

LA TUTELA DE LA IGUALDAD DE TRATO COMO CAUCE DE EXPANSIÓN DE LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

JUAN IGNACIO UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (*)

I. PLANTEAMIENTO.—II. LA RECEPCIÓN NACIONAL DE DERECHOS QUE SE PRODUCE EN VIRTUD DE LA TUTELA DEL PRINCIPIO «COMUNITARIO» DE IGUALDAD: II.1. *El principio comunitario de igualdad y su ámbito de aplicación interno.* II.2. *La recepción nacional que se produce en virtud de la tutela del principio «comunitario» de igualdad en «sentido material»:* II.2.1. *El reconocimiento de derechos a través de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE).* II.2.2. *El reconocimiento de derechos a través de la protección frente a las discriminaciones enunciadas en el artículo 13 TCE.* II.3. *La recepción nacional que se produce en virtud de la tutela del principio «comunitario» de igualdad en «sentido formal».*—III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RECONOCIDO POR EL «ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL INTERNO» COMO CAUCE PARA ASUMIR, EN EL ÁMBITO INTERNO AJENO AL ORDENAMIENTO COMUNITARIO, DERECHOS RECONOCIDOS POR ESTE ORDENAMIENTO: III.1. *Las «situaciones puramente internas» y las discriminaciones inversas comunitarias.* III.2. *El principio nacional de igualdad como mecanismo de corrección de las discriminaciones inversas comunitarias.*

I. PLANTEAMIENTO

El Derecho comunitario se proyecta sobre el ordenamiento jurídico interno a través de la aplicación estatal del mismo, ocupando y «comunitarizando» con

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UPV/EHU. Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación dedicado a «La protección de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», financiado por la UPV (EHU 06/43), y de la ayuda del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco al Grupo de Investigación Consolidado dedicado al tema de los «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (IT-448-07), bajo la dirección del profesor Gurutz Jáuregui. Agradezco a los profesores Edorta Cobreros y Joxerramón Bengoetxea todas las útiles observaciones y sugerencias que han hecho para mejorar este escrito.

ello una parte del ordenamiento nacional, aquella que viene delimitada por las competencias atribuidas a las Comunidades. No obstante, es conocido que la influencia del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno no se detiene ahí, sino que llega a extenderse también, siquiera de forma puntual, sobre aquella otra parte del mismo formada por el ejercicio de las competencias no atribuidas o retenidas por los Estados. Esta incidencia «comunitarizante» *ultra vires* puede producirse por diversas vías o cauces, entre las que se encuentra la tutela de la igualdad de trato. El presente artículo trata de describir, precisamente, la influencia de carácter «comunitarizante» que ejerce la tutela del principio de igualdad sobre aquella parte del ordenamiento interno que es «ajeno» a la aplicación del Derecho comunitario, una influencia que consiste, dicho ahora de forma resumida, en obligar a los Estados a reconocer o a asumir una serie de contenidos normativos comunitariamente establecidos, particularmente derechos subjetivos.

Antes de entrar a exponer los datos y detalles que avalarían esta afirmación puede resultar interesante realizar dos consideraciones previas en relación a algunas ideas que contiene la misma:

a) La dinámica protectora de la igualdad de trato en el contexto de la aplicación del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico interno: en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se produce, como es sabido, un doble reconocimiento y tutela de la igualdad de trato. Por una parte, nos encontramos con la protección de la igualdad establecida por el sistema constitucional interno, la cual despliega sus efectos sobre el conjunto del ordenamiento interno (al margen de que se trate de regir situaciones o relaciones jurídicas sometidas o no al Derecho comunitario). Y por otra, la tutela de la igualdad establecida por el ordenamiento comunitario, la cual actúa no sólo sobre la actividad institucional comunitaria, sino que rige también sobre aquella parte del ordenamiento estatal que entra dentro del ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario o está sometido al mismo [esta tutela comunitaria de la igualdad sólo abarca la esfera jurídica interna sometida al Derecho comunitario, pero es una tutela que se solapa o superpone, con una eficacia protectora prioritaria, a la protección de la igualdad que exige el sistema constitucional interno en dicha esfera, debiendo ésta ceder ante aquélla en caso de conflicto (1)]. Huelga decir, por otra

(1) Un ejemplo palmario de esta primacía de la tutela comunitaria de la igualdad es el que se refleja en la sentencia del TJCE recaída en el asunto *A. Cordero* (de 7 de septiembre de 2006, C-81/05). El Tribunal de Luxemburgo estableció, en «contra» de lo previamente estipulado al respecto por el TC español (STC 306/1993, de 25 de octubre, en la que se confirmaba la constitucionalidad *ex ar.* 14 CE de la regulación española —art. 33.2 del Estatuto de los Trabajado-

parte, que tanto la tutela de la igualdad reconocida por el sistema constitucional interno como la tutela interna de la igualdad comunitariamente reconocida y exigida son, ambas, tareas que corresponden al poder público estatal, el cual se encontrará en la obligación de desplegar una u otra tutela en función de si está o no aplicando Derecho comunitario, esto es, en función de si se encuentra en la esfera interna que está sometida a este Derecho o en aquella que es ajena al mismo.

A la vista de esta regla de reparto de esferas, es posible afirmar que tanto el reconocimiento nacional como el comunitario de la igualdad tienen bien definido, *a priori*, su propio ámbito o dominio de actuación «interno» a la hora de limitar y/o corregir las actuaciones discriminatorias que puedan aparecer en el conjunto del ordenamiento estatal: las discriminaciones relativas al ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario son cosa que concierne prioritariamente a la tutela de la igualdad comunitaria, y las que aparecen en el ámbito interno ajeno al Derecho comunitario son cosa que atañe a la protección desempeñada por la igualdad reconocida en el sistema constitucional interno.

El problema es que, en ocasiones, la desigualdad de trato no (sólo) surge «dentro» de cada una de esas esferas internas del conjunto del ordenamiento estatal (la discriminación que acontece en aquellas situaciones reguladas por el ordenamiento interno en aplicación del Derecho comunitario, o aquella que brota en las relaciones reguladas por el orden interno ajeno al mismo), sino que se propala o aparece cuando se comparan situaciones o relaciones jurídicas que entran en una y otra de esas esferas. En otras palabras, y ciñéndonos ahora a lo que nos interesa, el fenómeno de la aplicación interna del Derecho comunitario puede generar situaciones discriminatorias no sólo en la esfera interna de aplicación de ese Derecho (llamémosles, para entendernos, discriminaciones «intraesféricas»), sino que puede hacer aflorar situaciones de trato desfavorable cuando se cotejan o confrontan las dos esferas internas del ordenamiento interno: la sometida al Derecho comunitario y la que queda ajena al mismo (discriminaciones «interesféricas»), discriminaciones en las que focalizaremos nuestro análisis.

res— relativa al régimen indemnizatorio del FOGASA en caso de insolvencia del empresario), que las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial deben recibir el mismo trato que las establecidas por sentencia judicial (el TC, por el contrario, había constatado que el trato diferenciado entre unas y otras establecido según el citado art. 33.2 no vulneraba el art. 14 CE por cuanto no existe un tratamiento diferenciado de situaciones idénticas). Véase también, la STJCE *Office National des Pensions*, de 21 de junio de 2007, asuntos acumulados C-231 a 233/06, apdo. 39.

Obviamente, para que exista una discriminación como tal, debe existir el derecho a ser tratado en condiciones de igualdad, el derecho cuya infracción consume la discriminación. Y para que exista una discriminación que llamamos «interesférica» debe existir el derecho a que una situación jurídica que entra en la órbita interna de aplicación del Derecho comunitario sea tratada en condiciones de igualdad (o no sea tratada de forma injustificadamente desigual) respecto a una situación idéntica o similar que entra en la esfera interna ajena a la aplicación del ordenamiento comunitario (o viceversa). Por decirlo con ejemplos: el extranjero comunitario que se encuentra en España con ocasión del ejercicio de la libertad de circulación y residencia no se encuentra discriminado respecto al nacional español por no disponer del sufragio activo y pasivo en las elecciones generales, pues no tiene atribuido dicho derecho (2). Pero sí podría estarlo respecto a ese nacional español si el ordenamiento interno no le presta una tutela procesal equivalente a la que recibe éste a la hora de defender jurisdiccionalmente su derecho a la libre circulación en España. Como también podría considerarse discriminado el ciudadano español que, encontrándose en una situación extraña para el Derecho comunitario, sufre, en su propio país, un trato desfavorable en comparación con el que recibe en la misma situación el extranjero comunitario que ejerce una libertad comunitaria en España (3) (pongamos por caso, porque la normativa comunitaria que rige la producción y comercialización intracomunitaria de un producto alimenticio, normativa que debe aplicar el Derecho interno a quien ejerce la libertad en cuestión, es menos rigurosa y costosa que la que regula España para el caso de la producción y comercialización intraestatal del mismo producto).

b) La incidencia «comunitarizante» del ámbito interno ajeno al Derecho comunitario que surge como consecuencia de la tutela del derecho a la igualdad de trato: un vistazo a la casuística jurisprudencial relativa a estos casos de

(2) Si la discriminación lo fuera respecto al sufragio en las elecciones municipales nos encontraríamos ante una discriminación «intraesférica», esto es, una discriminación que se produce «dentro» de la esfera interna de aplicación del Derecho comunitario, y no ante una discriminación que emerge al comparar cómo tratan una misma situación cada una de las dos esferas internas de las que venimos hablando.

(3) Quiero referirme ahora a un supuesto de «discriminación inversa (comunitaria)», una situación que «se produce, en particular, cuando productos originarios de un Estado miembro se someten (en virtud de una normativa nacional), por lo que se refiere a sus intercambios en el interior de ese único Estado miembro, a un régimen menos favorable que el reservado bien a los productos importados de otros Estados miembros, o bien a los productos destinados a ser exportados en éstos (en virtud de las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías)» (apdo. 112 de las Conclusiones del Abogado General P. Léger al asunto *Jersey Produce Organisation*, Conclusiones de 3 de mayo de 2005, C-293/02).

discriminación que venimos señalando demuestra que la solución arbitrada al respecto pasa por una extensión o expansión del radio de influencia interno del Derecho comunitario sobre el ámbito de las competencias retenidas por los Estados. En efecto, el examen de dicha práctica jurisprudencial permite constatar que la respuesta jurídica ha consistido: o bien en extender la *tutela comunitaria de la igualdad* a situaciones o relaciones jurídicas ajenas al ámbito de competencia del Derecho comunitario (obligando al Derecho nacional a no tratar de forma desfavorable a quien se encuentra sometido al Derecho comunitario en relación a quien no lo está, pese a que la regulación de la situación en cuestión sea de exclusiva competencia estatal; siguiendo con el ejemplo de arriba: la regulación de la tutela procesal); o bien, en el caso contrario, propiciando que la correcta *protección de la igualdad de trato constitucionalmente reconocida* actúe equiparando en el disfrute de un determinado derecho al ciudadano nacional que, encontrándose en una situación ajena al Derecho comunitario, se ve discriminado en comparación con el trato dado en la misma situación fáctica al ciudadano comunitario (esto es, propiciando que el Derecho interno se adecue al nivel comunitario en el disfrute del correspondiente derecho). En cualquier caso, el hecho es que la tutela de la igualdad en el entramado de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno (o mejor dicho entre aquella parte del Derecho interno que está sometido al Derecho comunitario y aquella que no lo está) está propiciando una «comunitarización» del ámbito interno ajeno al Derecho comunitario, obligando a que éste reconozca, o en su caso propiciando que asuma, derechos o pretensiones jurídicas comunitariamente establecidas. Dicho de otra manera, la garantía de la igualdad de trato (sea la comunitariamente estipulada o la reconocida por el ordenamiento constitucional interno) estaría actuando, «ella misma» [con independencia de la recepción nacional de derechos comunitarios impuesta por el principio de atribución o de la articulada por cláusulas de apertura constitucional como la estipulada en el art. 10.2 CE (4)], como un instrumento de recepción o reconocimiento en

(4) El artículo 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales nacionales «conforme» a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades que haya ratificado España, es un mecanismo de apertura de carácter general que está siendo utilizado por el TC español para acudir al ordenamiento jurídico comunitario (DF de la UE) al objeto de concretar o integrar el contenido constitucionalmente declarado de algunos derechos fundamentales nacionales. En este sentido, el Derecho comunitario está recibiendo el mismo trato que el Derecho internacional convencional o institucional, en virtud de un entendimiento «no formal o no estricto» (del término «tratado internacional sobre derechos humanos») de la cláusula del artículo 10.2 CE, un entendimiento que le permite asumir el valor interpretativo tanto de los Tratados fundacionales como de otras normas comunitarias supraordenadas a los mismos. Así ha sucedido, por poner algunos ejemplos, con respecto al principio de legalidad penal (STC 137/1995, FJ 3), el derecho a la

el orden interno de ciertos derechos y pretensiones jurídicas estipuladas por el Derecho comunitario. Veámoslo de forma un poco más detenida, distinguiendo entre la recepción (de derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario) propiciada por la tutela comunitaria de la igualdad y la que posibilita la protección de la igualdad reconocida por el ordenamiento constitucional interno.

