

Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española*

Daniel Sarmiento

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA NOCIÓN DE DISCRIMINACIÓN INVERSA COMUNITARIA Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA ACTUALMENTE—1. *Planteamiento*—2. *La respuesta del TJCE: la doctrina de las situaciones puramente internas y la creación indirecta de discriminaciones inversas*—3. *El clima de comunitariedad y la jurisprudencia Guimont*—4. *La reacción de los Tribunales nacionales*
- III. EL CASO ESPAÑOL Y LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL—1. *El silencio de la jurisprudencia*—2. *La STC 96/2002 de 25 de abril*
- IV. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA DESPUÉS DE LA STC 96/2002—1. *Las tesis del cierre y del «caso especial»*—2. *La tesis de la apertura*
- V. UNA SOLUCIÓN VIABLE PARA LAS DISCRIMINACIONES INVERSAS EN EL DERECHO ESPAÑOL—1. *Supuestos en los que cabría alegar la inconstitucionalidad de la discriminación inversa*—2. *Los límites al uso del artículo 14 CE y la objeción democrática*
- VI. CONCLUSIÓN: OTRO DILEMA PARA LUXEMBURGO

* Agradezco los comentarios de Ricardo Alonso García, Pablo Pérez Tremps, Julio González García, Miguel Presno Linera y Miguel Azpitarte Sánchez, que tuvieron la amabilidad de leer el trabajo y aportar numerosas observaciones que contribuyeron a mejorar el texto inicial. Cualquier error u omisión es responsabilidad exclusiva de quien suscribe estas páginas

I. INTRODUCCIÓN

¿Puede un Estado discriminar a sus propios nacionales, con objeto de hacer cumplir el Derecho comunitario? ¿El proceso de integración justifica que un grupo de ciudadanos, aquellos a quienes se les aplican las normas comunitarias, reciban un trato más favorable que el ofrecido a quienes se encuentran al margen de la órbita del ordenamiento comunitario? Estas preguntas pueden plantearse perfectamente a día de hoy, a la vista de lo avanzado del proceso de integración europea. Las normas comunitarias son cada vez más extensas y más interventoras; los ciudadanos de cada Estado buscan de forma creciente el cobijo de la tutela dispensada por el Derecho comunitario; los Tribunales nacionales se someten a la jurisprudencia *pro communitate* del Tribunal de Justicia; y, en definitiva, resulta imprescindible en la resolución de todo conflicto jurídico saber si hay, o no hay, un vínculo comunitario.

A medida que crece el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, será frecuente encontrar a sujetos que están sometidos a dichas normas, mientras que otros no. Si un productor de embarcaciones que no encuentra vínculo con el ordenamiento europeo no puede alegar la incompatibilidad de normas españolas con los Tratados constitutivos, un productor de embarcaciones portugués que los comercializa en España sí. Esta diferencia de trato, que es un resultado indirecto del ámbito de aplicación de las normas comunitarias, puede analizarse en algunos casos a la luz del principio de igualdad. Son estas las situaciones que analizaremos en el presente estudio, que en ocasiones pueden resultar injustas, y que se conocen como «discriminaciones inversas comunitarias».

En estas páginas veremos la posición del Tribunal de Justicia a la hora de afrontar tales situaciones, y tendremos oportunidad de observar cómo desde sus primeros pronunciamientos el Tribunal no dudó en remitirlas al terreno del Derecho nacional. Si el Derecho comunitario tiene un ámbito de aplicación determinado, ello no es responsabilidad de Europa, sino de los Estados que deciden adoptar tales normas. Por lo tanto, será labor de cada Estado buscar una solución a la situación de desventaja en la que queda aquella parte de su ciudadanía que no puede esgrimir derechos comunitarios. A pesar de ello, el Tribunal de Justicia no ha renunciado a cierta labor «ilustrativa» hacia los jueces nacionales, y no ha tenido inconveniente en contestar a cuestiones prejudiciales relativas a esta cuestión, con objeto de que las instancias judiciales nacionales dieran una respuesta al problema.

Pero el punto crítico en la evolución de esta cuestión se produce cuando entran en escena los Tribunales Constitucionales. Desde los años ochenta, algunas jurisdicciones constitucionales han considerado que la discrimina-

ción inversa comunitaria puede ser contraria al principio de igualdad. De esta manera, al obligar al legislador nacional a poner fin a la discriminación, en el fondo sólo le ha dejado una puerta abierta: la equiparación con el Derecho comunitario. Si las estrictas normas españolas sobre etiquetado de quesos sólo se aplican a los productores españoles, mientras que los productores europeos que comercializan en España se ven exentos de las mismas, el legislador no podrá imponer la normativa de etiquetado a los extranjeros comunitarios. Sólo tendrá una salida: erradicar la legislación nacional y equipararla con la aplicable a los productores europeos. Si equipara hacia arriba, la normativa será contraria al Derecho comunitario. Si mantiene la diferenciación, la normativa será, tal como ordena el Tribunal Constitucional, contraria a la Constitución. Así, lo que nace como un problema de discriminación entre situaciones jurídicas comunitarias y nacionales, termina con otro problema de equiparaciones igualitarias, no siempre positivas ni afines a los objetivos reales del proceso de integración.

Desde abril de 2002, el Tribunal Constitucional español ha abierto la puerta de los juicios de igualdad sobre las discriminaciones inversas comunitarias. En su STC 96/2002 estimó que una norma estatal resultaba contraria al artículo 14 de la Constitución española, en tanto diferenciaba entre extranjeros comunitarios y ciudadanos españoles de forma injustificada. En un caso evidente de discriminaciones inversas comunitarias, el Tribunal Constitucional decidió poner fin a la cuestión haciendo uso de la discriminación proscrita en la Constitución.

¿Qué consecuencias tendrá esta Sentencia en el desarrollo del Derecho comunitario en España? ¿Se abrirán así las puertas a las equiparaciones automáticas entre situaciones jurídicas comunitarias y situaciones jurídicas nacionales? ¿Existen criterios para determinar *cuándo* cabe esgrimir la discriminación del artículo 14 CE? A estas preguntas intentaremos dar respuesta en el presente estudio, trazando de forma descriptiva la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, el ejemplo comparado de otros Tribunales Constitucionales europeos, y, finalmente, el contenido y la posible extensión del pronunciamiento de nuestro TC de 25 de abril de 2002. Como tesis normativa, defenderé en primer lugar que el grado de armonización normativa, comunitaria o nacional, puede condicionar la existencia de una discriminación a la inversa. En segundo lugar, también destacaré el efecto positivo y discursivo, de diálogo entre jurisdicciones constitucionales, que puede tener la intervención de los Tribunales Constitucionales en la solución de las discriminaciones inversas comunitarias. A pesar de los efectos negativos que puede tener una intervención judicial como la que se estudiará en estas páginas, es posible que esta doctrina adentre a los Tribunales Constitucionales, de una vez por todas, en un auténtico *diálogo* con el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

II. LA NOCIÓN DE DISCRIMINACIÓN INVERSA COMUNITARIA Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA ACTUALMENTE

1. Planteamiento

Desde una óptica jurídica, la integración europea ha supuesto un proceso

de unificación de regímenes jurídicos en el territorio de la Unión. Empezando por el marco normativo económico, el proyecto comunitario se ha abierto a una integración en ámbitos afines a materias constitucionales, como la ciudadanía, la justicia, la educación y los derechos fundamentales. A través del Derecho, la Unión ha labrado un marco en el que las normas de los Estados miembros se parecen cada vez más, se aplican de forma gradualmente similar, y se expanden progresivamente para poder ser aplicadas en el mayor número posible de situaciones jurídicas. En definitiva, se trata de un proyecto unificador y expansivo, donde los Derechos nacionales se asimilarán los unos a los otros con el paso del tiempo.

Pero un proceso tan ambicioso no se consigue de la noche a la mañana, y su efectividad reside en las técnicas existentes para alcanzar tales objetivos. El Derecho comunitario ha empleado diversas fórmulas para llegar a la unificación de las normas nacionales, y basta con enumerar algunos instrumentos comunitarios para observar la variedad estratégica en manos de las Instituciones comunitarias a la hora de fundir ordenamientos: Directivas, Reglamentos, instrumentos de *soft law*, recursos ante el Tribunal de Justicia, actos en el marco del Tercer Pilar, etc. Todos ellos van encaminados a conseguir la unificación de *algo más* que un mercado, y entre esos fines reside la integración de los veinticinco ordenamientos nacionales.

Junto con estos instrumentos «positivos» de integración del Derecho nacional, que implican la normación desde la sede europea¹, encontramos otros

¹ En los casos de integración positiva pueden producirse supuestos de discriminación a la inversa comunitaria, aunque a lo largo de este estudio nos centraremos en los casos discriminatorios provocados por los procesos de integración negativa. Cuando la CE/UE hace uso de las técnicas de integración positiva, ello implicará una regulación de un sector, y, como consecuencia, también supondrá que el acto regulador ha decidido excluir a un grupo de individuos, pudiendo generar una diferencia de trato que perjudica a éstos por el hecho de no invocar las normas comunitarias. En estos supuestos la discriminación puede encontrar una vía impugnatoria cuando el acto comunitario tiene una función unificadora, como en el caso de los Reglamentos, pero la situación se complica cuando el instrumento empleado es una Directiva, con los efectos armonizadores por todos conocidos. El caso de la Directiva genera discriminaciones a la luz de lo dispuesto en el Derecho nacional, que podrá exigir condiciones más permisivas a quienes entren en el ámbito de aplicación de la Directiva, pero también a quienes no. El legislador nacional puede ensanchar el ámbito de aplicación de la Directiva si estima necesario tutelar a sus ciudadanos por igual, pero también cabe la posibilidad de transponer el contenido de aquella de forma literal, sin alejarse un ápice de su campo aplicativo. Esta libertad de configuración de cada Estado está en el corazón mismo del proceso de integración, y la discriminación inversa que genera se manifiesta como una patología del mismo. Además, la discriminación queda al margen del Derecho comunitario, puesto que corresponde al legislador nacional optar entre una extensión o no de los actos de armonización, siendo así responsable de los efectos discriminatorios producidos por su actuación. Si la discriminación inversa merece una respuesta desde el Derecho de cada Estado, el juez nacional se encontrará ante una difícil tesitura, que le obliga a optar entre la libertad de configuración del legislador (protegida e incluso fomentada por la CE/UE, en una «competencia entre reglas nacionales» que permite una mejor consecución del mercado interior) y el principio de igualdad invocado por quienes han quedado fuera del ámbito de aplicación de las normas estatales fruto de una transposición.

mecanismos igualmente importantes que podríamos definir como técnicas de «integración negativa»². Estas se componen por las libertades comunitarias reconocidas en el Tratado de la Comunidad Europea, que garantizan la circulación de personas, mercancías, capitales, servicios y de establecimiento en el territorio de la Unión. Estas libertades gozan de efecto directo y por tanto pueden invocarse ante los Tribunales nacionales por todos los operadores que se vean afectados por su restricción. Su formulación es muy parecida a la de un derecho fundamental: son derechos en manos de los particulares (empresas, trabajadores, familiares de éstos, etc.), al tiempo que constituyen mandatos dirigidos a los Estados para garantizar su efectividad. El objetivo de las libertades es erradicar los obstáculos creados por los Estados que dificultan la creación del mercado común, principalmente las medidas proteccionistas, y así permitir el desplazamiento de todos los factores de producción por los veinticinco Estados de la Unión.

Puesto que las libertades tienen efecto directo, sus titulares puedan hacerlas valer ante los Tribunales nacionales. La restricción se manifestará habitualmente mediante una norma estatal, y el resultado buscado por el recurrente será su eventual inaplicación, en virtud de la bien conocida doctrina *Simmmenthal*. Un caso paradigmático puede ser el siguiente: un productor italiano de quesos que comercializa su mercancía en España bajo una determinada denominación, debe someterla a las normas españolas sobre cortezas para poder emplear tal nombre. Si en España es preceptivo que los quesos *emmental* tengan un corteza específica, el productor italiano deberá someter sus quesos a dicha normativa a la hora de comercializarla en España bajo esa denominación. Apelando a la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, nuestro productor italiano podrá alegar que el ordenamiento español es contrario al artículo 28 TCE, por tratarse de una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, aunque resulte indistintamente aplicable a los quesos españoles e italianos. En consecuencia, un Tribunal español inaplicará la normativa nacional y eximirá al productor italiano de someterse a la misma.

Ahora bien, la norma española seguirá en vigor de cara a los productores españoles. Que una disposición sea contraria al Derecho comunitario no implica que quienes no se someten a este ordenamiento se vean afectados por tal declaración. Los efectos del artículo 28 se extenderán hacia los titulares de la libertad comunitaria, pero es evidente que quienes no son titulares de la misma no podrán alegar la inaplicación del Derecho nacional. Claro

² Algunos autores, como POIARES MADURO, M., *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998 y BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Madrid, 2002, han defendido que las técnicas de integración negativa, concretamente las libertades de circulación y el Derecho comunitario de la competencia, son parte integrante de la Constitución comunitaria. En palabras de BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia...*, op. cit., pg. 151, «Competencia y libre circulación constituyen, junto con la unión económica y monetaria y la política comercial común, la base del derecho constitucional económico de la Comunidad Europea».

que una inaplicación de estas características siempre puede ser muy atractiva para los particulares, incluso cuando no están en la órbita del ordenamiento comunitario. En algunos casos los productores españoles se sentirán injustamente discriminados en relación con los productores comunitarios, y no será extraño que aquéllos concentren sus esfuerzos en evadir las normas españolas por alguna vía. Así, podemos encontrar a productores españoles, que residen en España, producen en España y comercializan en España, buscando el acceso a las libertades comunitarias para no someterse a las normas españolas. Por ello, y precisamente para evitar el abuso de la inaplicación de las normas nacionales en contextos no comunitarios, el Tribunal de Justicia ha desarrollado la doctrina de las «situaciones puramente internas».

2. La respuesta del TJCE: la doctrina de las situaciones puramente internas y la creación indirecta de discriminaciones inversas

Un paso previo a la creación de una discriminación inversa comunitaria es la determinación de lo que constituye una «situación puramente interna». Ya hemos visto las consecuencias que puede traer situarse dentro o fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, y por ello el Tribunal de Justicia ha creado, aunque con cierto desorden, las pautas para identificar los límites de aplicación de las normas comunitarias. Una vez que el particular se encuentra al margen del Derecho comunitario, en una situación puramente interna, puede empezar a estudiarse si existe una discriminación a la inversa que perjudica a dicho particular. Pero el primer alto en el camino, tal como he dicho, tiene por objeto determinar si estamos o no ante una situación puramente interna.

