

# LA IGUALDAD EN EUROPA

Alberto Vespaziani\*

Traducido del italiano por Juan Francisco Sánchez Barrilao

## SUMARIO

- 1.- Premisa.
- 2.- El tenor gramatical del artículo II-80 del Tratado Constitucional.
- 3.- Modelos de igualdad en el Derecho internacional.
- 4.- El Derecho de la Unión.
- 5.- Un catálogo de previsiones gramaticales del Tratado constitucional en materia de igualdad y no discriminación.
- 6.- Conclusiones.

## 1. PREMISA

El principio de igualdad es un requisito esencial del Estado constitucional democrático contemporáneo. ¿Pero cuál es su estado de salud en el ordenamiento jurídico europeo, en vías de fatigosa constitucionalización? El artículo II-80 del Tratado constitucional incorpora el artículo 20 de la Carta de Niza de Derechos Fundamentales; sin embargo, mientras ésta ha sido solemnemente proclamada en el 2000 por los Gobiernos de los Estados miembros, aquél se ha visto solemnemente rechazado en el 2005 por los ciudadanos franceses y holandeses. Desde el punto de vista normativo se trata, así, de una disposición gramatical que es por sí carente de auténtica eficacia vinculante respecto a las instituciones comunitarias, y que, ciertamente, no puede ser invocada ante los Tribunales europeos si no es para

---

\* Profesor asociado de Derecho público comparado. Universidad de Molise.

integrar la interpretación de otras fuentes normativas, esparcidas entre muchas disposiciones de los Tratados y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como noción de contenido variable, el principio de igualdad es susceptible de múltiples interpretaciones, infinitas posibilidades de aplicación e ilimitadas combinaciones con otras disposiciones normativas. La característica principal de tal principio es, pues, una elevada indeterminación que requiere de interpretación, aplicación y relación para encontrar concretización jurídica. Todo ello constituye naturalmente una ventaja para el Derecho constitucional europeo, necesitado de cláusulas abiertas, de normas con contenido deontológico (prescribiendo más de lo que una simple regla es capaz) que abran horizontes constitucionales y puedan ser no sólo instrumentos técnicos a disposición de los juristas, sino también objeto de inspiración y participación emotiva para los ciudadanos europeos y para todos los hombres que se encuentren dentro del espacio jurídico europeo.

Como principio constitucional la igualdad debería ser tanto una norma jurídica capaz de limitar y disciplinar el ejercicio del poder de las instituciones comunitarias, como un objetivo a alcanzar por los poderes públicos europeos y por los ciudadanos que se reconocen en la común pertenencia a una aspiración constitucional. Mas, el estado actual (2005) del principio de igualdad en Europa es motivo tanto de entusiasmo textual como de desencanto normativo.

La igualdad padece, sobre todo, la paradoja de la ubicuidad: está presente en todas las partes del ordenamiento jurídico europeo (empezando por el artículo 1-2, que incluye a la igualdad –junto a la no discriminación y la paridad entre mujeres y hombres– entre los valores fundantes de la Unión) y, sin embargo, no es posible derivar de ello una definición conceptual unívoca. Éste no es, desde luego, el objetivo de este breve comentario; la doctrina constitucional europea no necesita de ninguna iniciativa formalista que proponga o imponga una definición sistematizadora de la igualdad. Justamente porque es susceptible de múltiples interpretaciones, el principio de igualdad muestra entre sus características una extraordinaria capacidad iusgenerativa, en ningún caso susceptible de ligar, ni por el más elegante y erudito jurista, en red alguna conceptual, cerrada y ordenada.

En la búsqueda de un itinerario narrativo capaz de poner en evidencia la dimensión constitucional de la igualdad en la esfera jurídico-pública europea, propongo alejarnos de perspectivas de tipo dogmático que aspiran a encontrar “la” justa definición de la “verdadera” igualdad; el impulso cosificador de la formalización oscila, en efecto, entre una rígida realidad normativa y el caos de la vida, presentado como si fuese una continua violación de las

reglas del Derecho. De este modo, el discurso del jurista persigue una legitimación social y tecnocrática –¡el interés epistémico por el poder no es nunca neutral!–, que termina por alejar al ciudadano no jurista de la identificación emotiva con las aspiraciones constitucionales.

Antes de ser un principio jurídico, la igualdad es pues un principio de naturaleza social y moral, que se traduce después en reglas normativas. Su fundamento histórico es el rechazo de la sociedad basada en el privilegio y el arbitrio; su base valorativa es la convicción interiorizada de la igual dignidad humana de todos.