II. LA RECEPCIÓN NACIONAL DE DERECHOS QUE SE PRODUCE EN VIRTUD DE LA TUTELA DEL PRINCIPIO «COMUNITARIO» DE IGUALDAD

II.1. *El principio comunitario de igualdad y su ámbito de aplicación interno*

El concepto de igualdad es uno de los más interesantes y fundamentales conceptos legales del Derecho comunitario, objeto de un amplio análisis y debate doctrinal (5), tanto en lo relativo a su dimensión formal (igualdad ante la ley, en el sentido de que ésta debe aplicarse a todos de la misma forma) como a su dimensión sustantiva (igualdad en el contenido de la ley). Dicho ahora de forma simplificada, este concepto, en el ámbito comunitario, es utilizado como sinónimo de la idea de no discriminación o de prohibición de la desigualdad de trato, significando, según reiterada jurisprudencia del TJCE, «que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de forma idéntica situaciones diferentes, a menos que dicha diferenciación esté objetivamente

intimidad frente al acoso sexual (STC 224/1999, FJ 3), y muy especialmente respecto al derecho a la igualdad: SSTC: 145/1991, FFJJ 3-5; 229/1992, FJ 3; 58/1994, FJ 4; 147/1995, FJ 2; 136/1996, FJ 5; 198/1996, FJ 2; etc. [al respecto: A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, CGPJ, 1999, págs. 172 y sigs. y 185 y sigs.; P. PÉREZ TREMPES, *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid, Civitas, 1994, págs. 164 y sigs.; del mismo, «Constitución Española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, págs. 116 y sigs.; X. ARZOZ, «La relevancia del Derecho de la Unión Europea para la interpretación de los Derechos Fundamentales Constitucionales», *REDC*, núm. 74, 2005, págs. 63 y sigs.].

(5) Véanse al respecto, entre otros: A. DASHWOOD y S. O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, 1997; G. MORE, «The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?», en P. CRAIG y G. DE BURCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, págs. 517 y sigs.; C. BARNARD, «Gender Equality in the EU: A Balance Sheet», en P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, págs. 215 y sigs.; M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the EU*, Oxford, Oxford University Press, 2002; G. BARRETT, «Re-examining the Concept and Principle of Equality in EC Law», *Yearbook of European Law*, núm. 22, 2003, págs. 117 y sigs.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 59 y sigs.; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, págs. 545 y sigs.

justificada» (6). La prohibición de discriminación alcanza tanto a las discriminaciones «directas» (o *de jure*, esto es, discriminaciones que rigen al o desde el nivel regulativo o normativo) como a las «indirectas» (o *de facto*, es decir, las que surgen o se propalan, no al nivel de la disposición normativa, sino como efecto o consecuencia fáctica de su aplicación). Dicho esto, conviene tener presente la idea, ya apuntada, de que no se prohíbe toda desigualdad de trato, sino aquella que no esté justificada (o sea, dicho de otra forma, arbitraria), bien a través de las excepciones normativamente previstas, sea en los Tratados (por ejemplo, respecto a la nacionalidad en lo relativo a los empleos en la Administración pública: art. 39.4 TCE) o en el Derecho derivado [por ejemplo, respecto a la discriminación de género en el art. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE (7)], o bien a través de las «*objective justifications*» (8) (sintagma que se corresponde a las exigencias imperativas o *mandatory requirements* que rigen como excepciones en el contexto de la libre circulación de bienes y servicios), como, por ejemplo, la defensa de los intereses de los consumidores, la prevención del fraude, etc.

En el Derecho comunitario la igualdad de trato o la prohibición de discriminación suele aparecer con un doble formato. Por una parte, formalizada en una serie de disposiciones del Tratado (y de Derecho derivado) expresamente dirigidas a proteger la igualdad de trato en determinados ámbitos sustantivos:

(6) Cfr., por ejemplo, SSTJCE: *Polonia c. Consejo*, de 23 de octubre de 2007, C-273/04, apdo. 86; *España c. Consejo*, de 20 de septiembre de 1988, C-203/86, apdo. 25; *SMW Winzersekt*, de 13 de diciembre de 1994, C-306/93, apdo. 30, o *España c. Comisión*, de 7 de julio de 1993, C-217/91, apdo. 37; *Earl de Kerlast*, de 17 de abril de 1997, C-15/95, apdo. 25; *Karlsson y otros*, de 13 de abril de 2000, C-292/97, apdo. 29; *Eman y Sevinger*, de 12 de septiembre de 2006, C-300/04, apdo. 57; *Reemtsma Cigarettenfabriken*, de 15 de marzo de 2007, C-35/05, apdo. 44, o *Advocaten voor de Wereld*, de 3 de mayo de 2007, C-303/05, apdo. 56.

(7) Del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, pág. 40; EE 05/02, pág. 70). Esta disposición permitiría la adopción de medidas nacionales de «discriminación positiva», acciones o medidas positivas que, aunque sean discriminatorias en apariencia, están destinadas efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir en la realidad de la vida social. Dicha disposición «autoriza medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo, incluida la promoción, que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres» (SSTJCE *Kalanke*, de 17 de octubre de 1995, C-450/93, apdos. 18 y 19; *Marschall*, de 11 de noviembre de 1997, C-409/95, apdos. 26 y 27; *Badeck y otros*, de 28 de marzo de 2000, C-158/97, apdo. 19; *H. Lommers*, de 19 de marzo de 2002, C-476/99, apdos. 31 y sigs.).

(8) SSTJCE *Ruckdeschel*, de 19 de octubre de 1977, asuntos acumulados C-117/76 y 16/77, apdo. 7; *Klensch*, de 25 de noviembre de 1986, asuntos acumulados C-201 y 202/85, apdo. 9; *España c. Consejo*, cit., apdo. 25; *Earl de Kerlast*, cit., apdo. 35; *Karlsson y otros*, cit., apdo. 39; *Omega Air*, de 12 de marzo de 2002, asuntos acumulados C-27 y 1122/00, apdo. 79.

artículos 2 y 3 del Tratado (la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los fines u objetivos de la Comunidad); artículo 12 (prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad); artículos 34, 39, 43 y 49 (prohibiciones de discriminación en el contexto de las libertades de circulación); artículo 90 (en el ámbito de la fiscalidad); artículo 137 (igualdad en la esfera de la protección social); artículo 141 (igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo); o, tras el Tratado de Ámsterdam, en el artículo 13 (en virtud del cual, y «sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual»); y, obviamente, en las disposiciones de Derecho derivado establecidas sobre dichas bases jurídicas del Tratado. Unido a ello, por lo demás, es necesario tener igualmente presente lo que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (9) establece sobre los derechos de «igualdad» (10) [a la luz de las Explicaciones «oficiales» al respecto (11)], siquiera a

(9) Proclamada en Niza (2000), luego incorporada a la *non nata* «Constitución Europea» (parte II). En lo que sigue, no obstante, nos referiremos a la versión de la Carta que fue solemnemente proclamada como tal el 12 de diciembre de 2007 por parte del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (2007/C 303/01, publicadas en el *DOCE* de 14.12.2007). Se trata, precisamente, de la versión a la que alude el primer párrafo del artículo 6.1 del TUE («La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el [...] 2007], la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados») según la reforma efectuada al mismo por el Tratado de Lisboa, reforma que fue aprobada el 13 de diciembre de 2007 y que entrará en vigor una vez sea ratificada por todos y cada uno de los Estados miembros.

(10) Título III, artículos 20 a 26.

(11) Explicaciones a las que aluden el Preámbulo y el artículo 52.7 de la propia Carta de DFUE («Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros») como el tercer párrafo del artículo 6.1 del TUE según la versión reformada en Lisboa («Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta que indican las fuentes de dichas disposiciones»). Dichas Explicaciones, según reza el apartado introductorio de las mismas, «fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Han sido actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los arts. 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposi-

efectos interpretativos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 52.2 de la misma (12).

Por otra parte, la igualdad de trato aparece también con un formato no explicitado en las disposiciones normativas comunitarias, pues ha sido también reconocida por el TJCE como un principio general del Derecho comunitario, trascendiendo las específicas disposiciones dedicadas a la misma, reconocimiento que obedece a la idea de cubrir las lagunas de protección que éstas, al no regir para todas las situaciones sino en determinados ámbitos sustantivos, pueden dejar (13). Es importante señalar que, en cuanto principio general del Derecho comunitario, el de la igualdad tiene un contenido tanto material como formal, de modo que ofrece tanto una protección sustantiva contra los tratos discriminatorios [el contenido de toda actuación institucional comunitaria o de la nacional en aplicación de Derecho comunitario debe ser conforme a dicho principio (14)], como también una protección de tipo formal o procedimental, creando garantías que protejan la igualdad entre los sujetos en la aplicación del Derecho comunitario (como veremos, los principios comunitarios de equivalencia y, en cierto sentido, el de efectividad actuarían como reflejo o proyección del principio, más amplio o general, de igualdad de trato).

Sobre esta base, y a los efectos expositivos de nuestro tema, puede ser interesante tener en cuenta las siguientes distinciones acerca del derecho fundamental a la igualdad de trato en el Derecho comunitario.

ciones de la Carta». Estas Explicaciones han sido igualmente adoptadas, junto a la Carta, por las Instituciones el 12 de diciembre de 2007 (2007/C 303/02, DOCE de 14.12.2007).

(12) «Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.» Según las Explicaciones al respecto éste «apartado 2 se refiere a derechos que ya habían sido explícitamente consagrados por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en los Tratados (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). Este apartado aclara que esos derechos siguen sometidos a las condiciones y límites aplicables al Derecho de la Unión en el que se basen, tal como se establecen en los Tratados. La Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por el Tratado CE, recogidos en los Tratados».

(13) Téngase en cuenta, junto a ello, que la asunción de carácter vinculante por parte de la Carta de DFUE (según prevé, como se ha dicho, el artículo 6.1 del TUE reformado en Lisboa), además de llevar parejo el mandato (también vinculante) de adhesión de la UE al CEDH (art. 6.2 del TUE según la reforma de Lisboa), confirma el reconocimiento de que los derechos que garantiza dicho Convenio y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte (seguirán formando parte) del derecho de la Unión «como principios generales» (art. 6.3 del TUE según establece la reforma de Lisboa).

(14) Así, por poner un ejemplo, respecto a medidas nacionales en materia de organización agrícola común, SSTJCE *Klensch*, cit., apdos. 6 y sigs.; *Mulligan*, de 20 de junio de 2002, C-313/99, apdos. 35 y 36.

En primer lugar, conviene distinguir entre la igualdad de trato como un derecho fundamental escrito o formalizado en diversas y específicas disposiciones normativas (por ejemplo, a no ser discriminado por razón de la nacionalidad del art. 12 TCE, a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres del art. 141 TCE, etc.) y la igualdad de trato como un Derecho fundamental en cuanto principio general del Derecho comunitario reconocido por el TJCE, principio/derecho que ofrece una protección tanto de la dimensión sustantiva [por ejemplo, a no ser discriminado por razón de orientación sexual (15)] como de la dimensión formal o procedimental de la igualdad (igualdad ante el Derecho). La distinción no sólo tiene consecuencias a nivel de «visualización» del derecho fundamental (escrito/no escrito), sino que también a efectos del ámbito de aplicación (especificado o circunscrito a determinadas esferas materiales cuando aparece formalizado —esfera retributiva, de la nacionalidad, etc.—; general o propio de todo el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, cuando opera como principio general), o de la eficacia aplicativa del mismo (pues, a diferencia de lo que no siempre ocurre con el formato de principio general, algunas de las específicas disposiciones que reconocen la igualdad de trato tienen efecto directo, como es el caso, por ejemplo, del art. 12.1 TCE o del 141 TCE).

Y en segundo lugar, reincidiendo sobre lo mismo pero visto desde otra perspectiva, es importante discernir, igualmente, que el Derecho fundamental comunitario a la igualdad de trato tiene una dimensión protectora sustantiva (como hemos visto, ya bajo un formato escrito o formalizado, ya como principio general del Derecho comunitario) y una dimensión tuitiva formal, en este caso operando esencialmente como principio general del Derecho comunitario (16).

Llegados aquí, hay que afirmar que el de la igualdad de trato, al igual que el resto de las pretensiones jurídicas y/o derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario, es un derecho que opera dentro del radio de acción del Derecho comunitario. En cuanto derecho subjetivo no autónomo o derecho que

(15) *STJCE P c. S and Cornwall County Council*, de 30 de abril de 1996, C-13/94, apdos. 18 y sigs.

(16) No obstante, téngase en cuenta, en lo referido al reconocimiento del derecho a la igualdad en sentido formal, el artículo 9 del TUE —en la versión aprobada en Lisboa— («La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. [...]»), y en el artículo 20 de la Carta de DFUE: «Todas las personas son iguales ante la ley» [la Explicación correspondiente reza que: «Este artículo corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia consideró un principio fundamental del Derecho comunitario (sentencia de 13 de noviembre de 1984, *Racke*, asunto 283/83, *Rec.*, 1984, pág. 3791; sentencia de 17 de abril de 1997, asunto C-15/95, *EARL*, *Rec.*, 1997, pág. I-1961, y sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, *Karlsson*, *Rec.* y 2000, pág. 2737)»].

tiene sentido respecto de concretas relaciones jurídicas en las que se predica, tiene una operatividad que se extiende sólo hasta donde lo hacen las relaciones jurídicas en las que debe regir: el ámbito de aplicación del Derecho comunitario (17), o dicho en los términos establecidos en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (18) [leído a la luz de las correspondientes Explicaciones (19)], con el de la esfera de aplicación delimitada por los Tratados de la CE y de la UE o por las competencias de la UE.