El Tribunal de Justicia ha venido desgranando los criterios necesarios para precisar dónde están los límites de la aplicabilidad del Derecho comunitario, pero desgraciadamente no existe una jurisprudencia del todo firme al respecto. Más bien al contrario, su postura se ha caracterizado por la maleabilidad y ha dependido, en gran medida, del tipo de libertad comunitaria en juego³.

Pero antes de entrar en la jurisprudencia, es necesario describir la relación entre las discriminaciones inversas y las situaciones puramente internas. Como punto de partida, cuando un caso es puramente interno, ello impli-

³ Crítica que a continuación justificaremos, pero que viene avalada por la doctrina que ha abordado esta compleja cuestión, especialmente DANGER, S., *Le droit communautaire et la discrimination a rebours: vers un marché intérieur inachevé*, Les Annales de l'Ecole Doctorale, núm. 5, 1997, pgs. 233 a 252; PAPADOPOULOU, R.-E., *Situations purement internes et droit communautaire: un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant?*, Cahiers de Droit Européenne, 2002, *in totum*; PICKUP, D. M. W., *Reverse discrimination and freedom of movement for workers*, Common Market Law Review, núm. 23, 1986 cit. y POIARES MADURO, M., *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination*, en Kilpatrick, Novitz & Skidmore, (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, pgs. 123 y ss.

cará que las normas comunitarias no serán aplicables. Sin embargo, si una persona que se encuentra en una situación muy similar consigue reunir el vínculo exigido por el Derecho comunitario, entonces, a diferencia del primer sujeto, podrá recibir la tutela de este ordenamiento. Digamos que el productor de quesos español, que produce un determinado tipo de queso en España y lo distribuye en España, al no reunir ningún vínculo con las normas comunitarias (toda su actividad se realiza en el territorio de un solo Estado), se halla en una situación puramente interna. Al contrario, un productor francés que produce en Francia pero comercializa en España, y por tanto compite con el productor español del que antes hablábamos, sí reúne las condiciones para tener un vínculo comunitario. Ambos intervienen en el mercado español, pero el francés, por tener un elemento comunitario en su actividad, podrá invocar las normas procedentes de la Comunidad Europea. Y si el productor francés puede invocar normas que le benefician en comparación con la situación del productor español, entonces existirá una discriminación a la inversa.

De esta manera puede observarse que existe una íntima relación entre ambas categorías, que puede resumirse de la siguiente forma: cuantas mayores situaciones puramente internas, mayores posibilidades de producirse una discriminación inversa. Si las normas comunitarias se expanden y unifican o armonizan la regulación aplicable a todos los productores, entonces no existirá discriminación, en tanto no hay regulaciones diferentes para cada productor. Por tanto, en la medida en que el Tribunal de Justicia delimite de forma expansiva la noción de situación puramente interna, la existencia de discriminaciones inversas será más previsible.

La jurisprudencia del TJCE, al definir la noción de situación puramente interna, diferencia entre las libertades relativas a la circulación de *personas*, por un lado (trabajadores, servicios y establecimiento), y *mercancías* por otro. En el primer caso el vínculo de conexión comunitario resulta más exigente, y nos encontraremos ante situaciones puramente internas con mayor frecuencia. Dicha situación se producirá cuando la persona que pretende esgrimir la libertad en cuestión ante el Estado en el que reside no se encuentra en una situación asimilable a la de un extranjero comunitario⁴. El TJCE es muy exigente al respecto, y rechazará todo supuesto que no traiga consigo un elemento de comunitariedad. Resulta muy frecuente que el TJCE solicite que se haya *ejercido* una libertad comunitaria para poder ulteriormente esgrimirla en vía jurisdiccional, normalmente manifestándose dicho ejercicio a

⁴ En palabras de PAPADOPOULOU, R.-E., *Situations purement internes...*, cit., pg. 99, «la démarche de la Cour est très claire et bien établie: elle conclut à l'existence d'une situation interne dès lors que la situation de la personne tentant de se prévaloir des règles communautaires à l'encontre de l'Etat membre dont elle est ressortissante *ne peut être assimilée à celle d'un étranger*», lo que dificulta claramente la búsqueda de ese vínculo comunitario. Cfr. igualmente, aunque en un momento inicial de esta línea jurisprudencial, DRUESNE, G., *Remarques sur le champ d'application personnel du droit communautaire: des "discriminations à rebours" peuvent-elles tenir en échec la liberté de circulation des personnes?*, Revue Trimestrielle de Droit Européenne, 1979, pgs. 429 y ss.

través de un movimiento trans-fronterizo⁵. Aunque la jurisprudencia se encuentra repleta de matices, principalmente cuando entra en juego el concepto de ciudadanía (art. 18.1 TCE)⁶, podemos afirmar, con un simplismo que reconocemos, que la noción de situación puramente interna se asemeja al uso que el Derecho internacional privado ha hecho tradicionalmente, situando el vínculo de comunitariedad no tanto en un criterio normativo sino *geográfico*⁷. Dado que será más frecuente encontrarnos antes situaciones puramente internas en la órbita de la circulación de personas, serán también más frecuentes las discriminaciones inversas. Por tanto no es casual, en relación a este último punto, que el legislador comunitario haya hecho un especial hincapié en la armonización de legislaciones en aquellas materias, vinculadas a la circulación de personas, con una mayor tendencia a la creación de discriminaciones inversas⁸.

La libre circulación de mercancías plantea más problemas, probablemente por ser la libertad en la que el TJCE aún no acaba de definir una noción de situación puramente interna. A diferencia de las libertades de circulación de personas, en el caso de las mercancías cabe marcar una distinción entre las normas relativas a derechos de aduana y exacciones de efecto equivalente, por una parte, y las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente, por otra. En el primer caso, la jurisprudencia ha ensanchado el vínculo de conexión hasta el punto de ubicar, dentro de la órbita comunitaria, medidas nacionales aplicables a mercancías procedentes de territorios de Ultramar, pero integrantes del Estado mismo⁹. Bien distinta es la postura

⁵ Cfr., entre muchos otros, los *asuntos Knoors*, 115/78, de 7-2-1979, pg. 399; *Moser*, 180/83, de 28-6-1984, pg. 2547; *Steen I*, C-332/90, de 28-1-1992, pg. I-341; *Steen II*, C-132/93, 16-6-1994, pg. I-2715 y *Peralta*, C-379/92, de 14-7-1994, pg. I-3453.

⁶ A partir de los *asuntos D'Hoop*, C-224/98, de 11-7-2002, *Mary Carpenter*, C-60/00, de 11-7-2002, *MRAX*, C-459/99, de 25-7-2002 y *Baumbast*, C-413/99, de 17-9-2002 el Tribunal ha ensanchado considerablemente el ámbito de aplicación de las libertades de circulación de personas, incluso el de los familiares de los ciudadanos comunitarios que ejercen dicha circulación. En línea con la evolución comunitaria de la noción de ciudadanía, se percibe un importante avance en la erradicación de situaciones puramente internas, descrito por REICH, N. y HARBACEVICA, S., *Citizenship and Family on Trial: A fairly optimistic overview of recent Court practice with regard to free movement of persons*, CMLR, núm. 40, 2003. Pero también es importante destacar que no todos los autores han visto esta evolución con buenos ojos, como queda patente en la editorial de la *Common Market Law Review* del número 40, 2003, pgs. 537 y ss.

⁷ En este sentido, D'OLIVEIRA, H. U. J., *Is reverse discrimination still possible under the Single European Act?*, en *Forty years on the evolution of postwar private international law in Europe*, pgs. 73 y ss., cit. en POIARES MADURO, M., *The Scope...*, cit.

⁸ Tal es el caso de las Directivas en materia de armonización de títulos profesionales, sociedades mercantiles, contratos públicos, etc.

⁹ Éste es el resultado del importante *asunto Lancry*, C-363 y 407 – 410/93, de 9-8-1994, donde se planteaba nada menos que la exacción de mercancías procedentes de la Francia metropolitana con destino en los territorios franceses de ultramar. De forma un tanto paradójica, un supuesto como el planteado en el *asunto Saunders*, 175/78, de 28-3-1979, donde se discutía el carácter puramente interno de una restricción a la circulación de trabajadores dentro de un Estado miembro, habría conocido una respuesta «comunitaria» con los criterios del *asunto Lancry*. Sin embargo, y como prueba del carácter estricto

del TJCE en materia de restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente. A diferencia de la interpretación que hace del artículo 25 TCE, el TJCE parece extender su postura en relación a la circulación de personas cuando procede a interpretar los artículos 28 y 29 TCE, endureciendo así las condiciones para detectar el vínculo de comunitariedad. A partir del *asunto Oosthoek*, la simple circulación regional (y por tanto intra-estatal) de una mercancía no constituye vínculo suficiente para traer consigo la aplicación del ordenamiento comunitario, necesitando así un elemento extranjero similar a los citados en materia de circulación de personas¹⁰.

Sin embargo, existe un importante matiz que otorga autonomía a las situaciones puramente internas que afectan a las restricciones cuantitativas y a las medidas de efecto equivalente: al contrario de lo ocurrido con la circulación de personas, a partir del *asunto Pistre*, recientemente confirmado por el *asunto Guimont*, el TJCE presta una mayor atención a la noción de «norma puramente interna», en contraposición a la tradicional doctrina de la «situación puramente interna»¹¹. Esto quiere decir que el vínculo de conexión

que caracteriza a la jurisprudencia comunitaria en la órbita de la circulación de personas, el *asunto Saunders* se resolvió declarando su carácter puramente interno, a pesar del carácter inter-estatal de la restricción ahí planteada. Confirmando la doctrina *Lancry*, cfr. el *asunto Simitzi*, C-485/993, de 14-9-1995. Al respecto, cfr. SLOTBOOM, M., *L'application du Traité CE au comerce intraétatique? Le cas de l'octroi de mer*, Cahiers de Droit Européenne, 1996, pgs. 9 y ss.

¹⁰ *Asunto Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, 286/81, de 15-12-1982, pg. 9: «procede señalar que la aplicación de la legislación neerlandesa a la venta en los Países Bajos de enciclopedias producidas en los Países Bajos no guarda, en efecto, ninguna relación con la importación o exportación de las mercancías y no está comprendida, por tanto, en el ámbito de los artículos 30 y 34 [actuales 28 y 29]. No obstante, en el caso de la venta en los Países Bajos de enciclopedias producidas en Bélgica y de la venta en otros Estados miembros de enciclopedias producidas en los Países Bajos, se trata de operaciones de comercio intracomunitario».

¹¹ *Asuntos Jacques Pistre*, C-321 – 324/94, de 7-5-1997 y *Jean-Pierre Guimont*, C-448/98, de 5-12-2000. En *Pistre*, el TJCE no tuvo empacho en matizar la jurisprudencia *Oosthoek* y estableció que «si bien es cierto que la aplicación de una medida nacional que efectivamente no tenga relación alguna con la importación de mercancías no está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30 TCE [actual art. 28], no puede, sin embargo, excluirse la aplicación de esta disposición por el mero hecho de que, en el caso concreto sometido al órgano jurisdiccional nacional, todos los elementos se circunscriban al interior de un Estado miembro». Así, el Tribunal excluye que sea la «situación» puramente interna la que nos determine la aplicación o no del Derecho comunitario, sino las «normas» al respecto. Acto seguido dice el Tribunal que «en semejante situación la aplicación de la medida nacional también puede tener efectos sobre la libre circulación de mercancías entre Estados miembros, especialmente cuando la medida de que se trate favorezca la comercialización de mercancías de origen nacional en perjuicio de las mercancías importadas. En tales circunstancias, la aplicación de la medida, aunque se limite únicamente a los productores nacionales, crea y mantiene por sí misma una diferencia de trato entre estas dos categorías de mercancías, que obstaculiza, *al menos potencialmente*, el comercio intracomunitario» (la cursiva es nuestra). Téngase en cuenta que el *asunto Pistre* encontró una respuesta frontalmente contraria por parte del Abogado General Jacobs en dicho asunto, en unas Conclusiones de una especial dureza, probablemente previendo el cambio jurisprudencial que el Tribunal efectivamente llevó a cabo. En sentido igualmente

puede existir cuando la norma estatal invocada por un ciudadano *tenga un potencial comunitario* y permita, *pro futuro*, originar restricciones cuantitativas y medidas de efecto equivalente. Resulta indiferente que el ciudadano que invoca la libertad sea nacional del Estado incumplidor, resida en éste, produzca mercancías sin vínculo comunitario alguno, etc. El hecho de que la norma invocada pueda resultar, en términos hipotéticos, contraria a los artículos 28 y 29 TCE, es suficiente para que exista un vínculo de conexión con el Derecho comunitario. Sin embargo, a partir del *asunto Guimont*¹² el Tribunal introduce un nuevo matiz: la norma, a pesar de aplicarse en una situación puramente interna, sólo entrará en el ámbito de aplicación de los artículos 28 y 29 TCE si no resulta indistintamente aplicable a las mercancías nacionales y extranjeras comunitarias¹³. Es decir: para que el caso asuma un carácter comunitario, basta con que la norma nacional tenga un potencial lesivo de la libertad invocada, pero deberá ser distintamente aplicable de cara a los productos nacionales y extranjeros, respectivamente.

Una vez expuesta la compleja jurisprudencia sobre la extensión de las situaciones puramente internas, ¿qué solución plantea el TJCE de cara a las discriminaciones inversas? Es cierto que si un particular no demuestra la existencia de un vínculo de conexión con el Derecho comunitario, puede deducirse que la situación de aquél deberá someterse al Derecho nacional.

contrario se pronunció el Abogado General Saggio en las Conclusiones presentadas en el *asunto Guimont*, cit., cuatro años después. Sobre el cambio que presenta el *asunto Pistre*, véase el comentario de PAPADOPOULOU, R.-E., *Situations purement internes...*, cit., pgs. 108 a 111, que lo tilda de «salto cualitativo», e igualmente las Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el *asunto Reisch*, C-515 y 527 – 540/99, presentadas el 20-11-2001, pgs. 77 y ss.

