunitaria, lo cual implicó su expulsión en aplicación de la ley nacional en materia de acceso al territorio, estancia, establecimiento y expulsión de extranjeros³¹. Igualmente, el Tribunal de Justicia ha negado el derecho a las cónyuges no comunitarias de dos na-

²⁹ Sentencia de 27 de octubre de 1982, as. ac. 35 y 36/82 (*Morson y Jhanjan*), Rec. 1982, pp. 3723 y ss.

³⁰ Sentencia de 17 de diciembre de 1987, as. 147/87 (*Zaoui*), Rec. 1987, pp. 5511.

³¹ Sentencia de 18 de octubre de 1990, as. ac. C-297/88 y C-197/89 (*Dzodzi*), Rec. 1990, pp. I-3763 y ss.

cionales alemanes el derecho a tener un contrato de duración indeterminada al amparo del reglamento 1612/68 y, en consecuencia, a verse sometidos a una regulación más estricta por parte de la legislación alemana, por el simple hecho de que sus respectivos maridos no habían ejercitado ninguna libertad comunitaria³².

La única solución posible para solucionar los problemas que plantea la discriminación inversa es que, tal y como ha señalado el propio Tribunal de Justicia, ante la existencia de una diferencia de trato en el ámbito interno, el órgano jurisdiccional y los poderes públicos adopten, si lo consideran oportuno, todas las medidas dirigidas a eliminar dicha discriminación³³. Asimismo, los supuestos de discriminación inversa pueden ser eliminados por el propio legislador comunitario mediante la adopción de normas que eviten un tratamiento distinto (a título de ejemplo, y para evitar el distinto tratamiento de los nacionales de terceros países, cabe citar la eventual adopción de normas sobre reagrupación familiar) o por el propio legislador nacional mediante la equiparación, en los Estados donde se plantee el problema, de la situación de los nacionales de terceros Estados que estén casados con sus propios nacionales a la situación de los nacionales de terceros Estados casados con nacionales de otro Estado miembro que ejerciten los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario³⁴.

5. LA REINTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN A LA LUZ DE LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN

La superación de la dimensión estrictamente económica de los nacionales-trabajadores en tanto que factor de producción mediante la introducción en 1992 de la ciudadanía europea obliga a plantearse si ello puede tener alguna proyección en relación con la vigencia del principio de no discriminación y de la discriminación inversa. Se trataría, en definitiva,

³² Sentencia de 5 de junio de 1997, as. ac. C-64/96 y C-65/96 (*Uecker y Jacquet*), Rec. 1997, pp. I-3171 y ss.

³³ Sentencia de 16 de junio de 1994, as. C-132/93 (*Steen II*), Rec. 1994, pp. I-2715, en p. I-2724 (FJ 10).

³⁴ Conclusiones presentadas por la Abogada General STIX-HACKL en el asunto en el que recayó la sentencia de 11 de julio de 2002 (*Carpenter*) (todavía no publicada en la recopilación), FJ 58.

de determinar si la ciudadanía europea implica también una igualdad en el ejercicio de los derechos que para los particulares se derivan del ordenamiento comunitario, con independencia de que se haya ejercitado o no una libertad comunitaria. El Tribunal de Justicia ha negado dicha dimensión a la ciudadanía europea al entender que ésta no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario³⁵. Asimismo, es preciso tener en cuenta que la ciudadanía de la Unión implica el ejercicio y disfrute de un número limitado de derechos³⁶.