Una investigación comparativo-diacrónica puede ilustrar la genealogía y el desarrollo histórico del principio de igualdad, mas está fuera del alcance de este escrito y de las capacidades de quien se ha afanado en componerlo. No obstante, un análisis comparativo-sincrónico puede ofrecer una visión panorámica sobre la efectiva relevancia de la igualdad en la cultura jurídica europea actual.

La doctrina jurídica europea es una ciencia cultural que se ocupa de una disciplina que contribuye a formar. Después de las primeras incertidumbres sobre la identificación de la naturaleza del constitucionalismo post-nacional y supra-estatal, hoy el paradigma dominante en la interpretación del Derecho constitucional de la Unión Europea es el “multilevel constitutionalism”. Es tan amplio este filón hermenéutico que procedo desde éste a la discusión de los niveles gramaticales en los que se articula el principio de igualdad en el Derecho europeo: primero, analizando el tenor gramatical del artículo 80; luego, examinando algunos modelos de igualdad expresados por el Derecho internacional publico general; y, consecuentemente, examinando algunas previsiones normativas actualmente vigentes en el Derecho de la Unión Europea. A continuación, presento un balance de los desarrollos jurisdiccionales en las decisiones de la Corte de Luxemburgo, para concluir con la discusión de algunas propuestas avanzadas por la doctrina para la reconstrucción de los modelos normativos y operativos del principio de igualdad en el Derecho constitucional de la Unión Europea.

## 2. EL TENOR GRAMATICAL DEL ARTÍCULO II-80 DEL TRATADO CONSTITUCIONAL

El artículo II-80 contiene una afirmación típica del constitucionalismo liberal. Si se pudiera aislar tal artículo del resto del Tratado constitucional (desde ahora TC), se podría argumentar que éste prevé solamente un criterio formal de igualdad. Sin embargo el Título III de la Carta de los derechos de la Unión Europea, dedicado a la igualdad, al igual que el IV en torno

a la solidaridad, contiene una serie de normas que delinean un modelo social en el que el principio de igualdad muestra también su lado material. Pero, veamos más de cerca las palabras que ilustran la proposición de la igualdad en la cultura jurídica europea: “Todas las personas son iguales ante la ley”. La formulación gramatical del principio de igualdad resulta feliz, mas algunas perplejidades surgen tras una consideración más profunda, que supere el nivel meramente literal de la interpretación.

“Todas las personas” es una enunciación harta inclusiva, al cubrir tanto a las personas físicas como a las jurídicas (no es “todos los individuos”). Además, es una formulación que a primera vista parece no conectar con el paradigma de la ciudadanía (no es “todos los ciudadanos”). Una interpretación literal que ignorase el contexto sistemático y las otras normas contenidas en el TC podría abandonarse a fáciles entusiasmos ante la superación de la distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano. Sin embargo el constructivismo estrecho (o el “clause bound interpretivism”, como lo llaman los estadounidenses), es una aproximación hermenéutica ciega a la concreta realidad normativa, y sólo es defendible desde una actitud puramente ideológica. En la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales, el TC reafirma derechos, pero también consolida distinciones. De una parte, el TC se basa en el reconocimiento de la inviolabilidad de la dignidad humana, y por lo tanto del valor intrínseco de cada uno, con un lenguaje cuya comprensión recuerda las expresiones usadas en los Tratados internacionales sobre derechos humanos. De otra parte, sin embargo, el TC prevé una distinción fundamental entre los derechos y los deberes de todos, y, aparte, los derechos reservados a los ciudadanos europeos. La distinción entre ciudadanos de la Unión y extracomunitarios (o ciudadanos de países terceros) es funcional a la creación de dos esferas bien distinguidas de derechos reconocidos y de dos modalidades bien diversas de pertenencia y participación en la formación de la vida democrática de la Unión. El artículo II-10 es el “reality check” que apaga los entusiasmos emancipadores del artículo II-80. Como argumentaré más adelante, la distinción entre europeos y no europeos se propone, pues, como fuente de desigualdad legal, justo en una fase histórica en la que en Europa vuelven a emerger miedos identitarios y fundamentalismos ideológicos que alimentan preocupantes fenómenos de racismo e intolerancia. Por otra parte, es el mismo Derecho de la Unión Europea el que admite que el trato diferenciado de los ciudadanos europeos y de los que tienen la nacionalidad de terceros Estados, en ausencia de legislaciones o acuerdos específicos de asociación o cooperación atributiva de específicos derechos para algunas categorías

de extracomunitarios, sea un elemento legítimo de las políticas comunitarias.<sup>1</sup>