Y en este sentido, el derecho comunitario a la igualdad debe ser incorporado en el ámbito de aplicación interno de los Estados miembros en la medida que éstos apliquen Derecho comunitario, esto es, en tanto éstos apliquen derechos y

(17) El de «aplicación del presente Tratado», como señala el artículo 12 TCE al establecer la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad; o, como señala el artículo 13 del mismo Tratado, el configurado por los «límites de las competencias atribuidas a la Comunidad». La reforma de los Tratados vigentes que prevé el Tratado de Lisboa no establece cambios a este respecto [el art. 18 del TFUE/Tratado de Funcionamiento de la Unión (concordante con el art. 12 del TCE, habla del «ámbito de aplicación de los Tratados»); y el art. 19 del reformado TUE utiliza la misma fórmula que el vigente artículo 13 a la hora de delimitar el ámbito de influencia].

(18) «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares» (énfasis añadido).

(19) «Explicación relativa al artículo 21: No discriminación: El apartado 1 se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste. / No existe contradicción ni incompatibilidad entre el apartado 1 y el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que tiene objetivos y alcance diferentes: el artículo 19 confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre los particulares) en cualquier ámbito dentro de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 del artículo 21 no confieren, sin embargo, competencias para adoptar leyes con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en dichos ámbitos. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y órganos de la Unión en el ejercicio de las competencias que les confieren los Tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 no modifica el alcance de las competencias conferidas por el artículo 19 ni la interpretación de dicho artículo. / El apartado 2 corresponde al párrafo primero del artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y debe aplicarse de acuerdo con este último.»

pretensiones jurídicas reconocidos por el mismo. No obstante la aparente claridad de esta regla, la experiencia sobre la dinámica con la que viene haciéndose valer la igualdad de trato en el ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario parece demostrar que esta regla debe ser matizada. En efecto, un análisis de la normativa y la jurisprudencia relativa a la igualdad de trato comunitariamente protegida permite señalar que ésta presenta una doble proyección interna.

Por una parte, y por lo que al *ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario* se refiere, esto es, su radio de acción natural, parece claro que el derecho a la igualdad comunitaria se proyecta sobre todo el resto de los derechos y pretensiones reconocidos por el ordenamiento comunitario. La igualdad actúa empapando todo el ordenamiento nacional «sometido» al Derecho comunitario, una influencia que opera bien a través de las disposiciones comunitarias (originarias o derivadas) que reconocen la igualdad con efecto directo (tal y como ocurre, por ejemplo, con el art. 12 ó el 141 TCE), o bien porque, en cualquier caso, la producción normativa nacional que aplica la normativa comunitaria (por ejemplo, las normas que vienen a implementar el art. 13 TCE) o la que, en cualquier caso entre en su radio de acción, debe ser «conforme» al Derecho comunitario y a los principios generales que el mismo reconoce (entre ellos, el de la igualdad).

Pero, por otra parte, además de mostrar ese celo omnipresente por lo que al propio campo se refiere, el derecho comunitario a la igualdad presenta también, como veremos, una tendencia a abarcar situaciones o relaciones jurídicas situadas en el *ámbito interno ajeno al Derecho comunitario*, una tendencia a engullir bajo su manto situaciones o relaciones jurídicas que se encuentran, *ultra vires* de la esfera de las competencias atribuidas por los Estados, en los dominios de poder retenidos por los mismos. La consecuencia de esta proyección ulterior de la igualdad comunitaria consistirá en que el ordenamiento interno ajeno al Derecho comunitario se ve obligado a reconocer nuevos derechos o pretensiones jurídicas.

Una forma de analizar los casos en los que se produce esta expansión del ámbito nacional de protección de la igualdad comunitaria y de las consecuencias que ello acarrea es la que parte de distinguir entre la dimensión tuitiva sustantiva y formal de dicho derecho a la igualdad.

II.2. *La recepción nacional que se produce en virtud de la tutela del principio «comunitario» de igualdad en «sentido material»*

Conviene comenzar precisando que el objetivo de este breve apartado no reside en analizar o describir el ámbito de aplicación nacional del derecho a la igualdad (en sentido material). Ya se ha dicho, a este respecto, que la igualdad

comunitaria rige, en el ámbito nacional, allá donde el Estado aplica o debe aplicar el Derecho comunitario, incluido allá donde las situaciones jurídicas «pueden parecer» ajenas al ámbito de actuación comunitario pero que, sin embargo, no lo son [como, por ejemplo, la tutela de la igualdad en la esfera de la legislación militar: la exigencia comunitaria de la igualdad de trato entre hombres y mujeres rige en el ámbito del acceso al empleo, y por lo tanto, también, al menos en principio, en el de las ocupaciones militares (20)], o en aquellos casos en los que la protección del derecho comunitario a la igualdad se produce a modo de principio general del Derecho comunitario, pero respecto de situaciones jurídicas que entran en el citado radio de acción comunitario [situaciones referidas a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (21), a no ser discriminado por la orientación sexual (22), o por razón de la edad (23), etc. (24)]. Lo que ahora interesa no es la descripción de ese ámbito material interno en el que rige o debe regir la igualdad comunitaria (ni tampoco el análisis del modo en que se articula en aquél la protección de ésta). Lo que incumbe aquí, de forma más específica, es destacar cómo la propia protección comunitaria de la igualdad en sentido material (igualdad en o respecto a los contenidos reconocidos en la ley) puede llegar a ampliar, precisamente, ese ámbito de aplicación interno del Derecho comunitario. Veámoslo, de forma un poco más detenida.

(20) Cfr. SSTJCE *Sirdar*, de 26 de octubre de 1999, C-273/97, apdos. 11 y sigs.; *T. Kreil*, de 11 de enero de 2000, C-285/98, apdos. 15 y sigs.; estableciendo matices sobre la cuestión: STJCE *Dory*, de 11 de marzo de 2003, C-186/01, apdos. 29 y sigs.

(21) SSTJCE *Defrenne*, de 15 de junio de 1978, C-149/77, apdos. 26 y 27; *Razzouk y Beydo-un c. Comisión*, de 20 de marzo de 1984, asuntos acumulados C-75/82 y 117/82, apdo. 16.; *Coote*, de 22 de septiembre de 1998, C-185/97, apdo. 23. La igualdad de retribución del artículo 141 TCE sería una «expresión particular» del citado principio de no discriminación (cfr., por ejemplo, STJCE *Mouflin*, de 13 de diciembre de 2001, C-206/00, apdo. 23).

(22) STJCE *P c. S And Cornwall County Council*, cit., apdos. 18 y sigs.

(23) Es interesante señalar que el uso del principio general del Derecho comunitario a la igualdad en su concreción de prohibición de discriminación por razón de la edad ha sido utilizado (incluso) para expandir el ámbito competencial de la CE en el ámbito laboral (véanse, al respecto, las STJCE: *Mangold*, de 22 de noviembre de 2005, C-144/04; *Palacios de la Villa*, de 16 de octubre de 2007, C-411/05. No obstante, la más reciente STJCE *B. Bartsch*, de 23 de septiembre de 2008, C-427/06, vuelve a exigir la existencia de una conexión comunitaria (aplicación de normativa de armonización, elemento transfronterizo, etc.) para que pueda entrar en juego la cláusula de prohibición de discriminación (por motivo de la edad).

(24) O piénsese, igualmente, en la protección que puede proporcionar dicho principio frente a las discriminaciones que caen fuera de los criterios discriminatorios enunciados en la vigente normativa comunitaria (primaria o derivada), criterios que el artículo 21.1 de la Carta de DFUE proclamada en Niza (todavía carente de eficacia jurídica vinculante) añade a los señalados en el artículo 13 TCE, prohibiendo también la discriminación por motivos de color, origen social, características genéticas, lengua, convicciones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio o nacimiento.

II.2.1. *El reconocimiento de derechos a través de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 12 TCE)*

El principal ejemplo de cuanto venimos señalando es el que se produce a través de la interpretación extensiva que realiza el TJCE del ámbito de aplicación material nacional de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 12 TCE. En efecto, dicha prohibición viene siendo utilizada por el Tribunal para proteger pretensiones jurídicas o derechos *asociados* al ejercicio de las libertades de circulación y residencia del «ciudadano europeo», pretensiones o derechos que, de no ser por la interpretación extensiva del artículo 12 TCE, caerían fuera del radio de acción o de aplicación del Derecho comunitario. En otras palabras, dicho artículo, que en principio debe regir sólo en el ámbito de aplicación material del Derecho comunitario, esto es, en relación al ejercicio de las libertades comunitarias, está siendo utilizado *a pari* para proteger al ciudadano europeo, no sólo frente a un trato menos favorable (respecto al nacional del Estado de acogida) en el ejercicio de aquellas «libertades» que está ejerciendo (ámbito de aplicación del Derecho comunitario), sino también en el ejercicio de «derechos conectados» *ratione personae* (ciudadano comunitario en tránsito o que ejerce esas libertades) a las mismas, derechos cuya regulación recae o debería recaer, de otro modo, sobre la esfera competencial retenida por los Estados.

Según el artículo 12 TCE, «en el ámbito de protección del presente Tratado y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad» (25), de modo que, en una situación que entra en ese ámbito de protección, un Estado debe tratar de la mis-

(25) Dicho artículo establece igualmente que «el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones» (art. 12 TCE, *ex art.* 7 TCEE hasta el TUE y art. 6 TCE hasta la reforma del TUE por el Tratado de Ámsterdam). Sobre el tema, por ejemplo, K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL y R. BRAY, *Constitutional Law of the European Union*, 2.^a ed., London, Thomson-Sweet & Maxwell, 2005, págs. 125 y sigs.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, págs. 118 y sigs. Cabe señalar que la mención a las «disposiciones particulares» del Tratado se refiere a las específicas prohibiciones de discriminación que establece el Tratado en relación a la nacionalidad de las personas (arts. 31.1, 39.2, segundo párrafo del art. 43, 72 y 184.5) o al origen de las mercancías (arts. 30 *in fine*, 75.1 y primer párrafo del 90), servicios (tercer párrafo del art. 50 y art. 54) y capitales (art. 58.3). El TJCE ha señalado que la prohibición de discriminación del artículo 12 «no está destinado a aplicarse de manera independiente más que en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que el Tratado no prevé normas específicas que prohíban la discriminación (*Merci Convenzionali*, C-179/90, de 10 de diciembre de 1991, págs. 5889 y sigs.).

ma forma a los nacionales de su Estado y a los de los demás Estados miembros (que se encuentren en situaciones idénticas) (26). Una prohibición u obligación, según se mire, que ha servido de base para que, creada la Unión Europea y reconocida la ciudadanía europea, el TJCE haya establecido que todo ciudadano de la Unión tiene el «derecho» a no ser discriminado por razón de la nacionalidad dentro del ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado (27) o, de forma más genérica, a ser tratado (dentro de ese ámbito) de forma igual, en particular cuando se trata del ejercicio de las libertades garantizadas por el mismo (28) [si bien, pueden existir circunstancias que puedan justificar diferencias de trato (29)]. Como se ha destacado la prohibición de discriminación (o el derecho a no serlo) opera en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario, esto es, abarcando las situaciones relacionadas con el libre ejercicio de las libertades de mercado garantizadas por el Tratado, así como las referidas a la libre circulación y residencia intracomunitaria atribuida por el artículo 18 del mismo. En consecuencia, por lo que a los Estados se refiere, toda actuación estatal que incida o tenga efectos sobre la libre circulación y residencia de las personas o sobre el comercio intracomunitario de bienes y servicios estará sujeta a dicho principio (30). Pues bien, el hecho es que el TJCE ha utilizado la conexión entre el principio del artículo 12 TCE y las libertades de circulación para proteger comunitariamente otros derechos de quien las ejerce (31), extendiendo o dilatando

(26) Aunque también puede producirse por tratar de la misma forma a dichas personas cuando se encuentren en situaciones distintas. Para un análisis del concepto de discriminación por indiferenciación: E. COBREROS MENDAZONA, «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», *REDC*, núm. 81, 2007, págs. 71 y sigs.

(27) STJCE *Martínez Sala*, C-85/96, de 12 de mayo de 1998, apdos. 54 y sigs.

(28) SSTJCE *Grzelczyk*, de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, apdo. 32; *D'Hoop*, de 11 de julio de 2002, C-224/98, apdos. 27-28; *García Avello*, de 2 de octubre de 2003, C-148/02, apdos. 22-23; *Collins*, de 23 de marzo de 2004, C-138/02, apdo. 61 (en relación al arriba mencionado art. 39.2).