Ahora bien, esta visión no parece acorde con el significado y contenido de la ciudadanía europea, la cual implica la existencia de un conjunto de derechos y deberes colectivos de los ciudadanos de la Unión que entronca directamente con el concepto de igualdad³⁷, al margen del ejercicio de derechos de naturaleza económica. No parece factible aceptar un trato discriminatorio entre los ciudadanos de la Unión por el hecho de que éstos no se hayan desplazado a otro Estado miembro, en la medida en que ello merma de forma considerable la propia ciudadanía europea entendida en sentido amplio. Además, se da la paradoja de que los nacionales que no ejerciten ninguna libertad comunitaria se ven excluidos del ámbito de aplicación del Tratado, y por tanto, sujetos a la discriminación inversa, a pesar de que éstos son considerados destinatarios de las normas comunitarias³⁸. Lo importante, en definitiva, es que la ciudadanía europea sirva como instrumento para dar una interpretación lo más amplia posible al principio de no discriminación por razón de nacionalidad, superando así la diferencia entre nacionales «sedentarios» y «nómadas». Ello redundaría en beneficio de la propia realización del mercado interior y permitiría que cualquier ciudadano, por el simple hecho de ser ciudadano de la Unión,

³⁵ Sentencia de 5 de junio de 1997, as. ac. C-64/96 y C-65/96 (*Uecker y Jacquet*), Rec. 1997, p. I-3171, en p. I-3190 (FJ 23).

³⁶ Para un análisis más detallado de la ciudadanía europea, *vid.* M.^º D. BLÁZQUEZ PEINADO, *La ciudadanía de la Unión*, Ed. Tirant lo Blanch, 1998; S. O'LEARY, *The evolving concept of Community citizenship. From the free movement of persons to Union citizenship*, Kluwer Law International, 1996.

³⁷ N. BERNARD, «What are the purposes of EC Discrimination Law?» en: J. DINE & B. WATT (Ed.), *Discrimination Law. Concepts, limitations and justifications*, Longman, 1996, pp. 77-99, en p. 91.

³⁸ E. CANNIZARO, «Producing 'reverse discrimination' through the exercise of EC competences», *Yearbook of European Law*, Vol. 7, 1997, pp. 29-46, en p. 37.

pudiese disfrutar de los derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario en el propio país del cual es nacional³⁹.

El anteproyecto de Tratado constitucional presentado el 28 de octubre de 2002 por el Presidente de la Convención sobre el futuro de Europa parece incidir en la línea defendida al reconocer explícitamente en su artículo 5º (insertado en el Título II relativo a la ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales) «el principio de no discriminación de los ciudadanos europeos por motivo de su nacionalidad»⁴⁰, desligando dicho principio del ejercicio de una libertad comunitaria. Si bien el enunciado de dicho artículo es provisional y su redacción necesita de una mayor precisión, éste introduce novedades significativas respecto del vigente artículo 12 del TCE. Frente a la falta de concreción de los destinatarios del contenido de dicho artículo, el anteproyecto señala que la prohibición de trato discriminatorio se refiere a los «ciudadanos europeos». Asimismo, la prohibición de trato discriminatorio no se vincula al ejercicio de una actividad que entre en el ámbito de aplicación del Tratado. Ahora bien, se trata de una simple propuesta presentada en pleno debate sobre el contenido del tratado constitucional de la Unión que puede ser modificada según la marcha de los trabajos de la Convención sobre el futuro de Europa.

6. CONCLUSIONES

En definitiva, la discriminación inversa es consecuencia directa de la convivencia de dos ordenamientos jurídicos con sus respectivos ámbitos de proyección (ligándose la aplicación de uno u otro ordenamiento al ejercicio de alguna libertad comunitaria) y del otorgamiento por parte de las normas comunitarias de una serie de ventajas o beneficios que no confiere el derecho interno. Ello provoca distorsiones importantes en la medida en que dos supuestos idénticos pueden recibir un tratamiento distinto dependiendo de que se haya ejercitado o no una libertad comunitaria. Así pues, parece necesario buscar alguna vía que permita superar los múltiples problemas que tanto para los propios nacionales de los Estados miembros como para los nacionales de terceros países implica esa di-

³⁹ G. GAJA, «Les discriminations à rebours: un revirement souhaitable», en: *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Ed. Bruylant, 1999, p. 1000.

⁴⁰ CONV 369/02.

ferencia de trato. Una reinterpretación del propio concepto de ciudadanía europea y del principio de discriminación por razón de nacionalidad parecen configurarse como las vías más adecuadas para superar dicha problemática.