“Todas las personas son iguales ‘ante’ la ley”: aquí la alusión evoca una separación entre una parte constituida por los ciudadanos europeos, y otra por la ley europea. La distinción sugerida está también entre una subjetividad humana y una objetividad imperativa. Una inquietante ironía literaria podría reenviar al célebre juego kafkiano del individuo paciente ante la puerta cerrada de la ley. Pero la complejidad multilingüística de la Unión Europea también es fuente de riqueza en traducciones. No habiendo una lengua oficial de la Unión, y siendo las lenguas de los Estados miembros iguales por dignidad, algunos contextos culturales revelan sutiles diferencias lingüísticas, implicando diversos horizontes. Entre las lenguas que conozco, y por tanto que puedo analizar, he advertido cómo la formulación española dice “Todas las personas son iguales ‘ante’ la ley”; la italiana, “Tutte le persone sono eguali ‘davanti’ alla legge”; la alemana, “Alle Personen sind ‘vor’ dem Gesetz gleich”; la inglesa, “Everyone is equal ‘before’ the law”; pero la francesa dice “Toutes les personnes sont égales ‘en’ droit”. Por una extraña paradoja la versión francesa semeja corresponder mejor que las otras a los ideales universalistas y cosmopolitas que alimentan el sueño de la Unidad Europea. Además, es la formulación que más se aleja de la interpretación dicotómica de la relación entre subjetividad jurídica y función legislativa, tal como quedara cristalizada en la clásica formulación de Sieyès: “imagino a la ley en el centro de una esfera inmensa; todos los ciudadanos sin excepción ocupan un puesto igual y a la misma distancia sobre la circunferencia, todos dependen igualmente de la ley, todos le confían proteger su libertad y propiedad; éstos son para mí los ‘derechos comunes’ de los ciudadanos, en virtud de los cuales se asemejan todos”.<sup>2</sup>

La fórmula de la igualdad en derechos, en vez de ante la ley, sugiere una visión participativa del ejercicio de los derechos, lo que no es objetivo e independiente de las luchas por su reconocimiento, ni del proceso de formación de la identidad cultural a la que los constitucionalistas acostumbran a dar el nombre de integración social.

“Todas las personas son iguales ante la ‘ley’”: también aquí la versión francesa muestra una interesante variante. Las personas son iguales en el derecho (“en droit”), en el recíproco reconocimiento de derechos fundamen-

---

<sup>1</sup> Causa C-237/91 *Kus v. Landeshauptstadt Wiesbaden* [1992]; causa C-355/93 *Eroglu* [1994]; causa C-12/86 *Demirel v. Stadt Schwabisch Gmund* [1987].

<sup>2</sup> E. SIEYÈS, *Che cos'è il terzo stato?*, Roma, 1989, p. 207.

tales que les permite afirmar la propia dignidad, de desarrollar la propia personalidad y de participar en la formación del discurso público. No son meramente iguales ante el mandato imperativo del legislador. De otra parte, una interpretación literal que confinara la operatividad del principio de igualdad a la sola ley europea en sentido estricto, tal como está prefigurada por el artículo I-33.1 (apartado 2º), sería abiertamente absurda. La expresión “ley”, que aparece en numerosas versiones del art II-80 ha de entenderse, así, como comprensiva de todos los actos jurídicos de la Unión Europea y, consecuentemente, asimilados a los actos-fuentes, a la jurisprudencia de los Tribunales europeos (Luxemburgo y Estrasburgo), y a las tradiciones constitucionales comunes en base al artículo I-9. Desde este punto de vista, el Derecho de la Unión sugiere una relación de comunicación-recepción con la historia de la interpretación del artículo 20.3 de la Ley Fundamental alemana, y a su clarividente distinción entre “Gesetz” y “Recht”.

### 3. MODELOS DE IGUALDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La narración de la relevancia jurídica del principio de igualdad en la cultura jurídica, que expresa el TC, se traslada ahora desde el nivel del análisis gramatical de la norma hacia el análisis tipológico de su codificación en algunos Tratados internacionales. En el Derecho internacional público general, de hecho, las previsiones normativas relativas a la igualdad pueden seguir tres modelos fundamentales: el modelo autónomo, el contingente y el de autorización<sup>3</sup>.

En el modelo “free-standing”, el principio de igualdad es autónomo y capaz por sí (es decir, sin el auxilio de otras reglas) de generar derechos y obligaciones. Ésta es la encarnación más eficaz de la norma sobre la prohibición de discriminación y puede ser aplicada horizontalmente a los otros derechos previstos por el documento que los contiene. Puede disciplinar los actos y las omisiones de las partes contrayentes y puede incluso, en algunos casos, aplicarse a las acciones de actores privados (la llamada “Drittwirkung”).