(29) Véanse, por ejemplo, las SSTJCE *Comisión c. Italia*, de 19 de marzo de 2002, C-224/00, apdos. 20-24; o la ya mencionada sentencia *Collins*, apdos. 65-73.

(30) La operatividad del principio se extiende a la esfera de aplicación nacional de los Acuerdos celebrados por los Estados miembros en atención al art. 293 del Tratado (cfr. STJCE *Mund & Fester*, de 10 de febrero de 1994, C-398/92, apdos. 10-13), o incluso a la de la aplicación de los Acuerdos firmados con terceros Estados (*Saint Gobain ZN*, de 21 de septiembre de 1999, C-307/97, apdos. 57-58). Por otro lado, no es contrario al artículo 12 TCE el que, en materias de Derecho civil que caen fuera del ámbito de aplicación del Tratado, el Derecho de un Estado miembro tome en consideración la nacionalidad de las personas como factor de conexión que permita determinar el Derecho material nacional aplicable al caso (STJCE *Johannes*, de 10 de junio de 1999, C-430/97, apdos. 26-28).

(31) Sobre el tema, entre otros, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*, págs. 120 y sigs.; P. EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Ques-

la protección comunitaria de las libertades de circulación del ciudadano europeo hasta el punto de ir configurándose, también, como una protección comunitaria del *ciudadano* que ejerce la libre circulación, una protección que abarcará la tutela de derechos que caen fuera del ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho comunitario. Veámoslo señalando algunos ejemplos.

Desde finales de los ochenta (STJCE *Cowan*), el TJCE comenzó a desarrollar una interpretación expansiva del artículo 12 TCE extendiendo su operatividad sobre situaciones no estricta o específicamente relativas al ejercicio de las libertades del Tratado, influyendo con ello en el ámbito de las competencias retenidas por los Estados (32). Poco a poco se va a desarrollar una jurisprudencia según la cual estaban sujetas al citado principio no sólo las normas estatales que incidían directamente en el ejercicio de esas libertades, sino que también aquellas que influían o estaban conectadas, siquiera de forma indirecta o instrumental, con las mismas. Así, el Tribunal ha tenido ocasión de constatar que, aunque las normas que regulan el proceso judicial son de competencia estatal, dichas normas, al ser instrumentales de cara a la protección de las libertades fundamentales, entran también en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, no pudiendo ser contrarias al principio de discriminación por razón de la nacionalidad (33); también entrarían en el ámbito de aplicación del Tratado,

tion», *Common Market Law Review*, núm. 39, 2002, págs. 945 y sigs.; N. N. SHUIBHNE, «Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?», *Common Market Law Review*, núm. 39, 2002, págs. 731 y sigs.

(32) «Cuando el Derecho comunitario garantiza a una persona física la libertad de desplazarse a otro Estado miembro, la protección de la integridad de esta persona en el Estado miembro de que se trata, en pie de igualdad con los nacionales y con las personas que residen en él, constituye el corolario de esta libertad de circulación. De ello se sigue que el principio de no discriminación se aplica a los destinatarios de servicios en el sentido del Tratado, por lo que se refiere a la protección contra el riesgo de agresión y el Derecho nacional en el supuesto de que dicho riesgo se materialice. El hecho de que la indemnización discutida sea financiada por el Tesoro público no puede modificar el régimen de la protección de los derechos garantizados por el Tratado» (apdo. 17). En consecuencia, el Tribunal establece en la parte dispositiva de la sentencia que el principio del artículo 12 «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por lo que respecta a las personas a las que el Derecho comunitario garantiza la libertad de desplazarse a dicho Estado, en especial como destinatarios de servicios, subordine la concesión de una indemnización del Estado, destinada a reparar el perjuicio causado en dicho Estado a la víctima de una agresión que haya producido un daño corporal, al requisito de ser titular de un permiso de residencia o al de ser nacional de un país que haya celebrado un acuerdo de reciprocidad con dicho Estado miembro» (STJCE *Cowan*, C-186/87, de 2 de febrero de 1989, apdos. 195 y sigs.).

(33) SSTJCE *Data Delecta*, de 26 de septiembre de 1996, C-43/95, apdos. 10 y sigs.; *Hayes*, de 20 de marzo de 1997, C-323/95, apdos. 13 y sigs.; *Saldanha*, de 2 de octubre de 1997, C-122/96, apdos. 16 y sigs.; *H. O. Bickel y U. Franz*, de 24 de noviembre de 1998, C-274/96, apdos. 17 y sigs., etc.

en conexión con la prohibición del artículo 12 TCE: los derechos de propiedad intelectual (de autor y afines) en razón de sus efectos sobre el intercambio comunitario de bienes y servicios (34); o la regulación en materia de acceso a la educación (35), la de ejecución forzosa para el cobro de deudas (36); o la que rige el apellido de las personas (37) (en relación, en estos tres casos, a su incidencia en la libertad de circulación y residencia de las personas).

Llegados aquí, la cuestión que interesa destacar es que esa interpretación y operatividad (expansiva) del principio del artículo 12 TCE ha ido generando, entre otras cosas, el reconocimiento «comunitario» de una serie de pretensiones y derechos asociados de forma mediata al ejercicio de las libertades, pretensiones y derechos cuya regulación no entra en el ámbito de la competencia comunitaria. Dicho de otra forma, el Tribunal ha generado una jurisprudencia de la que se deduce que la no vulneración, por parte del Estado, del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad cuando incide sobre las libertades fundamentales pasa por reconocer una serie de derechos o pretensiones ligados indirectamente al ejercicio de las mismas (y ello con independencia de la regulación de los mismos sea una competencia *ultra vires* y, por tanto, inmune a las obligaciones comunitarias). Así, por ejemplo, la conexión entre el artículo 12 y las libertades fundamentales ha sido utilizada para reconocer, entre otras cosas: un mismo estándar de protección judicial en el Estado de acogida (38); la pretensión de que no se exija —como tampoco se hace con los nacionales— una *cautio judicatum solvi* en las demandas sobre reclamación de cantidad por el pago de mercancías entregadas (39); el derecho de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes de los restantes Estados miembros —al igual que ocurre con los nacionales— a prohibir la comercialización en el territorio nacional de un fonograma fabricado sin su consentimiento (cuando la prestación se haya ejecutado fuera del territorio nacional) (40); el derecho que también tienen los nacionales a que el proceso penal se sustancie en una lengua distinta de la prin-

(34) SSTJCE *Phil Collins*, de 20 de octubre de 1993, asuntos acumulados C-92 y 326/92, apdos. 19 y sigs.; *Ricordi*, de 6 de junio de 2002, C-360/00, apdos. 24 y sigs.; *Tod'S SpA*, de 30 de junio de 2005, C-28/04 (como caso de discriminación indirecta).

(35) SSTJCE *Gravier*, de 13 de febrero de 1985, C-293/83, apdos. 11 y sigs.; *Blazit*, de 2 de febrero de 1988, C-24/86, apdos. 10 y sigs.; *Lair*, de 21 de junio de 1988, C-39/86, apdos. 11 y sigs.; *Brown*, de 21 de junio de 1988, C-197/86, apdos. 14 y sigs.; *Grzelczyk*, de 20 de septiembre de 2001, C-184/99, apdos. 29 y sigs.; *Bidar*, de 15 de marzo de 2005, C-209/03.

(36) STJCE *Antero Pusa*, de 29 de abril de 2004, C-224/02, apdos. 16 y sigs.

(37) STJCE *García Avello*, de 2 de octubre de 2003, C-148/02, apdos. 20 y sigs.

(38) STJCE *Saldanha*, cit., apdo. 24.

(39) STJCE *Data Delecta*, cit., apdo. 15.

(40) STJCE *Phil Collins*, cit., apdo. 33.

cipal pero que es oficialmente reconocida en el país de acogida (41); el derecho a cambiar de apellido de una persona (que tiene la doble nacionalidad de un Estado miembro y del Estado de acogida, para llevarlo del modo que estipula el Derecho y la tradición de este segundo estado) (42); o el derecho de los alumnos de otros Estados miembros a que no se les impongan, a diferencia de lo que ocurre con los nacionales, unas tasas de matrícula o escolaridad como condición para el acceso a los cursos de enseñanza profesional (43), etc.

Hay que destacar, además, que la mencionada utilización del artículo 12 como una *fuerza autónoma de derechos y obligaciones* (que van más allá de la esfera de protección de las libertades fundamentales y/o del mercado interior entendidos de forma estricta) (44) no opera sólo en conexión con las libertades de mercado, sino que comenzará a hacerlo también en relación con la *ciudadanía europea* reconocida en el artículo 17 TCE y/o con el ciudadano europeo que ejerce la libre circulación y residencia asociado a la misma (art. 18 TCE). En efecto, es posible observar cómo la reciente jurisprudencia del Tribunal está utilizando el artículo 12 para complementar esa ciudadanía europea (art. 17 TCE) y cofundar «a new generation of equal treatment rights» (45), partiendo de la base de que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el *estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros* y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico» (46). La primera ocasión que el Tribunal utiliza la conexión del artículo 12 y el estatuto de ciudadanía como fuente de derechos es el asunto *Martínez Sala*, una conexión que le servirá al TJCE para oponerse a que un Estado miembro exija a los nacionales de los demás Estados miembros autorizados a residir en su territorio que presenten un título de residencia debidamente expedido por la Administración nacional para poder percibir una prestación por crianza, mientras que sus propios nacionales únicamente están obligados a tener su domicilio o su lugar de residencia habitual en ese Estado miembro. Cabe mencionar, por poner otro

(41) STJCE *Bickel y Franz*, cit., apdo. 31.

(42) STJCE *García Avello*, cit., apdo. 45.

(43) SSTJCE *Gravier*, cit., pág. 379; *Blaizot*, cit., apdo. 24.

(44) Cfr., por ejemplo, T. TRIDIMAS, *The General Principles...*, op. cit., pág. 132.

(45) T. TRIDIMAS, *ibidem*, pág. 132.

(46) *Grzelcyk*, cit., apdo. 31 (énfasis añadido); *D'Hoop*, cit., apdo. 28; *Baumbast, R y Secretary of State for the Home Department*, de 17 de septiembre de 2002, C-413/99, apdo. 82; *García Avello*, cit., apdos. 22 y 23; *K. C. Zhu y M. L. Chen* (más conocida como *Chen*), de 19 de octubre de 2004, C-200/02, apdo. 25; *Bidar*, cit., apdo. 31.

ejemplo, una serie de casos en los que la prohibición de discriminación del ciudadano europeo que ejerce la libre circulación y residencia (conexión entre los arts. 12 y 17-18 TCE) se ha utilizado para oponerse a medidas estatales que denegaban la concesión de ayudas económicas al estudio o aprendizaje, en unos casos oponiéndose a medidas provenientes del Estado de acogida [SSTJCE: *Grzelczyk* (47) o *Bidar* (48)], etc. (49). Hay que señalar que la jurisprudencia del TJCE viene reiterando que la ciudadanía de la Unión no tiene por objeto extender el ámbito material de aplicación del Tratado a situaciones puramente internas que no guardan ninguna relación con el Derecho comunitario, pero lo hace afirmando al mismo tiempo que, incluso en los ámbitos de su competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario y en particular las disposiciones del Tratado por las que se reconoce a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia por el territorio de los Estados miembros (50). Un deber de respeto del Derecho comunitario que se extiende,

(47) Sentencia cit., apdos. 37 y sigs. El Tribunal establecerá que los artículos 12 y 18 del Tratado se oponen a que se condicione la concesión de una prestación social de un régimen no contributivo, como el *minimex* o ingreso mínimo de subsistencia, a los nacionales de Estados miembros distintos del Estado miembro de acogida en cuyo territorio residen legalmente (en el caso un francés que estudia educación física en Bélgica), a que estos últimos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento núm. 1612/68, cuando no se exige ningún requisito de este tipo a los nacionales del Estado miembro de acogida (apdo. 46).

(48) Sentencia cit., apdos. 31 y sigs. El Tribunal resolverá que el principio de discriminación por razón de la nacionalidad se opone a una normativa nacional que únicamente conceda el derecho a una ayuda que sufrague sus gastos de manutención a los estudiantes que estén establecidos en el Estado miembro de acogida, excluyendo que un nacional de otro Estado miembro obtenga, en su condición de estudiante, el estatuto de persona establecida, aun cuando dicho nacional (francés) resida legalmente y haya efectuado una parte importante de sus estudios de enseñanza secundaria en el Estado miembro de acogida (Reino Unido) y, por consiguiente, haya establecido un vínculo real con la sociedad del referido Estado (apdo. 63).

(49) Para otros supuestos SSTJCE *P. M. Turpein*, de 9 de noviembre de 2006, C-530/04, apdos. 18 y sigs.; *H. Schwarz*, de 11 de septiembre de 2007, C-76/05, apdo. 86. Por otra parte, el TJCE reconoce, igualmente, que el Derecho comunitario se opone a que un nacional comunitario sea objeto de un trato menos favorable (discriminatorio) que otros nacionales por parte de «su Estado» por el hecho de ejercer las libertades de circulación (prohibición de discriminación que no entra en el supuesto de hecho del art. 12 TCE), extendiendo, en ocasiones, dicha regla sobre dominios materiales cuya conexión con el Derecho comunitario es débil (por ejemplo, en materia de educación: STJCE *D'Hoop*, cit., apdos. 30-31), en general inexistente (materia de ejecución forzosa para el cobro de deudas: asunto *H. A. Pusa*, cit., apdo. 19) o nula (regulación de prestaciones de resarcimiento a víctimas de la guerra: caso *Tas-Hagen y Tas*, de 26 de octubre de 2006, C-192/05, apdo. 40).