¹² Un cambio que ya comienza a apreciarse en el *asunto Schutzverband*, C-254/98, de 13-1-2000, donde el TJCE calificó el carácter comunitario del caso cuando «una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal tiene efecto únicamente en el interior del Estado miembro de que se trata o si, por el contrario, constituye un obstáculo potencial al comercio intracomunitario que pueda estar comprendido en el artículo 30 del Tratado». El Abogado General La Pergola también se mostró favorable a esta línea, citando la postura del Tribunal en el asunto Pistre, aunque contrastando con la posición del Abogado General Jacobs en el asunto citado. Así, *Schutzverband* es un término medio entre *Pistre* y la definitiva *Guimont*, tal como confirman en sus comentarios DE GROVE-VALDEYRON, N., *Un nouvel infléchissement jurisprudentiel dans la notion d'entrave aux échanges. A propos de l'arrêt Schutzverband*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, num. 440, 2000, pgs. 461 y ss. y SPAVENTA, E., *Common Market Law Review*, núm. 37, pgs. 1265 y ss.

¹³ *Asunto Guimont*, cit., pgs. 20 y 21, confirmando la doctrina *Pistre* con una argumentación *a contrario*. Por un lado, recuerda que el *asunto Pistre* «se refiere a una situación en la que la norma nacional controvertida no era indistintamente aplicable, pero daba lugar a una discriminación directa en perjuicio de las mercancías importadas de otros Estados miembros». Acto seguido, el Tribunal se cuida en matizar que la doctrina *Oosthoek* se encuentra plenamente vigente cuando «una norma como la controvertida en el asunto principal [...], según su tenor, se aplica indistintamente a los productos nacionales y a los importados [...]» (la cursiva es nuestra). En este caso, dicha norma «sólo está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado en la medida en que se aplique a situaciones relacionadas con la importación de mercancías en el comercio intracomunitario» (pg. 21).

Si el productor francés de quesos «emmental» se encuentra sometido a una norma más estricta que la conocida por los productores austriacos que comercializan sus quesos «emmental» en Francia, ¿a que normativa debemos acudir para solventar esta discriminación a la inversa?

Como punto de partida, el TJCE ha afirmado en múltiples ocasiones que esta forma de discriminación debe solucionarse desde el Derecho interno. El Estado que discrimina a sus propios nacionales con motivo de sus obligaciones comunitarias deberá encontrar una solución a la cuestión, sea a nivel legislativo o jurisdiccional, pero el Derecho comunitario no puede entrar a conocer del asunto por tratarse, como se apura el Tribunal en recordar, de una situación puramente interna¹⁴.

Esta situación ha sido contestada desde algunos sectores de la doctrina, apelando al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y la noción de ciudadanía europea (arts. 12 y 18 TCE), con el fin de llevar la solución de las discriminaciones inversas al terreno del Derecho comunitario¹⁵. Sin embargo, como expuso el Abogado General Mischo en sus Conclusiones al *asunto Edah*, las discriminaciones inversas no son el producto de una diferenciación en función de la nacionalidad, sino «en función del lugar de [la] implantación» de las mercancías, capitales, servicios, etc. Asimismo, incluso cuando exista una discriminación por razón de nacionalidad, los Estados pueden mostrar, con facilidad, que se trata de una diferenciación objetiva y razonable, en la medida en que «el artículo 7 [ahora 12 TCE] no prohíbe que los Estados miembros establezcan una normativa que afecte a la capacidad competitiva de los operadores que estén sometidos a ella [...]».

Bien es cierto que la diferenciación objetiva y razonable sería más que cuestionable en determinados supuestos, pero las discriminaciones inversas, debe recordarse, son un efecto residual y patológico del buen funcionamiento del mercado interior. Ni los Estados ni la Comunidad pretenden perjudicar a quienes se ven agraviados, o al menos no en la mayoría de los casos. Pero precisamente porque existe un margen en el que *sí* existe una voluntad de discriminar, el enjuiciamiento es posible. No obstante, el TJCE insiste, con algunas excepciones, en una lectura al margen del principio

¹⁴ «[...] el trato desfavorable de los productos de fabricación nacional, en relación con los productos importados o incluso el de los detallistas que vendan productos de fabricación nacional en relación con los que venden productos importados, llevado a cabo por un Estado miembro en un sector no sometido a una normativa comunitaria o a una armonización de las legislaciones nacionales, no cae dentro del campo de aplicación del Derecho comunitario». *Asunto Cognét*, 335/85, de 23-10-1986, pg. 11. En el mismo sentido, cfr. los *asuntos Poreux*, 86/78, de 13-3-1979, pg. 897; *Edah*, cit., pg. 18 y *Mathot*, 98/86, de 18-2-1987, pg. 7. Cuestionando esta línea jurisprudencial, cfr. las Conclusiones del Abogado General Léger en el *asunto Granaloro*, cit., pgs. 76 a 79.

¹⁵ Cfr. DELLA CHÀ, A., *Challenge of internal rules...*, cit., pgs. 146 a 147; NIC SHUIBHNE, N., *Free movement of persons and the wholly internal rule: time to move on?*, *Common Market Law Review*, 2002, núm. 39 y CANNIZZARO, E., *Producing «Reverse Discrimination» through the exercise of EC Competences*, *Yearbook of European Law*, 1997, pgs. 38 y ss.

comunitario de igualdad¹⁶, y busca la solución al problema de las discriminaciones inversas remitiendo el asunto al juez nacional, pero articulando, como veremos a continuación, un sofisticado mecanismo de cooperación entre jurisdicciones en el que nuestro Tribunal Constitucional parece estar dispuesto a participar.

3. El clima de comunitariedad y la jurisprudencia Guimont

A la vista de los problemas que planteaban las discriminaciones inversas, algunas jurisdicciones nacionales comenzaron a tomar cartas en el asunto. Mientras el legislador permanecía inerte a las discriminaciones producidas por el Estado hacia sus propios ciudadanos, los Tribunales observaron la posibilidad de solventar esta situación con los instrumentos de la Constitución nacional, concretamente mediante el derecho fundamental a la no discriminación, contemplado, con ese mismo rango, en todo el panorama constitucional comparado de la CE/UE. En el siguiente epígrafe (4) veremos en detalle cómo se han producido estas reacciones, pero de momento nos limitaremos a analizar la reacción del TJCE y la repercusión que esta posición de las jurisdicciones nacionales ha tenido en la jurisprudencia antes expuesta¹⁷.

A partir del *asunto Pistre*, el TJCE comenzó a abrir las barreras de las situaciones puramente internas en materia de circulación de mercancías. En ese asunto no sólo se planteaba el carácter comunitario o nacional del caso, sino también la competencia del Tribunal para responder a la cuestión prejudicial que le planteaba la *Cour de Cassation* francesa. Dado que el asunto no encontraba vínculo alguno con el Derecho comunitario, tanto el Gobierno francés como la Comisión estimaron que no procedía responder a la cuestión de la compatibilidad de una normativa nacional con el Tratado. El Abogado General Jacobs, en sus Conclusiones al *asunto Pistre*, hizo un especial énfasis en la necesidad de no dar respuesta a la cuestión planteada, habida cuenta de que el Tribunal, en opinión de Jacobs, sólo debe pronunciarse «con arreglo al artículo 177 [actual art. 234] del Tratado en el contexto fáctico apropiado». Puesto que el asunto no presentaba vínculo alguno con el Derecho comunitario, el contexto fáctico debería inclinar al Tribunal a no dar respuesta al juez nacional. Sin embargo, y como el propio Jacobs puso claramente de manifiesto, es posible que el juez nacional necesite una respuesta para aplicar, posteriormente, su Derecho interno y así enjuiciar la discriminación inversa producida de conformidad con el principio de igualdad reconocido en su ordenamiento¹⁸. En este caso, la respuesta del TJCE

¹⁶ La única voz dentro del TJCE que parece haber opinado en contra, salvo error por nuestra parte, es la del Abogado General J.-P. Warner en sus Conclusiones al *asunto Auer*, 271/82, tal como destaca PICKUP, D. M. W., *Reverse discrimination...*, cit., pgs. 152 y 153.

¹⁷ En un contexto diferente, he analizado esta evolución jurisprudencial en SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea*, Madrid, 2004, pgs. 206 y ss.

¹⁸ A pesar de ello, Jacobs insistió en que el Tribunal no debía dar respuesta al juez nacional: «considero que ése es el planteamiento correcto incluso cuando es evidente la relevancia de la cuestión planteada, *por ejemplo, porque el órgano jurisdiccional remitente explica que una disposición nacional prohíbe la discriminación en sentido inverso*. A mi juicio, [...] el

sí tendría utilidad, en tanto abriría la puerta a que el juez nacional pueda conocer la situación en que el Derecho comunitario deja a los ciudadanos del Estado miembro frente a los extranjeros comunitario, y así dar respuesta, a la luz del principio constitucional de igualdad, a la discriminación inversa. Aunque el TJCE nada dijo en relación a esta posible «utilidad» de la respuesta al reenvío, a partir del *asunto Pistre* ya sabemos que el Tribunal dio solución a un asunto con un carácter *potencialmente* contrario al Derecho comunitario, desoyendo así las recomendaciones del Abogado General.

El punto culminante de esta línea jurisprudencial lo ofrece el *asunto Guimont*, antes visto, pues es ahí donde el Tribunal dice, abiertamente, que el Tribunal nacional necesitará una respuesta al reenvío en caso de que su Derecho interno dé una respuesta al problema de las discriminaciones inversas. Así, en el párrafo 23 del asunto citado, el Tribunal estima que

«no resulta manifiesto que el Juez nacional no necesite la interpretación del Derecho comunitario solicitada. En efecto, tal respuesta podría serle útil en el supuesto de que, en un procedimiento como el de autos, *su Derecho nacional concediera a un productor nacional los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un productor de otro Estado miembro en la misma situación*».

Así las cosas, el TJCE no tiene empacho en reconocer que las discriminaciones inversas no son sólo un problema a resolver por los Derechos nacionales, sino que entabla un diálogo con las jurisdicciones de los Estados a efectos de facilitar la solución a estas cuestiones. Si bien las discriminaciones inversas se habían mantenido en un discreto segundo plano, como muestra el *asunto Pistre*, a partir de *Guimont* nos encontramos con un mecanismo de cooperación que excede los términos del artículo 234 TCE, pero con el objetivo de dar respuesta, en coordinación con el juez nacional, a la discriminación generada por el Derecho comunitario. Esta línea, que se ha confirmado y se hace extensiva a las discriminaciones inversas en materia de circulación de personas con la Sentencia *Reisch*¹⁹ y previsiblemente a la libre

Tribunal de Justicia debe pronunciarse con arreglo al artículo 177 del Tratado en el contexto fáctico apropiado. Considero que en algunos casos al Tribunal de Justicia le puede parecer fácil pronunciarse sobre un aspecto de Derecho comunitario que, a pesar de ser importante por razones inherentes al Derecho nacional, no se deriva directamente de los hechos de un asunto particular: por ejemplo, en casos como aquellos de que actualmente conoce el Tribunal de Justicia en los que la normativa puede parecer manifiestamente contraria al artículo 30, en la medida en que aquélla se aplica a productos importados de otros Estados miembros [...]. Sin embargo, por las razones expuestas en mis conclusiones presentadas en los *asuntos Leur-Bloem y Giloy*, siempre será aventurado examinar cuestiones de Derecho comunitario fuera de contexto» (la cursiva es nuestra). Esta misma postura sostuvo el Abogado General Saggio en sus Conclusiones al *asunto Guimont*, cit., igualmente desoída por el Tribunal. Sobre esta cuestión desde la óptica de la expansión del Derecho comunitario, cfr. el excelente trabajo de EECKHOUT, P., *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, *Common Market Law Review*, núm. 39, 2002, pgs. 972 y 973 y PAPADOPOULOU, R.-E., *Situations Purement Internes...*, cit., pgs. 113 y 129.

¹⁹ Sentencia *Reisch*, cit., de 5-3-2002, pgs. 25 y 26. De hecho, como destaca el Abogado General Geelhoed en sus Conclusiones a este asunto, la Comisión esgrimió una Sentencia del Tribunal Constitucional austriaco de 26 de febrero de 1999 sobre la discriminación

circulación de personas con el asunto *Ritter-Coulais*²⁰, parte de la existencia de una respuesta, en vía nacional, al problema. El Tribunal asume que el Estado de donde procede la cuestión ha acogido, de alguna manera, una respuesta a las discriminaciones inversas merced al principio constitucional de igualdad. En los dos casos resueltos a día de hoy, es cierto que el Estado de origen había dado respuesta al asunto²¹. Pero en otros Estados, como el Reino Unido o Italia, donde aún no se ha resuelto esta cuestión, cabría preguntarse si el Tribunal volvería a reiterar la jurisprudencia *Guimont*. Aunque sea como mera predicción, nos atrevemos a pensar que sí, pues el Tribunal parece decidido a que la vía interna, y el principio constitucional de igualdad, son los instrumentos normativos adecuados para dar respuesta a la cuestión de las discriminaciones inversas²². Veamos ahora hasta qué punto los Estados han hecho suya esta postura, y en que supuestos, para finalmente estudiar la posición del Tribunal Constitucional al respecto.

4. La reacción de los Tribunales nacionales

Es cierto que los Tribunales nacionales decidieron, ante la laguna que presentaba el Derecho comunitario y la inactividad de los legisladores estatales, solucionar las discriminaciones inversas apelando al Derecho interno. Esta reacción es la que ha generado una clara apertura en la cooperación entre jurisdicciones a partir del *asunto Guimont*, y dada la cercanía en el tiempo de estos pronunciamientos del TJCE es aún pronto para pronosticar la reacción de todas las jurisdicciones nacionales. De momento sólo podemos exponer cuál ha sido la actitud de aquellos Tribunales nacionales que actuaban en sede *pre-Guimont*, pero su ejemplo sin duda será también un aliciente más en el fomento de un enfoque semejante por parte de las demás jurisdicciones nacionales. Asimismo, como más tarde mostraremos, la experiencia

de ciudadanos nacionales, pero no especifica si toca directamente el tema de las discriminaciones inversas. Como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional austriaco ha reiterado una postura semejante en su pronunciamiento de 9-12-1999, G 42/99 y 135/99.

²⁰ Conclusiones del Abogado General Léger al asunto Hans-Jürgen y Monique Ritter-Coulais, C-152/03, de 1-3-2005.

²¹ Cfr. *infra*, pg. 4.