En el modelo “contingency”, el principio de igualdad restringe su campo de aplicación, y se presenta como una norma sobre la prohibición de discriminación que se aplica solamente a los otros derechos previstos por el

---

<sup>3</sup> S. McINERNEY, “Legal Protection Against Discrimination Based On Racial and Ethnic Origin Under European Union Law – Necessary but not Sufficient?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 2003, Vol. 6, pp. 3-43.

documento “madre”; no es pues una previsión general capaz de engendrar obligaciones autónomas, sino un principio que sólo se aplica horizontalmente.

El modelo “enabling” simplemente enumera las modalidades discriminatorias con el fin de otorgar a algunos sujetos o instituciones designadas el poder de actuar para remover los tipos discriminatorios enumerados. Es así solamente una base legal para acciones futuras, una fuente de legitimación del ejercicio del poder público, pero carente de la potencia y de la fuerza normativa de un principio autónomo.

El Derecho internacional contiene una serie de ejemplos que se inspiran en el modelo “free standing”. El Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966, por ejemplo, reconoce los derechos iguales e inalienables tal como están proclamados en la Carta de Naciones Unidas, y el artículo 26 establece tanto una prohibición general de discriminación, como de obligaciones positivas: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Otro vigoroso ejemplo que proviene del contexto del Derecho internacional es el establecido por el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando dice: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

También el Convenio número 111 de la OIT contiene un principio autónomo de igualdad que impone a los Estados contrayentes obligaciones positivas a fin de tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos enunciados. El Convenio contiene una disposición general sobre la discriminación en el artículo 1.1.a, definiéndola así: “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial prevé en el artículo 2.1.d que “cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones”.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), tal como resultó modificado por el protocolo 11, representa un ejemplo del modelo contingente. En efecto, en el artículo 14 se prevé que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Sin embargo, una expresión particularmente eficaz del modelo autónomo de igualdad es la contenida en el artículo 1 del Protocolo 12 del CEDH, según el cual: “el goce de todo derecho establecido por la ley será garantizado sin discriminación de ningún tipo cualquiera que sea el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, orígenes nacionales o sociales, asociación con minorías nacionales, propiedad, nacimiento u otro status”.

En el Derecho de la Unión Europea el principio de igualdad es expresado a veces según el modelo autónomo, y otras según el contingente o el de autorización. Para orientar la interpretación del texto del artículo II-80 del TC, me ocupé del reconocimiento de algunas concreciones del principio de igualdad en el Derecho vigente de la Unión Europea.

#### 4. EL DERECHO DE LA UNIÓN

Durante medio siglo el Derecho de la integración europea ha logrado operar con ausencia de norma escrita que sancione el principio de igualdad. Con todo, hoy, y ante la naturaleza meramente declarativa de la Carta de Niza y tras el rechazo opuesto por los ciudadanos franceses y holandeses a la ratificación del TC, el Derecho de la Unión Europea continúa privado de una disposición escrita sobre la igualdad. Las razones de tal ausencia son múltiples y las interpretaciones ofrecidas acerca de la pereza del gran legislador comunitario van desde el pesimismo marxista, que ve en el Derecho comunitario la victoria del capitalismo neoliberal, interesado en facilitar la libre circulación de las mercancías y los capitales y a reforzar las desigualdades entre personas y clases sociales<sup>4</sup>, a visiones más optimistas, que ven en la evolución jurisprudencial del principio de no discriminación un “spill over” normativo conforme al cual los fundamentos económicos de las li-

<sup>4</sup> V. G. FERRARA, “Dell'eguaglianza”, en M. LUCIANI (a cargo de), *La democrazia alla fine del secolo*, Bari, 1994, pp. 27 y ss.



bertades de circulación acaban abrazando las bases constitucionales y políticas de las iguales libertades fundamentales de los ciudadanos europeos.<sup>5</sup>

A continuación ofrezco un análisis literal de las previsiones normativas contenidas en el TC y sus derivaciones en normas vigentes contenidas en los Tratados que disciplinan el funcionamiento de los organismos comunitarios. En el texto del Tratado los principios de no discriminación e igualdad son usados de modo fungible, como sinónimos. El propio Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de aclarar que las diversas modalidades discriminatorias y las diferenciaciones técnicas de las sub-categorías deben ser interpretadas como específicas enumeraciones detalladas del principio general de igualdad.<sup>6</sup>

## 5. UN CATÁLOGO DE PREVISIONES GRAMATICALES DEL TRATADO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El TC, en los artículos III-123 y III-124 prevé la posibilidad que por ley o por ley marco europea se discipline la prohibición de las discriminaciones en base a la nacionalidad, además de las medidas necesarias para combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones personales, discapacidad, edad u orientación sexual. En tal caso el Consejo debe decidir por unanimidad, previa aprobación del Parlamento europeo. Y, efectivamente, el Consejo ha adoptado una serie de medidas, todas de “soft law”, sobre la materia.<sup>7</sup> Esta naturaleza “blanda” de la normatividad no ha olvidado, sin embargo, definir estándares y generar expectativas.