(50) Cfr. E. Crespo, «La jurisprudencia del TJCE en materia de ciudadanía de la Unión: una interpretación generosa basada en la remisión al Derecho nacional y en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007,

por lo tanto, más allá del ámbito de aplicación interno del mismo delimitado por las competencias atribuidas.

II.2.2. *El reconocimiento de derechos a través de la protección frente a las discriminaciones enunciadas en el artículo 13 TCE*

Otro ejemplo interesante es el que puede propiciar la normativa comunitaria adoptada sobre la base jurídica del artículo 13 TCE. Como ya se ha apuntado con anterioridad, dicho artículo, introducido por el Tratado de Ámsterdam, proporciona una base jurídica autónoma para que el Consejo pueda adoptar medidas destinadas a combatir la discriminación fundada por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (51). Como dicha disposición carece (a diferencia del art. 12 TCE) de efecto directo, la protección frente a las discriminaciones enunciadas por el mismo articula su eficacia a través de las mencionadas acciones comunitarias que adopte el Consejo (por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo), entre las que cabe destacar las Directivas 2000/43, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico* (52); 2000/78, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación* (53), o la 2006/54, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)* (54).

Pues bien, el hecho es que el artículo 13 TCE presenta una especie de tensión interna entre los límites y las posibilidades de la actuación normativa que propicia. Dicho artículo establece, por una parte, que las acciones comunitarias (que los Estados deberán implementar y/o aplicar), dirigidas a combatir las dis-

págs. 883 y sigs., espec. págs. 899 y sigs.; E. FERRARI, «L'uguale libertà del cittadino europeo: linee di frattura della corrispondente concezione nazionale di uguale libertà», *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 4, 2007, págs. 931 y sigs., 937 y sigs.; E. SPAVENTA, «Seeing the wood despite the trees?: on the scope of union citizenship and its constitutional effects», *Common Market Law Review*, núm. 45, 2008, págs. 13 y sigs., espec. págs. 18 y sigs.

(51) Y al que el Tratado de Niza añadió un segundo apartado, que prevé la adopción, a través del procedimiento de codecisión del artículo 251 TCE, de medidas comunitarias de estímulo que apoyen la acción de los Estados miembros (en la consecución de los objetivos del primer apartado).

(52) De 17 de septiembre de 2000 (DO L 180).

(53) De 2 de diciembre de 2000 (DO L 303).

(54) De 5 de julio de 2006 (DO L 204).

criminales que obedezcan a los motivos señalados en el artículo 13 TCE, tienen un ámbito material *limitado* en el sentido de que, como destaca dicha disposición, deben regir «dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad» por el TCE, esto es, en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. No obstante, por otra parte, el hecho es que alguno/s de los motivos o formas de discriminación señalados en dicha disposición y contra los que, sobre esa base, pueden adoptarse acciones comunitarias carecen de una clara conexión con el vigente ámbito de acción comunitario (55). Dicho de otra forma, es como si las posibilidades de actuación que propicia el artículo 13 pudiesen, en algún caso, sobrepasar los límites de actuación que dicha disposición establece, de modo que el ámbito de protección de la igualdad/no discriminación que se propicia podría ser más amplio que aquel para el que se establece la protección. Un ejemplo significativo a este respecto es el que se da con la ya mencionada Directiva contra la discriminación racial (2000/43), cuyo ámbito de aplicación, más amplio que el que establecen la Directiva que configura un marco general para la igualdad de trato (2000/78) o la 2006/54 (ceñidas a las esferas del empleo y la ocupación), llega a abarcar, según establece su artículo 3.1 (56), ámbitos materiales cuya conexión con el Derecho comunitario no deja de ser débil [apartado g) del art. 3.1: educación] cuando no de difícil identificación, como es el caso de la discriminación en relación con el «acceso a la vivienda» [apartado h) del art. 3.1]. Esta dificultad reside en que, aun siendo cierto que existe una competencia comunitaria para luchar contra la discriminación en el acceso a la vivienda en el contexto de la libre circulación de personas en atención a la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad [y de hecho existe

(55) Seguimos aquí el interesante análisis de P. EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights...», *op. cit.*, págs. 986 y sigs.

(56) «Dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad la presente Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas; e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales; g) la educación; h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda.»

normativa comunitaria al respecto (57)], no deja de ser igualmente cierto que toda actuación comunitaria dirigida a asegurar la no discriminación racial en el acceso a la vivienda más allá de la discriminación por razón de la nacionalidad (en el ejercicio de las libertades comunitarias) sería una actuación comunitaria *ultra vires* (58), una actuación que, en consecuencia, vendría a dilatar el ámbito interno de aplicación del Derecho comunitario en virtud (sólo) del uso expansivo de la prohibición de discriminación fundada en el artículo 13 TCE.

La incidencia expansiva y creativa de la tutela comunitaria de la igualdad en el orden interno (una tutela que obliga a reconocer o incorporar nuevos derechos en el orden nacional, derechos relativos a un ámbito material reservado en exclusiva a la competencia de los Estados) puede ser constatada a través de otros ejemplos. Puede ser interesante recordar al respecto las STJCE *K. B.* (59) y *Richards* (60), ambas en relación con los derechos de los transexuales, resoluciones de las que, dicho ahora de forma simplificada, se deduce que la prohibición (comunitaria) de discriminación por razón de género obliga a inaplicar y remover la normativa nacional (en estos casos, la británica) contraria a la misma (en concreto, a lo establecido en el art. 141 TCE y a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, respectivamente). En el primer caso, porque al impedirse la modificación registral del cambio de sexo, la persona transexual en cuestión se estaba viendo imposibilitada para poder cobrar una pensión de supervivencia que ahora le correspondía por su nueva condición sexual. Y en el segundo, por no reconocer, a efectos de cobro de la pensión de jubilación, el nuevo sexo adquirido

(57) Artículo 9 del Reglamento 1612/68 CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (*DO L 257*, págs. 2 y sigs.).

(58) Conviene señalar además que, según el artículo 3.2, «la presente Directiva *no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad* y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas» (énfasis añadido). Sobre todo ello: P. EECKHOUT, quien (además de reflejar más ejemplos de este tipo propiciados por la mencionada Directiva) señala que «there would however be grounds for accepting that the Race Directive does not transgress the conferred powers boundary. Its legal basis, Article 13 EC, is fundamentally ambivalent about its precise scope, and the principle of effective Treaty interpretation supports the case for a broader rather than narrower scope of the EC's legislative power in this field [...]. It is also worth pointing out that, even if some aspect of the Directive's scope were unlawful, it does not automatically follow that the implementing legislation by Member States would be affected by this. Member States may in any event take the opportunity of an EC directive to legislate more broadly on a particular topic» (*ibidem*, págs. 987-988; véase también al respecto A. KNOOK, «The Court, The Charter, and the vertical division of powers in the European Union», *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, págs. 391 y sigs.).

(59) De 7 de enero de 2004, C-117/01.

(60) De 27 de abril de 2006, C-423/04.

tras la intervención a la hora de determinar la edad para cobrar la pensión (que era de 65 en hombres y 60 en mujeres). Puede proceder, igualmente, recordar el asunto *Tadao Maruko* (61), caso en el que el TJCE considera contrarias al principio de no discriminación por razón de orientación sexual algunos aspectos de la legislación alemana en materia de unión civil, en particular en lo relativo a la unión entre homosexuales (en concreto, la exclusión de las parejas homosexuales del cobro de una prestación de supervivencia). El hecho es que estos tres casos demuestran de qué modo la tutela comunitaria de la igualdad acaba incidiendo en la regulación relativa al régimen del estado civil establecido por una legislación estatal, una regulación que, en principio, no parece cercana al ámbito competencial comunitario (62) (pero que debe ser inaplicada en la medida que sea incompatible con el derecho —comunitariamente reconocido— a la igualdad de trato, respecto que pasa por el reconocimiento nacional de nuevos derechos o pretensiones jurídica subjetivas).

II.3. *La recepción nacional que se produce en virtud de la tutela del principio «comunitario» de igualdad en «sentido formal»*

Tal y como ya se ha señalado, el derecho fundamental a la igualdad de trato, en cuanto principio general del Derecho comunitario, participa tanto de una dimensión sustantiva o igualdad en el contenido de la ley (dimensión ya señalada) como de una dimensión formal, relativa al hecho de que el Derecho (al margen de su contenido) debe ser aplicado a todos de la misma forma por parte del poder público, proporcionando una protección frente a tratamientos discriminatorios injustificados o arbitrarios entre los sujetos.

Una concreción interesante de dicha dimensión formal es la que se produce a través de los principios comunitarios de equivalencia y efectividad, principios que, como es sabido, operan como límites de aquel otro principio, también comunitario, de autonomía institucional del Derecho nacional respecto al Derecho comunitario a la hora de cumplir con las obligaciones comunitarias y garantizar los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario.

(61) De 1 de abril de 2008, C-267/06.

(62) Sobre todo ello, véase, por ejemplo, M. CARTABIA, «La Unión Europea y los Derechos Fundamentales: 50 años después», de próxima publicación en el número monográfico de la *RVAP* dedicado a recoger las ponencias del Curso de Verano de la UPV/EHU (dirigido por A. SAIZ ARNAIZ y J. I. UGARTEMENDIA) destinado al tema de *Los derechos fundamentales entre las autonomías territoriales y la integración europea* (Donostia-San Sebastián, julio de 2008).

Centrando la cuestión en el ámbito jurisdiccional, y partiendo del hecho de que incumbe a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (en virtud del principio de cooperación establecido por el art. 10 TCE) proporcionar la tutela judicial de esos derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables (63), el principio de autonomía institucional se concretaría en el hecho de que, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de éstos (64). No obstante, según señala una reiterada jurisprudencia del TJCE, habrá que tener siempre presente que «la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*)» (65).

Pues bien, el hecho es que ambos principios procedimentales, el de equivalencia y, en ciertos aspectos, también el de efectividad, actúan como concreciones del principio general a la igualdad de trato o, si se quiere, del derecho fundamental a la igualdad (formal) de trato en cuanto principio general del Derecho comunitario (66). El de equivalencia porque, como se ha señalado, obliga a los Estados miembros a que las medidas procesales destinadas a garantizar los derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario *no sean me-*

(63) SSTJCE *Rewe*, de 16 de diciembre de 1976, C-33/76, apdo. 5; *Comet*, de 16 de diciembre de 1976, C-45/76, apdo. 12; *Simmmenthal*, de 9 de marzo de 1978, C-106/77, apdos. 21 y 22; *Factortame y otros*, de 19 de junio de 1990, C-213/89, apdo. 19; *Peterbroeck*, de 14 de diciembre de 1995, C-312/93, apdo. 12; o de forma más reciente: *Unibet*, de 13 de marzo de 2007, C-432/05, apdo. 38. Aunque dicha formulación fue inicialmente reconocida respecto a derechos reconocidos en disposiciones con efecto directo, la jurisprudencia posterior del TJCE permite entender que es predicable respecto de todos los derechos atribuidos por el ordenamiento comunitario, incluidos los reconocidos o surgidos de forma indirecta (cfr. STJCE *Francovich*, de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6 y 9/90, apdos. 42 y 43).

(64) Véanse, en particular, las sentencias *Rewe*, cit., apdo. 5; *Comet*, cit., apdo. 13; *Peterbroeck*, cit., apdo. 12; *Courage y Crehan*, de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, apdo. 29; *Safalero*, de 11 de septiembre de 2003, C-13/01, apdo. 49; *Unibet*, cit., apdo. 39.

(65) SSTJCE: *Rewe*, cit., apdo. 5; *Comet*, cit., apdos. 13 a 16; *Peterbroeck*, cit., apdo. 12; *Courage y Crehan*, cit., apdo. 29; *Steffensen*, C-276/01, de 10 de abril de 2003, apdo. 60; *Laboratoires Boiron*, C-526/04, de 7 de septiembre de 2006, apdo. 51; *Unibet*, cit., apdo. 43 (énfasis añadido).