²² De hecho, en el *asunto Anomar*, C-6/01, el Abogado General Tizzano, en sus Conclusiones de 11 de febrero de 2003, no tuvo inconveniente en aplicar esta jurisprudencia a un caso procedente de Portugal, donde aún no está claro si el Derecho interno admite la inconstitucionalidad de las discriminaciones inversas. En palabras del Abogado General italiano, «Me parece, en definitiva, que por muchas dudas que pueda suscitar la orientación jurisprudencial referida, no puede prescindirse de ella en este estadio procesal y que, por tanto, la objeción formulada por los Gobiernos portugués y belga debe ser desestimada». Difícilmente el TJCE se va a apartar de esta línea, pues el punto de arranque de la misma, el *asunto Guimont*, fue resuelto por el Pleno del Tribunal, como síntoma de la voluntad de permanencia de su postura. Asimismo, el Tribunal tampoco ha tenido inconveniente en aplicar esta misma doctrina al dictar Autos al amparo del artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento, como es el caso de *asunto Mauri*, C-250/03, de 17-2-05.

comparada puede darnos pautas para interpretar la STC 96/2002 y así determinar la extensión de la misma.

El caso más llamativo producido hasta la fecha lo presenta la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 30-12-1997, núm. 443²³, que resuelve la cuestión de constitucionalidad planteada por el *Pretore de Pordenone* en relación a la conformidad con el principio de igualdad de la Ley reguladora de la elaboración y comercialización de cereales, harinas, pan y pastas alimenticias. El problema de las pastas italianas había recibido una respuesta por parte del TJCE en el *asunto Glocken*²⁴, antes citado, donde se declaró la incompatibilidad de la Ley sobre Pastas Alimenticias con el Derecho comunitario en cuanto a las pastas importadas en Italia. Sin embargo, el TJCE se cuidó de subrayar «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» (la cursiva es nuestra)²⁵. Con este punto de partida, la situación en la que quedaban los productores italianos era claramente desventajosa en comparación con la situación de los productores extranjeros comunitarios. En el fundamento 6 de su Sentencia, la Corte Constitucional italiana afirma 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». En el caso de autos no existía una armonización comunitaria al respecto, con lo que la diversidad normativa había devenido en una discriminación inversa tras la Sentencia *Glocken*. A la vista de esta situación, la Corte sentó el siguiente *ratio decidendi*:

«En 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 y ss.; 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*».

Como consecuencia de lo anterior, la Corte declara la inconstitucionalidad de la Ley de Pastas Alimenticias por contrariar el principio de igualdad²⁶.

²³ Cfr. *Corte Costituzionale. Decisioni della Corte*, 1997, pgs. 3905 y ss. Sobre esta Sentencia, véase el comentario de DELLA CHÀ, A., *Challenge to internal rules...*, cit. y los comentarios de CESARE PINELLI y GIOVANNI GUZZETTA en el repertorio de *Decisioni della Corte*, pgs. 3915 y ss., e igualmente las notas de Arianna Vedaschi en el primer volumen del mismo repertorio, del año 1998.

²⁴ *Asunto Glocken GmbH*, 407/85, de 14-7-1988. En paralelo a este pronunciamiento, cfr. el *asunto Zoni*, 90/86, de 14-7-1988.

²⁵ *Asunto Glocken*, cit., pg. 25.

²⁶ La Corte Constitucional «dichiara l'illegittimità dell'art. 30 l. 4 luglio 1967 núm. 580, nella parte in cui non prevede che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di

Al mismo resultado llegó el Tribunal Constitucional austriaco en la Sentencia de 9-12-1999, G 42/99 y 135/99²⁷, donde se planteaba la compatibilidad de un régimen de autorización de actividades profesionales con el principio constitucional de igualdad, reconocido en el artículo 7 de la Constitución federal. Dado que Austria contempla un sistema de autorizaciones para el ejercicio de las profesiones liberales, basado en titulaciones académicas o dispensa (cuando se pruebe la obtención de los mismos conocimientos que acreditan las titulaciones antes citadas), la libre prestación de servicios comunitaria exige un tratamiento que beneficia a los extranjeros comunitarios y a los ciudadanos integrantes del Espacio Económico Europeo, en detrimento de los ciudadanos austriacos. A la vista de tales circunstancias, el *Verfassungsgerichtshof* estableció que dicha discriminación no era ajena ni al Derecho comunitario ni al Derecho nacional. Así,

«No se discute en la legislación ni en la jurisprudencia que el legislador, en la ejecución del Derecho comunitario, permanece vinculado a los preceptos constitucionales cuando una transposición de disposiciones comunitarias no queda inhibida por aquéllos. Por tanto, en estos casos el legislador está sujeto a un doble vínculo, principalmente una vinculación al Derecho comunitario y una vinculación en el marco del Derecho constitucional».

A continuación el Tribunal pasa a analizar la diferencia de trato contemplada por la Ley austriaca de transposición²⁸, aplicando un estricto principio de igualdad. Dado que los destinatarios de la norma no se encuentran en situaciones de hecho del todo diferenciadas (extranjeros comunitarios y ciudadanos austriacos), el Tribunal analiza si esta discriminación encuentra una justificación objetiva y razonable. Su respuesta es negativa, con base en el artículo 7 de la Constitución antes citado, puesto que el legislador no contaba con razones objetivas para establecer una distinción entre los conocimientos y diplomas adquiridos en Austria y aquellos obtenidos en otro

ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, nel territorio della Comunità europea». Deberíamos destacar que el Abogado General Léger, en sus Conclusiones al *asunto Granaloro* ya citadas, y ante la imposibilidad de dar respuesta a todas las cuestiones que le planteaba el juez italiano, concretamente las atinentes a la discriminación inversas, no tuvo inconveniente en recordarle la existencia de esta Sentencia de la *Corte Costituzionale*, no sin cierto descontento ante la falta de compromiso por parte del TJCE a la hora de dar respuesta a estas situaciones (aunque sólo «interpretamos» este descontento en el Abogado General, pues en ningún momento parece del todo convencido por la línea jurisprudencial comentada *supra*, y tacha de «excelente» a una contribución como la de Miguel POIARES MADURO, también citada en estas páginas, en la que se defiende un enfoque comunitario al problema de las discriminaciones inversas): En palabras de LÉGER, con una evidente voluntad de dar respuesta a la discriminación inversa planteada: «Así pues, sería oportuno que el órgano jurisdiccional remitente comprobara si el principio establecido por el Tribunal Constitucional italiano puede aplicarse al presente asunto. En caso afirmativo, el Tribunale civile di Bologna podrá aplicar la solución a la que se ha llegado en virtud de los artículos 29 CE y 30 CE a la leche pasteurizada a alta temperatura producida por Granaloro *en territorio italiano*» (pg. 83; la cursiva es nuestra).

²⁷ *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001, pg. 219 y ss.

²⁸ En concreto, la *Gewerbeordnung* (GewO) y su reglamento de aplicación.

Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Como consecuencia de todo ello, el *Verfassungsgerichtshof* declara la inconstitucionalidad de las disposiciones austriacas comentadas.

Bien distinta, pero íntimamente ligada a la evolución anterior, es la jurisprudencia de la *Cour de cassation* francesa, y concretamente de su sala penal. Decimos que es bien distinto porque la fundamentación del Tribunal no se basa en el Derecho nacional, como hemos visto hasta ahora, sino en el propio Derecho comunitario. En efecto, el Derecho francés no permite la realización de juicios abstractos sobre la constitucionalidad de las leyes, salvo en el caso de los recursos previos de inconstitucionalidad ante el *Conseil Constitutionnel*. Por tanto, el juez ordinario difícilmente puede declarar la inconstitucionalidad de una Ley, o plantear una cuestión sobre la misma al *Conseil*, puesto que su Derecho se lo impide. Para solucionar esta restricción la *Cour de cassation* no tuvo inconveniente en contradecir frontalmente al Tribunal de Justicia²⁹, y declaró la ilicitud de las discriminaciones inversas con base en el principio de igualdad *comunitario*, concretamente la interdicción de la discriminación por razón de nacionalidad³⁰. Dado que la normativa sobre publicidad de bebidas alcohólicas resultaba más estricta en los ciudadanos franceses, esta diferencia de trato con los extranjeros comunitarios merecía, según la *Cour de cassation*, un análisis a la luz de los artículos 12 y 29 TCE. Sin duda se trata de una jurisprudencia polémica y que no tardó en encontrar respuestas muy críticas por parte del Consejo de Estado francés³¹, que finalizaron con la rectificación de la *Cour* y una vuelta a la ortodoxia³². Sin embargo, pone de manifiesto la voluntad de dar respuesta a esta cuestión por parte de los Tribunales nacionales. Si las discriminaciones

²⁹ Tan contraria, que el propio TJCE daría una firme respuesta a un caso planteado con posterioridad, donde el *Tribunal d'instance de Bressuire* planteaba al Tribuna de Luxemburgo la «comunitariedad» de una respuesta como la de la *Cour de cassation* al problema de las discriminaciones inversas. Así, el *asunto Cognat*, 355/85, de 23-10-1986, junto con el contundente pronunciamiento del Abogado General Slynn al caso, parecen dar por cerrada la cuestión y confirman su jurisprudencia tradicional.

³⁰ *Arrêts de la Cour de Cassation* de 16-6-1983, *Rossi de Montalera et autres*. Comentando esta jurisprudencia, incluso en términos laudatorios, cfr. JEANTET, F. C., *Un progrès dans la notion d'unité de marché de la Communauté européenne*, Cahiers de Droit Européenne, 1983, pgs. 521; RYZIGER, P. F., comentario jurisprudencial en el *Recueil Dalloz Sirey*, 1984, pgs. 45 a 47y DANGER, S., *Le droit communautaire et la discrimination à rebours*, Les Annales de l'Ecole Doctorale, 1997, núm. 5, pgs. 293 a 296.

³¹ *Arrêts del Conseil d'Etat*, con anterioridad a la jurisprudencia *Rossi de Montalera*, de 3-11-1976, *Aufaure* y de 27-7-1979, *Syndicat national des fabricants de spiritueux*. Después de la jurisprudencia de la *Cour de cassation* comentada, cfr. los *arrêts* de 8-2-1985, *Edouard Leclerc* y de 3-6-1987, *Association professionnelle des guides interprètes*. Sobre la posición del *Conseil d'Etat*, cfr. DANGER, S., *Le droit communautaire...*, cit., pgs. 294 y 295.

³² Por ejemplo, cfr. el *arrêt* de la *Cour de cassation* de 5-7-1994, *Ferme du Lapry*. Sin embargo, la justicia francesa (o los ciudadanos, más bien) no se ha dado por vencida, tal como muestran las Conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto Pistre, cit., pg. 35. Nada menos que en 1995, tras la rectificación de la *Cour de cassation*, los recurrentes seguían alegando la jurisprudencia derogada con el fin de dar solución a la discriminación inversa creada.

inversas encuentran solución en vía interna, la posición de la *Cour de cassation* muestra hasta qué punto están dispuestos a llegar los Tribunales con el fin de solventar el caso.

III. EL CASO ESPAÑOL Y LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El silencio de la jurisprudencia

El Derecho español no ha conocido pronunciamientos semejantes, o al menos en términos tan contundentes como los mostrados en el apartado anterior. Incluso el legislador ha mostrado resistencia al solventar situaciones de desventaja competitiva por causa de las discriminaciones inversas, y tampoco encontraremos pronunciamientos, al menos en exposiciones de motivos, destacando la voluntad de solventar una discriminación como las aquí descritas. Sí podemos encontrar una tendencia a equiparar los estatutos jurídicos de los extranjeros no comunitarios con el de los extranjeros comunitarios³³, pero ello no nos llevaría a un supuesto canónico de discriminación a la inversa, en el sentido antes estudiado. Con todo, la invocación del artículo 14 CE no ha sido un instrumento eficaz en la lucha contra las discriminaciones inversas producidas en España, y como mucho se trata de un precepto que ha andado en la mente del legislador y los Tribunales al encontrarse con supuestos semejantes, pero no hasta el punto de confirmar, en los términos de la *Corte Costituzionale* o el *Verfassungsgerichtshof*, su aplicabilidad en la lucha contra las discriminaciones inversas creadas por el Derecho comunitario. Al menos ésta ha sido la situación hasta 2002, año en el que nuestro Tribunal Constitucional parece haber dado entrada al artículo 14 CE en el discurso que aquí nos ocupa.

2. La STC 96/2002 de 25 de abril

La Sentencia que pasamos a comentar resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por la Comunidad Autónoma de La Rioja contra la Disposición Adicional Octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En esta Ley de acompañamiento el Estado venía a poner fin al contencioso que España mantenía con la Comisión Europea con motivo del sistema impositivo foral, garantizado por la Constitución española en su Disposición Adicional Primera, y que operaba en contra de los extranjeros comunitarios con actividades comerciales en los territorios forales citados. Dado que la competencia normativa en esta cuestión, en el año 1994, quedaba en manos del Estado,

³³ Como caso paradigmático, así ocurre en los supuestos de expulsión de extranjeros no comunitarios, que viene equiparándose de forma lenta pero gradual, en la jurisprudencia del TS, al supuesto de expulsión de comunitarios. Sobre este efecto *spill-over* de las discriminaciones inversas, cfr. COBREROS MENDAZONA, E., *Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho comunitario: la reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros*, RAP, núm. 156, 2001.

la disposición impugnada puso fin a la incompatibilidad con el Derecho comunitario, pero no a través de la eliminación del concierto fiscal, sino con su modificación. La solución a la que llega el Estado busca lo mejor de ambos mundos, compatibilizando el régimen foral con el Derecho comunitario, pero manteniendo la plena aplicabilidad de las normas concertadas. Para alcanzar este resultado, el Estado optó por equiparar a los extranjeros comunitarios con los residentes en los territorios forales, excluyendo así a los españoles no residentes en el País Vasco y Navarra. Con una redacción del todo enrevesada, la disposición impugnada ante el TC establece lo siguiente:

«Los residentes en la Unión Europea, que no lo sean en España y que, por su condición de tales, deban someterse a la legislación tributaria del Estado, sin que, por esa circunstancia, puedan acogerse a la de la Comunidad Autónoma o Territorio Histórico del País Vasco o Navarra en el que operen, tendrán derecho, en el marco de la normativa comunitaria, al reembolso por la Administración Tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado efectivamente en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación propia de dichas Comunidades Autónomas o Territorios Históricos, en los términos que reglamentariamente se establezcan».