La prohibición de discriminación también está contenida en numerosas disposiciones del Tratado constitucional. Ante todo, con respecto a la regu-

---

<sup>5</sup> En la jurisprudencia comunitaria interpretaciones en tal sentido se encuentran en EC Cause riunite 117/76 y 16/77, *Ruckdeschel v. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen* [1977] ECR 1753, para. 7; C-122/95, *Germany v Council* [1998] ECR I-973, par. 62, y en C-364/95 y C-365/95, *T. Port v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [1998] ECR I-1023, para. 81. Con referencia al artículo 12 (ex artículo 6) EC, *Case C-29/93, Pastoors and Trans-Cap v Belgian State* [1997] ECR I-285, par. 14.

<sup>6</sup> Causa 1/72, *Frilli v. Belgio*, [1972] Racc. 457, para. 19; *Royal Scholten-Honig (Holdings) Ltd. V. Intervention Board for Agriculture Produce* [1978] Racc. 2037, para. 26.

<sup>7</sup> Vid. Directiva del Consejo 2000/43/EC, de 29 de junio de 2000, en OJ L180/22; Directiva del Consejo 2000/78/EC, de 27 de noviembre de 2000, en OJ L303/16; Decisión del Consejo 2000/750/EC, de 27 de noviembre de 2000, en OJ L303/23; Decisión del Consejo 2001/51/EC, de 20 de diciembre de 2000, en OJ L17/22.

lación del mercado interior, el artículo III-155 (ex artículo 31 CE) en su primer inciso prevé que “los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros de las condiciones de abastecimiento y de mercado”.

Una prohibición de discriminación en materia fiscal está prevista en el artículo III-170, según el cual “ningún Estado miembro gravará directa o indirectamente los productos de los demás Estados miembros con tributos internos, cualquiera que sea su naturaleza, superiores a los que graven directa o indirectamente los productos nacionales similares”.

Como corolario de la libertad de los trabajadores de circular libremente dentro de la Unión, el artículo III-133 (artículo 39 TCE) prohíbe “toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”.<sup>8</sup>

El artículo III-137 (artículo 43 TCE) veta además “las restricciones a la libertad de establecimiento de los ciudadanos de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro”. A ello se suma la previsión del artículo III-149 (artículo 54 TCE), según el cual “en tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, los Estados miembros las aplicarán sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios [...]”.

Por cuanto concierne a la circulación de capitales, el artículo III-156 (artículo 56 TCE) prohíbe “las restricciones tanto a los movimientos de capitales como a los pagos entre Estados miembros y terceros países”. A tal prohibición general de discriminación el TC añade, sin embargo, una cláusula de flexibilidad que permite la diferenciación de disciplina jurídica; el artículo III-158 (artículo 58 TCE) especifica, en efecto, que “el artículo III-156 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre los contribuyentes cuya situación difiriera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital”.

En materia de transportes y competencia el TC contiene también algunas normas relativas a la no discriminación. Ante todo, el artículo III-237 (artículo 72 TCE) prevé que “hasta la adopción de ley o ley marco europea contemplada en apartado 2 del artículo III-236, y salvo que el Consejo adopte

---

<sup>8</sup> El Reglamento Núm. 1612/68 ha ampliado y especificado tales previsiones.

por unanimidad una decisión europea por la que se conceda una excepción, ningún Estado miembro podrá hacer que las diferentes disposiciones que estuvieran regulando esta materia el 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adheridos, en la fecha de su adhesión, produzcan efectos [...]”. Además, el artículo III-240 (artículo 75 TCE) veda en el tráfico interno de la Unión “las discriminaciones que consistan en la aplicación por un transportista, por las mismas mercancías y las mismas relaciones de tráfico, de precios y condiciones de transporte diferentes en razón del Estado miembro de origen o destino de los productos transportados”. En el campo del derecho de la competencia los artículos III-161 (artículo 81 TCE) y III-162 (artículo 82 TCE) comparten la prohibición de acciones que consistan en “aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva”.