(66) R. GORDON, *EC Law in Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2007, págs. 204 y sigs.

nos favorables (discriminatorias) que las que gobiernan similares relaciones internas. Este principio, por lo demás, se concreta en la exigencia de que la medida nacional en cuestión «se aplique indistintamente a los recursos basados en la vulneración del Derecho comunitario y a los que se fundamentan en el incumplimiento del Derecho interno y que tengan un objeto y una causa semejantes» (67) [sin que pueda interpretarse en el sentido de que obliga a un Estado miembro a extender su régimen interno más favorable a todas las acciones entabladas para proteger los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario (68)], de modo que la operatividad del principio exige siempre un apropiado elemento comparativo, en ausencia del cual no cabe invocar su violación (69), a diferencia de lo que ocurre con el principio de efectividad. Por su parte, según este último principio, reflejo de lo establecido en el artículo 10 TCE (70), cualquiera que sea la regulación procesal nacional aplicable, ésta deberá ser lo suficientemente efectiva como para asegurar el cumplimiento de las obligaciones comunitarias, sin hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario. Ahora bien, conviene señalar de inmediato que la relación de concordancia entre el principio de igualdad de trato y el principio de efectividad no es (a diferencia de lo que ocurre con el de equivalencia) total, sino que surge sólo en la medida en que dicho principio propicia una efectiva protección o garantía frente a las discriminaciones alegadas (cosa que acontece, por ejemplo, y de forma cuantitativamente significativa, en el contexto de la discriminación por razón de sexo) (71).

(67) STJCE *B. S. Levez*, C-326/96, de 1 de diciembre de 1998, apdo. 41.

(68) SSTJCE *Edis*, de 15 de septiembre de 1998, C-231/96, apdo. 36; *Levez*, *cit.*, apdo. 42.

(69) Respecto a la idoneidad del elemento comparativo, véase, por ejemplo, la sentencia al asunto *Palimisani*, de 10 de julio de 1997, C-261/95, págs. 4025 y sigs.

(70) «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. / Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

(71) Cfr. R. GORDON, *EC Law in Judicial Review*, *op. cit.*, 207 y sigs., quien trae a colación al respecto la STJCE *Von Colson y Kamann*, de 10 de abril de 1984, C-14/83 (en la cual se establece que, cuando, en cumplimiento de una Directiva, el Estado miembro decide sancionar las violaciones de la prohibición de discriminación por medio de una indemnización, esta última debe poder garantizar una protección jurisdiccional efectiva y eficaz, debe tener un efecto disuasorio real respecto del empresario y debe ser en todo caso adecuada al perjuicio sufrido. Una indemnización puramente simbólica no se ajustaría a las exigencias de una adaptación eficaz del Derecho interno a la Directiva, apdos. 23 y 24); u otras en sentido similar, como *Dekker*, de 8 de noviembre de 1990, C-177/88, apdo. 26; *Emmott*, de 25 de julio de 1991, C-208/90, págs. 4269

Llegados aquí, lo que importa destacar no es tanto el hecho de que las garantías ofrecidas por el principio de equivalencia y, en ocasiones, por el de efectividad pueden ser entendidas en el sentido de que dotan de contenido al derecho fundamental comunitario a la igualdad (formal) de trato (72), como la idea de que dicho derecho a la igualdad, conectado a esas garantías y en virtud de las mismas, extiende, en ocasiones, su dominio de actuación sobre esferas materiales que caen bajo la competencia retenida por los Estados. En otras palabras, y por lo que aquí concierne, lo que ahora interesa no reside en el hecho de que el derecho a la igualdad en sentido formal rige en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, sino en que ese derecho puede propiciar la extensión del ámbito de aplicación nacional del Derecho comunitario, generando una incorporación nacional *ultra vires* de derechos reconocidos por el mismo. Eso es lo que ha ocurrido, en ocasiones, cuando la operatividad de los principios de equivalencia y efectividad ha venido a modular algunos de los poderes de los que dispone el Juez nacional para cuando actúe como juez comunitario, corrigiendo el alcance o la intensidad de los mecanismos procesales nacionales que resulten restrictivos (no equivalentes o inefectivos) para la eficacia del Derecho comunitario y/o la tutela de los derechos atribuidos por el mismo, incidiendo, de este modo, en la esfera de la legislación procesal interna. Éste sería el caso cuando esos principios han propiciado, por ejemplo, la ampliación, en ciertas circunstancias, del plazo para interponer recursos o reclamaciones en defensa de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (73); el recono-

y sigs.; *Marshall*, de 2 de agosto de 1993, C-271/91, págs. 4367 y sigs., etc. Para un análisis de la relación de conexión entre este principio de efectividad que rige en el ámbito de la tutela de los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario con aquel otro principio básico y «general» del Derecho comunitario que es el principio de efecto directo véase J. BENGÖEXTEA, «Is Direct Effect a General Principle of European Law», en U. BERNITZ, J. NERGELIUS, C. CARDNER y X. GROUSSOT (eds.), *General Principles of European Community Law in Process of Development*, 2.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law Internacional, 2008, págs. 3-23.

(72) Sin perjuicio de que lo hagan también con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (véanse, en este sentido, por ejemplo, la STJCE *Unibet*, cit., apdos. 42 y sigs.).

(73) En relación con el principio de equivalencia: *Levez*, ya citada, según la cual «el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una norma de Derecho nacional que limita a los dos años anteriores a la fecha de inicio del procedimiento el período durante el cual un trabajador puede reclamar atrasos retributivos o una indemnización por violación del principio de igualdad de retribución, aun cuando exista la posibilidad de ejercitar otra acción, si ésta implica una regulación procesal o requisitos menos favorables que los establecidos para recursos similares de naturaleza interna». En relación con el principio de efectividad (en la protección de discriminaciones alegadas): STJCE *Emmott*, ya citada, según la cual, hasta el momento de la adaptación correcta del Derecho interno a una Directiva, el Estado miembro que incumple su obligación no puede proponer la excepción de extemporaneidad de una acción judicial ejercitada en su contra por un particular con el fin de proteger los derechos que le reconocen los preceptos de una Directiva, y

cimiento, también bajo ciertas circunstancias, de la posibilidad de que el Juez nacional pueda apreciar de oficio, en contra de lo previsto en el Derecho nacional, la compatibilidad de un acto nacional con una disposición comunitaria, cuando esta última no haya sido invocada por el justiciable dentro de un plazo determinado (74); el que pueda surgir una acción procesal autónoma no prevista en el Derecho interno (75); o que se imponga la exigencia de adoptar medidas cautelares (76); o una incidencia sobre la normativa nacional en materia de ad-

que un plazo para recurrir, previsto en el Derecho nacional, sólo podrá empezar a correr a partir de ese momento (apdo. 23); STJCE *Aprile SRL*, de 17 de noviembre de 1998, C-228/96, apdos. 40 y sigs. Sobre la incidencia del principio de efectividad en materia de plazos (aunque no en relación con medidas tuitivas frente a medidas discriminatorias): *Marks & Spencer PLC*, C-62/00, de 11 de julio de 2002, apdos. 33 y sigs. (en la que se señala que el principio de efectividad y el principio de protección de la confianza legítima se oponen a una normativa nacional que reduce, con efecto retroactivo, el plazo para solicitar la devolución de las cantidades pagadas en concepto de IVA cuando en su recaudación se han infringido determinadas disposiciones comunitarias que tienen efecto directo), *Weber's Wine World*, de 2 de octubre de 2003, C-147/01, apdos. 86 y sigs.

(74) SSTJCE *Peterbroeck*, cit. *supra*, apdos. 14 y sigs. Para tener en cuenta los matices que condicionan el juego del principio de efectividad véanse, por ejemplo, las SSTJCE *Cofidis*, de 21 de noviembre de 2002, C-473/00, apdo. 37; *Santex*, de 27 de febrero de 2003, C-327/00, apdo. 56.

(75) Así cabe decirlo (*a sensu contrario*) cuando el TJCE establece que «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario debe interpretarse en el sentido de que no exige que en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro exista una acción autónoma que tenga por objeto, con carácter principal, el examen de la compatibilidad de disposiciones nacionales con el artículo 49 CE, cuando *otros cauces procesales efectivos, que no sean menos favorables* que los relativos a las acciones nacionales similares, permitan apreciar con carácter incidental dicha compatibilidad, extremo éste que ha de verificar el órgano jurisdiccional nacional (STJCE *Unibet*, cit., apdo. 65; énfasis añadido).

(76) Con respecto al principio de efectividad, cuando el TJCE establece que «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario exige que, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales de que se trate con el Derecho comunitario, *cuando la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia* de la resolución judicial que resuelva sobre la existencia de tales derechos» (*Unibet*, cit., apdo. 77; énfasis añadido). O en relación conjunta a los principios de equivalencia y efectividad, al señalar que «el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos a los justiciables por el ordenamiento jurídico comunitario debe interpretarse en el sentido de que, en caso de duda sobre la conformidad de disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, la concesión de medidas cautelares para suspender la aplicación de dichas disposiciones hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de éstas con el Derecho comunitario se rige por los criterios establecidos por el Derecho nacional aplicable ante el órgano jurisdiccional competente, *siempre que dichos criterios no sean menos favorables que los referentes a recursos semejantes de naturaleza interna ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil* la tutela judicial cautelar de tales derechos» (apdo. 83; énfasis añadido).

misibilidad o exclusión de los medios de prueba (77), o en otro tipo de medias o prácticas procesales (78), etc. (79).

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD RECONOCIDO POR EL «ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL INTERNO» COMO CAUCE PARA ASUMIR, EN EL ÁMBITO INTERNO AJENO AL ORDENAMIENTO COMUNITARIO, DERECHOS RECONOCIDOS POR ESTE ORDENAMIENTO

En el apartado anterior hemos observado de qué manera el derecho/principio a la igualdad de trato reconocido por el ordenamiento comunitario puede actuar como factor de dilatación del ámbito de aplicación interno del Derecho comunitario al provocar que dicho ámbito reconozca derechos o pretensiones jurídicas estipuladas por el ordenamiento comunitario. En el presente apartado trataremos de describir cómo el derecho fundamental a la igualdad de trato reconocida por la Constitución nacional puede también actuar (más allá de los dominios de la igualdad comunitaria) como cauce de entrada, en el ámbito interno ajeno al Derecho comunitario, de derechos reconocidos por el ordenamiento

(77) Cuando el TJCE estableció que «incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si las normas nacionales en materia de práctica de la prueba aplicables en el marco de un recurso de esta índole no son menos favorables que las referentes a recursos de carácter interno (principio de equivalencia) y si no hacen prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). Además, el órgano jurisdiccional nacional debe examinar si procede excluir este medio de prueba con el fin de evitar medidas incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales, en particular, el principio del derecho a un juicio justo ante un tribunal, tal como se halla consagrado por el artículo 6, apartado 1, del CEDH» (STJCE *Steffensen*, cit., apdo. 80; véanse, en cualquier caso, los apartados 61 y sigs.). Véanse también al respecto *H. A. Pusa*, cit., apdo. 44; la STJCE *San Giorgio*, de 27 de noviembre de 1983, C-199/82, apdo. 18.

(78) La STJCE *Weber's Wine World* (de 2 de octubre de 2003, C-147/01) entenderá que el principio de equivalencia se opone a una normativa nacional que establece modalidades procesales menos favorables para las reclamaciones de devolución de un impuesto recaudado indebidamente desde la perspectiva del Derecho comunitario que las aplicables a acciones de reembolso similares basadas en determinadas disposiciones de Derecho interno; y que, asimismo, el principio de efectividad se opone a una legislación o a una práctica administrativa nacionales que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario al establecer una presunción de enriquecimiento sin causa a partir del mero hecho de la repercusión del impuesto sobre terceros (apdos. 103 y sigs.).

(79) Conviene señalar que, aunque alguno de los ejemplos que venimos señalando respecto al principio de efectividad no se refieren a la efectividad respecto a las medidas de garantía en contra de la discriminación (esto es, a la conexión del principio de efectividad con el principio de igualdad formal), dichos ejemplos permiten atisbar la hipotética potencialidad de que dispone el mismo al respecto.

comunitario. Dicho ahora de forma introductoria y sintética, este fenómeno se puede producir cuando el derecho fundamental nacional a la igualdad de trato actúa como mecanismo de corrección de las llamadas «discriminaciones inversas comunitarias», discriminaciones que surgen cuando un Estado aplica a una «situación puramente interna» (ajena al ámbito del Derecho comunitario) una regulación (enteramente nacional) menos favorable que aquella otra que debe aplicar a una situación idéntica que, sin embargo, entra en el radio de acción y por tanto de aplicación del Derecho comunitario. Cuando la cláusula nacional de igualdad opera como vía de rectificación de dichas discriminaciones generadas de forma refleja por el Derecho comunitario (pero que no son incompatibles con el Derecho comunitario), estará actuando *a pari* como un cauce «nacional» (y no comunitariamente establecido) para que el Derecho interno asuma o reconozca determinados derechos estipulados por el ordenamiento comunitario. Veámoslo de forma un poco más detenida.

III.1. *Las «situaciones puramente internas» y las discriminaciones inversas comunitarias*

La no discriminación es, como hemos tenido ocasión de señalar, uno de los principios fundamentales del Derecho comunitario, el cual se concreta en la exigencia de que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado. Pero esta prohibición de discriminación, que aparece recogida en diversas disposiciones del TCE y consagrada en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, no es una prohibición que rijan sobre toda actuación del poder público de un Estado miembro, sino que tiene un ámbito de aplicación limitado. Como ya hemos señalado en otro lugar, según el TCE ese ámbito se identifica con el de la aplicación del Derecho comunitario (80), o según el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, con el de la esfera de aplicación delimitada por los Tratados de la CE y de la UE o por las competencias de la UE.