Puesto que no podemos profundizar en todos los matices que presentaba un caso tan complejo como éste, veamos brevemente el núcleo argumentativo de la Sentencia en lo que afecta al principio de igualdad, que sirvió como norma de cobertura para la declaración de inconstitucionalidad de la disposición impugnada. A lo largo de su razonamiento, el TC no se aparta de su doctrina tradicional sobre el artículo 14 CE, por lo que comienza exponiendo los términos de comparación, sigue con la apreciación de su condición como categorías homologables, y finalmente enjuicia si el legislador ha optado por establecer una diferenciación de trato razonable y proporcionada. Con este esquema, finalmente reforzado con unas reflexiones sobre la libertad de empresa en libre competencia y la unidad de mercado proclamadas en los artículos 38 y 139.2 CE, se concluye con una declaración de inconstitucionalidad por la creación de una discriminación inversa. Asimismo, cabe destacar que la Sentencia, dictada en formación plenaria, no obtuvo el refrendo de todo el Tribunal, y cuenta con dos votos particulares de una especial dureza con la decisión de la mayoría³⁴.

Para comenzar, el TC se cuida de llevar a cabo un juicio de igualdad entre las categorías contempladas en la norma recurrida, principalmente con el objetivo de evitar un recurso *per saltum* y así pronunciarse sobre el régimen fiscal foral. Que el Tribunal lo haya conseguido con mayor o menor éxito es una cuestión que no entraremos a valorar³⁵, pero, gracias a este temor,

³⁴ Dureza que se deriva especialmente de uno de los votos, el rubricado por los Magistrados Vives Antón y Casas Baamonde, al que se adhirieron los Magistrados García Manzano y Pérez Vera. El segundo voto particular procede del Magistrado Gay Montaner.

³⁵ El Tribunal intenta no cruzar la línea fronteriza del recurso, pues el supuesto planteado le podría llevar a enjuiciar no la discriminación producida entre residentes en la Unión Europea (no españoles) y residentes en España (en territorio no foral), sino entre estos últimos y los españoles residentes en territorio foral. Dado que los extranjeros comu-

se ha llevado a cabo una delimitación de los sujetos que nos lleva directamente al supuesto de una discriminación inversa comunitaria, que diferencia, por un lado, a los residentes en la Unión Europea (pero no en España) que operan en el País Vasco y Navarra, de los residentes en España (pero no en el País Vasco y Navarra) que operan en dichas Comunidades. En definitiva, los sujetos discriminados son ciudadanos españoles residentes en territorio español sometidos al Derecho español, cuya diferencia de trato se realiza respecto de ciudadanos comunitarios no españoles, con motivo del ejercicio de un derecho con carácter comunitario. Se trata, pues, de un supuesto elemental de discriminación inversa producida por la ejecución del Derecho comunitario en el ordenamiento de un Estado miembro. En palabras del TC, «los términos de comparación deben considerarse homogéneos, pues se trata en todos los supuestos de personas que “operan” económicamente en los territorios forales citados, *cuya única diferencia es la cualidad con la que se presentan en el mercado autonómico: como residentes en España o como no residentes en España siéndolo en un país miembro de la Unión Europea*» (la cursiva es nuestra)³⁶.

Una vez que el Tribunal estima que las dos categorías son homologables, se reconoce que la diferencia de trato se lleva a cabo en un mismo colectivo, y por tanto resulta necesario justificar el sentido de tal discriminación. Siguiendo la jurisprudencia constitucional, debe realizarse un «juicio de razonabilidad», conformado, según la doctrina del TC (que no deja de ser un tanto confusa terminológicamente³⁷, por los *tests* acumulativos de razonabilidad y proporcionalidad. En el primer escalón, la razonabilidad *stricto sensu*, el Tribunal analiza si la diferencia de trato se sustenta en algún motivo objetivo y coincidente con los fines que ambiciona el legislador. Parece que

nitarios habían visto cómo se les extendía un régimen tributario, el juicio de igualdad fácilmente podía efectuarse *sobre el régimen tributario en sí mismo considerado*, y no sobre la situación comparativa entre las categorías de la *litis*. La Sentencia se defiende en su F. 2º afirmando que, «no corresponde a este Tribunal analizar [...] ninguna de las tachas e imputaciones que sobre las normas forales vierte la representación procesal de la Comunidad Autónoma recurrente y relativas a la discriminación interterritorial, a la prohibición de menoscabar la competencia empresarial o distorsionar la asignación de recursos y el libre movimiento de capitales y mano de obra [...], pues ello sería tanto como aceptar la interposición de una suerte de recurso *per saltum* contra las normas forales citadas. *El objeto del presente recurso de inconstitucionalidad lo constituye única y exclusivamente el análisis de la Disposición adicional octava de la Ley 42/1994 y a ella se va a contraer nuestro estudio [...]*» (la cursiva es nuestra). Los Magistrados que firman el voto particular no parecen estar de acuerdo en esta cuestión (cfr. F. 1º del voto).

³⁶ STC 96/2002, cit., F. 8º.

³⁷ Cfr. ALONSO GARCÍA, E., *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución*, RAP, núms., 100-102, 1983, y sus comentarios sobre el «*test* de razonabilidad en sentido amplio», el «*test* de racionalidad», el «*test* de razonabilidad» (no racionalidad) y el principio de proporcionalidad, cuyas diferencias no quedan del todo claras a partir de la primera jurisprudencia del TC. No obstante, los últimos años parecen mostrar una definitiva inclinación hacia los términos empleados por la Sentencia aquí comentada, y prueba de ello son los pronunciamientos citados en aquélla, especialmente las SSTC 46/2000, de 17 de febrero (F. 4º) y 200/2001, de 4 de octubre (F. 8º).

el razonamiento del TC se vuelca en un criterio consecuencialista, porque a pesar de reconocer que el domicilio es un criterio habitual en la ordenación de las situaciones jurídicas, especialmente las fiscales o las internacionales privadas, en el caso de autos «las consecuencias derivadas de la disposición impugnada son irrazonables»³⁸. Y ello es así porque la norma sitúa a una categoría personas (los residentes en España sometidos al Derecho común) en una situación de absoluta disparidad y perjuicio. En palabras del Tribunal: se coloca 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 [...], 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»³⁹.

El segundo escalón del juicio de razonabilidad, el *test* de proporcionalidad, se lleva a cabo desde la óptica de la adecuación al fin, también conocida como técnica de «la medida menos restrictiva». En esta sede, el TC realiza un exhaustivo análisis de las consecuencias tributarias que trae consigo la exención fiscal hecha extensible a los extranjeros comunitarios que operen en el territorio foral, a la que califica de «ayuda estatal» constitutiva de «una situación de absoluto privilegio fiscal por llegar, incluso, en ocasiones, a neutralizar totalmente el deber constitucional –de todos– de contribuir a los gastos del Estado [...]»⁴⁰. Puesto que el legislador estatal estaba cumpliendo con sus obligaciones comunitarias al adoptar la medida cuestionada, el análisis de proporcionalidad dilucida si esta finalidad inmediata (la ejecución del Derecho comunitario) tolera medidas menos lesivas para con el colectivo agraviado. El Tribunal entiende que sí, o al menos aprecia que la opción de no erradicar el concierto económico lleva a un grupo (amplio) de ciudadanos españoles a una situación insostenible en relación con otro: los residentes en la Unión Europea, que no lo sean en España. Tampoco se explica del todo porqué el criterio de la equiparación es desproporcionado, pero en la argumentación del TC parece existir una preocupación por la situación de total exención fiscal en la que se sitúa al colectivo beneficiado, sin demasiadas explicaciones por parte del legislador, salvo la voluntad de mantener en funcionamiento un sistema tributario herido de muerte⁴¹. El

³⁸ STC 96/2002, cit., F. 9º.

³⁹ STC 96/2002, cit., F. 9º.

⁴⁰ STC 96/2002, cit., F. 9º.

⁴¹ Decimos «herido de muerte» porque el concierto foral ha sufrido un proceso de desgaste gradual, hasta desembocar en las Decisiones de la Comisión de 11 de julio de 2001, en las que se exige al Estado español no la modificación del concierto fiscal, sino su *supresión*. Las propias Comunidades Autónomas, una vez asumida competencia normativa en la materia, eran conscientes del difícil encaje de su sistema impositivo con el TCE, y de forma gradual han erradicado un número importante de las ayudas que inicialmente contemplaba la Disposición Adicional impugnada en la STC 96/2002.

TC jugaba con ventaja en este último aspecto, porque en fechas de redacción de Sentencia se había confirmado la efectiva desaparición del régimen cuestionado, pero el Tribunal realiza una advertencia *pro futuro* al legislador, avisándole de las consecuencias discriminatorias que puede tener una medida diferenciadora «a la desesperada» como la aquí cuestionada.

Finalmente, la Sentencia cierra su argumentación destacando las consecuencias de la discriminación desde una óptica competitiva, extendiendo la contrariedad con el artículo 14 CE hacia los mandatos de los artículos 38 CE (libertad de empresa) y 139 CE (libre circulación). Aquí se confirma la óptica consecuencialista del Tribunal, pues no parece bastar un mero juicio de igualdad para declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, sino también una patente repercusión de mercado que afecte a la unidad económica del Estado, que éste viene llamado a tutelar y no desintegrar. Por tanto, el cierre de la Sentencia esconde el núcleo de la misma desde la óptica que nos interesa, y el enunciado que a continuación reproducimos sería perfectamente extrapolable a muchas otras discriminaciones inversas creadas por el Derecho comunitario:

«la medida [...] produce la fragmentación del mercado con quiebra de la necesaria unidad del orden económico, pues, como hemos visto, sus consecuencias objetivas provocan el surgimiento de unos obstáculos para un colectivo de sujetos, que no guardan la debida proporción con el fin perseguido, al colocarles en el mercado en una clara situación de desventaja por tener que competir ofreciendo sus productos o servicios a un coste superior al de aquellos otros que son objeto de la ayuda estatal cuestionada. De esta manera su actividad no queda sometida a las reglas de mercado, falseándose la competencia y, en su efecto, quebrando la libertad de empresa del art. 38 CE y, además, resulta lesionada tanto la libertad de circulación del art. 139.2 CE (por tratarse de unas medidas que imponen trabas injustificadas al desarrollo de las empresas en condiciones básicas de igualdad) como la garantía constitucional del art. 139.1 CE, en cuanto manifestación concreta del principio de igualdad del art. 14 CE, que, aunque no exige que las consecuencias jurídicas de la fijación de la residencia deban ser, a todos los efectos, las mismas en todo el territorio nacional [...], sí garantiza el derecho a la igualdad jurídica, es decir, a no soportar un perjuicio –o una falta de beneficio– desigual e injustificado en razón de los criterios jurídicos por los que se guía la actuación de los poderes públicos».

IV. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA DESPUÉS DE LA STC 96/2002

1. Las tesis del cierre y del «caso especial»

Veamos ahora en qué condiciones queda el Derecho español cuando se planteen discriminaciones inversas comunitarias, a la luz de la Sentencia del TC de 2002, pero comenzando por las tesis contrarias a la solución constitucional. En contra de lo ocurrido en Italia o Austria, la STC 96/2002 puede ser un pronunciamiento no tan abierto como los vistos en el apartado II.4, y por tanto existen motivos, que más tarde combatiremos, para descartar la «constitucionalización» de las discriminaciones inversas comunitarias

en España. Cabe resumir los motivos que sustentan esta postura en cuatro categorías: la tesis de la discriminación «a tres», la tesis de la omisión, la tesis de la integración negativa y la tesis del «caso especial». Analicémoslas brevemente y en el mismo orden citado.

En primer lugar, la STC 96/2002 parte de un supuesto no del todo equivalente con los casos canónicos de discriminaciones inversas comunitarias, por el sencillo motivo de que la discriminación tiene un elemento autonómico que la jurisprudencia del TJCE (y los ejemplos comparados antes vistos) no tiene presente. El obstáculo, al beneficiar tanto a los residentes en la UE como a los residentes en los territorios forales, está perjudicando a los residentes en el resto del territorio español, agudizando así la discriminación inversa. Dado que este carácter triangular no se produce en los casos hasta ahora vistos, la Sentencia aquí estudiada nos mostraría un ejemplo excepcional que no podría aplicarse cuando la diferenciación se produce entre los titulares de un derecho jurídico-comunitario y un derecho-nacional, *stricto sensu*. La discriminación inversa, para tener relevancia constitucional, debería ser especialmente grave, y la norma declarada inconstitucional por la STC 96/2002, al atomizar el espectro normativo en distintos beneficiarios, es uno de estos casos graves, que no se produce cuando la diferenciación es simplemente entre residentes comunitarios y residentes nacionales⁴².

La segunda tacha se basa en el posible «olvido» del TC, y está vinculado al cuarto argumento: la Sentencia no quiso abordar frontalmente las consecuencias jurídico-comunitarias de su pronunciamiento, y por tanto no hay intención alguna de equiparar su doctrina con la de la Corte Constitucional o el *Verfassungsgerichtshof* austriaco⁴³. Probablemente por el elemento autonómico que debía resolver, el Tribunal, volcado en un debate interno sobre la interpretación de la polémica Disposición Adicional Primera de la Constitución, no tuvo la perspectiva suficiente a la hora de valorar las consecuencias del fallo. Esta tesis es, sin duda, muy débil. Asimismo el voto particular liderado por Vives Antón y Casas Bahamonde muestra, en algunos momen-

⁴² Tal como destaca CANNIZZARO, E., *Producing «Reverse Discrimination»...*, cit., pg. 37, las discriminaciones inversas plantean un problema de *dos* compartimentos normativos estancos, cada uno con su respectivo ámbito de aplicación. En el caso que comentamos, esta situación se agrava con rotundidad al contemplar que tenemos *tres* compartimentos normativos estancos, con una atomización cada vez más peligrosa para con la unidad de mercado. Así las cosas, el TC da respuesta a las discriminaciones inversas comunitarias, pero queda por ver si la solución sería la misma cuando el conflicto se produzca entre los dos ordenamientos iniciales.

⁴³ De hecho no hay mención alguna a la jurisprudencia italiana o austriaca a lo largo de la Sentencia, ni tampoco en ninguno de los votos particulares. También es cierto que la jurisprudencia comparada tampoco hace uso de otros ejemplos europeos, pero en todo caso la STC 96/2002 muestra una despreocupación casi total hacia la problemática comunitaria y sus consecuencias. El análisis comunitario sólo se dirige como instrumento en la solución de un supuesto que parece más «autonómico» que comunitario, lo cual es normal si tenemos en cuenta que hablamos del Tribunal Constitucional, pero este uso instrumental del elemento europeo parece ser un indicio a favor de la tesis del *lapsus iuris*.

tos, esta preocupación hacia las consecuencias sobre la libertad de configuración del legislador en la ejecución del Derecho comunitario, aunque tampoco el voto es totalmente claro al respecto.