La igualdad de género es, probablemente, el sector del Derecho europeo en el que el principio de discriminación se ha desarrollado más, tanto del punto de vista normativo, como del jurisprudencial y doctrinal. El “*acquis communautaire*” de la legislación anti-discriminatoria está constituida por un nutrido número de actos normativos<sup>9</sup>. Con carácter general, el principio de la igualdad entre mujeres y hombres es proclamado entre los objetivos de la Unión por el artículo I-3 TC, siendo precisado por el artículo II-83, que también prevé la posibilidad de acciones positivas: “la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide al mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

El principio de igualdad se encuentra, pues, diseminado en multitud de previsiones normativas con diversos niveles de generalidad. Desarrolla, por tanto, distintas funciones en diversas áreas del Derecho de la Unión. En el campo del derecho de la libre circulación y del mercado interior aporta una garantía mínima para la apertura del mercado y la competencia leal. Aquí la igualdad desarrolla la función instrumental de garantizar el logro de los fines

---

<sup>9</sup> Directiva del Consejo 75/117/EEC, de 10 de febrero de 1975, en OJ L45/19; Directiva del Consejo 76/207/EEC, de 9 de febrero de 1976, en OJ L39/40; Directiva del Consejo 79/7/EEC, de 19 de diciembre de 1978, en OJ L6/24; Directiva del Consejo 86/378/EEC, de 24 julio de 1986, en OJ L225/40 (modificada por la Directiva del Consejo 96/97/EC, de 20 de diciembre de 1996, en OJ L46/20); Directiva del Consejo 86/613/EEC, de 11 de diciembre de 1986, en OJ L359/56; Directiva del Consejo 92/85/EEC, de 19 octubre de 1992, en OJ L348/1; Directiva del Consejo 97/80/EC, de 15 de diciembre de 1997, en OJ L14/6; Directiva del Consejo 96/34/EC, de 3 de junio de 1996, en OJ L145/4; Directiva del Consejo 97/81/EC, de 15 de diciembre de 1997, en OJ L14/9.

económicos de la integración de los mercados a través de la aplicación de normas que prohíben la discriminación de productos, servicios, personas, inversiones y sociedades anónimas.

En el campo del Derecho de la competencia el principio de igualdad también desarrolla la función típicamente constitucional de limitar la amplitud del ejercicio de los poderes discrecionales. Típica expresión de esta función son las reglas previstas por los arts. III-161 (artículo 81 TCE) “serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior [...]”, y III-162 (artículo 82 EC) “será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante sobre el mercado interior o en una parte sustancial del mismo [...]”.

En las esferas socio-económicas y socio-culturales, en cambio, el Tribunal de Justicia ha elevado el principio de igualdad, de principio funcional de no discriminación a auténtica fuente de derechos fundamentales<sup>10</sup>. Con una jurisprudencia de tipo constitucional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha configurado al principio de igualdad como uno de los principios generales del Derecho comunitario<sup>11</sup>, conforme al cual se impide que situaciones parecidas sean tratadas de modo diferente y que situaciones diferentes sean tratadas de modo igual<sup>12</sup>, salvo en el caso de que la disparidad de trato esté objetivamente justificada.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Causa 43/75, *Defrenne v Sabena* (Defrenne No 2) [1976] ECR 471, para. 9. Causa 149/77, *Defrenne v Sabena* (Defrenne No 3) [1978] ECR 1365, paras. 26-27; Causas riunite 75/82 y 117/82, *Razzouk and Beydoun v Commission* [1984] ECR 1509, para. 16; Causa C-13/94, *P. v S. and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143, para. 19; Causa 293/83, *Gravier v City of Liège* [1985] ECR 593; Causa 39/86, *Lair v Universität Hannover* [1988] ECR 3161; Causa C-357/89, *Raulin v Minister van Onderwijs en Wetenschappen* [1992] ECR I-1027; Causa 186/87, *Cowan v Trésor Public* [1989] ECR 195; Causa C-85/96, *Martínez Sala v. Freistaat Bayern* [1998] ECR I-2691, paras. 60-65.

<sup>11</sup> Causa 283/83 *Racke v. Hauptzollamt Mainz* [1984] Racc. 3791; causa 15/95 *EARL de Kerlast v. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) e Coopérative du Trieux* [1997] Racc. I-1961; causa 292/97, *Karlson* (13 aprile 2000); Causa C-442/00, *Caballero v. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, [2003] IRLR 115, para. 32.

<sup>12</sup> *Sermide SpA v. Cassa Conguaglio Zuccheri e altri*, causa 106/83. 1984 Racc. 4209, punto 28. Véase también la opinión del Abogado General Van Gerven depositada el 15 de septiembre de 1993, *Koinopraxia Enoseon Georgikon Synetairismon Diacheir iseos Enchorion Proionton Syn. PE (KYDEP)* vid. *Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, causa C-146/91, 1994 Racc. I-4199.