La prohibición comunitaria de discriminación, al igual que el resto del Derecho comunitario, sólo rige ante situaciones o supuestos fácticos que tienen algún vínculo efectivo de conexión con el ordenamiento comunitario, quedando así desprotegidas, por lo que al Derecho comunitario se refiere, aquellas situaciones o supuestos que caen fuera de su radio de acción. El Tribunal de Luxem-

(80) Véanse los artículos 12 y 13 TCE (*supra* el apartado II.2.1).

burgo ha señalado de forma reiterada que las normas del Tratado no pueden aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado (81). Y eso es lo que acontece precisamente con las llamadas «situaciones puramente internas» o supuestos fácticos que, al presentar todos los elementos del caso situados en el interior de un solo Estado, son identificados como situaciones desvinculadas de las libertades comunitarias o del mercado interior europeo y, en consecuencia, del Derecho comunitario. Tal y como destaca la doctrina, el fenómeno de las «situaciones puramente internas» es, en realidad, una construcción del TJCE encaminada a identificar los supuestos que resultan ajenos al Derecho comunitario y evitar que pueda ser invocado frente al Derecho nacional cuando no corresponde hacerlo (82). La situación puramente interna «es una forma de garantizar que los recurrentes no abusan del Derecho comunitario, y sobre todo que no eludan las normas nacionales en casos nacionales. Si tales normas plantean problemas de cara a los ciudadanos de ese Estado, éstos deberán acudir a sus cauces internos para juzgar la legalidad de la normativa, pero no podrán realizar un ejercicio bastardo del ordenamiento comunitario» (83).

(81) Véanse, por citar algunas SSTJCE al respecto: *Uecker y Jacquet*, de 5 de junio de 1997, asuntos acumulados C-64 y 65/96, apdo. 16; *Terhoeve*, de 26 de enero de 1999, C-18/95, apdo. 26; *Khalil y otros*, de 11 de octubre de 2001, asuntos acumulados C-95 y 98 y 180/99, apdo. 69; o *ITC*, de 11 de enero de 2007, C-208/05, apdo. 29.

(82) Cfr. D. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, págs. 206 y sigs.; del mismo autor, «Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 15, 2005, págs. 375 y sigs. Véanse igualmente A. DELLA CHÀ, «Challenge of internal rules on grounds of reverse discrimination: an open issue», *Commerzio Internazionale*, núm. 1, 2002, págs. 16 y sigs.; J. D. JANER TORRENS, «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa», *REDC*, núm. 14, 2003, págs. 305 y sigs.; M. POIARES MADURO, «The Scope of European Remedie: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination», en KILPATRICK, NOVITZ y SKIDMORE (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, págs. 117 y sigs.; N. SHUIBHNE, «Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?», *CMLR*, núm. 39, 2002.

(83) D. SARMIENTO, *Poder Judicial e Integración Europea*, op. cit., págs. 210. Cabe constatar, siguiendo a dicho autor, que el TJCE parece mucho más estricto en la definición de las situaciones internas cuando están en juego las libertades de circulación de personas (por ejemplo, cfr. los asuntos *Knoors*, de 7 de febrero de 1979, C-115/78, pág. 399; *Moser*, de 28 de junio de 1984, C-180/83, pág. 2547; *Steen I*, de 28 de enero de 1992, C-332/90, pág. 341; *Steen II*, de 16 de junio de 1994, C-132/93, pág. 2715, y *Peralta*, de 14 de junio de 1994, C-379/92, pág. 3453) que cuando debe identificarlas en asuntos en los que está en juego la libertad de circulación de mercancías (*Lancry*, de 9 de agosto de 1994, asuntos acumulados C-363 y 407-410/93, y *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, de 15 de diciembre de 1982, C-286/81).

No obstante esta virtualidad, la construcción comunitaria de las «situaciones puramente internas» lleva implícita, en ocasiones, el problema de generar determinadas situaciones discriminatorias. En efecto, el hecho de que la prohibición comunitaria de discriminación no rija en las situaciones puramente internas genera la posibilidad de que un Estado miembro pueda dar un tratamiento menos favorable a sus nacionales (que se encuentren en una situación puramente interna) en comparación con el que debe dar a los nacionales de otros Estados miembros o, incluso, con respecto al que da a los nacionales propios que estén ejerciendo alguna libertad comunitaria, generando lo que en el argot comunitario se conoce como una «discriminación inversa». Este tipo de discriminación surge como efecto o consecuencia de que el Estado miembro no asuma, respecto a sus propios nacionales (que no ejercen libertad comunitaria alguna), aquellas obligaciones que, en cuanto tal Estado miembro de la Comunidad, debe cumplir para con los ciudadanos comunitarios que ejercen las libertades fundamentales comunitarias. Aunque se trata de un efecto reflejo derivado del cumplimiento de las obligaciones comunitarias, la discriminación inversa aparece bajo el formato de una situación de trato desfavorable que un Estado miembro da a sus propios nacionales que se encuentran en una situación o relación ajena al ámbito de aplicación del Derecho comunitario (ámbito competencial retenido por los Estados) respecto de aquellos otros nacionales de ese mismo Estado o de otros Estados miembros que ejercen alguna libertad comunitaria [ámbito del Derecho comunitario y de actuación estatal en aplicación del mismo (84)]. Una situación ante la que aquel nacional discriminado no puede invocar el Tratado contra su propio Estado por tratarse de relaciones jurídicas no cubiertas por el Derecho comunitario. El Derecho comunitario protege al ciudadano comunitario (nacional o extranjero) que sea discriminado en el ejercicio de una libertad comunitaria (incluso si la discriminación se produce entre nacionales de un Estado miembro: nacional que recibe un trato menos favorable que otro por el hecho de haber ejercido una libertad), pero no a los nacionales que no ejercen ninguna libertad comunitaria respecto a aquellos (nacionales o extranjeros comunitarios) que sí la ejercen.

Los ejemplos son numerosos (85). Así, el que cabe deducir de la decisión del TJCE en el asunto *Aubertin y otros* cuando señala que el Derecho comuni-

(84) «The term “reverse discrimination” is normally used to refer to situations in which, as a result of the operation of Community law, citizens of one EC member State receive less favourable treatment than that afforded to citizens of other Member States» (E. CANNIZZARO, «Producing “Reverse Discrimination” Through the Exercise of EC Competences», *Yearbook of European Law*, 1997, pág. 29).

(85) Para una amplia descripción de los mismos, por ejemplo J. D. JANER TORRENS, «El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación...», *op. cit.*, págs. 313 y sigs.

tario no se opone a «[...] una normativa nacional que, para la explotación de un salón de peluquería, exige a los 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 posea dicho título» (86); otro ejemplo es el que se propala cuando el Tribunal de Luxemburgo no se opone a que Holanda deniegue la entrada y residencia en su territorio a un matrimonio de Surinam, cuyos hijos eran nacionales holandeses, debido a que éstos no se habían desplazado a ningún otro Estado miembro (87), lo cual acaba por generar una discriminación respecto de los parientes de los trabajadores comunitarios que ejerciesen la libre circulación de trabajadores; o piénsese en la discriminación que aparece cuando el mencionado Tribunal deniega a las cónyuges no comunitarias de dos nacionales alemanes el derecho a tener un contrato de duración indeterminada reconocido por el Reglamento 1612/68, y de esta forma la posibilidad de acogerse a una regulación más favorable que la prevista en la legislación alemana al respecto, por el simple hecho de que sus respectivos maridos alemanes no habían ejercitado ninguna libertad comunitaria (88); otro supuesto reciente es el que puede derivar del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, que lleva a cabo la transposición al derecho español de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (89), relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El hecho es que dicho Decreto, apartándose de la tendencia registrada al respecto por la normativa nacional precedente, desliga la reagrupación familiar de los ascendientes no comunitarios de los españoles del régimen comunitario (esto es, del que rige para los ascendientes de terceros Estados familiares de ciudadanos de la Unión), aplicándoles el régimen general de extranjería (90), haciendo que existan diferencias nada insignificantes entre ambos regímenes en lo que se refiere a las exigencias de tramitación relativas tanto a la entrada como

(86) De 16 de febrero de 1995, asuntos acumulados C-29 y 35/94, apdo. 13.

(87) STJCE *Morson y Jhanjan*, de 27 de octubre de 1982, asuntos acumulados C-35 y 36/82.

(88) STJCE *Uecker y Jacquet*, de 5 de junio de 1997, asuntos acumulados C-64 y 65/96.

(89) *DOUE* L 158, de 30 de abril de 2004, pág. 77.

(90) El Real Decreto 1099/1986, que venía a implementar por primera vez en España la normativa comunitaria sobre la libre circulación de personas, establecía que su contenido era también aplicable a los familiares no comunitarios de españoles, sujetándolos al régimen comunitario y no al de extranjería. Esta posición inicial se ha mantenido después en los sucesivos Reales Decretos hasta el mencionado Real Decreto 240/2007.

a la residencia, exigencias más desfavorables para el caso de los ascendientes no nacionales de los españoles (91), etc.

III.2. *El principio nacional de igualdad como mecanismo de corrección de las discriminaciones inversas comunitarias*

Lo descrito en el apartado anterior refleja claramente las desigualdades de trato que, de forma refleja, puede generar la aplicación del Derecho comunitario (de los derechos y pretensiones jurídicas reconocidas por el mismo), pero que no son contrarias al mismo. La jurisprudencia del TJCE que venimos señalando deja entrever de forma clara que los supuestos de discriminación inversa no son incompatibles con el Derecho comunitario, ya que se trata de supuestos que caen fuera del ámbito de aplicación del mismo. En consecuencia, es el Estado que discrimina a sus propios nacionales con motivo de sus obligaciones comunitarias el que se encuentra con la obligación de dar, en su caso (si tal discriminación no se encuentra justificada de forma objetiva y razonable por el Derecho constitucional interno), con la solución del problema (92) (sea a nivel legislativo o jurisdiccional), por cuanto lo contrario podría implicar vaciar de contenido el reconocimiento constitucional de la igualdad de trato.

Una mirada al Derecho comparado permite entrever, en este sentido, que los Tribunales nacionales de algunos Estados miembros han echado mano, en ocasiones, del principio de igualdad reconocido en sus respectivos ordenamientos constitucionales para entrar a corregir este tipo de discriminaciones, propiciadas indirectamente o de forma refleja por el Derecho comunitario, pero cuya existencia corre a cargo del ordenamiento interno. En la medida que el principio de igualdad actúe como límite o válvula para eliminar esas discriminaciones estará actuando al tiempo como un mecanismo o cauce de reconocimiento de derechos de los que carecía el ciudadano nacional de ese Estado (que se encuentra en una situación ajena al Derecho comunitario), a diferencia del ciudadano

(91) Al respecto, *in extenso*, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, «Dos cuestiones suscitadas por la transposición española de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: el régimen aplicable a los ascendientes de españoles y la extensión a las parejas registradas del concepto de “miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión”», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, págs. 913 y sigs.

(92) Valga ahora por todas la ya señalada STJCE *Uecker y Jacquet*, en cuyo apartado 23 se establece que «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 Estado».

comunitario que se encuentra en el ejercicio de una libertad comunitaria en el mismo (93). La igualdad como parámetro de enjuiciamiento de las discriminaciones inversas y de reconocimiento de derechos al vehicular la remoción de las mismas.

Existen diversos casos que vienen a ejemplificar esta potencialidad de la cláusula de igualdad. Un caso paradigmático es el reflejado por la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 30 de diciembre de 1997 (núm. 443) (94) que declara la inconstitucionalidad de la Ley de reguladora de la elaboración y comercialización de cereales, harinas, pan y pastas alimenticias por ser contraria al principio de igualdad. Conviene recordar de antemano que esta Ley había sido constatada como incompatible con el Derecho comunitario por parte del TJCE en el asunto *Glocken GmbH* (95) en cuanto a las pastas importadas en Italia, puntualizando que es la extensión de la Ley sobre Pastas Alimenticias a los productos importados lo que es objeto de controversia y *que el Derecho comunitario no exige al legislador que derogue la Ley por lo que respecta a los productores de pastas establecidos en territorio italiano* (96). La consecuencia de la decisión fue que el productor italiano se encontró en una situación desfavorable en comparación con el productor comunitario extranjero. Ante esta situación, la Corte Constitucional tuvo ocasión de conocer el caso en virtud de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juez nacional en relación a la conformidad de dicha Ley con el principio de igualdad nacional. La Corte, una vez reconocido que «la disparidad de tratamiento entre empresas nacionales y empresas comunitarias, si bien es irrelevante para el Derecho comunitario, no lo es para el Derecho constitucional italiano», entendió que «ausencia de una normativa uniforme en el ámbito comunitario, el principio de no discriminación entre empresas que actúan en el mismo mercado en relación de competencia opera, en la diversidad de la regulación nacional, como instancia de adecuación del Derecho interno al principio establecido en el Tratado en los artículos 30

(93) Como señala la doctrina, diversas Constituciones nacionales (España, Italia, Austria, Bélgica, Francia, etc.) prevén un derecho fundamental general a la igualdad que puede ser utilizado para rectificar los problemas de discriminación inversa (comunitaria) que pueden surgir en situaciones puramente internas. De este modo, por medio del Derecho constitucional nacional, algunos ciudadanos pueden llegar a disfrutar una protección equivalente a la que disfrutaban aquellos otros en virtud de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación (cfr., por ejemplo, E. SPAVENTA, «Comentario a la sentencia Schutzverband», *Common Market Law Review*, núm. 37, 2000, pág. 771, y P. EECKHOUT, «The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question», *op. cit.*, pág. 972).