Asimismo, estamos ante un caso no extrapolable a las discriminaciones inversas porque no resuelve un problema de integración negativa comunitaria. Para que se produzca una discriminación inversa comunitaria es necesario que el poder público nacional lesione alguna de las libertades comunitarias, y por consiguiente haga dejación de sus normas o actividades para con los sujetos sometidos al Derecho comunitario. En el caso de la STC 96/2002 no ocurre nada parecido, pues el régimen fiscal foral planteaba un problema de ayudas de Estado, unido a una extensión (y no inaplicación) de las consecuencias que traía consigo la aplicación del Tratado de la Comunidad Europea. Claro que la aplicación de una libertad comunitaria puede producir discriminaciones cuando el resultado no es la inaplicación sino la extensión, pero al introducirse una ampliación de la respuesta comunitaria en negativo, esto es, haciendo la ayuda también asequible para los residentes en la UE, nos alejamos de los casos vistos en el epígrafe II.

Finalmente, un cuarto argumento puede expresarse como al tesis del «caso especial», en referencia a la teoría dworkiniana de los *hard cases* y el papel del juez en los mismos. Sin ánimo de convertir al TC en Hércules, lo cierto es que la STC 96/2002 es un supuesto límite, condicionado por una situación jurídico-política excepcional, como es el caso del concierto fiscal vasco y navarro. Los supuestos ordinarios de discriminaciones inversas no tienen un trasfondo tan políticamente sensible como éste, y la actuación del TC probablemente se debe más al elemento autonómico que comunitario del caso⁴⁴. Como dice el aforismo inglés: *hard cases make bad law*. Y la STC 96/2002 sería el resultado de ese *bad law*, que no hay necesidad de extender a donde no quería él mismo llegar.

2. La tesis de la apertura

Sin embargo, la Sentencia admite una interpretación radicalmente contraria y por tanto favorable a la constitucionalización de las discriminaciones inversas comunitarias. Siguiendo el mismo esquema del apartado anterior, pasaremos ahora a analizar los argumentos a favor de la extensión de este supuesto a los demás casos en los que el Derecho comunitario produce este tipo de diferenciación, para finalmente tomar una posición al respecto y

⁴⁴ Pero este argumento es peligroso, porque nada nos garantiza que las discriminaciones inversas comunitarias sean asuntos políticamente «pacíficos». Una aseveración del todo falsa, y que se muestra así cuando nos encontramos con supuestos tan sensibles en algunos Estados como las denominaciones de origen, las prestaciones sociales por actividad laboral, sanciones penales, etc. Casos todos ellos en donde el Derecho comunitario extiende sus fronteras, con la consiguiente capacidad para crear discriminaciones inversas. Con estos precedentes, ¿porqué no decir que el asunto de la STC 96/2002 es también una cuestión tan sensible como la que resolvió la *Corte Costituzionale*, que se pronunció sobre un sector tan económicamente relevante para el mercado italiano como el de las pastas alimenticias?

decantarnos por la tesis de la apertura, aunque con condiciones. A favor de esta tesis podemos encontrar, en este orden, el argumento de la *ratio decidendi*, el argumento de ámbito personal, el argumento de la «norma reivindicatoria de una discriminación» y el argumento del ambiente o contexto constitucional europeo.

En primer lugar, podemos hacer una lectura en paralelo a las de la Corte italiana o austriaca si nos atenemos exclusivamente a los argumentos de la Sentencia. No hay porqué valorar una resolución únicamente por su carácter coyuntural, pues puede traer consigo la semilla de una futura postura firme y contundente. La STC 96/2002 podría ser uno de esos casos, ya que sus argumentos son bien claros al respecto: condena una discriminación, por lesiva del principio de igualdad, cuando la diferencia entre ciudadanos comunitarios y ciudadanos españoles no contempla una justificación objetiva y razonable (o razonable y proporcionada, como prefiere decir el TC). En realidad se trata de un juicio de igualdad ortodoxo, sin mayor complicación en cuanto al elemento comunitario o autonómico. Dado que la diferencia introducida carece de justificación alguna, el legislador no deberá tolerar este tipo de situaciones discriminatorias, aunque su existencia traiga causa del Derecho comunitario⁴⁵.

Asimismo podemos defender la lectura constitucional de las discriminaciones inversas comunitarias ateniéndonos al ámbito de aplicación de la Sentencia. El propio TC tenía bien presente el carácter autonómico del asunto, y se cuidó de no extender su fallo a la situación en que se encontraban los residentes en los territorios forales⁴⁶. Así pues, el ámbito personal de la

⁴⁵ La argumentación del TC, vista de forma aislada, nos lleva a esta solución sin inconveniente alguno, especialmente en su fundamento 9, párrafo primero, cuando establece que «Se coloca a estos últimos [residentes en territorio no foral] 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 [...] 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*» (la cursiva es nuestra). Si la diferencia en las consecuencias jurídicas no se sostiene por sí misma, puede basarse nada más y nada menos que en un juicio objetivo de igualdad, y no en una lectura coyuntural de la situación jurídico-política.

⁴⁶ El cuidado del TC en la delimitación de los supuestos puede resultar incluso exagerado, pues en su F. 2º, párrafo 4º, expresa los requisitos que deben reunir los residentes en la Unión Europea (que no lo sean en España) para entrar en el ámbito de aplicación de la norma impugnada; y a continuación enumera, una a una, las categorías de personas, residentes en España, que son susceptibles de sufrir una discriminación con motivo de la norma. De todos los grupos enumerados, el Tribunal Constitucional establece que únicamente el quinto supuesto es el que entra a valorar. Se desprende, pues, un especial interés por mostrar que su juicio recae sobre la discriminación inversa comunitaria, y en el intento da aún mayor fuerza al argumento de la apertura. Esta no sería la primera vez en la que el TC ofrece una lectura en clave territorial del fenómeno de integración europea. En este sentido, cfr. PÉREZ TREMPES, P., *Unidad del ordenamiento y derecho comunitario*, RVAP, núm. 65, (II), 2003, así como su trabajo *La incidencia de la Constitución Europea en*

Sentencia nos lleva directamente a los supuestos de discriminaciones inversas comunitarias: diferencia de trato entre residentes de la UE (que no lo sean en España) y residentes en España. Esta es la demarcación que quiere hacer el TC para aplicar el juicio de igualdad, e insiste en que el papel de los residentes en los territorios forales es indiferente en la consecución de su fallo. Por tanto, a pesar del carácter excepcional que puede tener el asunto, lo cierto es que objetivamente la Sentencia se limita a dos categorías objetivas, que coinciden, no por casualidad, con las categorías involucradas en una discriminación inversa comunitaria.

En tercer lugar, es importante recordar que los legisladores no siempre quieren discriminar a sus propios ciudadanos, y por tanto las discriminaciones aquí estudiadas son resultados patológicos del proceso de integración comunitaria. Ahora bien, si una actividad del legislador o de los Tribunales, como resultado *indirecto* de la ejecución del Derecho comunitario, puede ser constitutiva de un juicio constitucional de igualdad (como en el caso italiano y austriaco), *a fortiori* este resultado debe someterse a ese juicio cuando el legislador voluntariamente ha optado por discriminar a sus propios ciudadanos. En la disposición impugnada no existe una discriminación indeseada por el legislador estatal, sino una clara intención de sostener un sistema fiscal políticamente sensible, al coste de perjudicar a un grupo importante, por no decir a una gran mayoría, de españoles. Por tanto la Sentencia trae consigo un mensaje al legislador bien claro: no se puede discriminar a los ciudadanos españoles, de forma expresa, cuando no existen motivos objetivos y razonables. *A fortiori*, tampoco caben las discriminaciones inversas no deseadas por el Estado, máxime cuando el legislador, por dejadez, decide no darles solución. En estos supuestos el Tribunal nacional puede llevar a cabo un juicio de igualdad y así ponerles solución, ateniéndose a la jurisprudencia del TC en materia de igualdad.

Finalmente, puede defenderse que la STC 96/2002 es el resultado de un clima constitucional europeo, de un diálogo tácito entre jurisdicciones constitucionales, decididas a intervenir en una patología del Derecho comunitario que no tolera la dejación de ningún poder público. Es posible que el TC no fuera consciente de la jurisprudencia italiana y austriaca, pero lo más probable es que no sea así. Por tanto, ¿porqué no interpretar que el TC quiere formar parte de ese diálogo constitucional? A fin de cuentas, no sería la primera vez que nuestro TC se acerca a las enseñanzas de la justicia constitucional italiana, y tampoco se puede descartar que la Sentencia sea una respuesta al clima de diálogo confirmado por el TJCE a partir del *asunto Guimont*. En definitiva, la Sentencia que comentamos podría ser la contribución española a una situación que no plantea demasiados problemas en Europa, y que se ubica en línea con la posición de jurisdicciones constitucionales parejas a la nuestra. Cuestión distinta es que el TC español se ha caracterizado siempre por su incapacidad (o falta de voluntad) a la hora de

la organización territorial del Estado, en CLOSA MONTERO, C. y FERNÁNDEZ SOLA, N. (coords.), *La Constitución de la Unión Europea*, Madrid, 2004.

entablar un discurso con el TJCE, pero este es un factor que retomaremos más adelante, en el apartado V, al concluir estas líneas.

V. UNA SOLUCIÓN VIABLE PARA LAS DISCRIMINACIONES INVERSAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Supuestos en los que cabría alegar la inconstitucionalidad de la discriminación inversa

Una vez vistos los argumentos a favor y en contra de la constitucionalización de las discriminaciones inversas comunitarias, nos inclinaremos a favor de los primeros, en defensa de los juicios de igualdad para estos supuestos y de la STC 96/2002 como punto de partida. No vemos motivos suficientes para descartar un enfoque semejante a partir de la Sentencia comentada, pero siempre que se destaquen los correspondientes matices a la doctrina ahí inaugurada, que también pasaremos a ver a lo largo de este apartado.

Las discriminaciones inversas comunitarias antes estudiadas, esto es las generadas por el proceso de integración negativa, son una disfunción del sistema y no un resultado normal del mismo. Si las discriminaciones inversas creadas por el proceso comunitario de integración positiva, donde existe una voluntad más clara por parte del legislador, permiten un juicio de constitucionalidad, es evidente que en los casos de integración negativa el ordenamiento debe encontrar una respuesta al respecto. Si debemos elegir entre una respuesta comunitaria o nacional, ya hemos visto que el TJCE ha optado por la segunda, pero también se deduce de la jurisprudencia comunitaria una tendencia a participar en la respuesta que dé el juez nacional al ciudadano discriminado. Además, el legislador nacional, en este caso el español, no es siempre inocente en la producción de las discriminaciones inversas, pues en sus manos está la producción de un resultado que no impida la obstaculización intra-comunitaria de bienes y servicios. De hecho, el TC resuelve él mismo las disfunciones que el sistema autonómico produce, y su jurisprudencia en la interpretación de la Constitución económica así nos lo demuestra⁴⁷. Desde sus primeros pasos, el TC no tiene empacho en enjuiciar la actividad normativa autonómica y su repercusión en la unidad de mercado proclamada en el artículo 139 CE. Además, el enfoque que adopta nuestro alto Tribunal está íntimamente ligado al principio de igualdad, quizás aún más que la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de los artículos 23 a 60 TCE⁴⁸. Una lectura constitucional de las discriminaciones inversas

⁴⁷ Cfr. núm. 57.

⁴⁸ Esta afirmación es sin duda polémica, pero sólo en la medida en que afecta a la postura del TC. En cuanto a la posición del TJCE, es evidente y por todos reconocido que existe un enfoque «sustantivo» hacia las restricciones de mercado, como ponen de manifiesto WEILER, J. H. H., *The Constitution of the Common Market Place*, en CRAIG, P. y DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pgs. 352 a 364 y LÓPEZ ESCUDERO, M., *Los obstáculos técnicos...*, op. cit., pgs. 255 y ss. Pero en el caso del TC esta postura no resulta tan clara, a pesar de que la jurisprudencia, a primera vista, indique lo contrario. Esto es así porque la posición de las CC AA encuentra como límite no sólo el artículo

comunitarias debe entenderse en línea de continuidad con la jurisprudencia del TC en materia económica, cuyo punto de partida es la STC 37/1981, de 16 de noviembre⁴⁹.

Ahora bien, no todas las discriminaciones inversas comunitarias merecen una respuesta de automática inconstitucionalidad. Como hemos advertido con anterioridad, es necesario introducir algunos criterios que amortigüen una lectura en clave constitucional de estos supuestos, y el principal elemento a tener en cuenta es la existencia de armonización normativa. La aplicación de las libertades comunitarias puede resultar innecesaria cuando el legislador comunitario ha dictado normas de ejecución sobre el ejercicio de aquéllas. Precisamente porque estas normas derivadas tardaron en elaborarse, el TJCE decidió otorgar efecto directo a todas las libertades comunitarias, con la excepción hecha de la circulación de capitales. De tal modo, la existencia de actos comunitarios de armonización, que son los más habituales en la esfera del mercado común, hace que las discriminaciones inversas se reduzcan y al mismo tiempo asuman una mayor legitimidad. Es decir: habiendo «hablado» el legislador comunitario, la discriminación es ahora fruto de un proceso más elaborado de integración, en el que ha participado el Estado que genera el trato discriminatorio sobre sus ciudadanos. Por tanto, el resultado asume un *plus* de legitimidad que antes carecía, cuando el juez, caso por caso y en diálogo con el TJCE mediante la cuestión prejudicial, generaba de forma puntual discriminaciones inversas. Ello no significa que la existencia de armonización de legislaciones impida un juicio de constitucionalidad, pero sí endurecerá el juicio de igualdad a efectuar por el juez nacional, pues la finalidad perseguida es más clara y resiste mejor a los *tests* de razonabilidad y proporcionalidad⁵⁰.

Siendo éste el principal criterio para inferir la constitucionalidad de la discriminación inversa, la existencia o no de armonización, el Tribunal procederá a realizar un juicio de igualdad en el que coincidan las categorías que aparecían en la STC 96/2002: residentes en la UE (que no lo sean en España) y residentes en España. Habiendo un trato diferenciado para categorías iguales, los *tests* de razonabilidad y proporcionalidad deben, asimismo,

139 CE, sino también el artículo 149.1.1^a, que es una cláusula claramente anti-discriminatoria, a la que se aferra el TC siempre que debe interpretar en clave centralista el artículo 139 CE, como más tarde mostraremos.