<sup>13</sup> Vid. por ejemplo la causa C-189/01 *Jippes e altri* 2001 Racc. I-5689, para 129, y la

Desde otras perspectivas<sup>14</sup> se ha evidenciado que el desarrollo del principio de igualdad está dirigido a aumentar los problemas concernientes al equilibrio de los intereses por vía judicial. Mientras que, por una parte, podría aumentar la tasa de arbitrariedad e imprevisibilidad de las decisiones del poder jurisdiccional; por otra, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podría ser el terreno de encuentro de muchas concepciones de los principios de razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad<sup>15</sup>, las cuales, tal como habían sido desarrolladas en las jurisdicciones constitucionales nacionales, pretenden ahora ser traducidas a nivel europeo. Sin embargo, la expansión del principio de igualdad y la irrupción de la nueva retórica de la ponderación entre valores contrapuestos no son respuestas hermenéuticas que se deban a la sensibilidad de los miembros de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución europea, sino el reflejo de la transformación en sentido pluralista de las pretensiones de reconocimiento de las instancias sociales fundamentales que animan las sociedades europeas<sup>16</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El principio de igualdad se encuentra enunciado y presupuesto en una multitud de niveles, fuentes normativas y decisiones jurisprudenciales del Derecho de la Unión Europea. Mas, la función constitucional de garantizar la paridad de los derechos fundamentales se encuentra gravemente comprometida desde la reafirmada y neta separación entre derechos de los ciudadanos europeos y derechos de los extracomunitarios<sup>17</sup>. La previsión de

---

causa C-149/96 *Repubblica portoghese v. Consiglio dell'Unione europea* 1999 Racc. I-8395, para. 91.

<sup>14</sup> Por todos vid. F.G. JACOBS, "An Introduction to the General Principle of Equality in EC Law", en A. DASHWOOD y S.O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, London, 1997, p. 8 y S. MANOLKIDIS, "The Principle of Equality from a Comparative Constitutional Perspective: Lessons for the EU", en A. DASHWOOD e S.O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, London, 1997, p.103.

<sup>15</sup> Vid. HERDEGEN, "The Relation between the Principles of Equality and Proportionality", (1985) 22 C.M.L.Rev. 683.

<sup>16</sup> Sobre la ponderación judicial de los valores como nueva retórica del constitucionalismo vid. A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002.

<sup>17</sup> G. BASCHERINI, "Europa, cittadinanza, immigrazione", en *Diritto Pubblico* 3/2000, pp.767 ss.; F. CERRONE, "Cittadinanza europea: integrazione ed identità", en *Politica del diritto*, 2000, 581 ss., "La cittadinanza e i diritti", en R. NANIA y P. RIDOLA (a cargo de), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, 209 ss., *Genealogia della cittadinanza*, Roma, 2005; G.U. RESCIGNO, "Note sulla cittadinanza", en *Diritto Pubblico*, 2000. 765; S. BENHABIB, *The Rights of Others*, Cambridge, 2004; S. McINERNEY, "The Charter of Fundamental Rights of the European Union

un modelo social como el delineado por la Carta de los Derechos, no obstante, mantiene una esperanza y un instrumento de “soft law” en las instituciones comunitarias.

La diferenciación de régimen jurídico entre los ciudadanos y los extranjeros, los no residentes, los residentes y los residentes temporales ha sido el corazón de la idea de soberanía del Estado nacional. Si Europa constriñe a los juristas a desvincularse del bagaje conceptual westfálico, impone asimismo un replanteamiento de la clásica distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano. Los criterios de pertenencia a una comunidad política y las modalidades del ejercicio de los derechos de participación en la vida democrática, estructuran la identidad constitucional de una colectividad y la naturaleza de las reglas cuyos ámbitos la definen. Los imperios tienen fronteras, las repúblicas confines. Mientras los primeros son movidos por dinámicas expansivas dirigidas a la ampliación del territorio, a la asimilación de los otros y al control hermético de las propias fronteras, las repúblicas viven de discursos participativos dirigidos a la integración social, al reconocimiento de las diferencias innatas en las sociedades pluralistas y a un cierto grado de porosidad de los propios confines. Las políticas de inmigración son hoy el centro de la construcción de la identidad europea.

La tensión existente entre las aspiraciones universalistas de la retórica de los derechos humanos y los cierres normativos del Derecho vigente en materia de inmigración y asilo cuestionan el corazón del proyecto cosmopolita del sueño europeo. Las estructuras administrativas de los Estados nacionales son demasiado pequeñas para afrontar los problemas económicos, ecológicos, inmunológicos e informáticos que vienen a crearse en nuestro entorno global, pero son al mismo tiempo demasiado extensas para satisfacer las aspiraciones identitarias de los movimientos regionalistas.