(94) Cfr. *Corte Costituzionale. Decisioni della Corte*, 1997, págs. 3905 y sigs.

(95) SETJCE *Glocken GMBH*, de 14 de julio de 1988, C-407/85.

(96) STJCE *Glocken*, *ibidem*, pág. 25.

y sigs.; opera, por tanto, en el sentido de impedir que las empresas nacionales se vean gravadas con cargas y obligaciones que el legislador no pueda imponer a los productos comunitarios: *lo que equivale a decir que el juicio de igualdad reconocido por esta Corte no puede ignorar los efectos discriminatorios que la aplicación del Derecho comunitario es susceptible de provocar*» (97). En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de la Ley en cuestión. Otro ejemplo similar es el que presenta el Tribunal Constitucional austriaco a través de la Sentencia de 9 de diciembre de 1999 (G 42/99 y 135/99) (98), en la que se declara la incompatibilidad de la misma con el principio de igualdad constitucional por generar, en lo que se refiere al régimen de autorización de actividades profesionales, una situación desfavorable para el ciudadano austriaco con respecto a la que rige para el extranjero comunitario (quien, al respecto, se beneficiaba de una situación más ventajosa que aquél, sometido a la Ley en cuestión, en virtud de libre prestación de servicios comunitaria) (99). Por lo que se refiere al Derecho español, parece que es la STC 96/2002 la que inaugura de alguna forma, al nivel de la jurisprudencia constitucional, la idea de analizar las discriminaciones positivas en función de la cláusula de igualdad del artículo 14 CE. Se trata de una Sentencia que declara inconstitucional la disposición adicional octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, por entender que un régimen tributario que equiparaba a los extranjeros residentes en la CE con los residentes en los territorios forales, excluyendo así a los españoles no residentes en el País Vasco y Navarra, era discriminatorio (100).

(97) FJ 6 de la Sentencia de 30 de diciembre de 1997.

(98) *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001, págs. 219 y sigs.

(99) Para un análisis en profundidad de estos y otros casos similares véase D. SARMIENTO, «Discriminaciones inversas comunitarias...», *op. cit.*, págs. 388 y sigs.

(100) «Se coloca así a estos últimos en una situación de desventaja insuperable que degenera en discriminatoria, pues la consecuencia final es que la mayoría de los sujetos que intervienen en el mercado autonómico de referencia (residentes en dichos territorios forales y residentes en la Unión Europea que no lo sean en España) lo hacen ofreciendo bienes y servicios a precios con reducida o nula presión fiscal —lo cual mejora notablemente su posición competitiva en el mercado— mientras que otros se ven obligados a intervenir incorporando al precio de sus operaciones el coste fiscal correspondiente derivado de la aplicación de la normativa común» (STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 9). *In extenso*, sobre esta sentencia del Tribunal D. SARMIENTO, *ibidem*, espec. págs. 393 y sigs. Sobre la posición del Consejo de Estado y del Tribunal Supremo en materia de discriminaciones inversas S. IGLESIAS, «Dos cuestiones suscitadas...», *op. cit.*, espec. págs. 921 y sigs. Analizando, en concreto, cierta tendencia gradual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a equiparar el régimen jurídico de los extranjeros no comunitarios al de los extranjeros comunitarios a efectos del «orden público» como causa de expulsión: E. COBREROS MENDAZONA, «Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho comunitario: la reciente interpretación del orden público en la

Llegados aquí, es posible entender que el principio constitucional de igualdad tiene la virtualidad suficiente para jugar un papel significativo a la hora de corregir las discriminaciones inversas que carezcan de legitimidad o justificación constitucional objetiva y razonable. Lo lógico es que no se dé o no necesite articularse en muchos casos, pero la posibilidad existe. Y en la medida que así ocurra, esto es, en la medida que limite o impida una discriminación inversa, propiciando que el ciudadano nacional (que se encuentra en una situación ajena al Derecho comunitario) reciba por parte de su ordenamiento jurídico una protección equivalente a la que disfrutan en ese mismo Estado y ante una situación idéntica aquellos otros ciudadanos comunitarios (en virtud de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades de circulación), estará actuando al tiempo como un cauce o vía de reconocimiento de derechos de los que, de otro modo, no podría disponer. La tutela de la igualdad reconocida por el sistema constitucional interno se configura así como otro instrumento que activa y posibilita la incidencia del Derecho comunitario en la esfera ordinal interna formada por las competencias no atribuidas o retenidas por los Estados.

Por paradójico que resulte, toda esta dinámica viene, además, apoyada de forma reiterada y significativa por la jurisprudencia del TJCE. En efecto, dicho Tribunal viene aceptando, desde comienzos del siglo XXI, su competencia para responder a cuestiones prejudiciales que el Juez nacional le pueda plantear en relación a la resolución jurisdiccional nacional de situaciones puramente internas, siempre que la respuesta prejudicial pueda tener alguna «utilidad» para la resolución del caso. Se trata de una expansión de la competencia judicial que abarca también las cuestiones relativas a la resolución por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de las discriminaciones inversas (comunitarias) que surgen en esas situaciones puramente internas. Así, por ejemplo, en el asunto *Cipolla y otros*, caso en el que los hechos se circunscribían a Italia, el Tribunal de Justicia declaró que «al órgano jurisdiccional remitente le puede resultar útil una respuesta, en particular en el supuesto de que el Derecho nacional obligue, en un procedimiento como el del caso de autos, a conceder a un italiano los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un nacional de un Estado miembro distinto de la República Italiana que se halle en la misma situación» (101).

expulsión de extranjeros», *RAP*, núm. 156, 2001; A. ELVIRA PERALES, «Libertad de circulación y orden público en España», *Indret Constitucional*, núm. 2, 2008.

(101) De 5 de diciembre de 2006, asuntos acumulados C-94 y 202/04, apdo. 30. En el mismo sentido, con anterioridad, véanse las SSTJCE *Guimont*, de 5 de diciembre de 2000, C-448/98, apdos. 22 y 23; *Anomar y otros*, de 11 de septiembre de 2003, C-6/01, apdos. 39 a 41; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, de 30 de marzo de 2006, C-451/03, apdo. 20.

El (pen)último ejemplo de esta orientación jurisprudencial es la sentencia recaída en el asunto *Gouvernement de la Communauté Française* (102), que responde a una petición prejudicial de la *Cour d'Arbitrage* [actualmente *Cour Constitutionnelle* (103)] de Bélgica sobre la compatibilidad de un régimen de seguro de asistencia, como el establecido por la Comunidad flamenca (en favor de las personas cuya autonomía se encuentra reducida a causa de una incapacidad grave y prolongada), con diversas disposiciones del Reglamento núm. 1408/71 del Consejo (104) y con los artículos 18, 39 y 43 CE. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre varias entidades federadas del Reino de Bélgica, un litigio que enfrentaba al Gobierno de la Comunidad francesa y al Gobierno valón, por una parte, con el Gobierno flamenco, por otra parte, en relación con las condiciones de afiliación del citado régimen de seguro de asistencia. Lo que los Gobiernos demandantes invocaban, *inter alia*, era que dicho régimen (105) viola la normativa comunitaria arriba mencionada, puesto que, al *exclure* del citado régimen de asistencia a aquellas personas que, aunque trabajasen en la Región neerlandesa o en la Región bilingüe de Bruselas capital, *residan* dentro del territorio nacional pero fuera del territorio de esas dos regiones, se configura como una medida restrictiva que constituye un obstáculo a la libre circulación de personas (106). Así las cosas, el Tribunal belga planteará la petición prejudicial preguntando, entre otras cosas, si la normativa comunitaria debe interpretarse en el sentido de que se opone a la exclusión que configura el régimen de seguro de asistencia flamenco. Y el TJCE, una vez analizado el fondo de la cuestión, concluirá que, en efecto, el Derecho comunitario se opone

(102) De 1 de abril de 2008, C-212/06.

(103) Tras la enmienda de la Constitución belga de 7 de mayo de 2007 para modificar el nombre de dicho órgano jurisdiccional (*Moniteur belge* de 8 de mayo de 2007, págs. 25101-25102).

(104) Reglamento de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (*DO L* 149, p. 2; *EE* 05/01, p. 98), modificado en numerosas ocasiones, la última mediante el Reglamento (CE) núm. 629/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006 (*DO L* 114, p. 1).

(105) Decreto de 30 de marzo de 1999 por el que se instauraba el mencionado seguro de asistencia (*Moniteur belge* de 28 de mayo de 1999, pág. 19149) en la versión resultante de la modificación al mismo efectuada por el Decreto de 30 de abril de 2004 (*Moniteur belge* de 9 de junio de 2004).

(106) Dicho de forma más detallada, la normativa flamenca limita la afiliación al seguro de asistencia (y el correspondiente beneficio de las prestaciones previstas en ella) a los residentes en el territorio en el que tiene competencia la entidad flamenca y a quienes ejercen en dicho territorio una actividad profesional y residen en otro Estado miembro, de manera que excluye de ese régimen a quienes igualmente ocupan un puesto de trabajo en la citada entidad, pero residen en el territorio de otra entidad federada del mismo Estado.

a dicha exclusión, pero habiendo realizado con carácter previo una afirmación que interesa resaltar por cuanto confirma la línea jurisprudencial de la que veníamos hablando. El Tribunal observará que la exclusión no sólo afecta a los extranjeros comunitarios que trabajen en la región de lengua neerlandesa o en la bilingüe de Bruselas capital pero residan en otro lugar de Bélgica (situación que entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario en razón del ejercicio del derecho a la libre circulación), sino que concierne también a los nacionales belgas que, trabajando en esas regiones pero residiendo en otras partes del territorio belga, no han ejercido nunca su libertad de circulación intracomunitaria (situación puramente interna). Y el hecho es que ante ello, y pese a reconocer, una vez más, que el Derecho comunitario no se extiende sobre situaciones que no tienen ninguna conexión con el mismo y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado (situaciones puramente internas) (107), señalará, «no obstante, que la interpretación de disposiciones del Derecho comunitario *puede resultar útil al órgano jurisdiccional nacional, incluso ante situaciones calificadas de puramente internas, en particular en el supuesto de que el Derecho del Estado miembro de que se trate exija que todo nacional de dicho Estado disfrute de los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un nacional de otro Estado miembro en una situación que dicho órgano jurisdiccional considere comparable*» (108).

RESUMEN

La proyección del Derecho comunitario sobre el ordenamiento jurídico interno es una proyección que abarca aquella esfera material nacional delimitada por las competencias atribuidas a las Comunidades, y se articula a través de la aplicación estatal de la normativa comunitaria. No obstante, en determinadas ocasiones, el Derecho comunitario llega a incidir también sobre la esfera interna delimitada por las competencias no atribuidas o retenidas por los Estados, una esfera que *a priori* se encuentra fuera del radio de acción propio del Derecho comunitario. Esta incidencia *ultra vires* del Derecho comunitario puede producirse por diversas vías o cauces, entre las que se encuentra la tutela de la igualdad de trato. El presente artículo trata de describir, precisamente, la influencia de carácter «comunitarizante» que ejerce la tutela del principio de igualdad sobre aquella parte del ordenamiento interno que es «ajeno» a la aplicación del Derecho comunitario, una influencia que consiste, dicho ahora de forma resumida, en obligar a

(107) *Ibidem* (C-212/06), apdo. 39.

(108) *Ibidem*, apdo. 40 (donde se invocan, como jurisprudencia precedente al respecto el auto de 17 de febrero de 2005, *Mauri*, C-250/03, apartado 21, y la ya citada sentencia *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 29). Énfasis añadido.

los Estados a reconocer o a asumir una serie de contenidos normativos comunitariamente establecidos, particularmente derechos subjetivos.

PALABRAS CLAVE: Derecho comunitario. Aplicación interna del Derecho comunitario. Igualdad de trato. Prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad. Discriminación inversa.

ABSTRACT

The projection of Community Law over the internal legal order is a projection that covers that national substantive sphere which is delimited by the powers attributed to the Communities and which is articulated through the national application of Community provisions. However, sometimes, Community Law does affect the internal sphere delimited by powers which were not transferred to the Communities, and so it is a sphere which *a priori* is meant to be outside the scope of Community Law. This *ultra vires* influence of Community Law can be produced by means of different ways or channels, among which it is the protection to equal treatment. This article deals with the description of this sort of communitarizing influence that the protection of the principle of equality produces in that part of domestic legal order which is beyond the application of the Community Law. That influence lies in compelling States to recognize or accept a series of normative contents set up by Community law, in special subjective rights.

KEY WORDS: Community Law. National application of community Law. Equal treatment. Prohibition of discrimination on grounds of nationality. Reverse discrimination.