⁴⁹ Una dilatada trayectoria jurisprudencial que se prolonga con las SSTC 1/1982, de 28 de enero; 11/1984, de 2 de febrero; 86/1984, de 27 de julio; 24/1986, de 14 de febrero; 88/1986, de 1 de julio y 96/1994, de 19 de octubre, entre otras muchas. Para un análisis de esta evolución jurisprudencial, cfr. ALBERTÍ ROVIRA, E., *Autonomía política y unidad económica*, Madrid, 1995 y TENA PIAZUELO, V., *La unidad de mercado en el Estado autonómico*, Madrid, 1997.

⁵⁰ Por eso no sorprende que algunas propuestas más atrevidas, a favor de la comunitarización de las situaciones puramente internas, se basan principalmente en las discriminaciones generadas por los procesos de integración positiva, como en el caso de CANNIZZARO, E., *Producing «Reverse Discrimination»...*, cit., que no duda en analizar la cuestión desde la óptica competencial comunitaria, y no tanto desde el plano nacional. Una óptica que se basa, claro está, en la adopción previa de actos comunitarios de Derecho derivado.

modularse en función de un conjunto de criterios, principalmente la repercusión de la igualdad en la situación competitiva del perjudicado a la luz de los fines perseguidos. Téngase en cuenta que en ocasiones el legislador no interviene en estas discriminaciones porque el objetivo que persigue su norma nacional es legítimo: la defensa de los consumidores, la promoción de unos niveles de calidad en productos con arraigo cultural en el Estado (vino, pastas, quesos, etc.), la protección de la salud pública, etc.⁵¹. Cuanto menos factible sea este objetivo, que debe analizarse a la luz del perjuicio competitivo ocasionado, más difícil resultará la superación del *test*. El TC no ha tenido empacho en aplicar estos criterios al interpretar la cláusula constitucional de unidad de mercado (art. 139 CE):

«La compatibilidad entre la unidad económica de la nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: [...] que [la] regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles⁵²».

Estas palabras, pronunciadas en el marco de una disputa competencial entre una Comunidad Autónoma y el Estado, son perfectamente aplicables a la resolución de las discriminaciones inversas, y de hecho el TC así lo entendió en la Sentencia 96/2002, cuyo juicio de igualdad se realizó en consonancia con el artículo 139 CE, pero también con una especial referencia al derecho fundamental a la libertad de empresa, previsto en el artículo 38 CE.

En efecto, la unidad de mercado garantizada en el artículo 139 CE no sólo mira hacia los obstáculos generados por las CC AA, sino a las inmisiones de carácter territorial que obstaculizan la circulación de personas, bienes y servicios⁵³. El Estado está llamado a garantizar, tanto en términos positivos como negativos, el cumplimiento de esta circulación merced a un título competencial previsto en el artículo 149.1.1ª CE, que sin duda plantea pro-

⁵¹ Como dice LÓPEZ ESCUDERO, M., *Los obstáculos técnicos al comercio en la C.E.E.*, Granada, 1991, pgs. 56 y 57, «las reglamentaciones de comercio nacionales suelen estar inspiradas por consideraciones de interés general: protección de la salud pública, lucha contra la contaminación y defensa del medio ambiente, protección de los consumidores, aumento de la calidad de los productos, lealtad de las transacciones comerciales, lucha contra la inflación y la crisis económica, racionalización de los procesos productivos. La consecución de estos objetivos es una tarea de lo más loable».

⁵² STC 88/1986, cit., F. 6º.

⁵³ Una lectura del artículo 139.2 CE nos lleva a esta conclusión con pocas dificultades, pues se deduce que la preocupación del constituyente no residía en el sujeto que obstaculizaba, sino la obstaculización en sí misma. De haber sido lo contrario, la norma especificaría claramente los destinatarios de la misma, pero lo cierto es que el artículo 139.2 CE es un mandato en línea con los artículos 28 y ss. TCE, volcados en la garantía de un flujo de todos los factores de producción a lo largo del territorio del Estado.

blemas, pero que nunca ha dejado de ser empleado como criterio hermenéutico por el TC. Así, cuando el obstáculo tiene origen en una norma comunitaria (fruto de un proceso de integración positiva o negativa), la unidad de mercado recibe una lectura con el apoyo interpretativo del artículo 149.1.1^a CE, que nos lleva directamente a los derechos fundamentales, concretamente la cláusula de igualdad y la libertad de empresa. Como ya decíamos antes, el análisis que se lleva a cabo para enjuiciar los obstáculos al comercio puede ser formal (más afín a un juicio de igualdad) o sustantivo (centrado en los objetivos de la integración), y es precisamente aquí donde cobra sentido el artículo 14 CE, que da forma a una jurisprudencia anterior del TC, principalmente sobre obstáculos intra-estatales, que ahora tiene como parámetros de comparación a los extranjeros comunitarios y los nacionales españoles⁵⁴. En este juicio de igualdad, los *tests* de razonabilidad y proporcionalidad no se alejan del todo al *balancing test* que emplea el TJCE, pero su objetivo central está en la medida discriminatoria. Teniendo en cuenta los criterios antes vistos, los juicios de razonabilidad y proporcionalidad coadyuvan en la determinación de una discriminación contraria a los artículos 14 CE, 38 CE y 139 CE. Se plantea así un caso en el que la jurisprudencia constitucional se acercará necesariamente a la actuación del TJCE cuando resuelve un supuesto de libertades comunitarias, donde un mandato constitucional proscriba un obstáculo al comercio y el juez está llamado a realizar un *balancing test*, sustantivo o formal, en función del carácter discriminatorio o no del mismo, para determinar la validez de la medida obstructiva⁵⁵.

Además, si esta forma de poner fin a las discriminaciones inversas no gusta al lector, quizá deberíamos volver nuestra mirada hacia el TJCE y a su papel en la delimitación de las situaciones puramente internas, y no tanto hacia el TC. El TJCE establece los supuestos en que debe aplicarse el Derecho comunitario, y su despreocupación por la situación en la que deben quedar los ciudadanos del extrarradio debe encontrar una solución⁵⁶. Actualmente

⁵⁴ El carácter formalista, más centrado en el carácter discriminatorio del obstáculo, no sólo está presente en la jurisprudencia, sino en la propia Constitución, que no sólo garantiza una cláusula de igualdad *sui generis* en el artículo 149.1.1^a, sino que también establece, en paralelo a la unidad de mercado del artículo 139.2 CE, una válvula de cierre en clave no discriminatoria en el artículo 139.1 CE: «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

⁵⁵ A este respecto, ENOCH ALBERTI adelanta unos supuestos en los que la jurisdicción española podría analizar la unidad de mercado tanto desde la óptica del Derecho interno como del Derecho comunitario, ya sea de forma sucesiva o excluyente, cuando el caso concreto presente vínculos jurídico-comunitarios y también jurídico-nacionales. A todo ello cabe sumarse el supuesto de las discriminaciones inversas, donde el juez nacional aplicará ambos controles en el mismo asunto: primero, para determinar si la medida nacional es contraria al Derecho comunitario y justifica su aplicación; segundo, para aplicar los artículos 14, 38 y 139 CE en un juicio de igualdad como el resuelto en la STC 96/2002. Cfr. ALBERTÍ ROVIRA, E., *Autonomía política...*, op. cit., pgs. 301 a 307.

⁵⁶ Lo cual nos lleva a un problema de lagunas normativas, pero también a determinar quién debe resolver la laguna. Utilizando el argumento de las lagunas para dar una respuesta comunitaria, cfr. NIC SHUIBHNE, N., *Free movement of persons...*, pg. 763.

esta respuesta debe buscarse en el Derecho nacional, pues ya sabemos que el TJCE se niega a darla, o al menos así se pronuncia en estos momentos, con las salvedades antes vistas en relación con la ciudadanía europea y la interpretación del artículo 18 TCE. Si la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se ha orientado en una línea combativa con la creación de estas situaciones, y al mismo tiempo existen precedentes comparados que llegan a un resultado semejante, la aplicación del artículo 14 CE, en consonancia con los artículos 38 y 139 CE⁵⁷, puede ser una solución óptima para la erradicación de una discriminación inversa comunitaria.

Para cerrar esta defensa de la doctrina sentada en la STC 96/2002, consideramos que esta postura puede abrir las puertas a un diálogo hasta hoy inexistente entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia. Si la apreciación de inconstitucionalidad abre las puertas también a la creación de un discurso entre jurisdicciones constitucionales, como la comunitaria y la española, hasta día de hoy inexistente, bienvenida sea. Nuestro TC se ha caracterizado por una postura renuente en relación al Derecho comunitario, comenzando por una negativa a considerar éste parte integrante del bloque de constitucionalidad; la resistencia a otorgar el amparo ante la negativa de los tribunales ordinarios a plantear la cuestión prejudicial; o el carácter huido de sus conclusiones cuando tiene que ocuparse frontalmente del Derecho comunitario⁵⁸. Sin embargo, para declarar la inconstitucionalidad de una discriminación inversa comunitaria el TC debe analizar los fines perseguidos por el legislador nacional a la luz de las normas comunitarias; asimismo se deberá estudiar el nivel de armonización comunitario al respecto, y finalmente puede incluso ser necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial para determinar si existe una *potencial* discriminación en juego.

⁵⁷ Puede objetarse al empleo del artículo 139 CE que su ubicación hace referencia a la ordenación territorial del Estado, y por tanto su dimensión se limita a los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas y demás entes infra-estatales. En nuestra opinión esta postura es discutible, pues la unidad de mercado sería inconcebible únicamente desde una perspectiva infra-estatal, máxime en los tiempos de liberalización económica que vivimos, donde los mercados han dejado de ser entes autárquicos sin relación alguna con los mercados internacionales. Más bien al contrario, el artículo 139 CE necesita una interpretación más allá de una estructura territorial infra-estatal y dotarse así de significado al hilo de los tiempos, donde la unidad de mercado no puede concebirse únicamente a la luz de lo que hacen las regiones y municipios. Además, entender que el proceso de integración comunitario nada tiene que ver con un fenómeno territorial sería un error conceptual de bulto, que desembocaría en una interpretación peligrosamente formalista del artículo 139 CE. Desde una óptica más formalista, ALBERTÍ ROVIRA, E., *Autonomía política...*, op. cit., pgs. 268 y 269, deduce del sentido literal del artículo 139.2 CE que éste habla de «ninguna autoridad», sin especificar el sujeto: «el art. 139.2 CE no establece sólo un límite al ejercicio de las competencias autonómicas, sino también al de los poderes estatales y a las actuaciones de los entes locales. Aun cuando su proyección más frecuente sea sobre la actividad desplegada por las CC AA, nada autoriza a excluir a los otros poderes públicos de la prohibición contenida en tal precepto constitucional» (la cursiva es nuestra).

⁵⁸ Por todos, cfr. ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el Derecho comunitario. Jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Madrid, 2003, caps. I, II y VI, *in totum*.

En definitiva, la solución que parece defender la STC 96/2002 parece iniciar, o al menos así podemos interpretarlo a la luz de todo lo dicho, una nueva suerte de diálogo entre jurisdicciones, donde el TC ya no sería un interlocutor aislado.

2. Los límites al uso del artículo 14 CE y la objeción democrática

Ahora bien, si la solución de una discriminación inversa merece una declaración de inconstitucionalidad a pesar de no existir un vínculo comunitario, ¿no estamos limitando la libertad de configuración del legislador estatal, hasta el punto de uniformar, a golpe de sentencia, los cada vez menores espacios de actuación de los poderes públicos nacionales? La pregunta no es baladí, y precisamente sobre este punto incidieron los Magistrados disidentes en la STC 96/2002, destacando, no sin razón, que la Sentencia «conduce a un preocupante camino sin salida al imponer al Estado una obligación positiva de igualar o parificar que limita las facultades y opciones de configuración política del legislador dentro de un sistema en que la singularidad o diversidad fiscal se consagra en la propia Constitución»⁵⁹. Efectivamente una doctrina semejante puede conducirnos a una difícil situación de cara al legislador, con una innecesaria judicialización de los procesos políticos de decisión que escapan del todo a la jurisdicción y sus funciones, al tiempo que restan legitimidad democrática al Parlamento, en aras de una concepción de la igualdad que sólo el TC ha de decidir. Por tanto, ¿cómo responder a esta objeción democrática?

Quizás el enfoque debería ser distinto, apoyándose más en la Constitución económica que en la cláusula de igualdad y los límites de la jurisdicción constitucional y ordinaria. Con esto queremos decir que la jurisprudencia sobre la unidad de mercado dictada por nuestro TC, cuyas consecuencias siempre han venido a limitar el poder de configuración de los legisladores estatal y autonómicos, no ha tenido empacho en realizar juicios de igualdad para resolver los obstáculos generados por las diferencias de trato normativo⁶⁰. Algo que es absolutamente normal en sistemas federales o altamente descentralizados, como el nuestro, donde la «competencia entre normas» encuentra sus límites en una interpretación uniforme a cargo de un Alto Tribunal, en este caso el TC. La ponderación, pues, no debe realizarse entre la legitimidad democrática del legislador y el principio de igualdad, sino entre la unidad de mercado (unida al principio de igualdad, en los términos del artículo 139 CE, y al derecho fundamental a la libertad de empresa) y la pluralidad normativa reconocida por el artículo 137 CE a favor de los

⁵⁹ Sigue el voto particular de la siguiente manera: «Con base en el principio de igualdad la Sentencia impone al legislador su propia concepción de los sistemas forales del Concierto Económico o Convenio, del cumplimiento correcto del Derecho comunitario y, a la postre, de la decisión política que había de haberse adoptado, lo que no cabe hacer en un proceso constitucional sin trastocar gravemente sus límites».

⁶⁰ Cfr. SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 1/1982, de 28 de enero; 72/1981, de 30 de noviembre; 32/1983, de 28 de abril y 88/1986, de 1 de julio, como pronunciamientos pioneros en la elaboración de los pilares interpretativos de la Constitución económica.

entes territoriales⁶¹. Si la ponderación cabe hacerse en sede constitucional entre ordenamientos estatal y autonómicos, razón de más para que el TC participe cuando surja el conflicto entre dos ordenamientos igualmente constitucionalizados: el comunitario (art. 93 CE) y el nacional. A fin de cuentas, la declaración de inconstitucionalidad en nada afecta al Derecho comunitario ni al proceso de toma de decisiones en sede comunitaria, pues su única razón de ser se encuentra en la actuación de los poderes públicos nacionales, que perjudican los intereses de los ciudadanos nacionales⁶². Visto así, el conflicto se torna en una cuestión que afecta a la Constitución económica y a la unidad de mercado ahí proclamada, y no al margen de actuación del legislador, en un conflicto de carácter interno que merece la intervención del TC al respecto.