Mientras la ciencia jurídica concuerda las inadecuadas viejas categorías conceptuales que han estado en la base de la construcción del Estado nacional, y trabaja sobre los nuevos conceptos de identidades múltiples, soberanía compartida, subsidiariedad, etc., el Derecho positivo continúa manteniendo el criterio de la territorialidad para disciplinar las políticas de inmigración y ciudadanía.

Sin embargo algunos desarrollos contemporáneos muestran evoluciones contradictorias. De una parte, se confirma la importancia de la ciudada-

---

and the case of Race Discrimination”, 27 E.L.Rev. 483 (2002) y “Legal Protection Against Discrimination Based On Racial and Ethnic Origin Under European Union Law – Necessary but not Sufficient?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 2003, Vol.6, pp. 3-43

nía nacional como precondition para la titularidad de los derechos fundamentales europeos y de otra algunas legislaciones subnacionales –sobre todo en materia de electorado activo y pasivo– reducen la distinción entre el estatus jurídico del ciudadano y el del extranjero. Estos desarrollos han contribuido a disgregar el modelo unitario de la ciudadanía.

Ante todo, la titularidad de derechos, o, para usar la terminología arendtiana, el derecho a tener derechos, no es ya rígidamente dependiente de la ciudadanía. Los extranjeros legalmente residentes están protegidos por los Tratados internacionales sobre derechos humanos, y por las legislaciones supra- y sub-nacionales. De otro lado, el poder de disciplinar las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea queda en manos de los legisladores nacionales, en el tercer pilar del Derecho comunitario, y, por lo tanto, en manos de los acuerdos intergubernamentales, si bien temperados por los principios-guías europeos y por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. La condición jurídica del extranjero extracomunitario no es uniforme en el espacio jurídico europeo y varía de un Estado miembro a otro.

Además, la condición jurídica de los “sans papiers”, de los extranjeros faltos de documentos, queda confinada en una zona de penumbra entre la legalidad y la ilegalidad. Los refugiados y los solicitantes de asilo no tienen el derecho a elegir la residencia, ni a trabajar, ni tan siquiera a circular libremente por el territorio, hasta que sus solicitudes no hayan sido examinadas por las autoridades competentes. Los Estados constitucionales y democráticos europeos adoptan políticas de criminalización con respecto a ellos, los retienen en los denominados centros de permanencia temporal, los cuales a menudo parecen auténticos campos de concentración y en cuyas condiciones de vida no se respetan las necesidades elementales y la dignidad humana. Llevando a los extranjeros sin documentos al limbo jurídico que se abre entre la prohibición de devolución (“non refoulement”) y la ausencia del derecho de entrada al territorio, nuestras democracias constitucionales empujan a crecientes multitudes de desesperados a una condición de perenne estado de excepción, en el que el principio de legalidad se enfrenta al infierno de la violencia arbitraria, de la incertidumbre y del miedo.

Como nos recuerda Hannah Arendt, que ha analizado la tensión existente entre la retórica universalista de los derechos humanos y la desesperante realidad de quien se encuentra privado de ciudadanía nacional, “la igualdad no nos es dada, pero es el resultado de la organización humana en la medida en que se hace guiar por el principio de justicia. No se nace iguales;

nos volvemos iguales como miembros de un grupo en virtud de la decisión de garantizarse recíprocamente iguales derechos".<sup>18</sup>

Ante las aspiraciones igualitarias contenidas en el lenguaje universalista del artículo II-80 del TC, todas las estructuras normativas que siguen los dibujos de geometrías variables de la era post-Maastricht, de la unión monetaria a los acuerdos de Schengen, sugieren una realidad hecha de desigualdades entre las diversas disciplinas jurídicas de los Estados miembros.

Europa no puede legítimamente pretender asumir una dimensión constitucional sin tener entre sus principios jurídicos efectivos una norma aplicable en los Tribunales que prescriba la igualdad de los hombres ante la ley y en los derechos fundamentales. Si el proceso de integración europea quiere reponerse del doble golpe franco-holandés, una vía es promover un referendo paneuropeo sólo sobre la Carta de los Derechos. Así, las instituciones de la Unión y los Estados miembros, en la aplicación del Derecho de la Unión, estarían constitucionalmente vinculados al respeto del principio de igualdad. De este modo la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución Europea tendría entre sus instrumentos hermenéuticos un principio general, una cláusula abierta sobre cuyo hacer se eleva para extender el alcance y la extensión de los derechos fundamentales, más allá de las fronteras erigidas por los discursos inerciales de la ciudadanía nacional.

---

<sup>18</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996, p. 407.