Asimismo, debe también criticarse a la objeción democrática el peligro que corren los colectivos minoritarios ante el proceso de toma de decisiones parlamentario⁶³. En ocasiones el legislador se niega a resolver la discriminación inversa comunitaria, con la finalidad de no parificar situaciones comunitarias con las nacionales. Esta negativa tendría su razón de ser en la protección de alguno de los intereses antes citados (consumidores, salud pública, patrimonio cultural, etc.), pero también es posible, en otros casos, que la negativa venga justificada por intereses de grupos al margen del sistema político, cuya influencia aisle a los perjudicados por la discriminación inversa del proceso de toma de decisiones. Esta objeción, que también puede producirse por las vías del sistema político mediante el juego de las mayorías

⁶¹ Esta misma idea, basada en una ponderación entre la unidad de mercado y la pluralidad normativa, reside en el razonamiento del Tribunal Constitucional en su STC 37/1987, de 26 de marzo, donde afirmó que «el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera y con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los arts. 1, 9.2, 139 y 149.1.1ª CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales». De este equilibrio entre posiciones jurídicas fundamentales y autonomía, es posible enjuiciar los casos que inclinan desmesuradamente la balanza en un sentido u otro.

⁶² Cosa distinta, como insiste POIARES MADURO, M., *The Case of Purely Internal Situations...*, cit., es que la discriminación inversa sea un producto del Derecho comunitario. Lo cierto es que se trata, efectivamente, de un resultado patológico del ordenamiento europeo, pero sus efectos no repercuten sobre los sujetos que este ordenamiento pretende tutelar, pues son sujetos al margen de la órbita aplicativa del mismo. Esta interpretación es obviamente dudosa, y de hecho el Tribunal de Justicia la descarta cuando el caso pone en jaque la ciudadanía europea, pero desde un punto de vista formal no puede negarse que la discriminación inversa es un resultado neutro de cara al poder público comunitario.

⁶³ Cfr. POIARES MADURO, M., *The Case of Purely Internal Situations...*, cit., pg. 137.

parlamentarias, desemboca en una negativa a resolver la discriminación difícilmente compatible con el texto constitucional. Por ello el ámbito más idóneo para la resolución de las discriminaciones inversas generadas por la integración negativa es el jurisdiccional. Con las salvedades antes apuntadas y la línea jurisprudencial consolidada por el TC en materia económica, la STC 96/2002 marca un punto adecuado en la solución de las discriminaciones inversas, que deberá encontrar respuesta caso por caso, en atención a un juicio de igualdad en consonancia con las exigencias de la unidad de mercado y la libertad de empresa previstas en los artículos 38 y 139 CE. Con este contexto jurídico, la objeción democrática encuentra respuesta.

VI. CONCLUSIÓN: OTRO DILEMA PARA LUXEMBURGO

Para cerrar estas líneas veamos cómo incide la solución de la Sentencia 96/2002 en el panorama judicial europeo, a la vista de los inconvenientes y virtudes que trae consigo la constitucionalización de las discriminaciones inversas comunitarias. Quizás el elemento más evidente de esta situación sea el inicio de un diálogo entre jurisdicciones, que deviene imprescindible cuando el juez nacional debe dilucidar con carácter previo si existe o no una discriminación entre los extranjeros comunitarios y los nacionales. Una vez con la respuesta del TJCE en mano, el juez nacional realiza un juicio de igualdad como el antes mencionado, donde el derecho fundamental a la libertad de empresa (art. 38 CE) y la cláusula de la unidad de mercado (art. 139 CE) asumen un papel preponderante. De esta manera la solución a la discriminación inversa producida por el Derecho comunitario recibe una respuesta del Derecho nacional, pero en coordinación con aquél; una coordinación que se manifiesta en una vertiente institucional, en tanto cabe activar el reenvío prejudicial del artículo 234 TCE. Ahora bien: la creación de este diálogo es competencia del juez nacional, pues será la jurisdicción nacional la encargada de decidir si asume la tesis de la apertura, con la consiguiente constitucionalización, o la tesis contraria. En todo caso el TJCE parece inclinado a fomentar que los Tribunales nacionales adopten esta postura, y así lo muestra la jurisprudencia *Guimont*⁶⁴, en la que el Tribunal de Justicia hace esfuerzos por justificar su propia competencia y así dar respuesta al juez nacional⁶⁵. Con este clima de apertura promovido por el TJCE, nos encontramos ante un marco jurídico bicéfalo, donde se interrelacionan ambos ordenamientos (comunitario y nacional) en la resolución de

⁶⁴ Al menos de forma expresa así se deduce de los *asuntos Guimont y Reisch*, cuyos pronunciamientos probablemente se reiterarán en cuando el TJCE se pronuncie en los *asuntos Granaloro y Anomar*. Sin embargo, esta política judicial también está latente en la jurisprudencia anterior, principalmente en los *asuntos Pistre y Schutzverband*. El hecho de que en *Guimont* se opte por expresar abiertamente el motivo por el que el TJCE asume la competencia prejudicial, es un indicio a favor de una postura consolidada y firme de éste. Si el Tribunal mirara con malos ojos una solución constitucional al problema de las discriminaciones inversas, probablemente su actitud sería bien distinta.

⁶⁵ Cfr. *supra*, II.3.

una discriminación, corriendo a cargo del juez nacional la competencia para dar tal respuesta.

Es evidente que ésta es la situación deseada por el TJCE, pues su jurisprudencia ha ido rechazando de forma sistemática la asunción de las discriminaciones inversas, escondida bajo el manto de las situaciones puramente internas. Con este panorama ya presente en el Derecho español tras la STC 96/2002, ha llegado la hora de que los jueces nacionales asuman su papel en la solución de las discriminaciones inversas, pero ello debe llevarse a cabo con la debida responsabilidad por parte de la judicatura, aunque igualmente con todo el sentido crítico que el caso exija. Con ello queremos decir que el papel desempeñado por el juez nacional no puede ser la del mero observador, atento a la respuesta del TJCE al respecto, y ulteriormente aplicando el artículo 14 CE. Al contrario, si el diálogo ha de producirse, éste debe llevarse a cabo en condiciones de igualdad y con todas las armas aplicativas del Derecho. Los criterios adelantados en el apartado IV de esta investigación son únicamente un ejemplo de las pautas a seguir, pero no las únicas. En todo caso es importante destacar que la resolución de las discriminaciones inversas comunitarias, dado que el TJCE las considera un problema nacional, necesitarán una actuación judicial congruente con las exigencias de la Constitución y del proceso de integración europea, pero no en clave de subordinación. La jurisprudencia española, con el TC a la cabeza, necesita afinar los criterios al respecto, y si ello genera una expansión indeseada del Derecho comunitario corresponderá al legislador, comunitario o nacional, buscar soluciones adecuadas al respecto. En todo caso, una vez deferida la respuesta al juez nacional, el TJCE deberá asumir esa descentralización y tolerar actuaciones independientes de los jueces nacionales.

Por tanto la posición del TJCE debe ser, en este momento, horizontal y en plano de igualdad con las jurisdicciones nacionales. Si la actuación de éstas no es del agrado del TJCE, su competencia no puede llegar al extremo de jerarquizar el reenvío, y así ofrecer instrucciones precisas sobre cómo resolver tales discriminaciones inversas. En ese extraño juego que desempeñan las jurisdicciones comunitaria y nacionales, donde la verticalidad de su relación se enmaraña con lo horizontal, las situaciones que aquí hemos estudiado ya han recibido una respuesta a cargo del TJCE, y dicha respuesta se basa en la relación *inter pares*. El problema puede surgir cuando las jurisdicciones nacionales hagan un uso indebido de sus respectivas cláusulas de igualdad, y en tal supuesto el TJCE tendría motivos para reaccionar. Ahora bien: ¿cómo?

Una primera solución consistiría en pulir las respuestas al reenvío, probablemente a través de una respuesta más detallada y orientada a la resolución final, que como ya sabemos corresponde al juez nacional. El TJCE puede apurar aún más su competencia e inferir, de la cuestión y los hechos expuestos, si el Derecho comunitario merece una expansión por la vía de las discriminaciones inversas. Dado que este efecto *spill-over* tiene una vertiente co-

munitaria, pues la discriminación inversa trae causa en la integración europea, el TJCE justificaría su actuación apelando a las consecuencias expansivas del Derecho comunitario. Esta solución no es muy interesante ni conveniente, pues fuerza la jurisdicción del Tribunal de Justicia hasta extremos inaceptables, pero también porque resultaría contradictoria con su jurisprudencia sobre las situaciones puramente internas. Si la posición canónica en esta cuestión intenta compartimentalizar la aplicación del Derecho comunitario, no resulta congruente que posteriormente el Tribunal venga a decirle al juez nacional cómo debe aplicar su propio Derecho interno, aunque la respuesta tenga su origen en una discriminación causada por el ordenamiento comunitario. Por eso la horizontalidad es una exigencia en esta suerte de diálogo: si el TJCE afirma que no hay vínculo alguno con el Derecho comunitario, esto le sitúa de igual a igual con el juez nacional, pues cada uno aplica normas distintas en esferas estancas de resolución.

Una segunda vía consistiría en acudir al expediente de la responsabilidad por actividad judicial, pero se trataría de una solución del todo insostenible que sólo contribuiría a tensar la relación entre jurisdicciones, especialmente en contra del juez nacional. A pesar de que este cauce haya quedado abierto tras la conocida y polémica Sentencia *Köbler*⁶⁶, se trata de una vía inaceptable por varios motivos, principalmente porque es difícil determinar si el juez nacional realmente ha infringido el Derecho comunitario, ya que la solución a las discriminaciones inversas procede del Derecho nacional y sólo éste puede determinar la existencia de responsabilidad.

En nuestra opinión, la solución más apropiada para rectificar actuaciones judiciales nacionales, o para intensificar el papel del TJCE, reside en una comunitarización de la discriminación inversa mediante el principio comunitario de igualdad. Asumiendo una doctrina más restrictiva con la noción de situaciones puramente internas gracias al juego del artículo 12 TCE, el TJCE puede rescatarse a sí mismo y controlar la evolución del Derecho comunitario en cada Estado miembro, pero al coste de recuperar un ámbito que antes se encontraba en manos del juez nacional. En todo caso, esta es la solución más congruente e incluso la que refleja la jurisprudencia en algunos pronunciamientos puntuales, sobre todo cuando participa en el ra-

⁶⁶ *Asunto Köbler*, C-224/01, de 30-9-03. Sobre el contenido y efectos de este pronunciamiento existe una abundante literatura. He analizado la Sentencia en un contexto amplio, apuntando a las consecuencias que trae en la relación entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales nacionales en *Poder Judicial e Integración Europea*, op. cit., pgs. 267 a 280. Asimismo, cfr. el agudo análisis que hace KOMÁREK, J., *Federal Elements in the Community Legal System*, CMLR, núm. 49, 2005. La connotación polémica de la Sentencia queda de manifiesto al observar la reacción de algunos Tribunales o miembros de la carrera judicial de los Estados miembros. En este sentido, resulta muy gráfico el trabajo de WATTEL, «Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this», CMLR, núm. 41, 2004. Entre los artículos en lengua castellana, se deben destacar los de COBREROS MENDAZONA, E., *La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del Derecho Comunitario*, REDE, núm. 10, 2004 y MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho comunitario*, REDC, Año 8 (2004), núm. 19.

zonamiento del TJCE el concepto de ciudadanía europea. En el ámbito de la libre circulación de personas, la ciudadanía ha constituido un *plus* de comunitariedad que fortalece el papel integrador del Derecho comunitario, lo que trae consigo una interpretación más absorbente a cargo del TJCE. No es por ello casualidad que en esta esfera, normalmente más restrictiva que en materia de mercancías cuando a situaciones puramente internas se refería, el Tribunal de Justicia ha comenzado a ensanchar el campo de actuación del Derecho comunitario, y por tanto el suyo propio⁶⁷. Unido todo ello a la declaración de efecto directo del artículo 18.1 TCE en el *asunto Baumbast*⁶⁸, las situaciones puramente internas y las discriminaciones inversas en manos nacionales han pasado a un segundo plano cuando la ciudadanía europea se encuentra en juego. El TJCE podía haber asumido un papel híbrido, como en la primera tesis defendida, pero en cambio ha optado por una comunitarización creciente, y por tanto una reducción del papel del juez nacional en la resolución de posibles discriminaciones inversas.

La evolución que muestra el TJCE en la interpretación del concepto de ciudadanía no nos parece criticable, pues es síntoma del dilema que el Tribunal está condenado a sufrir: o asume la competencia y se torna en último intérprete, o descentraliza la cuestión y se sitúa cara a cara con el juez nacional. No entraremos aquí en el antiguo debate sobre la federalización del TJCE, pero sí es importante destacar que la senda a elegir debe ser una, y no ambas a la misma vez. Abierta la brecha del diálogo *inter pares* con *Guimont*, la más reciente línea comunitarista, principalmente a partir de *Carpenter*, nos muestra a un Tribunal una vez más en la encrucijada. Sea cual sea el camino que decida asumir, entendemos que debe ser uno solo. De momento hay mayores indicios para pensar que tal camino seguirá siendo el trazado en *Guimont*, y que la jurisprudencia *Carpenter*⁶⁹ desempeñará un papel algo más específico en asuntos con un componente «constitucional» y vinculados a los artículos 12 y 18 TCE. Si eso es así, nuestro TC parece estar dispuesto a entablar un diálogo entre jurisdicciones, o al menos así puede inferirse de la STC 96/2002, lo que resulta del todo positivo. A partir de este momento queda en manos de los Tribunales ordinarios, al ritmo impuesto por el Tribunal Constitucional, dar respuesta a las discriminaciones inversas comunitarias y hacer realidad ese discurso entre jurisdicciones. Una vez más, la viabilidad de esta solución está en las solas manos del juez común del Derecho comunitario, que no es otro que el juez nacional; pero un juez independiente y crítico en la resolución del caso, sin miedo a mirar e incluso retar, si fuera necesario, al máximo intérprete de los Tratados.

⁶⁷ Una línea que parece consolidada con la Sentencia *Mary Carpenter*, C-60/00, de 11-7-2002. Asimismo, en relación a esta jurisprudencia del TJCE, el excelente estudio de NIC SHUIBHNE, N., *Free movement of persons...*, cit., pgs. 748 y ss., y JANER TORRENS, J. D., *El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa*, Revista Española de Derecho Comunitario, 2003, núm. 14.

⁶⁸ *Asunto Baumbast*, C-413/99, de 17-9-2002.

⁶⁹ *Asunto Mary Carpenter*, cit. *supra*.

